

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

**A PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO NA
JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA CRÍTICA À PONDERAÇÃO DE VALORES – UM ESTUDO DE CASO**

VALÉRIA DAS GRAÇAS OLIVEIRA SILVA E LIMA

Belo Horizonte
2006

VALÉRIA DAS GRAÇAS OLIVEIRA SILVA E LIMA

**A PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO NA
JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UMA CRÍTICA À PONDERAÇÃO DE VALORES – UM ESTUDO DE CASO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito

Orientador: Professor Doutor Marcelo Andrade
Cattoni de Oliveira

Belo Horizonte
2006

Valéria das Graças Oliveira Silva e Lima

A Perspectiva Principiológica do Direito na Jurisprudência Recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica à ponderação de valores – um estudo de caso

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

Belo Horizonte, 2006

Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orientador) – PUC MINAS

Professor Doutor Fernando Armando Ribeiro

Professor Doutor Lúcio Antonio Chamon Júnior

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Lima, Valéria das Graças Oliveira Silva e

L732p A perspectiva principiológica do direito na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica à ponderação de valores – um estudo de caso/Valéria das Graças Oliveira Silva e Lima. Belo Horizonte, 2006

133f.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

Bibliografia.

1. Teoria do direito. 2. Direito Constitucional. 3. Alexy, Robert, 1945. 4. Dworkin, R. M., 1931. 5. Princípio constitucional. 6. Direitos Fundamentais. 7. Liberdade de pensamento. 8. Dignidade humana. 9. Proporcionalidade (Direito). 10. Habeas-corpus. I. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.11

***A meu pai e a minha mãe, que sempre acreditaram
em mim e a quem tudo devo;***

***A Otávio, Lycia e Thaís, meus grandes amores,
cúmplices e companheiros.***

Agradecimentos

Agradeço, com carinho, a Lycia, por aquela tarde no Hyde Park..., bem como por todos os dias subsequentes;

Também a meus irmãos, sempre a meu lado, de uma ou outra forma;

Às colegas do Mestrado, Veroca Ribeiro e Flávia Dinelli, pelo compartilhar na luta;

A PMMG, especialmente aos colegas do Setor Jurídico do CPS e do Estado Maior;

E aos amigos que, nesses tempos de desafio, estiveram comigo, principalmente a Josie Resende, Sueli Lucas Pereira, Beth Lopes, Maria José Grande, Dra. Norma Brant, Dr. Haeckel Magalhães, Otávio M. Machado e Mirinha Maia;

E finalmente, ao professor Marcelo Cattoni, que me fez enxergar o “avesso” do Direito...

RESUMO

Esta dissertação aborda o tema dos princípios constitucionais e a questão da colisão entre os mesmos, a partir das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. O trabalho tem como ponto categórico um acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus 82424/RS – 2003*, no qual se discute a questão da colisão entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, este trabalho pretende levantar a posição da doutrina dominante relativamente à questão bem como a linha teórica e metodológica daquele tribunal no tratamento das questões relativas aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais; Regras; Colisão de Princípios; Ponderação de Valores; Proporcionalidade; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation approaches the theme of constitutional principles and their confronting issues based on Robert Alexy and Ronald Dworkin's theories. This work's primary focus relies on a paradigmatic decision of the Federal Supreme Court (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), the *Habeas Corpus* 82424/RS – 2003, in which the confronting issue of the freedom of expression principle and the human being dignity principle is discussed. Thus, this dissertation aims to highlight the dominant doctrine about the matter as well as covering the theoretical and methodological approach taken by the aforementioned court concerning the questions related to the constitutional principles.

Keywords: Constitutional Principles, Rules, Opposition of Principles, Balancing of Values, Proportionality, Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIOS E VALORES – AS PERSPECTIVAS DE DWORKIN, ALEXY E HABERMAS	19
2.1 RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS	20
2.1.1 Regras e princípios.....	22
2.1.2 O Direito como integridade	25
2.1.3 A metáfora do romance em cadeia.....	30
2.1.4 A integridade e a interpretação das normas constitucionais	32
2.2 ROBERT ALEXY E A PONDERAÇÃO DE VALORES.....	35
2.2.1 A distinção entre regras e princípios	35
2.2.2 A “ponderação” de interesses.....	37
2.2.3 A máxima da proporcionalidade.....	39
2.2.4 A teoria dos princípios e a teoria dos valores	40
2.2.5 Objeções ao modelo alexyano.....	42
2.3 ALEXY E DWORKIN: APROXIMAÇÕES E DIVERGÊNCIAS.....	44
2.4 HABERMAS: NORMAS E VALORES.....	47
3 A DOCTRINA BRASILEIRA: REFLEXÕES E CONTRIBUIÇÕES.....	51
3.1 OS ADEPTOS DO MODELO ALEMÃO E DO “JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE” ..	51
3.2 CONTRAPOSIÇÕES À TEORIA DOS VALORES	67
4 O HABEAS CORPUS DO RACISMO – SÍNTESE.....	75
4.1 A EMENTA.....	75
4.2 RESUMO DA QUESTÃO	77
4.3 SÍNTESE DOS VOTOS	80
4.3.1 Voto do Ministro Moreira Alves.....	80
4.3.2 Voto do Ministro Mauricio Corrêa.....	81
4.3.3 Voto do Ministro Celso Mello	84
4.3.4 Voto do Ministro Gilmar Mendes	86
4.3.5 Voto do Ministro Carlos Veloso	88
4.3.6 Ministros Nelson Jobim, Helen Gracie, Cesar Peluso.....	89
4.3.7 Ministro Carlos Ayres Britto.....	90
4.3.8 Voto do Ministro Marco Aurélio	94
4.3.9 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence	100
5 ANÁLISE DO ACÓRDÃO	102
5.1 OS LIMITES DA QUESTÃO	102
5.2 ARGUMENTOS APRESENTADOS: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS	104
5.2.1 A favor da concessão da ordem	105
5.2.1.1 A expressão “crime de racismo” deve ser interpretada estritamente	105
5.2.1.2 Os judeus não constituiriam uma raça.....	105
5.2.1.3 O paciente não teria incorrido em conduta penalmente típica.....	106
5.2.1.4 A necessidade de se garantir o direito fundamental à liberdade de expressão	106
5.2.1.5 O instituto da imprescritibilidade do crime não comportaria interpretação extensiva.....	107
5.2.2 Contra a concessão da ordem	107
5.2.2.1 Os termos raça e racismo devem ser considerados em sua dimensão antropológica e social	108
5.2.2.2 Os limites morais e jurídicos da liberdade de expressão	109

5.2.2.3 A dignidade humana como limitação externa ao princípio da liberdade de expressão	109
5.3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE HUMANA VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	111
5.4 APONTAMENTOS CRÍTICOS.....	117
6 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

“As regras valem; os princípios valem”.

Paulo Bonavides, 2003, p.288

Os princípios valem? Ou apenas as regras?

Durante anos de advocacia, esta era uma pergunta sempre recorrente, quando nos defrontávamos com decisões judiciais desprovidas de moralidade e justiça, mas em plena e total conformidade com os dispositivos inseridos nos Códigos, dentro, portanto, da mais perfeita e estrita legalidade positivista.

Diante de uma primeira leitura sobre o tema – um texto de Lenio Streck –, nosso interesse pelo assunto foi se ampliando; redimensionamos a questão inicial passando a questionar qual seria a efetiva posição dos princípios nas ordens jurídicas e como estes estariam sendo tratados na jurisprudência de nossos tribunais. Surgiu, paralelamente, uma inevitável indagação: como a doutrina dominante estaria compreendendo essa questão?

Constatamos, após uma leitura mais aprofundada, ser esta uma das grandes discussões da Teoria do Direito contemporânea; constatamos também que a discussão se encontrava intimamente relacionada à questão dos direitos fundamentais, constitucionalizados sob a forma de princípios no corpo da maioria das constituições modernas.

Dessa forma, considerando a relevância do assunto, bem como a importância da compreensão da teoria dos princípios para a hermenêutica jurídica atual e,

procurando uma resposta para nossas antigas indagações, propusemo-nos a desenvolver a presente pesquisa.

Inicialmente, em razão da já citada relação princípios/ direitos fundamentais, buscou-se uma melhor compreensão dos mesmos e vimos, com Galuppo, que os “Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais” (Galuppo, 2003, p.233). Assim, os direitos ditos fundamentais, que vieram sofrendo uma evolução desde sua consagração nas Cartas Constitucionais dos Estados Liberais de acordo com o paradigma de Estado específico de cada momento histórico, hoje, são entendidos como manifestações positivas do Direito.

Magalhães, por sua vez, a esse respeito, afirma:

Os direitos fundamentais serão variáveis de acordo com o texto constitucional. Desta forma, uma Constituição Liberal limitar-se-á a declarar os direitos individuais e os direitos políticos, sendo que dentro do referencial teórico da época, os direitos humanos se reduziam, numa perspectiva constitucional, a este conteúdo, dentro de uma perspectiva teórica que consagrava o abstencionismo estatal e considerava como garantia constitucional a simples inserção de princípios do Direito, no texto constitucional (MAGALHÃES, 1997, p.2)

Enfim, importante será assinalar que esses direitos encontram-se positivados em nosso texto constitucional sob a forma de princípios, elencados especialmente em seu art. 5º, e revelam-se essenciais ao Estado Democrático de Direito que a nossa Constituição expressamente consagra.

Voltando-nos à questão específica da interpretação e da consideração dos princípios na prática jurisdicional, percebemos, pelo apego visível ao formalismo jurídico e a velhos padrões hermenêuticos, que o pensamento positivista exegético ainda é forte entre nós. Porém, constatamos também uma tendência à adoção de novos paradigmas interpretativos uma vez que, cada vez mais, solidifica-se o

entendimento de que o ordenamento jurídico positivo não tem capacidade de prever todos os casos concretos com regras específicas.

Sabe-se que, no ideário positivista, a subsunção foi a única fórmula para compreender e explicar o direito: a premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo, como consequência, a aplicação da norma ao caso concreto. Porém, hoje, a melhor doutrina tem assentado que a subsunção, por si só, não seria suficiente para lidar com todas as situações submetidas à apreciação do Judiciário.

Assim, Barroso e Barcellos, no artigo *O começo da história: uma nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro* (2003), assinalam que a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo abriram caminho para uma perspectiva principiológica do Direito. Essa nova perspectiva não residiria apenas na existência de direitos fundamentais positivados e em seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica, pois, há muito, estes permeiam a realidade e o imaginário do Direito. O singular, no momento atual, seria o reconhecimento da normatividade destes princípios e a sua concretização.

Também Galuppo (1999) reconhece que a discussão hoje não gira mais sobre a existência ou não de Princípios Gerais do Direito uma vez que estes passaram por um processo de constitucionalização e revestem-se, sem dúvida, de caráter normativo. Galuppo vai mais além, afirmando que a questão já não é mais o reconhecimento da normatividade dos princípios, sendo esta uma questão superada. Na verdade, a discussão atual versa sobre a forma como estas normas devem ser tratadas, ou seja, qual a metodologia adequada para a sua correta interpretação.

Importa, no entanto, assinalar que parte dos constitucionalistas e teóricos do Direito não participa desse entendimento. Na ótica destes, o reconhecimento da

importância dos princípios não ultrapassaria o nível teórico, podendo ser observado na jurisprudência brasileira um apego excessivo ao velho paradigma positivista. Dentre eles, ressalta-se Streck (2004) para quem estaríamos vivendo inclusive uma crise constitucional, caracterizada por uma “baixa constitucionalidade”: o esquecimento do valor da Constituição em seu todo principiológico. A prática jurisdicional continua, na visão de Streck, a emprestar maior valor às regras inscritas nos códigos do que aos mandamentos constitucionais e o pensamento de nossos juristas encontra-se ainda atrelado a modelos interpretativos superados.

Contudo, é forçoso reconhecer: uma nova postura começa a se firmar, especialmente quando examinamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da década de 90 até os dias de hoje. É indiscutível que este Tribunal vem invocando, de forma cada vez mais regular e gradual, os princípios constitucionais para fundamentar suas decisões.¹ Mas, se os princípios vêm sendo invocados na prática jurisdicional, sob qual paradigma interpretativo têm sido considerados ?

Para uma compreensão mais ampla e consistente do assunto, reportamo-nos às teses do americano Ronald Dworkin e às do jurista alemão Robert Alexy, reconhecidamente, as principais referências teóricas nesta área conceitual. Ambos ressaltam a importância da compreensão do Direito sob uma perspectiva principiológica, partindo da premissa de que tanto as regras como os princípios são normas; assim, ambas as categorias apresentam normatividade. Porém, suas teorias apresentam pontos dessemelhantes e notáveis divergências, que serão destacadas ao longo desta dissertação.

¹ Nesse sentido, acompanhando a evolução da jurisprudência, ver os seguintes acórdãos: RECL. 2040 QO/DF (matéria: recolhimento de material para exame investigação de paternidade); HC 82354/PR (matéria: cerceamento de defesa em inquérito policial); ADIM 3540-MC/DF-2005 (matéria: preservação do meio ambiente).

O teórico americano aborda, em suas obras, reflexiva e exaustivamente, a importância dos princípios nos sistemas jurídicos. Para Dworkin (2002), não basta ao Direito garantir a segurança jurídica a partir de um sistema de regras como pretendiam os positivistas: o Direito deve almejar a formação de uma comunidade regida não só por regras para que se evitem soluções judiciais visivelmente injustas e contrárias à moral. Dessa forma, importante será a compreensão do Direito como uma “questão de princípios”.

Criticando a perspectiva positivista e sua crença no poder discricionário do juiz, acredita o jurista que, caso se admitisse a discricionariedade judicial, os direitos dos indivíduos estariam à mercê dos julgadores. Aceitar essa discricionariedade significaria não se tomar a sério os direitos dos cidadãos.

Acentua ainda Dworkin que os positivistas tratam os princípios como estes fossem padrões extra-jurídicos que cada juiz selecionaria de acordo com suas próprias luzes, o que seria uma postura inteiramente equivocada. Na visão de Dworkin, os princípios seriam tipos particulares de padrões, diferentes das regras e devem ser, especialmente, utilizados na solução das chamadas questões difíceis.

Também se revelam essenciais e relevantes nesta discussão as reflexões de Alexy, cuja teoria teve suas bases elaboradas a partir da prática jurisprudencial da Corte Constitucional alemã. Na obra *Teoria de los derechos fundamentales* (1997), Alexy discorre, exaustivamente, sobre a questão e formula sua conhecida distinção entre regras e princípios. Ressaltando a inexistência de uma superioridade formal de um princípio sobre o outro,² Alexy propõe a técnica da “ponderação de interesses”

² Assinale-se aqui que, no entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, alguns princípios, em tese, possuiriam maiores condições de prevalecer sobre os outros: este seria o caso do princípio fundamental da dignidade humana, conforme ressalta Cruz. (2004, p.159)

ou “ponderação de valores” como fórmula ideal para a resolução de conflitos entre estes nos casos concretos.

É de se observar que ambos – tanto Dworkin quanto Alexy – têm sido permanentemente estudados e citados pela doutrina e pela Academia brasileiras, considerados os estudiosos expoentes da matéria. Porém, pudemos constatar que os conceitos e métodos propugnados por Alexy vêm encontrando maior receptividade em nosso Tribunal Superior e sendo utilizados em número significativo de acórdãos de forma mais ou menos constante. É importante registrar que o método da “ponderação de valores” encontra também grande receptividade na doutrina – Paulo Bonavides, Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso e o próprio Ministro Gilmar Mendes são nomes que merecem ser citados.

Como assinala Barroso (2004), os principais temas da atualidade constitucional no Brasil vêm sendo equacionados em termos de “ponderação de valores”, notadamente na abordagem de questões polêmicas tais como a relativização da coisa julgada, a questão da autonomia da vontade versus a efetivação dos direitos fundamentais e na discussão entre os limites da liberdade de expressão em face do direito à honra, à imagem e à vida privada.

Todavia, a técnica da ponderação tem sido também alvo de críticas, uma vez que esta poderia, segundo seus opositores, prestar-se ao papel de oferecer rótulos para voluntarismos e dar lugar a uma ampla discricionariedade judicial. Nesse sentido, contra a doutrina alexyana levantam-se objeções consistentes, formuladas principalmente pelos adeptos da teoria do Discurso de Habermas, dentre os quais destacamos Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Marcelo Campos Galuppo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Menelick de Carvalho Netto e Lúcio Antônio Chamon Júnior. Estes chamam a atenção para o fato de que a denominada “teoria dos

valores” implicaria uma compreensão axiológica dos princípios, acabando por negar exatamente o caráter obrigatório, deontológico do Direito e consideram que as interpretações do Supremo Tribunal, a avançarem nesta linha, levariam o Judiciário a atitudes políticas, passíveis de ensejarem inseguranças de todos os tipos.

Mas, enfim, importa reconhecer, com Cattoni, que:

A disputa entre dois paradigmas jurídicos, entre nós, encontra-se explícita: de um lado, os juristas formados na velha escola formalista, liberal conservadora e, de outro, os novos representantes de uma tardia jurisprudência dos valores. (CATTONI, 2005, p.8)

Nesse quadro, a pretensão deste trabalho é justamente abordar a questão delineada, investigando, à luz da Teoria do Direito, como a questão dos princípios constitucionais vem sendo considerada na prática jurisdicional brasileira, tendo sido o problema assim equacionado:

Como os princípios constitucionais vêm sendo considerados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? Enfim, sob quais perspectivas as questões relativas à interpretação e aplicação dos princípios vêm sendo enfrentadas?

A hipótese levantada é que uma hermenêutica de princípios vem se solidificando na prática jurisprudencial do STF, porém sem o rigor e aprofundamento necessários para a escolha de alternativas teóricas e metodológicas, verificando-se uma tendência explícita e acrítica à adoção do modelo arquitetado por Alexy. Para o exame da questão colocada – na impossibilidade de abordarmos um grande número de acórdãos, devido à necessidade de delimitarmos nosso campo de trabalho –, será focalizada, como ponto categórico dessa investigação, uma decisão recente e paradigmática do Supremo Tribunal Federal, o polêmico *habeas corpus* do racismo (o HC 82.424/RS) – julgado em 17 de setembro de 2003. Julgando questão relativa

ao preconceito racial, o caso, colocado à apreciação de nosso Supremo Tribunal, teve como pano de fundo o problema da colisão dos princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que o julgamento teve grande repercussão, não só nos meios acadêmicos como na mídia nacional, sendo o valor simbólico do momento ressaltado pelos Ministros. A questão suscitada foi, no entendimento de muitos deles, uma das mais importantes apreciadas pelo Supremo Tribunal nos últimos anos.

No desenvolvimento do trabalho proposto, focalizaremos, inicialmente, como suportes teóricos para o desenvolvimento da pesquisa, os pontos principais das teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy; neste capítulo, serão abordadas também as críticas formuladas por Jürgen Habermas à teoria dos valores de Alexy tendo em vista a repercussão destas nos trabalhos desenvolvidos por teóricos de expressão em nossa comunidade jurídica.

No capítulo 3, o enfoque será especificamente o estado da questão junto à doutrina pátria. Buscaremos, neste tópico, apontar as aproximações conceituais e os dissensos dos teóricos contemporâneos do Direito brasileiro frente ao tema, contrapondo-se aos alinhados à “jurisprudência de valores” as críticas e ressalvas às suas formulações.

Adiante, no capítulo 4, apresentar-se-á uma síntese do acórdão referido. Essa síntese se faz necessária para a análise proposta devido à variedade e multiplicidade de argumentos levantados e à significativa extensão do texto (455 páginas). Prosseguindo, no capítulo 5, o acórdão será analisado de forma mais detalhada e vertical, apontando-se convergências e divergências observadas nos argumentos apresentados pelos Ministros; tentar-se-á ainda apontar os pontos contraditórios dos votos e analisar a adequação da adoção do modelo de

“ponderação de valores” para o tratamento da questão dos princípios constitucionais.

Finalmente, na Conclusão, buscaremos recuperar os principais aspectos abordados ao longo da Dissertação para, a partir desses, tecer os comentários pertinentes e apresentar as considerações e os resultados a que chegamos após a realização da pesquisa.

2 PRINCÍPIOS E VALORES – AS PERSPECTIVAS DE DWORKIN, ALEXY E HABERMAS

“Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

Ronald Dworkin, 2002, p.36

Reconhecidamente, as principais reflexões jurídicas no campo da Teoria do Direito na contemporaneidade buscam destacar a importância dos princípios nos sistemas judiciais, visando superar a concepção positivista de um modelo fechado de regras. Assinala Coura (2004, p.421), no entanto, que as discussões a respeito da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, absolutamente, se encerram com o reconhecimento da existência de um ordenamento jurídico integrado por princípios: verifica-se uma verdadeira concorrência entre distintas perspectivas acerca de como lidar com o caráter indeterminado do Direito. Neste ponto, Coura nos remete a Carvalho Netto, que sintetiza:

Esse é o ponto de partida de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, enfim de todos os autores atuais que vão herdar essa grande questão: qual certeza podemos ter do direito, de sua aplicação? Quem ou o que pode limitar o aplicador? Essa é uma idéia que vai ganhar foros de consistência exatamente na reflexão desses autores. (CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia, Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 88. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p.100, dezembro de 2003. In: COURA, 2004, p.421.)

Assim, neste capítulo, tentaremos descrever, de forma sucinta, os pontos principais das teses desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy que, como já

dito na Introdução deste trabalho, são os marcos teóricos mais relevantes nesta discussão. Consideramos também oportuno focalizar neste capítulo as reflexões de Jürgen Habermas, notadamente quanto à questão dos princípios e sua aproximação a valores, não só pela consistência das mesmas, mas pelas comprovadas repercussões destas reflexões junto a expressivo segmento da doutrina pátria.

2.1 RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

Ronald Dworkin se afirma hoje com um dos mais renomados filósofos do Direito na contemporaneidade, desenvolvendo uma teoria por ele definida como uma teoria liberal do Direito. Em suas obras "Levando os direitos a sério" (2002), "Uma questão de princípios" (2001), o "Império do Direito" (2003) e "O domínio da vida" (2003) o teórico americano aborda o Direito como um sistema de princípios e busca demonstrar a importância destes nos sistemas jurídicos.

Cabe ressaltar, conforme assinala Souza (2006, p.127), que elaborar uma síntese do pensamento de Dworkin não é tarefa fácil. Assim, diz Souza:

Comungamos com a observação de Hoffman (2005) quando se refere ao estilo de Dworkin como um solilóquio interno que, de forma gradual, se aproxima do seu tema. Consideramos que sua própria obra pode ser referida como um exemplo vivo de "um romance em cadeia," neste caso escrito por um único autor. Em diferentes momentos e de diferentes formas, parece que ele retoma sempre uma idéia central e a ela soma novas interpretações, novas abordagens. (SOUZA, 2006, p.127)

Dessa forma, nossa pretensão é pontuar os aspectos da obra de Dworkin que se encontram relacionados de forma mais direta com o enfoque específico deste

trabalho uma vez que discutir todos os pontos de sua extensa obra constitui tarefa hercúlea, que escapa aos limites desta dissertação.

Em *Levando os direitos a sério* (2002) – cujos capítulos foram escritos separadamente, como ensaios, mas, aglutinados nesta obra, fornecem uma estrutura central de uma teoria específica do Direito –, Dworkin propõe um ataque geral ao positivismo e a seus postulados, criticando especialmente a visão do Direito como um sistema fechado de regras e a crença na discricionariedade dos juizes.

Dworkin (2002, p.50) começa por ressaltar que os positivistas, entendendo o Direito como um sistema de regras, acreditam que apenas estas seriam padrões determinantes de direitos e deveres; assim, para eles, o conteúdo das obrigações esgotar-se-ia no conteúdo de regras acordadas. Mas, não sendo o caso coberto por uma regra clara, dentro da visão positivista, o juiz poderia, ou melhor, deveria, “exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação”. (DWORKIN, 2002, p.50)

Neste ponto, Dworkin (2002, p.55) ressalta que poder discricionário é uma expressão cujo sentido exato depende do contexto. Mas, na ótica positivista, esclarece Dworkin, a expressão “discricionariedade” teria o seguinte significado: esgotadas as regras à disposição dos juízes, estes não estariam obrigados por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.

Porém, lembra-nos o filósofo, quando os juristas se debatem sobre direitos e obrigações, especialmente diante de casos nos quais reina a incerteza sobre estes conceitos, recorrem a padrões que não são regras e sim princípios e políticas. No entanto, Dworkin constata (2002, p.36) que os positivistas ignoram esses padrões e tratam princípios e políticas como se fossem “regras manquées”, padrões extrajurídicos. Em suas palavras:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extra-jurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que, na verdade, eles não passam de plantas. (DWORKIN, 2002, p.63)

E sempre se contrapondo ao ideário positivista, o autor, no decorrer das obras citadas, busca demonstrar as falhas destes postulados para, a partir daí, construir suas teses.

2.1.1 Regras e princípios

Para desenvolver sua teoria, Dworkin (2002, p.37) começa por elaborar a distinção entre regras e princípios. Assinala que tanto princípios quanto regras são normas e integram o Direito; contudo, não há como não reconhecer que estes padrões normativos apresentam significativas diferenças, ainda que ambos apresentem caráter vinculante e deontológico.

Para Dworkin (2002, p.39-40), a distinção entre regra e princípio seria, antes, uma distinção de natureza lógica: as regras têm incidência obrigatória se ocorrerem os fatos nela caracterizados. Porém, com os princípios tal não sucede, pois estes não especificam fatos aos qual uma determinada consequência deve seguir.

Continua Dworkin (2002, p.42) sua argumentação afirmando que esta primeira diferença traz consigo uma outra: os princípios possuem uma dimensão de peso e importância. Assim, inter cruzando-se os princípios, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um; porém, como esta mensuração não pode ser uma mensuração exata, o julgamento desses conflitos será sempre objeto de controvérsia.

As regras, por sua vez, não possuem essa dimensão: se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. Agrega ainda Dworkin:

... os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. (DWORKIN, 2002, p.57)

Não sendo as regras pesadas, são, pois, aplicadas à maneira de tudo ou nada (*in an all – or – nothing fashion*); isto significa que, em um conflito de regras, uma delas deve desaparecer, ou seja, ser desconsiderada. Dessa forma, conflitos entre regras são, na verdade, situações de emergência que levariam à mudança dos standards normativos já que apenas uma das normas envolvidas no conflito teria validade. Porém, importa ressaltar: sendo a regra excepcionada, não estaremos diante de um conflito, mas de uma maior precisão da regra.

Já no caso de uma colisão de princípios, não se opera nenhum tipo de revogação: a consideração de um princípio e o afastamento de outro não gera a revogação de um deles e, nesse sentido, Chamon Júnior sintetiza:

Por certo, ainda é a ressalva de que princípios contrários não são considerados como exceções uns aos outros, nem que um retira do outro sua pertinência àquilo que se entende por Direito, e mesmo porque em um caso futuro, quando não estiverem presentes fatores que impeçam a prevalência de certo princípios, este pode ser decisivo. Disso resulta que os princípios são pesados e interferem entre si sem expulsar qualquer norma da mesma espécie do âmbito do sistema jurídico. Justamente por envolver uma relação de peso é que também geram mais controvérsias. Para um determinado caso, certo princípio pode ter "maior peso" que outro envolvido na solução de caso diverso. Todavia, quanto às regras, elas não têm maior ou menor peso: elas simplesmente são aplicáveis, ou não, perante as circunstâncias de fato. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.92-93)

Todavia, é oportuno acentuar que Dworkin (2002, p.43-44), embora asseverando que distinções essenciais entre regras e princípios inegavelmente existam, acredita que nem sempre é simples estabelecer diferenças entre estes dois padrões normativos, pois "a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio"; assim, existem casos em que regras e princípios desempenham papéis bastante semelhantes, sendo a diferença entre estas normas, às vezes, adstrita à forma.

E Dworkin finaliza conclusivamente:

Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferente das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta. Os professores de direito os ensinam, os livros de direito os citam e os historiadores do direito os celebram. Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis. (DWORKIN, 2002, p.46)

Será ainda necessário ressaltarmos outro ponto essencial na teoria de Dworkin (2002, p.36): referimo-nos à distinção por ele elaborada entre princípios e políticas, ou, mais precisamente, entre argumentos de princípios e argumentos de política.

Como já dito anteriormente, o autor realça que os julgadores, freqüentemente, recorrem a padrões que não funcionam como regras: são os princípios e políticas. Mas, define “política” como aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, relativo à melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade; por outro lado, princípios seriam padrões que devem ser observados, não em função da melhoria ou avanço de uma determinada situação econômica, política ou social, mas por constituírem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Diante de um caso concreto, onde não exista uma regra clara determinando a decisão, esta poderá ser gerada por uns ou por outros. Porém, os princípios justificam as decisões fazendo com que estas respeitem ou garantam direitos do indivíduo ou de um grupo; políticas, por outro lado, justificam uma decisão demonstrando que a mesma protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.

No entanto, não sendo pressionados por demandas políticas, os juízes, decidindo baseados em argumentos de princípios, se encontrariam em melhor posição para avaliar o Direito. Assim, Dworkin (2002, p.128-132) defende a tese de que as decisões judiciais, especialmente em casos difíceis, devem ser geradas por princípios e não por políticas, concluindo que os direitos individuais devem servir como "*trunfos*" (2003, p.268) a prevalecerem sempre diante dos argumentos de políticas.

2.1.2 O Direito como integridade

A discussão acerca do papel dos princípios nos ordenamentos jurídicos vai assumir dimensões importantes em *O Império do Direito*, obra na qual Dworkin supera a distinção puramente semântica entre regras e princípios e desenvolve sua conhecida tese do Direito como integridade.

Dworkin (2003, p.260-261), defendendo a integridade como "a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas", distingue inicialmente a integridade na legislação da integridade na deliberação judicial. Na legislação, exige-se que as normas sejam criadas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade; na deliberação judicial, por sua vez, a integridade

requer, até onde seja possível, que os julgadores tratem os sistemas de normas como um conjunto coerente de princípios que “interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.” (DWORKIN, 2003, p.261)

A integridade no Direito nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. As afirmações jurídicas seriam antes, “opiniões interpretativas” (DWORKIN, 2003, p.271) e as proposições jurídicas são verdadeiras se constatarem, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. (DWORKIN, 2003, p.272)

Dessa forma, um juiz que adote a proposta do Direito como integridade deverá levar em conta não apenas a legislação, mas também princípios e precedentes jurisprudenciais. Mas, ainda que a história e precedentes sejam aspectos importantes, não se exige que os juízes entendam as leis como uma continuidade do Direito de uma geração anterior: o Direito como integridade se localiza no presente e volta-se para o passado apenas na medida em que as circunstâncias o exijam, não pretendendo recuperar ideais ou objetivos passados e, nesse sentido, Dworkin deplora o antigo (porém sempre presente) ponto de vista de que “lei é lei”. (DWORKIN, 2003, p.274)

Essencial também para que se entenda e adote a proposição dworkiana do Direito como integridade – entendida como uma coerência principiológica do sistema de normas – será a compreensão das comunidades políticas como “comunidades de princípios”. Para desenvolver sua idéia, o filósofo nos coloca diante da seguinte questão: Porque obedecemos aos comandos do Direito?

Na visão de Dworkin, obedecemos aos comandos do Direito porque vivemos em uma "comunidade de princípios", por ele descrita (DWORKIN, 2003, p.242-243) como uma comunidade na qual o grupo considera que as obrigações que existem entre seus membros inexistem perante outras pessoas que a ele não pertençam. Essas obrigações, ainda que apresentem caráter pessoal, são vistas como decorrentes de uma responsabilidade de todos para com o grupo: cada indivíduo, mesmo de forma abstrata e indireta, tem um interesse pelo bem estar coletivo. Assim, as práticas do grupo devem demonstrar igual interesse por todos os membros, o que não significaria, no entanto, a existência de um laço emotivo entre eles.

Ressalte-se ainda que Dworkin (2003, p.257) faz uma importante ponderação: uma comunidade de princípios não seria automaticamente uma comunidade justa. No entanto, em sociedades moralmente pluralistas, este modelo forneceria melhores respostas às pessoas quando estas divergem sobre questões de justiça e equidade. Por outro lado, assevera o autor (2003, p.260), a integridade não teria nenhum papel a desempenhar em uma comunidade que fosse vista por seus membros como perfeitamente justa e eqüitativa.

Este modelo de comunidade regida por princípios se contrapõe ao modelo de "comunidade regida por regras"; nesta última, os membros concordam em obedecer às normas que aceitaram ou negociaram por uma questão de obrigação, mas

não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum, com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos. (DWORKIN, 2003, p.253)

No entanto, na visão do autor, uma comunidade política genuína existe apenas quando os membros desta aceitam que são governadas por princípios

comuns e não por regras criadas por um acordo político. Assim, devemos tentar conceber as comunidades políticas como associações de princípios. E agrega Dworkin:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, dos sistemas de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros tem direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. (DWORKIN, 2003, p.254)

Dessa forma, uma comunidade de princípios não vê a legislação do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos, ou seja, como acordos negociados que não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei; para uma comunidade de princípios, a legislação seria uma decorrência do compromisso da comunidade com o precedente de moral política. (DWORKIN, 2003, p.413)

Assim, como ressalta Souza:

Os princípios serão centrais para Dworkin exatamente por isso. Somente uma comunidade fraterna, em que os princípios são compartilhados, poderá indicar aqueles valores morais que de fato e de direito estão efetivados e institucionalizados com valor deontológico de normas jurídicas, ou seja, com potencial imposição coativa e vinculante para os juízes. (SOUZA, 2006, p.161)

Infere-se daí que deveres e obrigações não podem ser decorrentes de normas cuja validade se afere pela origem como acreditavam os positivistas. Assim, o Direito vale não em razão de uma norma fundamental, mas do sistema de princípios que, para Dworkin, está na base, conferindo legitimidade às decisões das instituições políticas. Dessa forma, os princípios atuariam como a regra fundamental, ou seja, como o próprio critério de validade desses sistemas.

Além disso, Dworkin (2003), concebendo o Direito como integridade, entende que os juízes não poderiam enxergar o sistema normativo como um sistema em que fossem livres para adotar decisões discricionárias de forma arbitrária: os princípios seriam normas aptas a vincular o julgamento dos juízes, ou seja, de serem fontes de obrigações jurídicas. Porém, esse caráter de vinculação não poderá ser reconhecido sem ser fundamentado.

Por outro lado, a função dos julgadores não seria apenas apresentar uma resposta possível: por transitarem em um sistema de princípios, devem alcançar a resposta correta, que a eles cabe descobrir. Para alcançar esta resposta correta, será necessário um juiz Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas, reflexivo e autoconsciente, figura imaginária construída por Dworkin (2002, p.165) – a metáfora de um juiz ideal –, que assume o Direito como integridade e deve percorrer todo o Direito em busca da solução correta, interpretando o sistema de princípios à luz da prática das comunidades.

A tese da única resposta correta desenvolvida por Dworkin surge como alternativa à tese positivista da discricionariedade do juiz. Aqui não nos aprofundaremos nesta idéia, mas, sucintamente, poderíamos dizer que o autor entende que, mesmo diante da incerteza normativa, seja por lacuna na norma ou pela ausência da mesma, sempre será possível encontrar uma resposta correta, operando-se o sistema jurídico como um sistema de princípios. Assim, acrescenta-se, os juízes não poderiam criar normas retroativas porque têm obrigação de aplicar os princípios que integram o Direito.

A propósito, Souza (2006, p.108) pondera que “Dworkin não advoga uma licença para que cada juiz descubra na doutrina o que pensa que deveria estar lá,

entendendo que o dever dos juízes é interpretar a história jurídica que encontram, e não inventar uma história melhor”.

Finalmente, seria essencial ainda assinalar que o autor assume, inegavelmente, a ligação entre Direito e Moral e defende que os juízes, às vezes, devem emitir julgamentos de moralidade política para decidir sobre os direitos jurídicos dos litigantes. (DWORKIN, 2002, p.141). Não se refere o autor, no entanto, a uma moralidade pessoal do julgador ou a uma “moral política abstrata e atemporal” (DWORKIN, 2003, p.260), mas a uma moralidade plasmada dentro das tradições jurídicas das comunidades. Assim, na teoria dworkiana, Direito e Moral não são conceitualmente independentes: junto a direitos legais, existem direitos morais e estes não pertencem a ordenamentos conceituais diferentes.

Mas, nesta esteira, pode-se questionar: não seria então Dworkin partidário do jus naturalismo? Relativamente a este ponto, Chamon Júnior pontua:

Todavia, como ressalta Calsamiglia, no prólogo à obra do autor, não se pode pensar a doutrina do pensador como filiada a uma corrente que propõe um supra direito universal e instável, baseado em uma "Moral objetiva". Na verdade, Dworkin parte de uma concepção de integridade que envolve obrigações e direitos recíprocos fundados em um sistema de princípios historicamente formado e assumido. São, nesse sistema, que se encontram definidas as recíprocas obrigações: não se fundamenta em uma noção a priori, mas sim socialmente construída. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.98)

2.1.3 A metáfora do romance em cadeia

Ainda em o Império do Direito, Dworkin (2003, p.275) compara os processos interpretativos no Direito aos processos interpretativos literários e constrói uma metáfora: a metáfora do romance em cadeia, comparando as decisões judiciais a capítulos de um romance no qual cada momento histórico corresponderia a um capítulo de um romance maior. Espera-se que os romancistas criem, em conjunto,

um romance unificado da melhor qualidade possível e Dworkin assim descreve esse processo:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista em cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo que é então acrescentado ao que recebeu para escrever um novo capítulo que é acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade da tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p.276)

Escrevendo a partir do material recebido, cada autor da cadeia deve proceder a uma avaliação geral do que já foi escrito e, ao se deparar com o que já foi escrito, deve adotar um ponto de vista sobre o romance que vai se formando. Da mesma forma, os julgadores, ocupando uma posição semelhante à de escritores em cadeia, teriam a função de dar um nexos lógico à história. Devem, sem dúvida, considerar o já dito pelos juízes anteriores, mas isto não significa que estejam obrigados a se prenderem unicamente ao que se encontra assentado jurisprudencialmente, sendo-lhes possível, inclusive, mudar o rumo da história de acordo com as possibilidades verificadas no presente.

Dworkin (2003, p.277) assinala ainda que as interpretações de cada escritor podem apresentar duas dimensões. A primeira dimensão – a dimensão da adequação – diz respeito à compatibilidade com o que já foi escrito pelos precedentes na cadeia: cada romancista deverá adequar seu ponto de vista interpretativo ao já escrito. Para escolher a sua interpretação da história, ele, necessariamente, se voltará às suas próprias convicções, mas, ainda que em sua decisão estejam presentes convicções pessoais, requer-se que a interpretação seja coerente com a história anterior.

Contudo, lembra Dworkin (2003, p.278), o romancista pode considerar também mais de uma interpretação como possível. Esta será a segunda dimensão da interpretação, que vai exigir do autor em cadeia que ele julgue qual das leituras possíveis se ajusta melhor à obra que está sendo desenvolvida, depois de se considerar todos os aspectos do caso.

Enfim, o Direito como integridade pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário e a metáfora evidencia que os juizes reconstroem o Direito a cada nova sentença; seriam assim, igualmente autores e críticos, introduzindo acréscimos nas tradições que interpretam. (DWORKIN, 2003, p.275)

2.1.4 A integridade e a interpretação das normas constitucionais

Posteriormente, em *O domínio da vida* (DWORKIN, 2005), obra na qual o autor trata especificamente da legalidade do aborto e do direito à eutanásia, reitera-se a defesa da tese da integridade no Direito, mas detém-se, especialmente no quinto capítulo dessa obra, na questão da interpretação das normas constitucionais.

Remetendo-se à história constitucional americana, Dworkin (2005) realça o elevado teor de abstração dos termos da linguagem com a qual os direitos fundamentais foram inseridos na Constituição. Em decorrência dessa abstração, os juízes da Suprema Corte Americana estão sempre se defrontando com a questão da interpretação dessas normas, que envolvem difíceis e profundas concepções de moral política, sobre as quais filósofos, estadistas e cidadãos vêm se debatendo há séculos sem chegar a uma perspectiva de consenso. Diante desse grau elevado de abstração dessas normas, como interpretá-las?

A este respeito, Dworkin critica a posição dos conservadores³, mais especificamente da corrente revisionista/originalista e o entendimento desta de que a Constituição significa apenas aquilo que aqueles que originalmente a escreveram pretendiam; assim, as cláusulas abstratas sobre direitos fundamentais, na visão dos originalistas, deveriam ser entendidas como afirmações de acordos históricos concretos e detalhados.

No entanto, aduz Dworkin (2005, p.170), a intenção dos legisladores originais foi, com certeza, comprometer a nação com princípios abstratos de moral política; dessa forma, a controvérsia sobre o que realmente significam as cláusulas constitucionais instalar-se-á sempre, inevitavelmente.

E, sendo da Corte Suprema a última palavra a respeito do significado dessas cláusulas nos casos concretos, o poder dos juízes se revelará sempre muito grande. Daí, evidencia-se a necessidade de se estabelecer limites a este poder. Porém, como estabelecer esses limites? Segundo Dworkin,

os juízes devem justificar suas sentenças por meio de argumentos de princípios e de integridade, que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública, cuja influência deveria ser sentida sempre que os presidentes nomeiam os juízes. (DWORKIN, 2005, p.173)

Prosseguindo, Dworkin (2005, p.178) aduz que a integridade deve se afirmar não só verticalmente, mas também horizontalmente. Verticalmente, devido à necessidade de se demonstrar que as decisões são compatíveis com os princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais do texto constitucional. Horizontalmente porque, atribuindo-se importância a um

³ Buscando demonstrar a fragilidade das teses dos originalistas, Dworkin lembra como exemplo a Oitava Emenda da Constituição Americana que declara que as punições cruéis são inconstitucionais. Porém, na época de sua elaboração, seus autores, com certeza, não consideravam que o açoite

princípio em determinado caso, dever-se-á atribuir-lhe importância integral na decisão de outros casos que vier a decidir ou endossar, mesmo em esferas do Direito aparentemente não análogas.

Porém, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade poderia ser capaz de produzir sentenças judiciais uniformes. Daí que o ponto central da integridade será o princípio, não a uniformidade, uma vez que o povo americano é governado não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne da História americana.

Finalizando nossas considerações a respeito da obra de Dworkin, consideramos oportuno retomar o Império do Direito (2003, p.488 e ss) onde, no epílogo, o autor se coloca diante da seguinte questão: "O que é o Direito?"

A esta indagação, responde Dworkin (2003, p.489): o Direito é um conceito interpretativo e, rejeitando o convencionalismo e o pragmatismo, reitera a adoção de uma concepção do Direito como integridade, que compreende doutrina e jurisdição. Isto faz com que "o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes", mas de interpretações mais refinadas e concretas da prática jurídica.

Assim, conclui, a integridade não se impõe por si mesma. É necessário o julgamento, mas este julgamento deve ser estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas. Dessa forma, "o julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada". (DWORKIN, 2003, p.489)

público fosse um castigo cruel, uma vez que esta era uma prática comum. Assim, de acordo com a corrente originalista, esta punição seria nos dias de hoje, aceitável e permitida.

2.2 ROBERT ALEXY E A PONDERAÇÃO DE VALORES

2.2.1 A distinção entre regras e princípios

Em sua obra, *Teoria de los derechos fundamentales* (1997), Alexy destaca a importância da distinção entre regras e princípios como chave para a solução de problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais.

Começa Alexy (1997, p.83) por afirmar que tanto regras quanto princípios são normas uma vez que ambas as categorias são razões para juízos concretos de dever-ser e podem ser formuladas com a ajuda das expressões deônticas básicas – a permissão e proibição. Porém, o critério da generalidade – a partir do qual se considera os princípios como normas de grau de generalidade alto e as regras como normas com um nível de generalidade baixo – não seria adequado para se estabelecer essa diferença.

Assim, afirma Alexy: “As normas pueden dividirse en reglas e principios y entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa.”⁴ (ALEXY, 1997, p.86)

Para Alexy (1997, p.86-87), a diferença essencial entre as duas categorias de normas residiria no fato de que os princípios seriam “mandados de otimização”, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podendo ser cumpridos em diferentes graus. As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas

⁴ “As regras podem dividir-se em regras e princípios e entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual, mas qualitativa”.(ALEXY, 1997, p.86, tradução nossa)

ou não. Dessa forma, princípios seriam razões *prima facie* enquanto as regras seriam razões definitivas. As regras dizem que algo deve-ser e, os princípios, que aparentemente algo deve ser.

A distinção entre princípio e regra se mostraria de forma muito clara na ocorrência de colisões de princípios e/ou conflitos de regras, levando-se em consideração a forma de solucionar o conflito. Um conflito de regras só pode ser solucionado pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção, cláusula esta que eliminaria o conflito, declarando inválida pelo menos uma das regras. Porém, no caso de colisão de princípios, um deles deverá ceder ao outro, o que não significa declarar inválido o princípio desprezado: debaixo de determinadas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro, em outras circunstâncias, no entanto, a questão poderia ter uma solução inversa.

Daí que, nos casos concretos, os princípios apresentam diferentes pesos e o princípio com maior peso deverá prevalecer. Assim, conclui Alexy que “Os conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁵ (ALEXY, 1997, p.89)

Neste ponto, pondera Galuppo (1999, p.6) que a idéia de peso nos leva a concluir que a solução de um conflito de princípios envolve uma hierarquização dos mesmos, não de forma absoluta, mas uma hierarquização considerando o caso concreto. É nesse aspecto que a solução do conflito entre princípios difere da solução do conflito de regras: este último tem existência em abstrato, enquanto o

⁵ “Os conflictos de reglas se dão na dimensão da validade, a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso”. (ALEXY, 1997, p.89, tradução nossa).

conflito entre princípios só tem existência e, portanto, solução, diante de uma situação fática.

2.2.2 A “ponderação” de interesses

Para a solução dos conflitos de princípios, Alexy (1997, p.160-161) propõe então a “ponderação” de interesses opostos. O mecanismo de ponderação proposto por Alexy consiste em determinar qual dos interesses possui maior peso no caso concreto, devendo se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental⁶. Ressalta Alexy que, a partir das ponderações já realizadas pelo Tribunal Constitucional alemão, poderia ser formulada uma regra, que ele denomina “Lei da Ponderação”, que seria traduzida da seguinte maneira: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁷. (ALEXY, 1997, p.161)

Cada um dos princípios contrapostos, concretamente, limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro: a situação não será solucionada, declarando que um dos princípios não é válido e eliminando-o do sistema jurídico. A solução da

⁶ Exemplificando sua idéia, Alexy recorre a uma sentença do Tribunal alemão que versa sobre a incapacidade processual (o indivíduo não teria capacidade para comparecer à audiência oral devido ao risco de sofrer um infarto em virtude das tensões que este comparecimento lhe traria).

O conflito instalado seria: O dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal X o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos. Esta relação de tensão não poderia ser solucionada no sentido de uma prioridade absoluta de um desses deveres do Estado: o conflito deverá ser solucionado através de uma ponderação de interesses opostos. Se a ponderação tem como resultado que o interesse do acusado tem, no caso concreto, um peso manifestamente maior do que a preservação da medida estatal, então a intervenção violaria o princípio da proporcionalidade e, com ele, o direito fundamental. Esta seria tipicamente uma situação de colisão de princípios: de um lado, a obrigação de manter o maior grau possível de aplicação do direito penal. De outro, a obrigação de afetar o menos possível a vida e a integridade física do acusado.

⁷ “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 1997, p.161, tradução nossa).

colisão, levando em conta as circunstâncias do caso, consistirá em se estabelecer, entre os princípios, uma relação de precedência condicionada.

A determinação dessa relação de precedência condicionada implica a indicação das condições sob as quais um princípio precede ao outro. Ou seja, sob determinadas condições a questão teria uma solução; sob outras circunstâncias, a precedência seria solucionada inversamente. Enfatiza Alexy (1997, p.95) que, apesar de não existirem relações absolutas de precedência, alguns princípios possuiriam maiores condições de, em tese, prevalecerem sobre outros, como, no caso alemão, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.⁸ Isso porque

*para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grau de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos*⁹. (ALEXY, 1997, p.106)

Essa relação de precedência é estabelecida a partir da chamada “Lei de Colisão”, expressa da seguinte maneira: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.¹⁰ (ALEXY, 1997, p.94)

Assim, a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei da colisão, o estabelecimento de uma regra que valeria naquelas condições fáticas e jurídicas: quando um tribunal entende que um princípio precede ao outro, ele afirma,

⁸ Acentua Alexy (1997, p.109) que a isto o Tribunal Constitucional Alemão dá o nome de “âmbito essencial absolutamente protegido”, mas não significa uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência. Isto conduzirá Alexy a afirmar que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto.

⁹ “... para o princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência em que se verifica um alto grau de certeza acerca de que o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos”. (ALEXY, 1997, p.106, tradução nossa)

em essência, que existe uma regra que determina que aquele princípio prevalecerá naquela situação fática.

2.2.3 A máxima da proporcionalidade

Após formular a Lei de Colisão, Alexy (1997, p.111) enfatiza a estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade na solução de eventuais colisões entre princípios de direitos fundamentais, acentuando que o caráter dos princípios, como mandados de otimização, implica necessariamente a utilização da máxima da proporcionalidade¹⁰.

De acordo com Alexy (1997, p.114), a proporcionalidade de uma medida seria verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, da necessidade do meio utilizado e ainda pela aplicação estrito senso da proporcionalidade. Esses critérios são as denominadas “máximas parciais” da proporcionalidade.

¹⁰ As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente (ALEXY, 1997, p.94, tradução nossa)

¹¹ A respeito da máxima da proporcionalidade, e sua aceitação entre nós, considera Bonavides (2003) que, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Em uma dimensão estrita, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que estes se concretizam.

Na consideração de casos envolvendo direitos fundamentais, segundo ainda Bonavides, o princípio ganha extrema importância. E assim, tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia já não vacilam em fazer uso freqüente do princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.

Foi depois da Segunda Guerra Mundial, após o Advento da Lei Fundamental, e, sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como em outros países, uma larga aplicação de caráter constitucional. O princípio não entrou formalmente no texto da Lei Fundamental de Bonn, mas certamente se tornou um dos princípios cardiais do Direito Constitucional daquele país, sobretudo no tocante à matéria de direitos fundamentais e limitações que a esse respeito se faz mister impor à ação do Estado. Com base na jurisprudência constitucional da Alemanha, a doutrina consolidou os três elementos que governam a composição do princípio em tela: a adequação dos meios, a necessidade do emprego dos mesmos e a proporcionalidade estrito senso.

A máxima da adequação traduzir-se-ia no dever de se utilizar o meio mais adequado para a persecução do fim desejado. A máxima da necessidade do meio utilizado determina que o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo, de tal modo que “el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo”¹².

Quanto à terceira máxima, da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy identifica-a com a Lei da Ponderação propriamente dita, à qual já nos referimos no início: a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios vai depender do grau de importância da satisfação do outro.

2.2.4 A teoria dos princípios e a teoria dos valores

Passando à questão da relação entre princípios e valores, Alexy (1997, p.138) assevera que é fácil reconhecer que princípios e valores encontram-se estreitamente vinculados entre si em um duplo sentido: primeiramente, da mesma maneira que se pode falar de uma colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, pode-se também falar de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores. Por isso, enunciados do Tribunal Federal Alemão sobre valores podem ser reformulados em enunciados sobre princípios e enunciados sobre princípios, em enunciados sobre valores, sem nenhuma perda de conteúdo.

Porém, Alexy (1997, p.147) não deixa de explicitar a diferença entre as duas categorias: os princípios, como mandados de otimização, pertenceriam ao âmbito

¹² “O fim não possa ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo”. (ALEXY, 1997, p.114, tradução nossa).

deontológico. Os valores, por sua vez, encontram-se incluídos em um nível axiológico. E, dessa forma, a diferença entre princípios e valores se reduziria a um ponto: o que é no modelo dos valores *prima facie* melhor, é, no modelo dos princípios, o *prima facie* devido; e o que é no modelo de valores, definitivamente o melhor, é, no modelo de princípios, o definitivamente devido. Diz Alexy: "Así, pues, los principios y los valores se diferenciam sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente"¹³. (ALEXY, 1997, p.147)

Assinala, no entanto, que o Direito trata do que é devido e isto fala em favor do modelo de princípios e este teria a vantagem de expressar claramente o caráter do dever ser; além disso, o conceito de princípio daria lugar a interpretações menos "falsas" do que o conceito de valor. Assim, ambos os aspectos seriam importantes para a preferência pelo modelo de princípios.

Por outro lado, prossegue Alexy, não existiria dificuldade em passar da constatação de que uma determinada solução é a melhor do ponto de vista do Direito Constitucional à constatação de que é devida jusconstitucionalmente e conclui que "si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios"¹⁴. (ALEXY, 1997, p.147)

¹³ "Assim, pois, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente". (ALEXY, 1997, p.147, tradução nossa)

¹⁴ "Se se pressupõe a possibilidade de fazer isso, é perfeitamente possível partir, na argumentação jurídica, do modelo dos valores no lugar do modelo de princípios". (ALEXY, 1997, p.147, tradução nossa)

2.2.5 Objeções ao modelo alexyano

A crítica mais notória à “teoria dos valores” e ao método da ponderação formulados por Alexy se faz no sentido de que os modelos interpretativos arquitetados por Alexy conduziram a uma perda de racionalidade nas decisões. As objeções se dirigem, assim, contra uma subjetividade inerente a uma ordem de valores. Os argumentos metodológicos, por sua vez, se dirigem, primeiramente, contra uma ordem de valores no sentido de uma ordem hierárquica, mas também contra a técnica da “ponderação”.

Alexy (1997, p.158) responde a seus críticos argumentando que as colisões de princípios podem ser solucionadas contrapondo-se ao modelo de decisão um modelo de fundamentação.

Em ambos os modelos, o resultado da ponderação será um enunciado de preferência condicionado, mas, no modelo de decisão, o estabelecimento do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico que conduz à determinação do enunciado de preferência.

Ao contrário, uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado; ou seja, o problema da racionalidade da ponderação estará ligado à questão da possibilidade da fundamentação de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos. Alexy (1997, p.159) sugere, para esta fundamentação, que se recorra à vontade do legislador constitucional ou às conseqüências negativas de uma dada determinação, aos consensos dogmáticos ou às decisões anteriores.

Argumenta ainda Alexy que tampouco seria correta a objeção segundo a qual não haveria nenhuma pauta sob a base da qual se pudesse decidir a ponderação:

esta seria, pois, uma fórmula vazia. Certamente, pondera Alexy (1997, p.168), a lei da ponderação não formula nenhuma pauta para que os casos possam ser decididos definitivamente, porém, o modelo de ponderação vai proporcionar um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. E, através das ponderações da jurisprudência e das propostas de ponderação da ciência dos direitos fundamentais, surgiria, com o transcurso do tempo, uma rede de regras concretas, adscritas às distintas disposições de direito fundamental e estas passariam a representar uma base importante e central da dogmática.

Finalmente, Alexy (1997, p.171) responde às objeções invocadas em defesa do Estado de Direito. Essas objeções sustentam que a interpretação das normas de direito fundamental, dentro da proposta alexyana, possibilitariam a apresentação de resultados de ponderação muito diferentes como mandados jurídicos constitucionais, resultando daí a insegurança da Constituição.

Esta objeção poderia afetar a teoria, contrapõe Alexy, se o modelo puro de regras pudesse garantir uma medida maior de sujeição à Constituição do que o modelo de regras /princípios por ele proposto. Porém, o modelo de regras teria se mostrado inadequado para assegurar essa sujeição, sendo necessário uma complementação do nível das regras com o nível dos princípios. Logo, não existiriam alternativas aceitáveis para garantir uma medida maior de segurança jurídica do que o modelo de regras e princípios¹⁵.

¹⁵ No artigo Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático (in: Revista de Direito Administrativo – n. 217 – ed. Renovar – jul.-set. 1999, p.78) Alexy assevera que a teoria dos princípios, além de ser capaz de estruturar racionalmente as questões das colisões de direitos fundamentais, apresenta ainda uma outra vantagem: possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras somente conhece a alternativa da validade ou não validade. Pondera Alexy que, em uma Constituição como a brasileira – na qual foram inseridos “generosamente” inúmeros direitos fundamentais sociais, a tendência será de uma forte pressão de declarar estes princípios como não-vinculativos, portanto como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a Constituição sem exigir o “impossível”.

2.3 ALEXY E DWORKIN: APROXIMAÇÕES E DIVERGÊNCIAS

O ponto de partida de Ronald Dworkin e Robert Alexy para a construção de suas teorias foi certamente o mesmo: a compreensão de que a lógica positivista, dentro de sua rigidez normativa, mostrava-se incapaz de resolver os casos apresentados e de fornecer respostas corretas e fundamentadas para todas as questões jurídicas.

Contudo, ainda que suas teses apresentem pontos em comum, diferenças significativas podem ser detectadas. Estas diferenças de perspectivas, bem como as aproximações conceituais, é que tentaremos focalizar a seguir.

Inicialmente, como já visto neste mesmo capítulo, destaque-se que tanto Alexy como Dworkin consideram regras e princípios como pertencentes à categoria das normas, portanto, como modalidades deônticas básicas, reconhecendo ambos a força vinculativa dos princípios.

Alexy (1997, p.82-83) rejeita o critério da generalidade para o estabelecimento das diferenças entre estes dois padrões normativos e afirma que as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não; o mesmo não ocorre com os princípios, que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. São, pois, “mandados de otimização” (ALEXY, 1997, p.86) na medida em que podem ser cumpridos em diferentes graus. Assim, defende um modelo de interpretação do Direito através de uma “ponderação ou balanceamento de bens ou interesses” (1997, p.157). Esse aspecto é fundamental na perspectiva alexyana e será, sem dúvida, o ponto que marca a diferença essencial entre os dois teóricos.

Alexy, inclusive, reconhece que “la distinción presentada se parece a la de Dworkin. Pero se diferencia de ella en un punto esencial, es decir, la caracterización de los principios como mandatos de optimización”¹⁶ (ALEXY, 1997, p.87). Ou seja, Dworkin não entende que os princípios possam ter aplicação gradual.

Registre-se ainda que Alexy (1997, p.111) acentua que Dworkin tem um conceito mais estrito sobre os princípios. Em suas palavras:

*Dworkin concibe el concepto de principio de una manera mas estrecha. Según él, principios son sólo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos individuales las llama “policies”. Sin duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero, no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual. (ALEXY, 1997, p.111)*¹⁷

No entanto, para Alexy (1997, p.109,110), princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a direitos coletivos, salientando que o Tribunal Constitucional alemão oferece uma expressiva quantidade de exemplos de bens coletivos como objetos de princípios: a saúde pública, o abastecimento energético, a segurança da estrutura interna da República Federal da Alemanha, dentre outros. O fato de um princípio se referir a este tipo de bens coletivos significa que ele ordena a criação ou manutenção de situações que satisfazem na mais alta medida possível, ou de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade ou satisfação de direitos individuais.

¹⁶ “A distinção apresentada se parece com a de Dworkin. Porém se diferencia dela em um ponto essencial, quer dizer na caracterização dos princípios como mandatos de otimização”. (ALEXY, 1997, p.87, tradução nossa)

¹⁷ “Dworkin concebe o conceito de princípio de uma maneira mais estreita. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser apresentadas como razões para direitos individuais. As normas que se referem a direitos individuais, ela as chama de “policies “. Sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante. Porém, não é necessário nem funcional ligar o de princípio ao conceito de direito individual.”(tradução nossa)

Por fim, assinale-se que, relativamente às propostas de interpretação jurídica também vão os dois juristas divergir substancialmente.

Dworkin (2003, p.213-328) propõe o ideal interpretativo da integridade no Direito, buscando encontrar no conjunto coerente de princípios das comunidades o fundamento para a melhor interpretação dos casos colocados à apreciação dos juízes: o Direito seria, antes de tudo, uma atitude interpretativa, auto – reflexiva e construtiva e, dentro desta perspectiva, os princípios, ao contrário das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios. Nessa hipótese, estaríamos diante de uma "concorrência" de princípios e não de uma contradição ou tensão.

Alexy (1997, p.138), por seu turno, vai tentar estabelecer uma correlação entre princípios e valores que, em sua visão, encontram-se estreitamente vinculados. Como vimos, para ele, da mesma maneira que se pode falar de uma colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, pode-se também se falar de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; assim, o cumprimento gradual dos princípios teria seu equivalente na realização gradual dos valores. Em decorrência, os enunciados sobre valores poderiam ser reformulados em enunciados sobre princípios e enunciados sobre princípios, em enunciados sobre valores, sem nenhuma perda de conteúdo. (ALEXY, 1997, p.139)

Mas, necessário repetir, Alexy não deixa de reconhecer a diferença entre princípios e valores, afirmando pertencerem os primeiros ao âmbito deontológico; os valores, por sua vez, devem ser incluídos em um nível axiológico. Contudo, com propriedade, Chamon Júnior chama nossa atenção nesse sentido, dizendo ser uma farsa esta "roupagem deontológica" que Alexy diz conferir aos princípios, asseverando que:

Definitivamente, a roupagem deontológica que Alexy pretende imprimir aos princípios, como ele os concebe, não se trata mais que uma farsa. Por baixo de sua pretensão de validade enunciada, encontramos uma operacionalização axiológica das normas de otimização. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.108)

Resta óbvio que, em uma leitura deontológica, uma norma não pode ser otimizada, mas tão somente aplicada ou não. Como passaremos a abordar no próximo item, essa é também a visão de Habermas: normas deontologicamente compreendidas vinculam de forma legítima, enquanto valores, absolutamente, não apresentam esta capacidade.

2.4 HABERMAS: NORMAS E VALORES

As reflexões de Habermas relativamente à questão dos princípios e a sua correspondência com valores, foram especialmente desenvolvidas na conhecida obra do autor *Direito e democracia – entre faticidade e validade* (2003, p.314-323).

Habermas (2003, p.315) começa por assinalar que o Tribunal Federal Alemão considera a lei fundamental não como um sistema de regras estruturado através de princípios, mas sim como uma ordem concreta de valores. Porém, o autor se contrapõe a este entendimento afirmando que direitos não podem ser assimilados a valores em razão da necessidade da compreensão deontológica das normas. Entendidos como normas, os princípios, sem exceção, obrigam seus destinatários a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, apresentando, portanto, uma pretensão de validade binária: seriam, assim, válidos ou inválidos.

Valores, ao contrário, apresentam um sentido teleológico e são compreendidos por Habermas (2003, p.316) como “preferências compartilhadas intersubjetivamente” em coletividades determinadas. Dessa maneira, determinam relações de preferência: alguns bens são mais atrativos do que outros e podem, portanto, ser otimizados, preferidos. Como o assentimento a proposições valorativas pode ser realizado em diversos graus, será possível o seu sopesamento, procedimento impossível quando tratamos de normas.

Outra consequência da validade deontológica das normas é o seu sentido absoluto de obrigação incondicional e universal – “o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos” (2003, p.316) –, ao passo que a atratividade de valores tem um sentido relativo de uma apreciação de bens, não apresentando um caráter obrigatório.

Prossegue Habermas (2003, p.317) alertando que normas diferentes não podem contradizer umas às outras: se pretendem validade no mesmo círculo de destinatários, devem estar inseridas num contexto coerente, formando um sistema. Valores distintos, por sua vez, concorrem para obter a primazia no âmbito de uma cultura, constituindo-se como “configurações flexíveis e repletas de tensões”.

Assim, sintetizando, poderíamos dizer, com Habermas (2003, p.317), que normas e valores distinguem-se:

- a. através de suas respectivas referências ao agir obrigatório (deontológico) ou teleológico;
- b. pela sua codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade;
- c. através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa;
- d. e, finalmente, por critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer.

Portanto, assevera Habermas, será forçoso concluir que, por se distinguirem segundo estas qualidades lógicas, normas e valores não podem ser aplicados da mesma maneira: “À luz das normas, é possível decidir o que deve ser feito; no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento seria recomendável”. (HABERMAS, 2003, p.317).

Enquanto normas, os direitos fundamentais regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam uma ordem simbólica de uma comunidade jurídica particular.

Realça ainda o autor ser inegável que conteúdos teleológicos entram no Direito, porém, em suas palavras:

... o Direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do Direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formadas segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003, p.318)

Esta concepção da lei fundamental como uma ordem de valores permite a consideração dos princípios como “mandamentos de otimização”, conforme recomenda Alexy. Porém, Habermas critica este modelo, e, citando Denninger, comunga a idéia de que “o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica”. (DENNIGER, 1990, p.147 *apud* HABERMAS, 2003, p.321)

Logo, como valores não apresentam um caráter deontológico, a avaliação de sua importância será realizada seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários ou ainda, sob uma análise de custos e vantagens. Dessa forma, ao se adotar uma ordem de valores como base de uma prática de decisão, argumentos

funcionalistas podem prevalecer sobre os normativos, crescendo o perigo de juízos irracionais e irrefletidos.

Assim, finaliza Habermas (2003, p.323), uma jurisprudência orientada por princípios não deve pretender arbitrar sobre equilíbrio de bens e valores ainda que consideremos que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível; mas esta flexibilidade deverá estar sempre sob a reserva da coerência para garantir que as normas se agrupem em um sistema afinado, admitindo-se para cada caso uma única solução correta.

3 A DOUTRINA BRASILEIRA: REFLEXÕES E CONTRIBUIÇÕES

“Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua aplicação, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não”.

CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p.68

Como já assinalamos na Introdução desse trabalho, a discussão relacionada aos princípios, hoje, gira, principalmente, sobre a melhor alternativa teórico/metodológica para a aplicação destes. E, realmente, muito se tem discutido a esse respeito, ainda que se perceba, entre nós, um alinhamento cada vez mais nítido ao pensamento de Robert Alexy. Porém, o debate encontra-se aberto, pois a adoção desse modelo, como já ressaltamos, vem encontrando sérias objeções.

Assim, tentaremos focalizar, neste tópico, as idéias desenvolvidas por doutrinadores brasileiros de expressão, relativamente ao assunto em pauta.

3.1 OS ADEPTOS DO MODELO ALEMÃO E DO “JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE”

Começando com Paulo Bonavides, constatamos que este, na obra *Curso de Direito Constitucional*, pretende realçar a extrema importância dos princípios constitucionais nas ordens jurídicas contemporâneas. Assim, após descrever a evolução da questão em uma perspectiva histórica, Bonavides (2003, p.261 e ss)

defende uma visão principiológica do Direito e a adoção de uma “jurisprudência de princípios”, que outra coisa não seria do que uma “jurisprudência de valores”.

Acompanhando, de maneira didática, a caminhada teórica dos Princípios Gerais do Direito até sua conversão em princípios constitucionais, Bonavides reconhece três fases distintas neste percurso: a jus-naturalista, a positivista e a pós – positivista. Descreve o entendimento dos jusnaturalistas, que concebiam os princípios como normas estabelecidas pela reta razão: seriam princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal. Acentua, assim, que a fase jusnaturalista caracterizou-se por uma consideração abstrata dos princípios.

Adotando a diferença formulada pelo autor espanhol Rodrigues Paniagua, Bonavides (2003, p.263) assinala o contraste entre a concepção jusnaturalista e a concepção positivista: enquanto o jusnaturalismo entendia que um ideal de justiça impregnaria a essência dessas normas, os positivistas, por sua vez, introduziram os princípios nos Códigos visando preencher lacunas advindas do vazio normativo. Estes exerceriam, pois, dentro desta última concepção, uma função meramente supletiva.

Assim, nas palavras de Bonavides:

O juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucionais meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica. (BONAVIDES, 2003, p.263)

De acordo com Bonavides, a terceira fase, do pós-positivismo, corresponderia aos grandes momentos das últimas décadas do século XX: as novas constituições, em geral, acentuando a “hegemonia axiológica dos princípios”, vieram por abaixo o positivismo ortodoxo. Além disso, foram de grande importância as críticas formuladas

ao pensamento positivista por teóricos de renome, especialmente Dworkin, que, reconhece Bonavides (2003, p.277), teria sido dos primeiros a afirmar o papel e a função essencial dos princípios constitucionais nos sistemas jurídicos e a realçar seu caráter normativo. Considera este autor que Ronald Dworkin contribuiu, de forma inegável, para mostrar um novo ângulo da questão, ao elaborar a importante distinção entre regras e princípios, essencial para a moderna concepção de normas jurídicas.

Bonavides (2003, p.278) refere-se ainda, de maneira enfática, à contribuição decisiva de Robert Alexy para o desenvolvimento das teorias de Dworkin: Alexy teria corrigido as insuficiências da teoria do jurista americano, utilizando-se de maior rigor científico e firmado uma tendência axiológica de compreensão do fenômeno constitucional. Mas, acredita Bonavides que a distinção entre regras e princípios elaborada por Alexy seria, na essência, a mesma de Dworkin (conclusão que, em nosso entendimento, não resiste a uma leitura mais atenta das teses dos dois juristas, conforme buscaremos demonstrar ao longo desse trabalho).

Na esteira da obra de Alexy, Bonavides enxerga uma contigüidade entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores, pois esta última se encontraria subjacente à primeira. Realça Bonavides que Alexy teoriza na direção de uma “jurisprudência de valores” e nisto residiria “a sua inteira contemporaneidade bem como a importância vanguardeira de seu pensamento jurídico no tocante ao valor normativo dos princípios”. (BONAVIDES, 2003, p.280)

Em síntese, o autor assevera que a jurisprudência de princípios domina a idade do pós-positivismo e que a proclamação da normatividade destes vem sendo corroborada pela jurisprudência das Cortes Supremas, evidenciando-se uma

tendência “irresistível” à valoração destes padrões normativos como normas-chave de todo o sistema jurídico. Nesse ponto, agrega:

Daqui já se caminha para o passo final desta incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. (BONAVIDES, 2003, p. 288)

Considerando que “as regras vigem, os princípios valem” (BONAVIDES, 2003, p.288), conclui que os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição e a ordem jurídica. Dessa forma, não exercem uma função supletiva e subsidiária para serem utilizados apenas nos casos de insuficiência normativa; hoje, como normas constitucionais, os princípios atingiram um patamar mais alto, tornando-se normas supremas, critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, ressaltando-se, dentre eles, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, que passaram a figurar como esteios da ordem política e da paz social.

Resumindo a questão, o autor conclui que se encontram consolidados os seguintes pontos em relação aos princípios constitucionais:

- Mudança de perspectiva: passaram os princípios do campo da mera especulação metafísica e abstrata para o campo positivo do Direito;
- distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma;
- suspensão da identificação clássica entre princípios e normas;
- proclamação da normatividade dos primeiros;

- perda do caráter de normas programáticas;
- deslocamento do debate da esfera jusfilosófica para o domínio da ciência jurídica;
- hegemonia e preeminência dos princípios nas ordens jurídicas.

Por seu turno, o constitucionalista Luís Roberto Barroso vem também se destacando pela sua dedicação ao tema. Barroso, em numerosos artigos, reitera a postura de Bonavides e promove a defesa da “ponderação de valores” como técnica ideal de interpretação constitucional quando estiverem em pauta questões relacionadas aos princípios e direitos fundamentais.

Barroso (2004, p.3) começa por lembrar que, ao longo do séc. XX, o Direito pátrio passou a se utilizar crescentemente de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados tais como dano moral, justa indenização, ordem pública, dentre outros. Dessa forma, acredita que o próprio ordenamento jurídico passou a transferir competência decisória do legislador para o intérprete; o juiz, hoje, exerceria claramente uma função integradora da norma e nessa atividade, ainda que os parâmetros sejam fornecidos pela lei, a determinação da vontade legal só será possível à luz do caso concreto, examinando-se os elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados.

Passando à questão da ascensão dos princípios à categoria de normas, acredita Barroso que a carga axiológica destes e a sua dimensão ética conquistaram eficácia jurídica e aplicabilidade, ainda que expressem valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Porém, designando os princípios estados ideais, sem especificar a conduta a ser seguida, a atividade do intérprete na análise dos mesmos será complexa, não só devido ao seu caráter aberto, mas também porque, em uma ordem democrática, eles estarão sendo frequentemente contrapostos.

Enfatiza ainda Barroso (2004, p.4) que, colocados no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, os direitos fundamentais apresentam as mesmas características normativas dos princípios; e, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes, como por exemplo, o direito de propriedade/ função social da propriedade; a segurança pública / a liberdade individual; os direitos da personalidade / a liberdade de expressão, também estes direitos entram frequentemente em tensão dialética.

Contudo, os critérios tradicionais não estariam aptos para a solução desses conflitos normativos; devido à ausência de soluções em tese para o conflito, caberá ao intérprete, aferindo o peso de cada princípio contraposto, fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo dos valores em tensão. Assim, defende Barroso (2004, p.8-11, enfaticamente, a técnica da ponderação de valores alexyana.

Considera Barroso (2003, p.153) que a subsunção simples não seria suficiente para lidar com situações de colisão de normas principiológicas por não ser constitucionalmente adequada, uma vez que o princípio da unidade da Constituição não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também, em tese, aplicável. Seria preciso, pois, um raciocínio mais complexo para produzir a regra concreta que vai reger a hipótese, a partir de uma síntese de elementos normativos, incidentes sobre aqueles conjuntos de fatos. Avaliar a medida de importância de cada um desses elementos para se chegar a uma decisão justa, é o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação, cujo processo Barroso (2003, p.154,155) resume em três etapas:

- a) levantamento no sistema das normas relevantes para a solução do caso;
- b) exame dos fatos, das evidências concretas e sua interação com os elementos normativos;

- c) apuração dos pesos dos elementos em disputa e determinação do grupo de normas a preponderar.

Contudo, reiterando a proposição de Alexy, Barroso (2003, p.157-158) acentua também a importância de serem as decisões racionais e argumentativamente fundadas para que não sejam viciadas pela arbitrariedade e subjetivismo.

Finalmente, ressalte-se que Barroso termina por afirmar que a “estrutura interior do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associado a noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, leis, valores ou normas...” (BARROSO, 2004, p.10), assinalando que todo este processo intelectual teria como fio condutor os princípios instrumentais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com relação ao princípio da proporcionalidade, será necessário abrimos, neste ponto, um parêntese para nos remetermos às reflexões do professor Luís Virgílio Afonso da Silva apresentadas no artigo, *O proporcional e o razoável* (2002, p.23-50), no qual o autor se debruça sobre esta questão.

Silva (2002, p.24-25) ressalta que tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira vêm utilizando, largamente, a expressão “princípio da proporcionalidade”, mas entende que este não pode ser considerado um princípio, pelo menos com base na classificação de Alexy, já que ele não é passível de otimização, ou seja, não tem como produzir efeitos em variadas medidas.

Frisa, porém, que mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo “princípio” é deixar claro que a expressão “princípio da proporcionalidade”, muitas vezes, não possui o mesmo significado de “princípio” na acepção da teoria de Robert Alexy. Prefere, dessa forma, utilizar a expressão “regra da proporcionalidade”, mais adequada se adotarmos a perspectiva alexyana.

Destaca ainda Silva (2002, p.31) que a regra da proporcionalidade surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do tribunal constitucional alemão e “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim”. Assim, a proporcionalidade preconizada por Alexy apresenta uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes e uma ordem pré-definida de aplicação e apresenta claras diferenças de uma mera exigência de razoabilidade.

Mas, o que merece ser destacado no referido artigo de Afonso da Silva, para os propósitos deste trabalho, é a constatação do autor de que, nem sempre, a proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da análise de vários acórdãos do STF, Afonso da Silva conclui que:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”. (SILVA, 2002, p.31).

Dessa forma, ainda que o STF esteja sempre a salientar a importância do princípio em tela e se refira constantemente, em seus julgados, à máxima da proporcionalidade, esta não vem sendo empregada como uma técnica racional, resumindo-se, em geral, a um mero apelo à razoabilidade. Em verdade, segundo Silva (2002, p.31) o Tribunal estaria se utilizando, geralmente, de um raciocínio primário e simplista que poderia ser assim resumido: a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita esta exigência; logo, o ato questionado é inconstitucional.

Porém, existem autores que assim não consideram. É o caso do professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que entende ter o princípio da proporcionalidade plena aplicação entre nós, tendo inclusive abordado o tema no artigo *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (2000). Mas, para Silva (2002, p.33), a maioria dos julgados analisados por Mendes faz uma referência apenas nominal à proporcionalidade e, na verdade, da leitura do artigo de Mendes, poderíamos concluir, ao contrário, que o STF não vem procedendo ao exame dos casos à luz da regra da proporcionalidade e de suas máximas parciais.

Ao se referir especificamente às subregras da proporcionalidade – Adequação, Necessidade e Ponderação em sentido estrito –, Silva (2002, p. 34-36) ressalta que estas vêm sendo focalizadas pela doutrina pátria sem uma análise da relação entre as mesmas e sem uma reflexão sobre a forma de aplicá-las.

Relativamente à sub-regra da adequação, lembra Silva (2002, p.36) que o conceito usual é o de que um meio deve ser considerado adequado se for apto para alcançar o resultado pretendido; porém, este não seria o conceito mais correto. Adequado não seria somente o meio para alcançar um objetivo, mas também o meio através do qual a realização de um objetivo é fomentada. A causa do equívoco conceitual seria a tradução imprecisa do verbo alemão *fördern*, que não deve ser traduzido por alcançar (como faz Gilmar Ferreira Mendes), mas por promover, fomentar. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuiu para fomentar ou promover a realização do objetivo pretendido.

Quanto à máxima da necessidade, salienta Silva (2003, p.38) que um ato que restrinja um direito fundamental só será necessário e justificado se o objetivo perseguido não puder ser promovido por meio de outro que limite, em medida

menor, o direito fundamental atingido. Esta seria a essência do exame da necessidade: uma aplicação real da sub-regra da necessidade implica analisar medidas alternativas que possam também satisfazer o objetivo visado e que restrinja em menor escala os direitos do cidadão.

Assim, acentua que a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, Silva (2002, p.40-41) salienta que ainda que uma medida que restrinja um direito fundamental seja considerada adequada e necessária, isso não significa que ela possa, por si só, ser considerada proporcional. Será necessário que ela passe pelo crivo do exame da proporcionalidade em sentido estrito: o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito atingido e a importância da realização do direito fundamental com ele em conflito¹⁸.

Finalmente, o autor questiona: a Constituição Brasileira realmente consagra o princípio da proporcionalidade como vem se repetindo de forma irrefletida?

Para Silva (2002, p.43- 45) esta seria uma crença equivocada, pois nenhum dispositivo constitucional consagra verdadeiramente o princípio, sendo “a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade uma busca fadada a ser uma busca infrutífera”. Assim, afirma o autor, taxativamente, que “a regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do

¹⁸ Ilustrando a questão, Silva cria um exemplo extremo para demonstrar a importância da proporcionalidade estrita: para combater a AIDS, o Estado decide que todos os cidadãos devem fazer o exame e prescreve que todos os infectados sejam encarcerados. Nesse caso, teríamos, em tese, uma medida adequada e necessária, uma vez que a medida promove a realização do fim almejado e ainda que existissem medidas alternativas, que restringissem menos a liberdade dos cidadãos, nenhuma teria a eficácia da medida citada. Porém, esta medida não resistiria ao crivo do sopesamento: só a proporcionalidade em sentido estrito seria capaz de evitar que medidas descabidas como essas

Direito brasileiro, mas decorre *logicamente* da estrutura dos direitos fundamentais, como princípios jurídicos”. (SILVA, 2002, p.45).

Essa decorrência lógica a que se refere Silva se faz no sentido de que se admitimos, com Alexy, que os direitos fundamentais são princípios e, como tais, mandamentos de otimização, a análise da proporção, na realidade, será justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização no caso concreto. Assim, a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação. (SILVA, 2002, p.44)

Neste ponto, seria interessante abordarmos também as considerações do professor Humberto Bergmann Ávila, para quem é plausível afirmar que “a doutrina hoje vive a euforia do que se convencionou chamar de Estado principiológico” (ÁVILA, 2004, p.15). Esta euforia teria acarretado exageros e inconsistências teóricas.

Continua Ávila (2004) ponderando que os princípios, por serem relacionados a valores – que demandariam apreciações subjetivas do julgador – apresentam maior dificuldade de investigação intersubjetivamente controlável; dessa forma, a descoberta dos comportamentos a serem adotados para a interpretação e aplicação dos princípios, muitas vezes, não se opera, cedendo então lugar à mera proclamação, desesperada e inconseqüente, de sua importância, ou seja, os princípios são reverenciados como base ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração se estabeleçam elementos para melhor compreendê-los ou aplicá-los.

Para Ávila, a ponderação de bens ou valores seria um método que poderia, em tese, viabilizar esta aplicação de forma mais racional, porém, a ponderação, sem

fossem adotadas. Após uma ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e pela dignidade humana.

uma estrutura e sem critérios materiais, seria instrumento pouco útil para aplicação do Direito. Daí, a importância do postulado da proporcionalidade.

Nesse sentido, observa ainda Ávila (2004) que o referido postulado vem crescendo em importância no Direito brasileiro, mas sua aplicação tem suscitado problemas devido justamente à falta de limites e critérios consistentes. Salienta ainda que a proporcionalidade não possui aplicabilidade indiscriminada e irrestrita e, em suas palavras:

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico. (ÁVILA, 2004, p.112)

Questiona ainda Ávila (2004, p. 113): em que consistiria precisamente a adequação? O que significaria ser necessário?

No entender do autor, estes critérios só aparentemente seriam incontroversos e deveriam ser melhor esclarecidos pela doutrina sob pena de a proporcionalidade funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a prática dos atos arbitrários. É justamente esta a proposta de Ávila (2004, p.113-127), que passa analisar detidamente a questão, começando por afirmar que o postulado da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que se verifique uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis: um meio e um fim. Um meio será adequado se promove, minimamente, o fim; necessário, quando, entre os meios disponíveis e adequados para promover o fim, não existir outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados; proporcional, quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais; e,

finalmente, desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais¹⁹.

Especialmente no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, o autor pondera que a pergunta a ser formulada seria a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, equacionando de outra forma: as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?

Finalmente, Ávila (2004, p.130) toca, em nosso entender, em um ponto crucial quando afirma que o julgamento das vantagens e desvantagens, em um processo desse tipo, “dependerá de uma avaliação fortemente subjetiva”. Neste ponto, certamente, concluímos, reside a fragilidade do método da ponderação e do juízo de proporcionalidade.

A questão do “juízo de proporcionalidade” foi também abordada detidamente pelo professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que se destaca como um dos estudiosos da jurisprudência e doutrina alemãs, tendo desenvolvido inúmeros trabalhos em que trata das teses de Alexy, e, especialmente, do uso do princípio da proporcionalidade no deslinde das questões que envolvam a consideração de princípios constitucionais.

Mendes, no artigo *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras* (2000), discorre sobre o princípio em tela e realça:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de ponderação que

¹⁹ Sobre esta questão, para uma compreensão mais pormenorizada das proposições do autor ver: (ÁVILA, 2004, p.112-127) uma vez que o exame detido destas considerações escapa à pretensão e aos limites deste trabalho.

devem ser adotados. Pieroeth e Schlink advertem, porém que nem sempre a doutrina a jurisprudência se contenta nessas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. (MENDES, 2000, p.370-371)

Pesquisando a incidência do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Mendes (2000, p.367-369) considera que esse vem sendo utilizado de maneira sistemática, constatação, no entanto, contrária àquela de Luís Virgílio Afonso da Silva, conforme já ressaltado neste mesmo capítulo. Analisando diversos acórdãos do STF, concluiu Mendes que o princípio da proporcionalidade encontra-se presente em muitos deles, mas, todavia, como Silva (2002) nos faz ver, nesses acórdãos, constata-se apenas referências nominais à proporcionalidade e neles não se vislumbra um verdadeiro exame dos casos à luz dessa regra.

Será ainda importante registrar neste capítulo as reflexões desenvolvidas por Margarida Maria Lacombe Camargo, no artigo *O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa* (2005), no qual se pode observar a importância dada pela autora ao discutido princípio ao considerar que este permeia toda a ordem jurídica.

Nas palavras de Lacombe Camargo:

Podemos entender que o princípio da proporcionalidade permeia toda a ordem jurídica positiva, circunscrevendo a orientação lógica do sistema desde o alto, onde encontra sua força normativa, até a base da pirâmide, quando a incidência da lei, conforme a peculiaridade do caso concreto irá determinar o conteúdo da sentença. (CAMARGO, 2005, p.229-230)

Assim, em sua visão, uma vez que o princípio permeia toda a ordem jurídica, toda decisão tendente a restringir um direito fundamental deveria estar nele amparada: o juízo de proporcionalidade seria conformador do processo

hermenêutico, fornecendo os critérios para a consideração daquilo que deve ser tomado como razoável.

Além disso, Camargo (2005, p.230-231), referindo-se aos subprincípios da proporcionalidade, assinala que os dois primeiros – o da adequação e o da necessidade – sustentam-se em condições fáticas: a adequação mede a relação entre os meios e os fins da medida tomada e a necessidade argui sobre a existência de alternativas à medida. Assim, observa que apenas durante a ponderação estrito senso será avaliada a condição jurídica de sustentabilidade de restrição aos direitos fundamentais.

Consideramos também importante abordamos aqui as reflexões desenvolvidas pelo professor Daniel Sarmento, que vem se debruçando frequentemente sobre a questão em pauta.

No artigo “*A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*” (2003), refere-se ao problema da concepção da Constituição como uma ordem de valores, intimamente ligada à questão dos princípios, lembrando que esta concepção é objeto de severas reticências e intensas críticas por parte de um segmento da doutrina. Também ao autor, parece que a compreensão da Constituição como uma ordem de valores, com abstração de sua função deontológica, pode significar um inadmissível rebaixamento da sua força normativa. Mas, assinala:

Se por um lado, compreender a Constituição como uma ordem de valores parece incorreto, por outro, não há dúvidas de que esta, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes desta comunidade. (SARMENTO, 2003b, p.275)

Para Sarmento (2003b, p.275), não haveria como negar a relevância da dimensão axiológica dos modernos textos constitucionais, especialmente o brasileiro, com evidente preocupação com a promoção de valores tais como a dignidade humana, a liberdade, a democracia e a igualdade. Nessa abertura constitucional ao mundo dos valores, destaca Sarmento o papel primordial dos princípios: seria esta a principal característica do paradigma pós-positivista, lembrando a ênfase dada por Bonavides à supremacia dos princípios, que de meros instrumentos de integração do Direito, utilizados apenas nos casos de lacuna, passaram a ser concebidos como normas revestidas de eficácia jurídica.

Assim, diz Sarmento:

Sendo os princípios constitucionais a sede normativa dos valores morais, a adoção de uma perspectiva principialista da Constituição conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral. Não se trata, no entanto, de uma moral transcendente, acessível por meio de uma razão abstrata, no modelo do jus naturalismo kantiano, mas de exigências éticas revestidas de historicidade, que evoluem no tempo acompanhando as mundividências da sociedade. (SARMENTO, 2003b, p.276).

Porém, Sarmento (2003b) ressalta a absoluta necessidade de ser a aplicação da Lei Maior ancorada em uma metodologia que se preocupe em reduzir as margens de subjetivismo e a insegurança das decisões: assim, se o modelo subsuntivo encontra-se superado, será imprescindível promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica constitucional. Neste sentido, para a adoção de uma perspectiva principialista, impõe-se também o desenvolvimento de novas praxes interpretativas e de argumentações racionais para garantir julgamentos que não sejam fruto do decisionismo dos magistrados.

3.2 CONTRAPOSIÇÕES À TEORIA DOS VALORES

Abraçando a teoria habermasiana como marco, parte dos doutrinadores brasileiros vem se contrapondo a uma recepção acrítica do modelo da jurisprudência alemã e das teses de Alexy. Dentro desta linha, como já destacamos, encontram-se os professores Marcelo Cattoni de Oliveira, Marcelo Campos Galuppo, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Menelick de Carvalho Netto, Lúcio Antônio Chamon Júnior.

As maiores oposições encontram-se ligadas à compreensão alexyana dos princípios como “mandados de otimização” e à “ponderação de valores”, oposições que, em geral, se sustentam na seguinte premissa: se as normas jurídicas se referem a um código binário e não a um código gradual, os princípios não podem ser compreendidos como algo a ser realizado na maior medida possível. E ainda: princípios, enquanto normas jurídicas, não podem ser compreendidos como valores, o que não quer dizer que as normas jurídicas não contenham valores e sim, que seu caráter vinculante deriva de sua natureza normativa.

Abordaremos, inicialmente, as considerações do professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz que, na obra *Jurisdição constitucional democrática* (2004), realiza detalhada retrospectiva da evolução da jurisprudência de valores alemã, lembrando que a origem da concepção de uma ciência jurídica baseada em elementos valorativos pode ser buscada na chamada Jurisprudência de Interesses e em outras correntes do pensamento jurídico, tais como o Movimento para o Direito Livre de Ehrlich.

Ao recuperar a história da hermenêutica de valores, Cruz (2004, p.158-159) assinala que esta nasceu em decorrência dos sentimentos de insegurança experienciados no pós-guerra pela Alemanha, que teve abalados os alicerces de sua

ordem jurídica²⁰. Em face disso, através de sua nova Corte Constitucional, a Alemanha passou a considerar que a legislação estatal deveria se pautar por um código de valores universalmente reconhecido, valores humanísticos “inerentes” à Constituição.

Assim, o feixe axiológico do texto constitucional alemão passou a convergir necessariamente para o valor da dignidade humana, elevado à condição suprema dentro de uma hierarquia valorativa. Dessa forma, a dignidade humana, fonte ética de todos os direitos fundamentais, valor permanente e absoluto, essencial à nova organização da sociedade alemã, não poderia ser ponderada com outros valores em nenhuma hipótese. Abaixo dela, no entanto, seria possível uma relativização de valores²¹, que passaram a ser “ponderados” sob o critério da proporcionalidade, sendo que a ponderação tinha como pretensão tornar controlável o subjetivismo dos julgadores no escalonamento dos princípios.

Cruz (2004, p.163) aproxima a ponderação de valores à doutrina aristotélica pela qual a virtude seria encontrada entre dois extremos – o excesso e a deficiência –, trazendo consigo a concepção implícita de um método matemático de divisibilidade/quantificação dos valores, da mesma maneira que Aristóteles fazia com as virtudes e os defeitos.

²⁰ Cruz (2004) se remete ainda à jurista alemã Ingeborg Maus, que vê a Corte Alemã como uma espécie de “tutor” de uma sociedade órfã, cuja orfandade se verifica desde a queda da monarquia, tendo se acentuado com a derrota e a humilhação da Grande Guerra. Assim, o tribunal, considerado a última instância íntegra apta a concretizar os direitos fundamentais, teria assumido uma posição de “guardião” da lei e dos valores desta sociedade órfã, permitindo-lhe determinar o que estaria conforme a Constituição, de acordo com argumentos axiológicos e preferências morais.

²¹ Essa tendência de se entender a dignidade humana como megaprincípio verifica-se hoje entre nós, como Cruz muito bem assinala:

“Nesse sentido, o princípio da dignidade humana, tal qual no tribunal constitucional alemão, em função de sua abertura e desdobramento, ligados ao pluralismo e tolerância, tem sido entendido como um metavalor ou o elemento agregador da unidade axiológica da Constituição, ou seja, o substrato material do princípio constitucional da unidade.” (CRUZ, 2004,p.190).

Assinala Cruz que a teoria alexyana surgiu a posteriori aos trabalhos da Corte alemã, pretendendo Alexy elaborar um elemento corretivo de eventuais falhas da jurisprudência dessa corte; porém, a teoria de Alexy possuiria contornos distintos da jurisprudência do tribunal alemão, discrepando desta, principalmente, no que diz respeito à questão da relativização dos direitos fundamentais. A ponderação proposta por Alexy exige uma relativização de todos os direitos fundamentais, inclusive o da dignidade humana, afastada assim a hipótese da construção de um catálogo abstrato de prioridades ou de uma ordem hierárquica de padrões interpretativos.

Relaciona ainda o autor (CRUZ, 2004, p.196-199) as inúmeras críticas feitas às teses de Alexy e à prática alemã: seriam diversas, com origens e perspectivas absolutamente distintas, indo desde a perspectiva positivista até métodos mais contemporâneos de hermenêutica.

As críticas dos positivistas se sustentam, como resulta óbvio, na crença de que a jurisdição constitucional deve se pautar por uma conduta neutra, evitando posturas e preferências pessoais, que estariam implícitas em uma jurisprudência que considere valores como padrões para decisões. Essas críticas não acarretariam maiores consequências para a consistência da jurisprudência de valores, mas não seriam as únicas, nem as mais vigorosas.

Outras críticas são levantadas, como a formulada por Hesse (*In*: CRUZ, 2004, p.198), acusando o tribunal alemão de adotar argumentação baseada em fatores políticos e/ou sociológicos, enfim, em juízos de conveniência, bem como a imposição de uma hierarquia entre os princípios, na qual os direitos sociais seriam inferiorizados ou menos graduados.

Cruz aprofunda ainda a crítica, remetendo-se à Muller (*In*: CRUZ, 2004, p.199), para quem as valorações do Tribunal alemão seriam fundadas em considerações

vagas, em insinuações ideológicas próprias dos juízes. No julgamento dos casos, as necessidades coletivas ou estatais estariam, na maioria das vezes, sobrepondo-se aos direitos fundamentais das pessoas, ou seja, o peso e a necessidade dos interesses de muitos – e do Estado – estariam sempre se sobrepondo ao peso e à necessidade de interesses privados.

Para Cruz (2004, p.204), esta desconsideração dos direitos fundamentais, como risco inerente à jurisprudência de valores, teria sido percebida de forma mais aguda por Dworkin que, tal como Alexy, admite a existência de antinomias principiológicas. Contudo, para resolvê-las, Dworkin não concorda com procedimentos pautados por práticas judiciais utilitárias²²: metas estatais e objetivos políticos não poderiam jamais sustentar uma fundamentação racional do Direito.

Cruz acredita que o recurso acrítico a valores conduziria a uma insegurança crescente; porém, o autor não se poderia negar as boas intenções da Corte alemã ao desenvolver sua jurisprudência. Reconhece, inclusive, a possibilidade de acerto de decisões, mas, finalizando, conclui ser evidente “o risco de as cortes usarem uma técnica hermenêutica que beira a arbitrariedade, em face da sua inconsistência metodológica”. (CRUZ, 2004, p.209)

Igualmente importantes e consistentes são as reflexões desenvolvidas pelo professor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2005) sobre a questão da interpretação jurídica, bem como suas críticas à jurisprudência de valores. Cattoni, no artigo *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*.

²² Cruz lembra ainda que Alexy admitiria uma transição permanente entre argumentos pragmáticos e jurídicos. Dworkin, ao contrário, sustenta um critério de coerência que reflita um nível mais profundo de moral política, distinguindo os princípios em sentido estrito e diretrizes políticas. Os primeiros, exigências da justiça da equidade ou de outra dimensão da moralidade; as diretrizes políticas, contrariamente, estariam apenas justificando ações estatais em favor de interesses/metastatísticas da coletividade. Entende os primeiros como trunfos essenciais à democracia, não admitindo, pois sejam ponderados diante de argumentos de cunho político. Logo, apenas princípios jurídicos podem

– *um ensaio da teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação* (2004), critica o modelo de interpretação proposto por Alexy, asseverando que o Direito não possui um código gradual e que normas podem refletir valores, mas isto não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores.

As normas, sejam elas princípios ou regras, continua Cattoni, visam ao que é devido, são enunciados deontológicos. À luz das normas, decidimos qual ação é ordenada; os valores, porém, visam ao que é melhor, ou seja, preferível, logo, são enunciados teleológicos. Assim, valores podem ser priorizados; as normas, ao contrário, devem ser aplicadas.

Prossegue o autor argumentando que esse entendimento judicial que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega justamente o caráter obrigatório do Direito.

Já em Direito Processual Constitucional, Cattoni (2001) alertava para os perigos da adoção de um modelo de valores projetado em uma teoria de estrutura normativa:

O critério de acordo com o qual nós nos orientamos quando sopesamos normas colidentes não pode ter, por sua parte, um conteúdo material predeterminado, com o qual se dê prioridade a certos pontos de vista normativos sobre outros. O conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis, desde já, desperta nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, neste momento, um modelo de valores é projetado numa teoria de estrutura normativa. (CATTONI, 2001, p.153)

E, entende Cattoni, com Dworkin, que do Poder Judiciário se requer agir politicamente, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais do cidadão e

não no sentido de dar curso a concepções próprias a respeito do que se considera eticamente preferível.

Relativamente à tendência jurisprudencial que vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal no tratamento das questões relacionadas aos direitos fundamentais, Cattoni (2005, p.4) observa que esse Tribunal vem tratando os princípios constitucionais seguindo a tradição da jurisprudência alemã, como “comandos aperfeiçoáveis”. Assim, o nosso Tribunal maior, na esteira da doutrina alemã, estaria submetendo as normas a um cálculo de tipo custo/benefício.

Assim, questiona o autor: quais as conseqüências dessa perspectiva de compreensão do raciocínio jurídico, típica da jurisprudência dos valores, para a proteção dos direitos fundamentais? Tal raciocínio garantiria uma tutela jurisdicional mais consistente e adequada dos direitos fundamentais?

Nas palavras de Cattoni:

Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo. (CATTONI, 2005, p.7)

Considera Cattoni (2005, p.9), dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal estaria se convertendo numa espécie de “guardião da moral e dos bons costumes, um sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um codex e um index de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo” (CATTONI, 2005, p.9.) Em sua ótica, esta postura esconderia uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos e quem estaria perdendo, mais uma vez, seria a cidadania.

Finalizaremos este capítulo nos remetendo às considerações desenvolvidas pelo professor Lúcio Antônio Chamon Júnior no artigo *Tertium nom datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito* (2004), a respeito das doutrinas de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Nesse artigo, são reiteradas as críticas formuladas por Cattoni a respeito da compreensão dos princípios como mandados otimizáveis, bem como à aproximação destes com valores, procedimentos que levariam a uma conseqüente visão eticizante do Direito.

Vale ressaltar, novamente, a pertinência da crítica do autor a respeito da roupagem deontológica que Alexy pretende dar aos princípios, assinalando que:

Definitivamente, a roupagem deontológica que Alexy busca imprimir aos princípios como ele os concebe, não se trata mais do que uma farsa. Por baixo de sua pretensão de validade enunciada, encontramos uma operacionalização axiológica das normas de otimização. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.108)

Mas, sob qual fundamento sustenta-se que Alexy trata os princípios sob uma leitura axiológica e não deontológica?

A resposta do autor (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.108-109) é que Alexy iguala estruturalmente princípios e valores porque, no caso concreto, faz com que a pesagem dos princípios se dê por preferibilidade. Assim, dentro da perspectiva alexyana, a prevalência de determinado princípio sobre outro se daria por uma questão de importância: se certo comando de otimização se reveste de maior importância, ele deve ser preferido perante outro. Essa relação de preferência/importância levaria a uma hierarquização de princípios, e, conseqüentemente a uma ordenação daqueles.

Registra, porém, que o Direito não permite “normas de otimização,” pois isto implicaria uma noção gradual e o código do Direito é, essencialmente, binário.

Dessa forma, em uma leitura deontológica, um princípio não poderia ser preferido a outro, mas tão somente aplicado ou não. Nas palavras de Chamon Júnior:

Tratar os princípios como pretende Robert Alexy é submeter o Direito, e sua aplicação, a uma questão de preferências perante fins que não seguem uma ótica capaz de ser defendida como válida diante de um sistema de direitos fundamentais. A operação de ponderação é assim, alheia a qualquer critério de racionalidade normativa, transformando-se em uma discussão que chega, para Habermas, a resultados discricionários ou arbitrários. (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.112-113).

E, como Cattoni, o autor alerta também para o perigo inerente a um modelo de valores: um tribunal que adotasse esta posição estaria tratando os princípios não como direitos, mas como bens que podem ou não interessar ao intérprete, dependendo deste pertencer ou não a um determinado círculo de pessoas. Mas, afinal, “interpretar o Direito *legitimamente* não implica transformar-nos em pregadores de nossa concepção ética, muito menos em servos a valores alheios...” (CHAMON JÚNIOR, 2004, p.120).

Finalizando este capítulo, queremos destacar que seria impossível, dentro dos limites desta pesquisa, focalizar todos os trabalhos que vêm sendo desenvolvidos nesta área conceitual. Embora outros autores brasileiros também estejam se debruçando sobre o tema, estes foram abordados pela visível repercussão que vêm tendo nos meios jurídicos e acadêmicos e pelas suas indiscutíveis contribuições à doutrina brasileira contemporânea.

4 O HABEAS CORPUS DO RACISMO – SÍNTESE

“...a jurisprudência-álibi seria a tentativa de dar a aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no mínimo, a pretensão de convencer o público das boas intenções do julgador”.

Ministro Marco Aurélio Mello, HC 82.424/RS p.353.

4.1 A EMENTA

Habeas Corpus n. 82.424-2

Procedência: Rio Grande do Sul

Relator para o Acórdão: Min. Maurício Corrêa

Paciente: Siegfried Ellwanger

Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e Outra

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Julgamento: 17/09/2003

Publicação: 19/03/2004

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

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

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

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

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto

origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação

ao racismo”, *dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.*

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

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

4.2 RESUMO DA QUESTÃO

O paciente foi denunciado por prática e crime de racismo, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria (*“Holocausto judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”*) e de autoria de autores nacionais e estrangeiros (*O judeu internacional* de Henry Ford; *A história secreta do Brasil, Brasil colônia de banqueiros* e *Os protocolos dos sábios de Sião*, os três de autoria de Gustavo Barroso; *Hitler – culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; e *Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko).

A denúncia, formulada pelo Ministério Público sul-rio-grandense (em acatamento à representação de terceiros, um deles representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul), calcou-se na imputação ao paciente do crime de racismo – artigo 20 da Lei nº 8.081/90 –, acusando-o de ter praticado o crime de

“incitar e induzir a discriminação racial”, uma vez que os livros editados continham mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, semeando assim em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. Absolvido em 1ª instância, no entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido.

O paciente interpôs então recurso de *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ –, mas não teve atendida sua pretensão. Ajuizou-se então, junto ao Supremo Tribunal Federal, pedido de Habeas-Corpus, substitutivo de Recurso Ordinário, em que o paciente sustentou que, condenado pelo delito de discriminação contra os judeus (tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90), este não teria a conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade

A tese sustentada pelo paciente²³ foi a de que a norma constitucional teria restringido a imprescritibilidade apenas aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90²⁴. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria,

²³ A tese da impetração do *habeas corpus* (fls. 123/148 do processo) sintetiza-se no seguinte, *in verbis*:

“A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo”. (vide: fls. 06 do acórdão)

²⁴ Reza o referido artigo 20, “caput”, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”.

no texto constitucional, se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Como o impetrante não teria sido condenado pelo crime tipificado como racismo, não estaria, pois sujeito à imprescritibilidade; decorrido o lapso temporal de quatro anos, teria, pois, direito à liberdade. Atuou como relator, inicialmente, o Ministro Moreira Alves, depois substituído pelo Ministro Mauricio Corrêa, em virtude da aposentadoria compulsória do primeiro.

Portanto, a controvérsia suscitada consistiu em saber se a prática do anti-semitismo constituiria ou não crime de racismo, notadamente para efeito da incidência da cláusula da imprescritibilidade constante do art. 5º, XLII da Carta da República.

Pelo seu valor simbólico e pela polêmica suscitada, o julgamento se revestiu de grande repercussão no cenário nacional e na grande imprensa. Este valor simbólico do acórdão foi assinalado pelo Ministro Marco Aurélio, para quem “a questão colocada seria uma das mais importantes – se não a mais importante – apreciadas pelo Supremo nos treze últimos anos” (HC 82.424/RS, 2004, p.302). Daí, o tom paradigmático do julgamento: estar-se-ia diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais, bem como frente a questões polêmicas, tais como o racismo e os princípios da liberdade de expressão, da igualdade e da dignidade humana.

4.3 SÍNTESE DOS VOTOS

Em grande esforço de síntese, tendo em vista a extensão e a complexidade do acórdão (apresentando um total de 455 páginas), tentar-se-á levantar a linha de argumentação de cada Ministro, começando pelo voto do primeiro relator, Ministro Moreira Alves.

4.3.1 Voto do Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves opinou pela concessão do *habeas corpus*, argumentando basicamente que o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII da CF, não abarcaria toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, deveria essa expressão ser interpretada estritamente.

Para o Ministro, a expressão racismo teria o significado de preconceito ou de discriminação racial mais especificamente contra a raça negra: este teria sido originalmente o sentido atribuído ao termo pela Emenda Aditiva que deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, de autoria do Constituinte Carlos Alberto Caó, cuja preocupação nascera da circunstância de ser negro.

Além disso, a argumentação desenvolvida pelo Ministro ainda se baseou na crença de que, para que se configurasse crime de racismo, necessário seria que os judeus constituíssem uma raça. Os judeus, no entender do Ministro, não seriam uma raça, mas membros de uma religião, o judaísmo. Dessa forma, o crime pelo qual foi condenado o paciente não poderia ter sido entendido como delito de racismo;

portanto, não seria imprescritível. A prescrição da pretensão punitiva já teria ocorrido, porquanto entre a denúncia, recebida em 14.11.91 e o acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que o condenou, proferido em 31.10.96, passaram-se mais de quatro anos.

4.3.2 Voto do Ministro Mauricio Corrêa

Seguiu-se o voto do Ministro Mauricio Corrêa, que veio a sustentar tese diametralmente oposta, instalando a divergência. Para tal, emitiu longo voto e, para justificá-lo, buscou fundamentos vários, dentre eles os pareceres do professor Celso Lafer e Miguel Reale Júnior. Na esteira do voto do Ministro Mauricio Corrêa, desenvolveu-se, com poucas exceções, o pensamento da maioria dos integrantes do Tribunal; logo, será oportuno nos determos de maneira mais detalhada nos argumentos levantados pelo Ministro para a negativa da ordem.

Refutou o Ministro Corrêa, de pronto, a tese do relator Moreira Alves. Reconheceu o Ministro Corrêa que, segundo uma visão estritamente biológica, os judeus realmente não constituem uma raça. Mas, a Carta Federal, ao prescrever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art.5º XLII), não estaria se referindo apenas ao racismo praticado contra a raça negra.

O crime de racismo não poderia ser entendido *stricto sensu*: dever-se-ia proceder a uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal. Para proceder a esta interpretação "teleológica" da Constituição, o Ministro analisou diversos pontos, sequencialmente, a saber:

a) O crime de racismo

Do ponto de vista científico, ressaltou o Ministro Corrêa, não existiriam mais elementos para a divisão do homem em raças, não procedendo mais a clássica subdivisão da raça humana a partir de características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Apoiado em teses de reconhecido rigor científico, como a demonstrada pelo Projeto Genoma Humano (PHG), assinalou que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça.

Mas, a divisão dos seres humanos em raças seria o resultado de um processo político-social com base na intolerância dos homens. Desse processo, decorreria o preconceito racial. Assim, o anti-semitismo seria uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Embora sob o prisma científico não se reconheça mais qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social e é este conceito que deveria ser considerado na aplicação do Direito.

Examinando as obras editadas, o Ministro considerou que o paciente pretendeu alterar fatos históricos incontroversos e reacender a chama do ideal nazista: a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações reputa os judeus como uma raça inferior, baseando todo o seu segregacionismo nessa convicção.

b) Os Tratados Internacionais, O Direito Comparado, A Doutrina.

Reportou-se o Ministro aos Tratados Internacionais que tratam da questão, citando, dentre outros, A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; a

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas; O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, reiterados para as Américas no Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao Direito brasileiro; a Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, de 14 de junho de 1993, todos visando assegurar a liberdade e igualdade entre os homens e repelindo qualquer forma de discriminação.

Também no Direito Comparado, no âmbito dos Tribunais e na doutrina brasileira o Ministro buscou respaldo para suas convicções.

c) A dignidade humana e a liberdade de expressão

A colisão de princípios

O Ministro prosseguiu em sua argumentação, adentrando na questão dos princípios constitucionais, focalizando, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana como premissa básica do Estado de Direito.

Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF/1988, artigo 1º, II e III) (HC 82.424/RS, 2004, p.58).

As teorias anti-semitas eliminariam a possibilidade de os judeus possuírem direitos: os inerentes à cidadania e conseqüentemente, à dignidade, o que contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

Nesse ponto, o Ministro passou a considerar a questão como um conflito de princípios entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, ponto ao qual retornaremos no próximo capítulo para uma análise mais detalhada.

d) A interpretação teleológica

Seria essencial uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, conjugando-a com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas para que se localizasse o sentido da lei para aplicá-la. Para o Ministro, ao juiz, caberia, nesses casos, “suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência”. (HC 82.424/RS, 2004, p.62)

A partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana, seria imperioso dispor a discriminação aos judeus como crime de racismo. Considerou, pois incensurável o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e denegou a ordem de *habeas corpus*.

4.3.3 Voto do Ministro Celso Mello

O Ministro Celso Mello seguiu basicamente a mesma linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro Corrêa. Ressaltou também que estaria, em debate, questão relativa à definição de um dos mais expressivos valores do Estado

Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental da República. Em suas palavras:

...Hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito.

Refiro-me ao princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional. (HC 82.424/RS, 2004, p.89)

Relacionando os fatos a marcos temporais associados à questão judaica, tais como a encíclica “*Pacem in Terris*” e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, marcos históricos no processo de afirmação dos direitos, realçou que todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de discriminação racial reconheceram a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos. Assim, o Brasil deve cumprir os compromissos que assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e suas obrigações éticas e jurídicas por efeito de sua adesão a declarações, convenções e estatutos internacionais.

A partir dos conceitos levantados pelo Ministro Corrêa, reiterou que, para se definir o crime de racismo, seria imprescindível levar em conta a dimensão cultural e sociológica do termo. No limite, acentuou o Ministro, esta linha de interpretação restritiva (de que os judeus não seriam uma raça) poderia levar à inação jurídica por força do argumento contrário sensu, que converteria a prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto (as raças).

Finalmente, abordou a questão da liberdade de expressão: a incitação ao ódio público contra o povo judeu não poderia estar protegida pela cláusula constitucional

que assegura a liberdade de expressão. E, no caso, as publicações teriam extravasado os limites da indagação científica e da pesquisa histórica.

Participando da mesma convicção do Ministro Corrêa – de que a proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento não poderia compreender manifestações revestidas de ilicitude penal – asseverou também que o exercício da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de conflito entre valores essenciais, dando causa ao surgimento de colisão de direitos. Assim, o Supremo Tribunal, para superar os antagonismos existentes entre princípios constitucionais, deverá utilizar critérios para ponderar e avaliar, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual o direito a preponderar. Assim, a colisão haveria de ser equacionada utilizando-se do método da ponderação de bens e valores.

Finalmente, entendendo que a interpretação jurídica há de considerar as regras e cláusulas do Direito interno e do Direito Internacional e, uma vez que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou que o anti-semitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações de racismo, o Ministro, acolhendo também os fundamentos expostos pelo Ministro Maurício Corrêa, indeferiu o pedido de *habeas corpus* mantendo a condenação penal.

4.3.4 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes alinhou-se também à posição do Ministro Maurício Corrêa, reiterando os argumentos levantados por este último para denegar o *habeas corpus*.

Reiterou que buscar a intenção do constituinte originário não seria a melhor atitude interpretativa: não se poderia tomar o significado de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as acepções antropológica e sociológica. Nesta acepção, o anti-semitismo constituiria, sim, forma de racismo e, em conseqüência, crime imprescritível. Ressaltando considerações de Kevin Boyle e Norberto Bobbio sobre hierarquia racial, todas nesse sentido, concluiu não haver como negar o caráter racista desse tipo de manifestação. Remeteu-se também aos diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil e ao claro compromisso do país no combate ao racismo e ao anti-semitismo.

Porém, o Ministro não encerrou aí suas argumentações e passou a considerar que um conflito de princípios estaria presente no caso, defendendo explicitamente a adoção da ponderação de valores e do juízo de proporcionalidade para a resolução do caso. Nesse contexto, seria grande a relevância da discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso levasse ao prejuízo da dignidade humana, do regime democrático e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, lembrando que a Constituição recomenda que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada conforme determina em seu artigo art. 5º, X.

Ressaltou ainda a importância do princípio da proporcionalidade, referindo-se à posição da jurisprudência alemã nesse sentido:

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade. (Schneider, Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle, cit, p.403) (HC 82.424/RS, 2004, p.133)

Realçou ainda que decisões anteriores do Supremo já teriam se utilizado do juízo de proporcionalidade, citando voto proferido em outra decisão pelo Ministro Sepúlveda Pertence, revelando perfeitamente a necessidade de um juízo de proporcionalidade na ADIM 223 (Rel. p/ AC. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132, p.571).

O Ministro Mendes destacou também as máximas parciais do princípio da proporcionalidade estabelecidas por Alexy: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito e, analisando o caso à luz dessas máximas, concluiu que o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul teria atendido às máximas citadas (ponto a que retornaremos no próximo capítulo).

Com base nesta análise, concluiu o Ministro que a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul não violou a proporcionalidade e assim, indeferiu a ordem de *habeas corpus*.

4.3.5 Voto do Ministro Carlos Veloso

Como a maioria, o Ministro Veloso delineou de pronto os limites da questão: “A questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?” (HC 82.424/RS, 2004, p.146)

No entanto, o Ministro, como os demais, passou também a tecer considerações sobre direitos humanos, constitucionalismo e sobre a importância dos direitos fundamentais, em especial da dignidade humana, na Constituição brasileira de 1988, afirmando:

É nesse contexto que se insere a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, deixando expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). (HC 82.424/RS, 2004, p.150)

Abraçou também o entendimento de que não haveria como se falar em raça, em termos biológicos: o racismo seria antes caracterizado como comportamento preconceituoso e hostil relativamente a grupos humanos. Siegfried Ellwanger, uma vez que publicou livros hostis aos judeus, teria praticado crime de racismo.

Mas não deixou de se reportar à questão da liberdade de expressão e seus limites: a incitação ao ódio público contra o povo judeu não poderia estar protegida pela cláusula constitucional que a assegura porque as publicações do paciente não teriam caráter estritamente científico, mas sim caráter panfletário.

Reiterando a posição do Ministro Celso Mello, reafirmou que a igualdade e a dignidade dos seres humanos seriam limitações externas à liberdade de expressão, que não poderia ser exercida com o propósito de veicular práticas criminosas.

Refere-se também ao aparente conflito de direitos fundamentais, sem, no entanto, se aprofundar na questão, afirmando, genericamente, que “... se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscritos na Lei Maior”. (HC 82.424/RS, 2004, p.157)

Baseado nestes argumentos acompanhou o voto do Ministro Maurício Corrêa e indeferiu a ordem.

4.3.6 Ministros Nelson Jobim, Helen Gracie, Cesar Peluso

Por não acrescentarem novos argumentos, limitando-se em geral a reiterar a mesma linha de pensamento que vinha sendo adotada a partir do voto do Ministro

Mauricio Corrêa, entendemos não ser necessário nos determos nos votos dos Ministros acima elencados.

Observamos que, em síntese, seguiram os argumentos já levantados: afirmaram todos que a raiz da controvérsia estaria em reconhecer-se ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra judeus; reiteraram também que a idéia da divisão da humanidade em raças não encontraria respaldo científico, mas que o racismo persistiria como fenômeno social; como os demais, ressaltaram o valor da dignidade humana, de forma abstrata e teórica, para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Enfim, alinharam-se à divergência inaugurada e denegaram a ordem.

4.3.7 Ministro Carlos Ayres Britto

Menção especial faremos ao voto do Ministro Carlos Brito que, depois de longo e exaustivo exame da questão, terminou por conceder o *habeas corpus*, de ofício, baseando-se, porém em argumento inédito: a atipicidade da conduta do paciente à época dos fatos narrados na denúncia.

O Ministro iniciou seu voto ressaltando que, no epicentro da demanda, estaria “o instigante tema da contraposição de princípios jurídicos” (HC 82.424/RS, 2004, p.237), assinalando que, em determinadas circunstâncias, o julgador deveria trabalhar com normas de conteúdo axiológico e de índole constitucional, especialmente, no caso de conflitos de princípios no curso das relações em que os particulares travam entre si com o propósito de exercitar direitos e garantias individuais. Para o Ministro, a fórmula mais estratégica para a resolução destes conflitos seria a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo.

Neste ponto, o Ministro levantou a questão: nem o órgão promotorial de 1ª instância, nem os assistentes da acusação, teriam feito prova de que o delito teria se materializado na vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do réu. Nada nos autos estaria atestando que a denunciada prática do crime de racismo se deu após a publicação da Lei federal de nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Invocou, então, o inciso XXXIX do art. 5º do Texto Constitucional – “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” –, apontando ainda outra razão em prol da licitude da ação do condenado: a proibição da venda de livros não constava da Lei nº 8.081/90. A proibição de venda somente foi normatizada pela Lei nº. 9.459, de 13 de maio de 1997, e, ainda assim, para criminalizar um outro tipo de conduta. Portanto, dentro de uma visão estritamente processual, não haveria como condenar o impetrante.

Em sua perspectiva, teria havido choque de normas constitucionais naquele caso concreto, observando que:

Este o primeiro anunciado entrechoque de normas constitucionais, todo ele situado na esfera daqueles imediatos direitos e garantias que a Lex Maxima colocou ao serviço do megaprincípio da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente falado. É que o direito de não ser racialmente discriminado é tão direito humano quanto a garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei. (HC 82.424/RS, 2004, p.245)

Dessa forma, o Ministro, resolvendo a questão, concede o *habeas corpus*, de ofício²⁵.

²⁵ O *habeas corpus* de ofício (sem que haja provocação) poderá ser concedido por qualquer juiz ou Tribunal quando for verificado, no curso do procedimento para o qual tenham competência, que alguém está sofrendo ou se encontra na iminência de sofrer coação ilegal a sua liberdade ambulatorial. (artigo 654, §2.º, do CPP).

É o quanto me basta para, resolvendo a questão de ordem, conceder o habeas corpus. Concessão de ofício, claro, pela inovação da causa de decidir: a atipicidade da própria conduta do paciente, à época dos fatos noticiados na denúncia. (HC 82.424/RS, 2004, p.247).

Porém, mesmo tendo optado pela concessão de ofício do *habeas corpus*, o Ministro passou também a examinar o mérito da causa, discorrendo sobre: a correta interpretação do vocábulo racismo; o regime constitucional do racismo-estabelecido no inciso XLII do art. 5º da CF; sobre a ambivalência do termo racismo, que ora é usado para se referir à discriminação das pessoas de cor negra, ora utilizado para se reportar à discriminação de povos de mais pronunciada diferenciação histórico-cultural, ressaltando ainda que, em nenhum momento, o constituinte teria explicitado o sentido do termo “racismo”.

Mas, terminou por considerar que a prática do racismo seria crime em mais de um sentido: crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis. Assim, neste ponto, alinhou-se com o voto do Ministro Corrêa.

Deteve-se também no exame do princípio da liberdade de expressão, realçando que o abuso e o agravo desta prerrogativa seriam questões que somente *a posteriori* se colocariam e que, para combatê-los, a Lei Republicana prevê dois dispositivos específicos:

- a. O inciso V do art. 5º da C.F no qual é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”;

A ordem expedida *ex officio* desafia, assim como nas demais hipóteses de concessão deste remédio, o denominado *recurso necessário* (artigo 574, I, do CPP), caso se entenda como constitucional esta via recursal.

- b) o inciso X do mesmo art. 5º da CF, a saber: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Porém, ponderou o Ministro, não se poderia coibir a primitiva liberdade de expressão pela possibilidade de agravo a terceiros ou de uso invasor da liberdade alheia. Protege-se, no entanto, tanto o direito de resposta como o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade. Lembrou então os três comportamentos especialmente normados como excludentes da abusividade: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política (C.F., artigo 5º, VIII) .

Passando a considerar os contornos concretos do caso, afirmou que o que caberia ao julgador seria apenas ver se o paciente cometeu ou não o crime de racismo ou se teria se utilizado de sua liberdade de expressão, assegurada constitucionalmente.

Disse o Ministro:

O que me incumbe enquanto julgador é saber se o brasileiro Sigfried Ellwanger Castan abusou, ou não, da sua liberdade de expressão, se extravasou, ou não, os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, discriminando todo o povo judeu. Dessa resposta é que depende o deferimento, ou, ao inverso, o indeferimento do habeas corpus sub judice (HC 82.424/RS, 2004, p.274).

Assim, depois de cuidadosa leitura do livro elaborado pelo paciente, o Ministro concluiu que a obra seria uma pesquisa histórica, escrita com o objetivo de demonstrar que toda a História da 2ª Grande Guerra foi contada pelos vencedores, daí resultando ter sido o povo alemão execrado pelos livros, filmes e documentários. Enfim, Sigfried Ellwanger teria se esforçado por transitar no puro domínio das idéias, valendo-se de farto material de pesquisa. E concluiu o magistrado que tecer uma ideologia não poderia ser considerado crime, sendo esta liberdade respaldada pela

própria Constituição Federal, que faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O objetivo do autor/paciente teria sido o revisionismo histórico, o debate intelectual e o combate ao sionismo.

Além disso, ressaltou o ministro que o livro é obra de livre circulação mundial, catalogado no site “amazon.com”, da *internet*. Portanto, estaríamos diante de um caso de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção político-ideológica, que se reveste, sem dúvida, de especial proteção constitucional nos termos do inciso VIII do art. 5º.

Por fim, ainda que não tivesse feito a leitura dos demais livros editados, acreditava que estes seguiriam a mesma linha do primeiro: o objetivo de todos eles seria fornecer uma outra versão dos fatos ocorridos na Segunda Guerra. Pelas demais obras, levando a assinatura de outros escritores, o paciente não poderia responder nem no plano cível nem no plano criminal (seus autores são os conhecidos Henry Ford – o famoso industrial da montadora multinacional Ford – e Gustavo Barroso membro e presidente duas vezes da Academia Brasileira de Letras).

E assim, confirma o deferimento do *habeas corpus*: “Defiro o presente *Habeas Corpus*. *Habeas corpus* de ofício, por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica”. (HC 82.424/RS, 2004, p.286)

4.3.8 Voto do Ministro Marco Aurélio

Salientando que a questão colocada seria uma das mais importantes – se não a mais importante – apreciadas pelo Supremo nos treze últimos anos, o Ministro

começou a desenvolver sua argumentação, afirmando que a censura, historicamente, tem merecido o repúdio dos povos²⁶.

Portanto, já de início, ao contrário de seus pares, o Ministro apontou para a importância da liberdade de expressão ao invés de se referir à dignidade humana, o que já sinalizava uma mudança no enfoque da questão.

Para o Ministro, a verdadeira questão constitucional em discussão seria o problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. A questão consistiria em definir se a melhor ponderação dos valores em jogo deveria conduzir à limitação da liberdade de expressão ou se, ao contrário, deveria prevalecer tal liberdade.

A Liberdade de Expressão no Estado Democrático de Direito

Na visão do Ministro Marco Aurélio, a liberdade de expressão seria passível de limites apenas quanto ao seu exercício e quanto à sua forma de expressão: não se poderia, em regra, limitar conteúdos, pois isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante.

Considerou que, no caso, só estaria configurado o crime de racismo se, por exemplo, o paciente realmente praticasse atos neste sentido, como, por exemplo,

²⁶ Mencionou, neste ponto, as matrizes internacionais do direito fundamental em questão: a Declaração de Direitos de Virgínia – em 1776 –, a Constituição Americana de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem, na França, a Declaração Universal dos Direitos Humanos: o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, todos unânimes na consagração do direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Lembrou ainda a Contra-Reforma e a Congregação do Index, em cujo rol de livros vetados, constavam obras de Gil Vicente, Luís de Camões e do Padre Antônio Vieira. Lembra ainda autores como Gilberto Freyre, censurado por difundir a idéia de que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e que este fato demonstrava a força do nosso povo. Em consequência, Freyre recebeu o título de “pornográfico do Recife” e a Igreja Católica repudiava constantemente suas publicações, atentatórias à moral e aos bons costumes.

distribuísse panfletos com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”. Porém, o paciente teria se restringido a escrever e a difundir a sua versão da história a partir de uma pesquisa, que o Ministro considerou científica, com método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos, citações.

A limitação da liberdade de expressão só poderia decorrer de uma análise complexa, baseada em provas conclusivas, a demonstrar o perigo advindo do exercício da mesma. Seria temerária e arriscada a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais; a simples alegação de que uma opinião manifestada seja discriminatória e abusiva não poderia constituir motivo para a restrição dessa liberdade.

A colisão de princípios

Asseverou ainda o Ministro que os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição e a ordem jurídica. Mas, o princípio da liberdade de expressão, realmente, não possuiria caráter absoluto e seus limites residiriam nos demais direitos fundamentais; daí, a ocorrência de colisões de princípios.

Neste ponto, como o Ministro Gilmar Mendes, remeteu-se à teoria de Robert Alexy, asseverando que todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício seja imposto a um ou aos dois lados. Ou seja, para resolver a questão da colisão de direitos fundamentais seria necessária uma ponderação dos valores em jogo, sem, no entanto, ignorar os elementos do caso concreto. Esse tipo de análise seria essencial para resolver a questão posta no *habeas corpus*, evitando-se que se prevalecesse solução calcada apenas na crença

simplista de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto.

Analisando a obra editada, concluiu o Ministro que a mesma não ensejaria uma hipótese de dano real; seria apenas uma obra de uma mente intolerante e radical, jamais consubstanciando-se o hediondo crime de racismo. Não seria possível que um livro, expondo uma versão de um fato histórico – ainda que ideológica –, pudesse se transformar em perigo de extermínio do povo judeu. A obra não viabilizaria, por si só, uma alteração de pré-compreensões uma vez que nunca houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar idéias preconceituosas contra os judeus. Logo, um livro preconceituoso contra eles não teria chance de representar uma ameaça real a sua dignidade.

O princípio da proporcionalidade

Também para o Ministro, a aplicação do princípio da proporcionalidade seria essencial para realizar a ponderação exigida, devido à hierarquia dos valores em jogo. Assim, recorreu também aos subprincípios do princípio da proporcionalidade – a adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito – para analisar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, questionando se seria adequado e razoável, dentro de uma sociedade plural como a nossa, restringir a manifestação de opinião, sob o argumento de que tal idéia incitaria a prática de violência, mesmo diante da inexistência de mínimos indícios de que o livro poderia causar tal repercussão.

A jurisprudência comparada e as constituições brasileiras

Para reforçar seus argumentos, o Ministro também recorreu à jurisprudência comparada e a exemplos conhecidos da jurisprudência alemã e americana, dentre outros, o famoso caso LÜTH, o caso dos Soldados Assassinos e o caso do Romance Pornográfico, todos resolvidos utilizando-se a técnica de ponderação de bens²⁷.

O julgamento do habeas corpus como exemplo de “Jurisprudência Simbólica”

O Ministro Marco Aurélio remeteu-se ainda à teoria do simbolismo no Direito, desenvolvida entre nós pelo prof. Marcelo Neves. Pela teoria do simbolismo, muitas vezes editam-se leis destituídas de eficácia para solucionar os problemas, apenas por apresentarem estas grande carga simbólica. Na perspectiva do Ministro, a teoria do simbolismo poderia ser aplicada ao caso: o Tribunal, à medida que viesse a relativizar a garantia da liberdade de expressão, terminaria por praticar função simbólica, visando a implementar uma imagem politicamente correta perante a

²⁷ Vale pormenorizar aqui os casos citados pelo Ministro ainda que estes sejam permanentemente lembrados pela literatura sobre o assunto:

a) O caso Luth: Luth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, resolveu iniciar uma campanha, na abertura da Semana Alemã de Cinema, que visava a boicotar o filme do diretor Harlan, por acreditar que este havia sido cúmplice de nazistas. O Tribunal de primeira instância condenou Lüth a parar imediatamente com o movimento, decisão revista pela Corte Constitucional para garantir a liberdade de expressão.

b) O caso dos Soldados Assassinos: determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas por portarem cartazes com os dizeres: “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos em potencial”. O Tribunal Constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria à liberdade de manifestação de opinião.

c) O caso do Romance Pornográfico: quando o Tribunal Americano decidiu que a divulgação de romance pornográfico está protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expuser a perigo menores e crianças.

sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “Jurisprudência Simbólica”, pois o Judiciário estaria prestes a delimitar a liberdade de expressão, demonstrando uma “indignação” quanto aos pensamentos anti-semitas apenas para responder a um clamor da sociedade.

O Instituto da Imprescritibilidade e o Sistema dos Direitos Fundamentais.

Finalmente, abordou o Ministro Marco Aurélio a questão da imprescritibilidade dos crimes, acentuando que a conservação de um sistema sólido e socializante de direitos fundamentais seria dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente dos membros do Supremo Tribunal, guardião oficial da Constituição.

Essa postura democraticamente adequada em face da Constituição obrigaria o Tribunal a restringir-se a uma interpretação quase literal nas hipóteses de limitação a esses direitos. Assim, não seria permitido ao Supremo Tribunal interpretar, de forma aberta ou ampliativa, preceitos que implicassem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais.

Defende-se o Ministro, de antemão: não estaria pretendendo defender a tese dos originalistas de que a interpretação da Constituição deveria partir da intenção dos legisladores originários. Sua preocupação seria decorrente do fato de que o instituto da imprescritibilidade dos crimes conflita com a corrente das garantias fundamentais, pois torna o cidadão refém, eternamente, de atos ou manifestações, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato.

Somente crimes considerados gravíssimos – como os crimes de guerra ou de genocídio – foram caracterizados como imprescritíveis na história mundial, o que nos dá a exata noção da gravidade que deve permear um crime a ponto de torná-lo imprescritível. Por tudo isso, concluiu que a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deveria ser a mais limitada possível: a imprescritibilidade só poderia incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo impensável em um sistema democrático.

E, em face de todos os argumentos expostos, concede a ordem de *habeas corpus*, tendo em vista a inexistência da prática de racismo e a incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como fizeram os Ministros Moreira Alves e Carlos Brito.

4.3.9 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Último a proferir voto, o Ministro Pertence nada acrescentou ao já colocado pelos demais. Através de breve retrospectiva dos votos anteriores, assinalou que a maioria dos votantes partiu de um conceito sociocultural ou histórico-cultural de raça, pelo qual optou o Ministro, alinhando-se a eles para entender que o preconceito anti-semita constitui racismo.

Demonstrou também preocupação com a outra dimensão do problema: as implicações do caso com o tema da liberdade de expressão do pensamento, relembando a Lei de Segurança Nacional do regime militar e seus tipos abertos, como “fazer publicamente a propaganda subversiva”. Porém, a discussão o teria convencido de que um livro pode, sim, ser instrumento da prática do racismo.

Em sua perspectiva, a liberdade de expressão e a vedação da censura assegurariam um direito subjetivo, mas isso nada teria a ver com uma imunidade da responsabilidade civil ou penal. Assim, o Ministro Pertence, depois de leitura de trechos das obras editadas, chegou à conclusão oposta do Ministro Brito, concluindo não serem essas uma tentativa séria de revisão histórica por traduzirem, inegavelmente, preconceito anti-semita.

Assim, denega a ordem, pedindo as vênias dos Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio.

5 ANÁLISE DO ACORDÃO

“A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas”.

(Habermas, 2003, p.323)

5.1 OS LIMITES DA QUESTÃO

Analisando o pedido de *habeas corpus*, o Ministro Moreira Alves, relator do acórdão, assim definiu os limites da questão:

A questão que se coloca neste habeas corpus é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna. (HC 82.424/RS, 2004, p.10)

Esses limites foram também reconhecidos pela maioria dos integrantes do Supremo Tribunal, como poderemos observar nas seguintes passagens dos votos.

Ministro Mauricio Corrêa:

Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8081/90, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, representativas de discriminação contra judeus. Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta. (HC 82.424/RS, 2004, p. 21)

Ministro Sepúlveda Pertence:

No âmbito de sua fundamentação nitidamente demarcada pelo impetrante, o presente habeas corpus gira em torno de uma questão única: a inteligência a dar-se, a partir do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, à locução “prática do racismo”. (HC 82.424/RS, 2004, p. 440)

Ministro Celso Mello:

Vê-se, portanto, que a controvérsia suscitada na presente causa consiste em saber se a prática do anti-semitismo subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, notadamente para efeito de incidência da cláusula da imprescritibilidade constante do art. 5º, XLII da Carta da República. (HC 82.424/RS, 2004, p.88)

Enfim, foi praticamente unânime o entendimento de que o julgamento deveria girar em torno do seguinte: o delito praticado pelo paciente seria simplesmente de discriminação contra o povo judeu ou constituiria crime de racismo, imprescritível à luz da CF, art. 5º XLII?

Dessa forma, a tarefa da Corte Suprema restringir-se-ia à análise da questão da imprescritibilidade do delito, em decorrência deste ser ou não considerado crime de racismo.

No entanto, de forma subjacente, encontrava-se, sem dúvida, um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam a liberdade de expressão e a dignidade humana. Porém, a questão subjacente veio a assumir dimensões maiores na discussão do caso, chegando o Ministro Marco Aurélio a afirmar que a verdadeira questão constitucional presente seria outra:

Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade 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. (HC 82.424/RS, 2004, p. 332)

Assim, poucos foram aqueles que se restringiram aos limites da questão posta. Em sua maioria, tanto os que se posicionaram a favor da concessão da ordem quanto os que se manifestaram contrariamente, abordaram o caso como se tratasse de uma colisão dos princípios, cujo deslinde seria de importância crucial para a tomada de decisão. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, a abordagem do “instigante e atualíssimo tema da contraposição dos princípios jurídicos” (HC 82.424/RS, 2004, p.237) seria essencial.

5.2 ARGUMENTOS APRESENTADOS: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Conforme se relatou no capítulo anterior, a favor da concessão da ordem votaram os Ministros Moreira Alves, Carlos Brito e Marco Aurélio, tendo sido o pedido denegado pelos demais Ministros: Mauricio Corrêa, Celso Mello, Gilmar Mendes, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Helen Gracie, César Peluso e Sepúlveda Pertence.

A seguir, retomaremos os argumentos levantados com o propósito de elaborar um quadro sucinto dos pontos de convergência e divergência observados nos votos para que, a partir daí, possamos proceder a comentários e análise dos aspectos mais relevantes.

Como vimos, alguns argumentos foram defendidos igualmente pelos contrários à denegação da ordem como por aqueles favoráveis a sua concessão: foi o caso da referência aos Tratados Internacionais, à Doutrina e Jurisprudência, nos quais todos os Ministros buscaram respaldo para suas posições. Como estas

referências não apresentam repercussões maiores para os objetivos deste trabalho, não serão focalizadas nesse contexto. Outros argumentos, no entanto, não encontraram eco na discussão, permanecendo singulares, já que sustentados apenas por um único julgador.

5.2.1 A favor da concessão da ordem

5.2.1.1 A expressão “crime de racismo” deve ser interpretada estritamente

Argumento defendido apenas pelo Ministro Moreira Alves: o crime de racismo, tal como previsto na CF, não compreenderia toda forma de preconceito, referindo-se apenas à discriminação contra os negros pois esta teria sido a idéia original que inspirou a emenda que deu origem ao dispositivo constitucional.

Logo, percebe-se que o Ministro é adepto das teses defendidas pelo originalistas americanos, para os quais a Constituição só poderia significar aquilo que os legisladores originais pretenderam.

5.2.1.2 Os judeus não constituiriam uma raça

Além disso, sustentou o Ministro Moreira Alves, os judeus não poderiam ser considerados uma raça, porquanto apenas adeptos de uma religião: o judaísmo. Se não constituem uma raça, conseqüentemente, não poderiam ser vítimas de racismo.

Ancorado nestes dois argumentos, concede a ordem, afirmando:

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou. (HC 82.424/RS, 2004, p.21)

A tese sustentada por Moreira Alves não foi seguida pela maioria de seus pares, nem mesmo por aqueles que, como ele, também se posicionaram a favor da concessão da ordem, como foi o caso do Ministro Carlos Ayres Brito.

5.2.1.3 O paciente não teria incorrido em conduta penalmente típica

Sustentado apenas pelo Ministro Carlos Ayres Brito, este foi outro argumento para a concessão do *habeas corpus*: nada nos autos atestaria que a prática do crime tivesse se materializado na vigência do dispositivo legal invocado na denúncia – a lei federal 8081, de setembro de 1990.

Nas palavras do Ministro:

Nem o órgão promotorial de 1ª instância, nem os assistentes da acusação, nenhum desses atores processuais originários fez a prova de que o delito em foco se materializou no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do réu, agora paciente (HC 82.424/RS, 2004, p.240)

Dessa forma, alegando a atipicidade da conduta do paciente, o Ministro deferiu o *habeas corpus* de ofício, por entender que o paciente não incorrera em conduta penalmente típica.

5.2.1.4 A necessidade de se garantir o direito fundamental à liberdade de expressão

A preponderância da Liberdade de Expressão foi argumento defendido apenas pelo Ministro Marco Aurélio: a preservação da liberdade de expressão seria o valor mais importante em jogo, como elemento essencial para conservação de uma sociedade pluralista e democrática.

O Ministro acentuou a temeridade de uma atitude do Supremo que, baseando-se somente em expectativas abstratas ou em meros receios de uma

comunidade individualizada, sem cabal demonstração de que haveria um perigo concreto advindo do exercício da liberdade de pensamento, viesse a restringir a liberdade de opinião. Enfim, nessa linha de raciocínio, a condenação ensejaria um precedente perigosíssimo.

Ressalte-se que esta foi uma preocupação também do Ministro Pertence, mas este terminou por entender, como os demais, que o ato praticado foi realmente crime de racismo.

5.2.1.5 O instituto da imprescritibilidade do crime não comportaria

interpretação extensiva

Este argumento, também defendido unicamente pelo Ministro Marco Aurélio, veio sustentar que o instituto da imprescritibilidade deveria ser visto com reservas: não seria correto interpretar, de forma aberta, preceitos que implicassem a diminuição da eficácia dos direitos fundamentais. Sendo a previsão da imprescritibilidade uma exceção ao sistema de garantias individuais, o Tribunal deveria compreender as exceções a esse sistema de maneira rigorosamente estrita e literal.

Assim, a imprescritibilidade só seria admissível em delitos de racismo contra os negros, pois este fora o objetivo que se pretendeu alcançar originalmente com o dispositivo constitucional.

5.2.2 Contra a concessão da ordem

Votando em seguida ao relator, o Ministro Mauricio Corrêa instalou a divergência, denegando o *habeas corpus*. Seus argumentos, por sua vez, se respaldaram nos pareceres dos professores Celso Lafer e Miguel Reale Júnior,

oferecidos na condição de *amicus curiae*, e encaminhados aos Ministros da Corte pelo rabino Henry Sobel²⁸. Na esteira dos argumentos do Ministro Corrêa, fundamentou-se o pensamento dos demais Ministros que negaram a ordem.

5.2.2.1 Os termos raça e racismo devem ser considerados em sua dimensão antropológica e social

Contrapondo-se à perspectiva do Ministro Moreira Alves, o Ministro Corrêa considerou que os judeus, em termos antropológicos, sociais e culturais, constituiriam, sim, uma raça. Logo, seria possível a ocorrência de crime de racismo contra eles. Impunha-se-se uma interpretação teleológica da questão do racismo e não uma interpretação fundada na vontade e na idéia do constituinte originário.

Este argumento foi adotado pela maioria, a saber, os Ministros Celso Melo, Gilmar Mendes, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Helen Gracie, César Peluso e Sepúlveda Pertence. Destaque-se que o Ministro Carlos Brito – que se posicionou a favor da concessão da ordem- também adotou esse entendimento, ou seja, de que a

²⁸ *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa "amigo da corte". Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário. Originalmente, o *amicus* é amigo da corte e não das partes, uma vez que se insere no processo como um terceiro, que não os litigantes iniciais, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas inicialmente no processo. Instituído pelas leis romanas, atualmente, é aplicado com grande ênfase nos Estados Unidos. Seu papel é servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão dos juízes da corte. A função histórica do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados, trazendo um leque de informações adicionais prévias que possam auxiliar na discussão antes da decisão final. A figura do *amicus curiae* já se encontra prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976. A partir de 1999 o *amicus curiae* passou a ser discutido com maior ênfase, pois, a Lei 9.868/99 veio dispor sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar de estar disposto no art. 7º da Lei nº. 9.868 a inadmissibilidade da intervenção de terceiro, cumpre advertir que tal vedação sofre a exceção expressa no parágrafo 2º, no qual se consagra a figura do *amicus curiae*.

Art. 7º. (...) Parágrafo 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

(síntese elaborada a partir de: SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. *Amicus Curiae*: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 20 fev. 2006.)

expressão “crime de racismo” deveria ser objeto de interpretação extensiva, abarcando toda e qualquer forma de discriminação.

5.2.2.2 Os limites morais e jurídicos da liberdade de expressão

O segundo argumento expressivo levantado por aqueles que optaram pela negativa do *habeas corpus* foi a necessidade de limitação do direito à livre expressão em face de outros “valores” constitucionais. Todos procuraram enfocar a liberdade de expressão sob a perspectiva de que esta não seria absoluta: encontraria limites no próprio texto constitucional e não poderia abrigar, em sua abrangência, manifestações que implicassem ilicitude penal.

Neste sentido, transcrevemos a fala do Ministro Celso Melo:

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal. (HC 82.424/RS, 2004, p.105)

5.2.2.3 A dignidade humana como limitação externa ao princípio da liberdade de expressão

Em íntima conexão com o argumento anterior, foi veemente realçada a importância do princípio da dignidade humana, entendendo os senhores Ministros que, no caso, esta se sobreporia à liberdade de expressão. Este também foi argumento adotado pela totalidade daqueles que denegaram a ordem de *habeas corpus*, desde o Ministro Corrêa até o Ministro Sepúlveda Pertence.

Assim, ressaltou o Ministro Corrêa:

Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos". (HC 82.424/RS, 2004, p.58)

Nesse sentido, afirmou também o Ministro Celso Melo que “aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós”. (HC 82.424/RS, 2004, p.112).

O Ministro Carlos Veloso, por seu turno, também destacou a necessidade de se tutelar a dignidade humana como inerente ao constitucionalismo, afirmando que uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias.

E nessa linha, realçando a preponderância do princípio da dignidade humana como fundamento da República e a importância dessa se sobrepôr à liberdade de expressão, prosseguiram os demais, destoando desse tom apenas o Ministro Marco Aurélio.

Em síntese, foram esses os principais argumentos trazidos pelos Ministros para negar o *habeas corpus*, girando a discussão, pois, em torno de dois pontos: a questão propriamente argüida pelo paciente – o delito de racismo e sua imprescritibilidade – e a questão da liberdade de expressão em confronto com a dignidade humana, com acentuada ênfase nesta última.

5.3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE HUMANA VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Registre-se, de início, que a tendência a identificar princípios com valores é nítida, identificável em muitos trechos do acórdão. Assim, o caso foi tratado como um problema de colisão de princípios e /ou valores. Apenas para citar alguns exemplos, dentre os inúmeros encontráveis ao longo do texto, vejamos:

Ministro Marco Aurélio:

O choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento (HC 82.424/RS, 2004, p. 332)

Ministro Celso Mello:

Hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito. (HC 82.424/RS, 2004, p.89)

Ainda que, como já demonstrado no item anterior, a raiz da controvérsia estivesse em outro ponto – em se determinar se o delito praticado deveria, ou não, ser considerado crime de racismo – a maioria extrapolou esse ponto, colocando a ênfase na existência de uma tensão entre princípios e, logo, na necessidade de uma “ponderação dos valores” em jogo. Este foi o entendimento dos Ministros Corrêa, Celso Mello, Carlos Veloso, Gilmar Mendes, Carlos Brito e Marco Aurélio. Porém,

essa foi uma compreensão vacilante, como se pode observar nestas passagens do voto do Ministro Celso Mello, que afirma, de início, que o caso não traduziria a ocorrência de situação de conflituosidade entre direitos básicos, dizendo textualmente:

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, não traduz, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos. Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade. (HC 82.424/RS, 2004, p.107)

Ora, deduz-se que o Ministro entendeu, em um primeiro momento, não existir uma situação de conflituosidade. No entanto, passa, ato contínuo, a defender que:

A superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da 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 concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina. (HC 82.424/RS, 2004, p.108)

Visível, pois, o antagonismo do senhor Ministro, que depois de afirmar não ser aquela uma situação de conflito de direitos, em razão da existência de norma constitucional a regular a espécie, termina por recomendar a utilização do método da ponderação de bens e interesses.

Também o Ministro Corrêa incide no mesmo equívoco, pois, de início, afirma que a solução estaria no próprio texto constitucional:

A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura “o direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual

não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas. (HC 82.424/RS, 2004, p.59)

Mas, logo depois, ressalta a necessidade de uma “ponderação jurídico – constitucional”. Diz o Ministro:

E nesses casos, há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente”. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “concordância prática”, a que se refere à doutrina. (HC 82.424/RS, 2004, p.60)

O Ministro Brito, por seu turno, apresentou uma singular linha de raciocínio: detectou também um choque de normas constitucionais, porém, de forma diversa da linha dos demais: o choque seria entre a dignidade humana e a garantia de não ser processado por conduta não previamente incriminada em lei.

Assim, afirmou o Ministro:

É como dizer: os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do habeas corpus são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativo-princípios em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca exclusão; ou seja, o decisor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas. (HC 82.424/RS, 2004, p.237)

Este o primeiro anunciado entrechoque de normas constitucionais, todo ele situado na esfera daqueles imediatos direitos e garantias que a Lex Maxima colocou ao serviço do megaprincípio da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente falado. É que o direito de não ser racialmente discriminado é tão direito humano quanto à garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei. (HC 82.424/RS, 2004, p.245)

E, tomando por base essa ponderação, concedeu o *habeas corpus* de ofício.

Mas, em geral, limitaram-se os Ministros a defender a ponderação de valores de uma forma abstrata, sem explicitar referências teóricas, e ainda, sem enfocá-la como um método com elementos definidos.

Excetuaram-se, nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes por um lado, e, por outro, o Ministro Marco Aurélio, que abordaram o "conflito de princípios" de acordo com o modelo proposto por Alexy.

Assim, o Ministro Mendes, julgou a questão com base em um juízo de proporcionalidade entendendo ser este exame essencial para a tipificação do delito.

Em suas palavras:

A tipificação de manifestações discriminatórias, como o racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto – diria, inevitavelmente aberto – da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade. (HC 82.424/RS, 2004, p.129)

Afirma o Ministro:

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. (HC 82.424/RS, 2004, p.129, 130)

E dessa forma, o Ministro Mendes passou a examinar a decisão do TJRS, concluindo que o acórdão teria atendido às três máximas parciais da proporcionalidade, pois a condenação do paciente teria sido:

- a) adequada para se alcançar o fim almejado: a salvaguarda de uma sociedade pluralista e a defesa da dignidade da pessoa humana, do

pluralismo político, o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII);

- b) necessária, uma vez que inexistiria outro meio menos gravoso e igualmente eficaz a partir do que define a Constituição.
- c) estaria atendendo também ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, pois visível à proporção entre o objetivo perseguido – a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humano – e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

Com base nesta análise, indeferiu a ordem de *habeas corpus*.

Importante se faz aqui a contraposição da perspectiva do Ministro Gilmar Mendes com a do Ministro Marco Aurélio. Defendendo explicitamente as teses de Alexy, o Ministro Marco Aurélio também adota o juízo de proporcionalidade como mecanismo adequado para o julgamento do caso, asseverando:

Esta matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso, mas, como afirma Robert Alexy, têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício for imposto a um ou aos dois lados. (HC 82.424/RS, 2004, p. 322)

E depois:

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. (HC 82.424/RS, 2004, p.334)

Contudo, utilizando-se das mesmas máximas da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio chega a conclusões diametralmente opostas às do Ministro

Mendes: condenar o paciente não seria adequado, nem razoável, nem proporcional ao agravo, pois:

- a) Considerando o subprincípio da adequação dos meios, condenar o paciente não seria o meio adequado para acabar com a discriminação contra o povo judeu;
- b) observando o segundo subprincípio – da exigibilidade ou da necessidade – ao Tribunal restaria apenas uma solução cabível: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento;
- c) relativamente ao último subprincípio – da proporcionalidade em sentido estrito – não seria razoável, dentro de uma sociedade plural como a nossa, restringir a manifestação de idéias se inexistiam mínimos indícios de que estas idéias estimulariam a violência.

A propósito, Margarida Maria Lacombe Camargo (2005) pontua que o Ministro Marco Aurélio teria demonstrado ter captado melhor a proposta veiculada por Robert Alexy, pois considerou a necessidade de enfocar a questão sob uma perspectiva concreta, afirmando o Ministro:

Não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada... (HC 82.424/RS, 2004, p. 324)

Assim, ancorado no resultado da ponderação realizada, o Ministro Marco Aurélio finalizou seu voto deferindo a ordem de *habeas corpus*.

5.4 APONTAMENTOS CRÍTICOS

Considerando os pontos analisados, somos levados a concluir que o Acórdão examinado realmente sinaliza uma nova tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tratamento dos princípios constitucionais.

Percebe-se uma nítida visão axiológica do Direito e uma evidente inclinação a seguir o modelo de interpretação inaugurado pela jurisprudência alemã. Essa tendência pôde ser observada na fala da maioria dos Ministros, não só entre aqueles que se posicionaram a favor da ordem como entre os que optaram pela sua negativa.

Na visão dos magistrados, princípios e valores se equiparam; assim, a liberdade de expressão foi considerada um “valor” ao qual, no entendimento da maioria, se sobreporia o “valor maior” da dignidade humana, intrínseca e inerente ao Estado Democrático de Direito.

Além disso, em nosso entendimento, a dimensão deontológica do Direito foi esquecida principalmente no momento em que se deixou de discutir a questão propriamente dita para se discutir os “valores” presentes e que acabaram por prevalecer no julgamento do caso.

Logo, concluímos que houve uma falha de perspectiva, ou melhor, no enfoque da questão: a questão primordial e nuclear consistiria em decidir se o paciente havia ou não praticado crime de racismo e, se esta era a questão a ser decidida, a aparente da colisão de valores e /ou princípios não poderia ser tomada como primordial. Mas, o que se encontrava subjacente adquiriu contornos e dimensões mais relevantes do que a questão realmente colocada ao exame da Corte.

De fato, não se pode negar que o dispositivo constitucional que criminaliza o racismo comporta mais de uma interpretação. Porém, como determinar seu conteúdo? Certamente não poderia ser através de uma ponderação de valores, como pretendeu o Ministro Gilmar Mendes. Ora, o juízo de proporcionalidade e a ponderação de valores, mecanismos através do quais se estabelecem preferências, não podem se prestar a definir ou tipificar crimes, ou mesmo para decidir se estes se enquadram ou não em um dispositivo constitucional.

Merece ainda comentários o tratamento dispensado à liberdade de expressão. Inegável que a maioria dos integrantes da Corte considerou a importância dessa liberdade em um Estado Democrático de Direito, porém, na quase unanimidade dos votos (excluindo o do Ministro Marco Aurélio), o enfoque centrou-se nos limites postos pelo texto constitucional para o exercício da mesma. Na própria Ementa do acórdão, encontra-se consignado no item 13:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

Naturalmente, a posição dos senhores Ministros a esse respeito dá margem a sérias objeções. Se se reconhece que há ilicitude, a questão não será de colisão de princípios, nem demandaria uma ponderação, pois, afinal, ou estaríamos diante de uma conduta criminosa, ou diante do exercício regular, e não abusivo, de um direito, como observa Cattoni, referindo-se ao acórdão:

Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito, como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? (CATTONI, 2005, p.06)

Cabe também aqui um contraponto à posição do Ministro Brito que entendeu ser ilícita a conduta do paciente por ser atípica, ou seja, sem previsão legal; mas, ao mesmo tempo, pregou a adoção do método da ponderação no julgamento do caso. Ora, vale aqui, inversamente, a mesma crítica: se a conduta era considerada lícita, pois não haveria lei incriminadora, não se poderia tratar a questão como um “entrechoque de normas” (como disse o Ministro); se não houve crime, por este não ter sido previsto, não haveria o que ponderar.

Quanto ao princípio da dignidade humana, importa destacar o relevo que este assume na fala dos magistrados, que procuraram dar a ele a dimensão de megaprincípio a partir do qual deveria se fundamentar todo o sistema de proteção aos direitos fundamentais, tal como entende o Tribunal Constitucional alemão. Lembre-se que todos os que optaram pelo indeferimento do *habeas corpus* consideraram a defesa da dignidade humana como o bem maior a ser preservado, elegendo-o como seu ponto de apoio mais importante.

Fácil perceber, todavia, a maneira abstrata de abordagem do princípio; recorreu-se à dignidade humana de forma simplista, repetindo-se chavões e obviedades, tais como: “dogma do Estado de Direito”, “inerente ao constitucionalismo”, “fundamento da República”, “esteio da democracia”, “ pilar de nosso sistema jurídico”, restringindo-se os Ministros à mera proclamação de sua importância sem, concretamente, demonstrar como teria ocorrido a ofensa à dignidade no caso em debate.

Contudo, ainda que a verdadeira questão constitucional fosse esta – os limites da liberdade de expressão em face da dignidade humana –, também nessa perspectiva, concluímos que a questão não teve um tratamento adequado, nem

mesmo dentro do modelo alexyano, que propugna uma ponderação de valores através do exaltado postulado da proporcionalidade²⁹.

Assim, a proporcionalidade foi considerada a chave para a resolução dos conflitos entre os princípios e o critério determinante da possibilidade de restrição a direitos fundamentais, conforme asseverou o Ministro Mendes:

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. (HC 82.424/RS, 2004, p.131)

O modelo proposto por Alexy e pela doutrina alemã, no entanto, não prega uma consideração abstrata dos direitos fundamentais, hierarquizados em um catálogo; ao contrário, o método da ponderação e da proporcionalidade, como vimos no capítulo II, deverá ser desenvolvido a partir dos contornos concretos do caso e, ainda, como método com uma estrutura, com subelementos definidos e ordenados, visando justamente a atingir a racionalidade nas decisões. Lembramos aqui, mais uma vez, Silva : “a proporcionalidade não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim”. (SILVA, 2005, p. 31)

Porém, no acórdão analisado, vimos que apenas os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio procuraram utilizar a ponderação e a proporcionalidade como métodos com uma base teórica explícita.

²⁹ Seria importante realçar que, aliada à ponderação, o papel do chamando princípio da proporcionalidade foi extremamente enfatizado por todos os Ministros, chegando o Ministro Gilmar Mendes, inclusive, a afirmar que este princípio “aplicava-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos e vinculava o legislador, a Administração e o Judiciário”. A respeito do princípio da proporcionalidade, ver as observações de SILVA (2005). Nessa perspectiva, a afirmativa do Ministro

Seria ainda importante reiterar que, ao contrário dos demais, o Ministro Marco Aurélio considerou a dimensão empírica do caso e a necessidade de se medir, concretamente, o perigo real que a conduta do paciente (a publicação dos livros) poderia representar naquele contexto. Como pontuou Margarida Maria Lacombe Camargo (2005), esta posição revelou ter o Ministro captado melhor a proposta de ponderação de Alexy.

Utilizando-se da mesma técnica, considerando a mesma situação fática e os mesmos padrões normativos, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes chegaram, no entanto, a conclusões diametralmente opostas, não apresentando o resultado da análise empreendida pelos referidos Ministros nenhum ponto em comum. Concluindo, poderíamos registrar que tal fato nos leva a pensar que o método da “ponderação de valores” talvez prescindia da racionalidade propugnada, uma vez que se presta a justificar posicionamentos tão díspares.

6 CONCLUSÃO

Os princípios valem? Essa era nossa indagação inicial que, de maneira sucinta e pouco elaborada, resumia uma antiga preocupação e nosso interesse pela questão da validade dos princípios e de sua eficácia nas ordens jurídicas.

Gradativamente, essa pergunta foi sendo redimensionada: passamos então a questionar como os princípios constitucionais estariam sendo considerados na jurisprudência dos tribunais, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal. A partir desse ponto, um longo caminho foi percorrido. Hoje, após desenvolver esta pesquisa, talvez estejamos mais aptos para respondê-la, ou melhor, para discuti-la com maior rigor.

Resgatando os passos percorridos, começamos por lembrar que o propósito deste trabalho não foi realizar uma pesquisa teórica que se esgotasse em si mesma, pois isto não nos daria a resposta que buscávamos. A nossa pretensão foi investigar, à luz da Teoria do Direito, como a questão dos princípios constitucionais estaria sendo considerada na prática jurisdicional e quais as praxes interpretativas têm sido utilizadas para sua interpretação e aplicação nos casos concretos.

Para alcançar esses objetivos, fez-se necessário adotar um método multidimensional: em um primeiro momento, procedemos a um estudo teórico, ou seja, levantamos as diferentes perspectivas da doutrina sobre o assunto, buscando, de certa forma, consolidar o “estado da arte” da questão junto à literatura jurídica mais conceituada.

Mas, o foco principal foi na dimensão empírica: a análise do acórdão que julgou o polêmico “*Habeas Corpus do Racismo*” – o HC 82424/RS –, de 17 /09/2003.

A partir da análise dessa decisão, à luz das teses da Teoria do Direito contemporânea, tivemos uma visão da prática do Supremo Tribunal ou, pelo menos, das tendências deste no tratamento das questões em tela.

Ao término dessa investigação, acreditamos ser possível afirmar que a hipótese inicial foi confirmada, conforme já se poderia inferir pela leitura do quinto capítulo: uma hermenêutica baseada em princípios está se firmando jurisprudencialmente, em contraposição ao modelo positivista, com uma tendência nítida a seguir a experiência da jurisprudência alemã e as teorias de Robert Alexy.

Cumpramos ainda ressaltar que este trabalho apresentou também uma dimensão crítica, na medida em que pretendemos demonstrar que uma compreensão axiológica dos princípios, tal como revela a tendência do STF, não seria a melhor alternativa ao exegetismo positivista anterior.

No desenvolvimento da pesquisa, começamos por abordar as teses de Ronald Dworkin e de Robert Alexy – considerados os essenciais suportes teóricos para a análise proposta – tentando estabelecer as diferenças entre estas.

Em Dworkin, focalizamos principalmente a sua visão do Direito como integridade e o papel primordial que os princípios assumem nesta proposta de interpretação jurídica, a partir de uma concepção das comunidades políticas como comunidades de princípios.

Vimos que Dworkin (2002) compreende os princípios como padrões que devem ser observados em virtude de “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p.36); porém, integrando o Direito, seriam estes também capazes de vincular os juízes em suas decisões. Mas, ao contrário de Alexy, Dworkin não os concebe como passíveis de aplicação gradual.

Em Alexy, destacamos a aproximação por ele feita entre princípios e valores; mas nos detivemos principalmente na questão dos conflitos entre princípios e em sua compreensão acerca destes últimos como “mandados de otimização” para, em seguida, abordar sua proposta de “ponderação” – e de utilização do “princípio da proporcionalidade” – nos julgamentos de casos que envolvam conflitos de direitos fundamentais.

Porém, com Habermas (2003), vimos que normas e valores diferem essencialmente em suas propriedades lógicas e, dessa forma, não podem ser aplicados da mesma maneira. Assim, concluímos que uma jurisprudência orientada por princípios não poderá, pois, pretender arbitrar sobre equilíbrio de bens ou relacionamento entre valores.

Quanto à posição da doutrina brasileira frente ao tema, abordada no terceiro capítulo, constatou-se forte tendência desta ao alinhamento com o modelo alemão e, conseqüentemente, à adoção do método da ponderação e à consagração do chamado “princípio da proporcionalidade”. Nessa linha, Bonavides (2003) enfatiza a importância da teoria de Alexy, considerando ainda que este teria desenvolvido melhor as teorias de Dworkin. Também Barroso (2004) trabalha nesta perspectiva, assinalando a necessidade de uma jurisprudência baseada em princípios e defendendo, de maneira explícita, a importância da “ponderação de valores”. Termina, no entanto, este autor por afirmar que “a estrutura do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida” (BARROSO, 2004, p.10), conforme realçamos no terceiro capítulo.

Nesse ponto, uma pergunta se impõe: se a estrutura do raciocínio ponderativo não é bem conhecida, como este poderá ser defendido como método racional? Acreditamos que, se essa estrutura não é passível de ser conhecida, como concluiu

Barroso, seria, provavelmente, porque este raciocínio decorreria de preferências individuais e das pré-compreensões e subjetivismo dos intérpretes, como, aliás, ponderou Ávila (2004) ao afirmar que um julgamento de um caso, sob um juízo de proporcionalidade, dependerá de uma avaliação fortemente subjetiva. Neste ponto, certamente, concluímos, reside a fragilidade do método da ponderação.

Relativamente à proporcionalidade, foram ainda abordadas as reflexões do professor Luís Virgílio Afonso da Silva (2002), que problematizou a questão do uso desse postulado no Direito pátrio, demonstrando que sua utilização pelos tribunais brasileiros vem consistindo, muitas vezes, em mero apelo retórico. E, realmente, constatamos essa falha no acórdão analisado: a maioria dos Ministros enfatizou a importância da proporcionalidade, sem, no entanto, aplicá-la como uma técnica com estrutura e elementos definidos.

Em contraponto à corrente alexyana, foram abordadas as reflexões de outro segmento da doutrina que aponta para a inconsistência e a fragilidade da “teoria dos valores”. Assim, Cattoni, Chamon Júnior e Cruz criticam a compreensão dos princípios como “mandados de otimização” e, especialmente, a aproximação de normas principiológicas a valores, pois, na visão desses, isto significaria negar a dimensão deontológica do Direito.

Realizada essa incursão teórica, foi-nos possível uma visão mais ampla e vertical da questão da aplicação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, possibilitando-nos uma análise mais segura do acórdão escolhido como ponto categórico dessa investigação.

Nessa análise, constatou-se que o problema colocado à apreciação do Tribunal consistia em se determinar, no caso concreto, se houvera ou não “prática

de racismo””. Da resposta a esta questão, dependeria a concessão do pedido de *habeas corpus*.

No entanto, o contraponto entre os valores dignidade humana e liberdade de expressão foi a tônica do julgamento: todos, e não somente a maioria vencedora, procuraram tratar o caso a partir de uma suposta colisão entre estes valores.

Analisando os argumentos levantados pelos senhores Ministros, detectamos equívocos, tendências e concepções metodológicas, ficando demonstrado ser nítida a tendência axiologizante do Supremo Tribunal, aproximando princípios a valores. Nesse sentido, registrou-se ainda a supervalorização do princípio da dignidade humana, lembrado como megavalor ou megaprincípio.

Também se revelou clara a tendência do Tribunal em adotar as teses de Alexy como base teórica para solucionar as questões submetidas a sua apreciação, elegendo-se a “ponderação” como método hermenêutico racional e apropriado para se chegar a decisões equânimes. Por outro lado, foi possível observar, nos votos dos Ministros, a ausência de referências maiores ao pensamento de Ronald Dworkin. Assim, somos levados a crer que a Corte ignora, ou pelo menos, não considera importantes as teses de Dworkin para a consideração das questões relativas aos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Em momento algum, houve referência às suas idéias.

Diretamente ligada à questão da necessidade da ponderação, a máxima da proporcionalidade foi considerada essencial para garantir a racionalidade dos sopesamentos; esse entendimento verificou-se, de forma mais nítida, nos votos do Ministro Gilmar Mendes e Marco Aurélio que, realmente, submeteram a aparente colisão de princípios ao crivo desse postulado.

Confirmando o que já se supunha, os dois Ministros chegaram a conclusões opostas: o Ministro Mendes entendeu que a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul era adequada, necessária e proporcional ao delito cometido e o Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu exatamente o oposto.

Analisando o acórdão, também fomos levados a crer ter ocorrido um erro de perspectiva no foco da questão: é inegável que os dois princípios (a liberdade de expressão e a dignidade humana) encontravam-se em jogo, de forma subjacente, mas o caso não poderia ter sido julgado a partir de uma suposta colisão de princípios, ou de valores. A verdadeira questão constitucional seria definir o significado da expressão “praticar crime de racismo”, no contexto do Direito brasileiro contemporâneo e decidir se, naquela situação fática, teria ou não havido crime de racismo.

E, nesse ponto, questionamos: O crime de racismo poderia ser definido através de um mecanismo de balanceamento de valores? Poder-se-ia decidir se um crime teria sido ou não cometido, a partir de uma prática de ponderação?

Acreditamos que um crime não pode ser definido por um mecanismo de ponderação ou balanceamento de bens, valores ou interesses através do qual se estabeleçam preferências. Um juízo de proporcionalidade não poderá se prestar para definir ou tipificar crimes ou para decidir se determinados atos se enquadram ou não dentro de um dispositivo constitucional.

Assim, no caso analisado, acreditamos que a decisão ficou ao sabor das preferências e convicções pessoais dos senhores Ministros: alguns entenderam que a liberdade de expressão era mais importante e outros – a maioria – preferiram considerar a dignidade humana (de forma abstrata e sem demonstrar como esta teria sido ofendida) como o valor mais alto no aparente conflito, superior à liberdade

de expressão. Em conseqüência, determinou-se a condenação do paciente, considerada, pois, adequada e necessária.

Mas, então, seria possível questionar: qual seria o papel dos princípios no julgamento do *habeas corpus* examinado? Estes não teriam nenhuma importância no debate da questão? Deveríamos então voltar a adotar os padrões hermenêuticos positivistas?

Em nosso entender, a partir daquele contexto fático, a questão deveria ter sido examinada sim, à luz dos princípios constitucionais inegavelmente ligados ao caso, bem como também à luz da legislação vigente e da argumentação sustentada pelos envolvidos (dos impetrantes, do Ministério Público e dos assistentes). Importante também seria considerar os precedentes históricos e jurisprudenciais e, ainda, as fundamentações das decisões anteriores, quais sejam, do TJ-RS e do STJ.

Só a partir dessa discussão, seria possível chegar-se a uma decisão equânime, racional e argumentativamente fundada e, dessa forma, escrever um capítulo novo em nossa história constitucional.

Antes de fecharmos as considerações a respeito do acórdão, colocaremos em pauta duas questões para reflexão:

A primeira advém de uma possibilidade levantada pelo Ministro Marco Aurélio: Não estaríamos diante de um caso de jurisprudência simbólica, respondendo o Tribunal, com sua decisão, a um clamor social? Segundo o Ministro, o Judiciário estaria preferindo limitar a liberdade de expressão em favor de uma defesa abstrata da dignidade humana, demonstrando uma “indignação” quanto aos pensamentos anti-semitas apenas para responder às pressões de um segmento da sociedade, no caso, a comunidade judaica.

Um segundo ponto também merece ser questionado: no caso examinado, os princípios não teriam sido usados apenas para justificar as pré-compreensões dos julgadores?

Resta ainda dar uma resposta ao problema formulado na introdução desse trabalho: a se consolidar a tendência verificada no acórdão analisado, este modelo de interpretação alinhado à denominada jurisprudência de valores poderá nos garantir uma tutela jurisdicional mais consistente?

Diante do exposto, uma resposta negativa se impõe.

Acreditamos que essa será uma perigosa opção, pois, dessa forma, como muito bem pontuou Cattoni (2005), os tribunais julgarão as questões à luz de valores aos quais apenas os magistrados teriam um acesso privilegiado.

Mas, é importante ter em vista que o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa a uma conceituação lógica e, ainda que essa alternativa metodológica possa não excluir a possibilidade de acerto dos julgamentos, conforme ponderou Cruz (2004), será inerente a ela o risco de as Cortes usarem procedimentos arbitrários, uma vez que o Direito estará submetido a uma questão de preferências, determinadas pelas vivências anteriores e pré-compreensões dos ministros das cortes supremas. Ficaríamos, assim, à mercê da subjetividade dos julgadores, ou como diriam os positivistas, à sua discricionariedade.

Enfim, ao confundir o Direito com valores, o Supremo poderá vir a adotar uma prática que comprometerá, sem dúvida, a segurança jurídica e os julgamentos estarão sujeitos a possibilidades manipulatórias.

Finalmente, retornamos à pergunta inicial, com a qual abrimos esta dissertação:

Afinal, os princípios valem?

Ao que respondemos: valem, mas não bastará a mera proclamação inconseqüente de sua importância. Deveriam valer, em um Estado Democrático de Direito, como normas deontologicamente compreendidas, não no sentido de ditar resultados, mas no sentido enfatizado por Dworkin de inclinarem as decisões judiciais em determinada direção, desempenhando um papel fundamental nos julgamentos dos casos considerados difíceis.

É indiscutível que a controvérsia estará sempre presente em sociedades democráticas e pluralistas; assim, será inevitável que juristas, juizes e estudiosos do Direito irão divergir quanto às questões constitucionais que envolvam direitos fundamentais. Dessa forma, importante será que, exercitando a cidadania, fiquemos atentos à atividade jurisprudencial de nossos tribunais, insistindo em que estes justifiquem e apresentem os melhores argumentos possíveis em suas decisões.

Finalmente, lembrando que o Direito nunca será esgotado por um catálogo de regras ou de princípios, gostaríamos de terminar com as palavras de Dworkin, que nos ensina:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. (DWORKIN, 2003, p.492).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón practica**. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo** – n. 217, Rio de Janeiro: ed. Renovar, jul/ set. 1999.

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

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo. A nova hermenêutica constitucional na jurisprudência do supremo tribunal federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora NDJ, n.3, p.156-166, março, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 235, Renovar, Rio de Janeiro, Jan./Mar./2004.

BARROSO, Luís Roberto. Conflitos entre Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra S.; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Orgs.) **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e desafios da Constituição**. Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38.ed., Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*, 82424. publicação de livros: anti-semitismo. racismo. crime imprescritível. conceituação. abrangência constitucional. liberdade de expressão. limites. ordem denegada. Relator: Ministro Mauricio Correa. **Diário da Justiça da União**. Brasília, 19 de março de 2004.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 03, p.215-240, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia, **Revista Brasileira de Estudos Políticos** n.88. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p.100, dezembro de 2003. In: COURA, 2004, p.421.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito. Um ensaio da teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação dos valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal**. 2005. Disponível no site <<http://www.leniostreck.com.br>> Acesso em 21 set. 2005.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Tertium nom datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores." In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. Raísa R. Mendes.(Trad.). In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, n.05, p.44-71, jan../jul. 1997.

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira.(Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Jeferson Luis Camargo. (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Jeffersson Luis Camargo. (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1990.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos. (Uma contribuição da obra de Alexy). In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.1, N.2, 2º. Sem. 1999.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos , 2003a.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos,1999.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**. Entre faticidade e validade. v.1. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Disponível no site <<http://www.jusnavigandi.com.br>>, acesso em mai. 2004.
- MATOS, Ana Letícia Queiroga. Apontamentos críticos à ponderação de valores adotada pelo Supremo Tribunal Federal. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **O Supremo Tribunal revisitado**: O ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Martonio Lima e Paulo Albuquerque.(Trad.) In: **Revista Novos Estudos**. CEBRAP: São Paulo, n.58, nov. 2000, p.183-202.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: **Repertório de Jurisprudência IOB**. n.14, caderno 01, p.361-372. jul. 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Repertório de Jurisprudencia IOB**. n.9, caderno 1, p.333-337, mai. 2002.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. **Amicus Curiae**: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>. Acesso em 20 fev. 2006.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. p.23-50, ano 91, n.798, abr. 2002.

SOUZA, Vera Lúcia Ribeiro de. **O labirinto e o fio de Ariadne**: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

STREK, Lênio. **Hermenêutica constitucional em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.