UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

LUÍSA MACHADO LEITE SOARES

Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo
Tribunal Federal
VERSÃO CORRIGIDA

São Paulo

2017

LUÍSA MACHADO LEITE SOARES

Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo
Tribunal Federal
VERSÃO CORRIGIDA

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de mestre em Filosofia sob a orientação do professor doutor José Raymundo Novaes Chiappin.

São Paulo

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

S676a Soares, Luísa Machado Leite
 Análise da aplicação do sopesamento proposto
 por Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal /
 Luísa Machado Leite Soares ; orientador José
 Raymundo Novaes Chiappin. - São Paulo, 2017.
 167 f.

 Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Filosofia,
 Letras e Ciências Humanas da Universidade de São
 Paulo. Departamento de Filosofia. Área de
 concentração: Filosofia.

 1. Epistemologia. 2. Ciências jurídicas. I.
 Chiappin, José Raymundo Novaes, orient. II. Título.

Nome: SOARES, Luísa Machado Leite.

Título: Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal.

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

“O senhor pode perceber como os juristas são devedores a um filósofo, e com razão, pois a ciência mais geral e nobre, e a lei do mundo inteiro, é a verdadeira filosofia, da qual o Direito comum [da Inglaterra] é uma partezinha muito pequena.”

Thomas Hobbes.

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao orientador desta dissertação, o professor doutor José Raymundo Novaes Chiappin, por quem tenho admiração e gratidão. Na graduação, com seu brilhantismo e suas aulas consistentes, despertou em mim o interesse por Hobbes, Locke e Rousseau, além de me instrumentalizar com recursos para que eu pudesse trabalhar teorias em conjunto, fazer conexões e ficar mais confortável com a interdisciplinaridade entre direito e filosofia, as duas áreas do conhecimento em que optei por me aprofundar.

O estudo da filosofia foi movido pelo interesse pessoal. Quanto ao direito, houve influência familiar, em especial de meu avô materno, Lino Machado Filho, advogado competente, ético, corajoso e apaixonado que atuou defendendo presos políticos durante a ditadura militar. Além do advogado, foi um homem culto, generoso e que soube aproveitar a vida.

Infelizmente meu avô Lino, assim como minha avó materna, Rosa Maria, e meu avô paterno, Paulo de Tarso, não puderam comemorar esta conquista comigo. Com muitas saudades, gostaria de agradecê-los pelo tempo que tivemos juntos, que nunca será suficiente, pela presença, pelo amor e pelas boas lembranças.

À minha única avó que pode se sentir orgulhosa, Dirce, agradeço pelo modelo, pela amizade, por todas as conversas, pelos conselhos, pelos carinhos e pelas energias positivas.

À minha mãe, Maria Elizabeth, agradeço pelo companheirismo, pelo suporte e pelos inúmeros cuidados no dia a dia.

Ao meu pai, Paulo de Tarso, agradeço pela atenção, pela cumplicidade e pelo gosto pelo conhecimento.

À Ana Paula agradeço pela amizade, pelos valiosos conselhos, pelo conhecimento, pela postura acadêmica e pelo apoio durante a elaboração desta dissertação.

Aos meus irmãos, José Hugo, Lourenço e Paulo de Tarso (Paulito) agradeço por fazerem parte da minha vida, por todas as risadas e pelo carinho de sempre.

Gostaria de agradecer minha família como um todo por em casa propiciarem um ambiente intelectual e pela exigência que me impulsiona para o desenvolvimento e me estimula a dar o melhor de mim. Não posso deixar de citar meu primo José Felipe, que sempre me incentivou nos estudos acadêmicos.

Por fim, é necessário mencionar meus amigos que estiveram ao meu lado nos bons e maus momentos durante a elaboração desta dissertação e que optam por fazer parte da minha vida e me deixam fazer parte da deles.

RESUMO

SOARES, Luísa Machado Leite. **Análise da aplicação do sopesamento proposto por Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal**. 2017. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O ponto de partida desta dissertação são os aspectos metodológicos, quais sejam: (i) contextualização do ordenamento jurídico brasileiro; (ii) emergência da problemática do conflito entre princípios (positivismo *versus* pós-positivismo ou neoconstitucionalismo); e (iii) relevância da análise do método de sopesamento de princípios proposto por Robert Alexy. Em seguida, o estudo apresenta a discussão sobre teorias do conhecimento travada entre os filósofos Henri Poincaré e Pierre Duhem, demonstrando que a mesma discussão pode ser aplicada ao direito, e, nesse sentido, faz um paralelo com Herbert Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Passando pelo determinante Período Iluminista (incluindo os filósofos Jean-Jacques Rousseau e Cesare di Beccaria), a pesquisa evidencia sua influência nos princípios e nos direitos fundamentais consagrados atualmente pelo direito penal brasileiro. Em seguida, a pesquisa expõe os direitos fundamentais, apresenta a teoria do sopesamento — ou balanceamento — de princípios proposta por Robert Alexy e analisa, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como os ministros recorrem a esse método para solução de casos nos quais existe conflito entre os direitos fundamentais. A finalidade é evidenciar que o recurso, pelos juristas brasileiros, não introduziu uma nova maneira de interpretação ou um novo método de tomada de decisões, já que os ministros do STF recorrem à doutrina de Robert Alexy somente para demonstrar erudição; sem de fato aplicar o método proposto por ele, o mencionam para justificar qualquer decisão que já tenha sido tomada com base na subjetividade. Por fim, este estudo apresenta exercícios de aplicação do que a autora entende ser o método do sopesamento aos casos sob análise, e a conclusão foi que há distorções nos resultados em cerca de 30% deles, porcentagem relevante, considerando a importância dos casos analisados pelo STF. A aplicação do método do sopesamento consiste em três sub-regras subsequentes e ordenadas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade apenas é analisada se a questão não puder ser solucionada pela necessidade e, por sua vez, a necessidade só é analisada se a adequação não for suficiente para solucionar a questão. O estudo demonstra que, quando a análise atinge a sub-regra necessidade, ocorrem os resultados divergentes.

Palavras-chave: Robert Alexy. Balanceamento. Proporcionalidade. Fundamentos. Princípios. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

SOARES, Luísa Machado Leite. **Analysis of the application of the balancing proposed by Robert Alexy by the Supreme Court (Supremo Tribunal Federal)**. 2017. 167 p. Master (Thesis) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

This dissertation starts by the methodological aspects, which are: (i) contextualization of the Brazilian legal system; (ii) emergence of the conflict between principles (positivism versus postpositivism or neoconstitutionalism); and (iii) relevance of the analysis of the balancing of principles proposed by Robert Alexy. Subsequently, we presented the discussion of knowledge theories between the philosophers Henri Poincaré and Pierre Duhem, showing that the same discussion can be applied to law, in this sense we drew a parallel with Herbert Hart, Ronald Dworkin and Robert Alexy. Passing through the determinant Enlightenment Period (including the philosophers Jean-Jacques Rousseau and Cesare di Beccaria), we demonstrate its influence to principles and rights currently consecrated on the Brazilian criminal law. We analyzed on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) the application of Robert Alexy's theory, known as "*sopesamento*" or balancing of principles, to case laws on which are conflict of fundamental rights (including the rights previously presented). The purpose is highlight that the recourse, by Brazilian jurists, did not insert a new interpretation technique or method of decision-making, since the ministers of STF invoke Robert Alexy doctrine solely to show erudition, without in fact apply the method proposed by him and mention him to justify whatsoever decision already taken based on subjectivity. Finally, we made an exercise of apply our understanding of the balancing method to cases under study and the conclusion was for 30% of distortions in the results, percentage relevant considering the importance of the cases analyzed by STF. The application of the balancing method consist on three sub-rules subsequent and ordered: adequacy, need and proportionality in strict sense. The proportionality is only analyzed if the case cannot be solved by need, and, in turn, need is only analyzed if adequacy is insufficient to solved the question. We ascertain that when the analysis achieves the sub-rule of need occurs the divergent results.

Key Words: Robert Alexy. Balancing. Proportionality. Foundations. Principles. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIações E DEFINIções

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme alterada (Constituição Federal)
CP	Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, conforme alterado (Código Penal)
CPC	Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, atualmente revogada pelo Novo CPC (Código de Processo Civil)
CPP	Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, declarados pela Assembleia Nacional Francesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948
HC	<i>Habeas corpus</i>
Novo CPC	Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, conforme alterado (Novo Código de Processo Civil)
RE	Recurso extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

CAPÍTULO PRIMEIRO - INTRODUÇÃO.....	9
1.1 Estrutura.....	9
1.2 Aspectos metodológicos	14
1.2.1 Ordenamento jurídico brasileiro	14
1.2.2 Discussão sobre interpretação: positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas	20
1.2.3 Metodologias de escolha racional de teorias.....	29
CAPÍTULO SEGUNDO - ILUMINISMO.....	35
2.1 Iluminismo	35
2.2 Influência/Herança do Iluminismo no direito	38
CAPÍTULO TERCEIRO - PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL.....	41
3.1 Princípios e direitos fundamentais aplicáveis ao direito penal	41
3.1.1 Princípio da mínima intervenção	42
3.1.2 Princípio da humanidade.....	44
3.1.3 Princípio da pessoalidade.....	46
3.1.4 Princípio da individualidade	47
3.1.5 Princípio da legalidade.....	48
3.1.6 Princípios do contraditório e da ampla defesa	50
3.1.7 Princípio da culpabilidade.....	51
3.1.8 Princípio da proporcionalidade	53
3.2 Bens tutelados não considerados como princípios do direito penal.....	54
3.2.1 Direito à vida.....	55
3.2.2 Direito à liberdade.....	55
3.2.3 Direito à igualdade.....	56
3.2.4 Direito à segurança	57
3.2.5 Direito à propriedade	58
CAPÍTULO QUARTO - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL NOS PENSADORES.....	59
4.1 Jean-Jacques Rousseau	59
4.2 Cesare Bonesana (marquês de Beccaria)	68
CAPÍTULO QUINTO - BALANCEAMENTO DE PRINCÍPIOS.....	75
5.1 Sopesamento, ponderação ou balanceamento proposto por Robert Alexy	75
5.2 Exemplos de aplicação do método.....	86
5.2.1 Racionamento de energia.....	87
5.2.2 Pesagem de botijões de gás.....	88

CAPÍTULO SEXTO - ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	91
6.1 Progressão de regime de cumprimento de pena aplicada aos crimes hediondos.....	91
6.2 Uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos.....	100
6.3 Prisão civil de depositários infieis.....	103
6.4 Aborto de feto anencéfalo	105
6.5 Possibilidade de repositura de ação de paternidade na ausência de exame de DNA no âmbito da ação original	111
6.6 Restrições à liberdade de imprensa	116
6.7 Porte ilegal de armas sem munição	121
6.8 Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.....	125
6.9 Prescrição retroativa com base na pena.....	132
CAPÍTULO SÉTIMO - CONCLUSÕES	139
AVISOS LEGAIS	147
REFERÊNCIAS	149
BIBLIOGRAFIA	157
ANEXO A - Declaração Universal dos Direitos Humanos'.....	159
ANEXO B - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão'	165

CAPÍTULO PRIMEIRO - INTRODUÇÃO

1.1 Estrutura

A presente dissertação habita o mundo jurisfilosófico, com a finalidade de identificar e analisar, na filosofia, os fundamentos¹ dos princípios, das teorias e dos conceitos atualmente consagrados e aplicados em direito.

Iniciaremos esta dissertação pela exposição da metodologia utilizada, incluindo: (i) breve contextualização acerca do ordenamento jurídico brasileiro; (ii) forma de emersão da problemática do conflito entre princípios nos mundos fático e jurídico (positivismo *versus* pós-positivismo ou neoconstitucionalismo) discutida por Hans Kelsen (KELSEN, 1999; LEISTER; CHIAPPIN, 2009; MARCELLINO JUNIOR, 2007), Herbert Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007), Norberto Bobbio (1995) e Ronald Dworkin (2010); e iii) entraremos na relevância da análise da aplicação, pelos operadores do direito, do método de sopesamento de princípios proposto por Robert Alexy (2011, 2012).

Apresentaremos a discussão sobre teorias do conhecimento e modelos de justificativas travada entre dois filósofos: o pragmatista Henri Poincaré (1988, 1998), com o princípio da subdeterminação dos princípios pelos dados, e o realista Pierre Duhem (CHIAPPIN; LEISTER, 2009, 2015; CHIAPPIN, 2014), com o princípio da unidade lógica. O objetivo é demonstrar que a discussão pode ser aplicada ao direito; a diferença é que, na ciência, as premissas são proposições, enquanto que, no direito, as premissas são normas. Nesse sentido, faremos um paralelo com Herbert Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007), Ronald Dworkin (2010) e Robert Alexy (2011, 2012).

Para contextualizar historicamente tais princípios, passaremos por um breve resumo do Iluminismo, período que apresentou expressivos progressos na área de direitos humanos.

¹ Utilizamos o termo “fundamentos” para diferenciar do termo “origens”, considerando que na história existem diversas suposições sobre as origens de cada um dos princípios.

Após, faremos uma breve explicação sobre os princípios e os direitos fundamentais consagrados atualmente pelo direito penal, quais sejam: mínima intervenção, direito a ampla defesa, contraditório, culpabilidade, humanidade, igualdade, individualidade, legalidade, liberdade, pessoalidade, proporcionalidade, propriedade, segurança e vida.

O direito penal foi escolhido, dentre as áreas do direito, por ser direito constitucional aplicado e por lidar com bens jurídicos fundamentais, que em geral giram em torno da vida e da propriedade. Além disso, o direito penal é uma realidade mais próxima de todos, por ser amplamente noticiado pelos meios de comunicação e lidar com as maiores questões sociais, fatores que conferem apelo ilustrativo e despertam interesse de muitas áreas do conhecimento, além do direito e da filosofia, tais como: antropologia, direitos humanos, medicina forense, políticas públicas, psicologia, sociologia, dentre outras.

É impossível separar o direito penal dos direitos humanos, pois ambos estão intimamente ligados e se desenvolvem em conjunto. Pode-se até dizer que um é o espelho do outro; a legislação de direito penal tem como objetivo a realização dos direitos humanos.

Em seguida identificaremos, nas visões dos pensadores Cesare di Beccaria (2001) e Jean-Jacques Rousseau (2000a, 2000b), as razões de ser dos princípios e dos direitos fundamentais, hoje informadores do direito penal. Rousseau, com sua teoria do contrato social, cria uma hipótese sobre o surgimento da sociedade e das leis. Beccaria, com base na teoria do contrato social de Rousseau, critica as leis e assim contribui para o desenvolvimento do direito penal como garantidor de direitos individuais.

Qualquer pensador se torna importante porque, em sua sociedade e em determinado momento histórico, contextualiza seus pensamentos informando a percepção de seus contemporâneos. Rousseau e Beccaria, por outro lado, continuam relevantes porque as questões enfrentadas por eles em seu tempo ainda são fundamentais para entendimento e aperfeiçoamento do direito penal.

Selecionamos os pensadores Rousseau e Beccaria² porque tiveram influência sobre o Iluminismo e foram influenciados por esse movimento, que atribuiu nova tônica aos direitos humanos e inevitavelmente ao direito penal. Na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e no

² Arriscamos dizer que todos ou quase todos os pensadores historicamente tiveram, direta ou indiretamente, influência sobre o direito penal, dos quais podemos apresentar lista não exaustiva: Aristóteles, Foucault, Grotius, Hobbes, Locke, Montesquieu, Platão, Voltaire, entre outros, mas foi necessário fazer um corte epistemológico e centrar este estudo em Rousseau e Beccaria.

Código Penal (BRASIL, 1940) encontram-se diversas disposições acerca das garantias individuais e coletivas que são resultado do período iluminista.

Atribui-se a Beccaria (2001) e a sua obra *Dos delitos e das penas* a construção das bases do direito penal, pois as bases humanistas passaram a fazer parte do direito penal, consolidando, em especial, o princípio basilar do direito, que é a legalidade, dentre outros analisados neste trabalho.

Beccaria foi influenciado por Rousseau e suas obras *Do contrato social* (2000b) e *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (2000a). Não se prendendo aos fatos, por considerar sua compreensão improvável, Rousseau criou uma hipótese para a trajetória do homem de seu estado de natureza para o estado civil. Sua hipótese indicou que a necessidade de fugir da morte e sair do estado de guerra de todos contra todos — o que levaria à extinção da espécie — levou os homens a aderir ao pacto social, que os impunha a obediência às leis (legalidade). Nos dizeres de Bernd Schünemann (2013, p. 52): “o princípio [da proteção dos bens jurídicos] se ancora na concepção básica de contrato social, que está pressuposto em qualquer Constituição”.

A busca filosófica dos fundamentos e dos conceitos do direito penal visa fornecer recursos para sua interpretação pelos operadores do direito, em linha com o discurso de consagrados juristas:

No século passado, praticamente não havia exposição do direito penal que não explicitasse a sua vinculação com correntes mais gerais do pensamento – ideologias maiores –, especialmente filosófico. Somente em nosso século tornou-se moda a exposição do saber penal desvinculado dessas raízes, como se fosse uma “técnica”, o que costuma provocar uma confusão nas soluções, pois, faltando um marco ideológico de referência, as soluções a perguntas particulares podem ser mescladas com outras, que correspondem a linhas argumentativas incompatíveis dentro de sistemas ideológicos mais amplos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 221).

À autora desta dissertação sempre incomodou a pouca atenção que os juristas conferem à filosofia, como se fosse algo de pouca importância, apenas teórico, para aqueles que podem se dar ao luxo de despender (dizem até “desperdiçar”) tempo e esforço com exercícios intelectuais sem aplicabilidade prática. Ocorre que, como se procura demonstrar neste trabalho, as grandes questões jurídicas atuais recorrem à filosofia do direito (incluindo a teoria do conhecimento e a filosofia da ciência) em busca de diretrizes e/ou justificativas.

Após o estudo dos princípios e dos conceitos aplicáveis ao direito penal atual e de suas fundamentações, passaremos para a teoria atualmente mais citada pelo STF quando existe conflito entre direitos fundamentais, que é o balanceamento de princípios proposto por Robert Alexy. Em capítulo próprio exporemos, o que entendemos ser este método com base nas obras *Teoria dos direitos fundamentais* (2012) e *Constitucionalismo discursivo* (2011) de Robert Alexy, nossa compreensão sobre esse método.

A análise da aplicação do balanceamento proposto por Alexy em casos de conflito entre princípios já foi realizada por autores como Virgílio Afonso da Silva (2002) e José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 8). Ambos, em 2002 e 2013, respectivamente, também concluíram que o STF não aplica o método proposto por Robert Alexy e recorre ao autor apenas como argumento de autoridade.

Robert Alexy é amplamente referenciado, em especial pelos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, e recentemente foi citado em relevantes discussões pelo STF, por exemplo, acerca do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff (17 de dezembro de 2015): no âmbito da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 378 do Distrito Federal (ADPF 378), discutida em dezembro de 2015 e interposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), buscando questionar a compatibilidade do rito de *impeachment* de presidente da República e discutir sobre o procedimento e o quórum necessário, nos termos da lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 (BRASIL, 1950), compatibilizada com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), situação na qual o ministro Edson Fachin citou Alexy, acerca da conexão entre direitos fundamentais, procedimento e organização, ao afirmar que o procedimento “aumentaria a probabilidade de um resultado conforme ao direito fundamental”³.

Outro exemplo é a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650 (ADI 4.650) (17 de setembro de 2015), julgada em setembro de 2015 e ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para questionar o modelo de financiamento de campanhas eleitorais — em síntese, a possibilidade de doação por pessoas jurídicas, os limites de doação por pessoas físicas e a utilização de recursos próprios por partidos políticos em campanhas políticas. Nessa oportunidade, o ministro relator Luiz Fux citou Alexy duas vezes, como segue.

³ Voto do ministro Edson Fachin na ADPF 378, citado por Fernandes (2005, p. 39).

Esta constatação tem importantes implicações práticas: em matéria relativa ao financiamento de campanhas eleitorais, a Constituição não encerra uma ordem-fundamento em sentido quantitativo (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-84), que institua deveres, imposições ou proibições ao legislador. Ao contrário: pode-se dizer, sem incorrer em equívocos, que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática.⁴

Como bem explica Robert Alexy, “a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado legal de igualdade como um princípio de igualdade, que *prima facie* exige tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos”. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008).⁵

A ministra Rosa Weber, em seu voto, também trouxe Alexy:

Consoante Robert Alexy, a fórmula que melhor expressa a ideia de igualdade é a de que “o substancialmente igual não pode ser tratado desigualmente” (Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 404).⁶

Os casos anteriores foram mencionados apenas para demonstrar a atualidade de Robert Alexy, mas não serão objeto de análise profunda nem de realização do exercício, pois não tratam do método do sopesamento proposto por Alexy, apenas mencionam outros aspectos da doutrina do autor. Outra recente discussão — esta, sim, será objeto de estudo deste trabalho —, cujo julgamento ocorreu em 17 de fevereiro de 2016, girou em torno da possibilidade de início de cumprimento de pena antes de sentença final condenatória transitada em julgado.

Assim sendo, essa análise ressona com a atual conjuntura de nosso país na medida em que a sociedade se vê diante da incerteza acerca do que deseja do Estado no que toca a sua capacidade de punir. Discute-se se a ânsia por punição justifica restrição aos direitos fundamentais individuais e afastamento da legalidade e da segurança jurídica. A sociedade brasileira, cansada da corrupção que assola o país, está cindida social e politicamente. Nesse contexto, discute-se se “os fins justificam os meios”, se as decisões judiciais podem ser tomadas com base na subjetividade dos membros do Poder Judiciário e/ou em fatos políticos ou se devem ser restringidas a argumentos jurídicos.

⁴ Página 19 do voto do ministro Luiz Fux na ADI 4.650.

⁵ Página 33 do voto do ministro Luiz Fux na ADI 4.650.

⁶ Página 9 do voto da ministra Rosa Weber na ADI 4.650.

Com a finalidade de investigar o modo como o STF adere ao método do sopesamento proposto por Robert Alexy, analisamos a jurisprudência do STF desde o ano de 2003⁷ e fizemos o exercício de aplicação do método proposto por ele a todos os dez casos que tratam de direito material, quais sejam: (i) progressão do regime de cumprimento da pena em crimes hediondos; (ii) uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos; (iii) prisão civil de depositários infieis; (iv) aborto de fetos anencéfalos; (v) possibilidade de repropositura de ação de paternidade na ausência de exame de DNA no âmbito da ação original; (vi e vii) duas decisões acerca de restrições ao direito de imprensa; (viii) porte ilegal de armas sem munição; (ix) possibilidade de execução provisória de pena antes de sentença final condenatória transitada em julgado; e (x) prescrição retroativa com base na pena⁸.

1.2 Aspectos metodológicos

1.2.1 Ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) é o pilar do ordenamento jurídico brasileiro, e sua definição varia de acordo com o doutrinador e os aspectos que destaca, sejam eles políticos, sejam sociológicos, sejam jurídicos. Araújo e Nunes Junior definem a Constituição Federal como:

organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos e deveres e garantias fundamentais, sendo certo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional. (ARAÚJO; NUNES JUNIOR 2005, p. 3, grifo nosso).

⁷ Disponíveis no site do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>).

⁸ A pesquisa no site do STF por menções a Robert Alexy encontrou 53 resultados. Destes, descartamos (i) jurisprudências repetidas; (ii) que apenas mencionam outros aspectos da teoria de Robert Alexy, ou seja, sem tratar do sopesamento; e (iii) que tratam apenas de direito processual. Após essa triagem, os dez casos restantes foram objeto de análise nesta dissertação.

As constituições são criadas pelos poderes constituintes, e a idealização desse tipo de diploma legal remonta à Revolução Francesa — em especial ao pensador Emmanuel Sieyès (apud ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005), que posicionou a constituição como documento instituidor do Estado e ponto de início do ordenamento jurídico. Nesse sentido, em teoria, o poder constituinte originário, sendo o ponto de partida, não teria limites de qualquer espécie, seria inicial, autônomo, incondicionado e limitado apenas pelo direito natural, já que o titular do direito é o povo. O poder constituído, constituinte derivado ou secundário, ao contrário, seria limitado e condicionado.

No Brasil, o poder constituinte derivado possui limitações materiais (cláusulas pétreas, como: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação entre poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; e os direitos e as garantias individuais), circunstanciais (vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio) e procedimentais (no curso do procedimento de emenda constitucional, se a proposta for rejeitada, só poderá ser apresentada em outra sessão legislativa — período anual entre 15 de fevereiro e 30 de junho e 1 de agosto e 15 de dezembro).

Emendas à Constituição Federal podem ser propostas por no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação. A votação deve ser realizada em dois turnos no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), com quórum de três quintos⁹.

A própria palavra “constituição” traz em seu significado formar, compor, ser a base, possui ideia de estrutura. As leis ordinárias devem estar em conformidade com a Constituição Federal de maneira formal (procedimental) e material (conteúdo).

O controle normativo se dá nas formas preventiva e repressiva. A forma preventiva é a que evita a inserção de uma norma no ordenamento jurídico pelo processo legislativo. A proposta de lei pode ser apresentada por deputados ou senadores, presidente da República, ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), procurador-geral da República ou pelo povo — desde que seja assinada por no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com ao menos 0,3% dos eleitores de cada um — e é analisada pela

⁹ Artigo 60 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo. Se aprovada no Congresso Nacional, segue para sanção ou veto pelo presidente da República.

Por sua vez, o controle regressivo é realizado pelo Poder Judiciário e pode seguir pelas vias concentrada/direta — por meio de processo com propósito específico de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade — ou difusa/indireta, que consiste na arguição de inconstitucionalidade de lei dentro de processo judicial.

Na via difusa, a discussão sobre constitucionalidade, pela via recursal, pode ser avaliada pelo STF — em geral, *habeas corpus* ou recursos extraordinários. O efeito dessas decisões, como regra, faz coisa julgada entre as partes (polos ativo e passivo) no processo sob análise. No entanto, o STF tem a prerrogativa de submeter a decisão ao Senado Federal, que poderá suspender a execução da decisão do STF ou até estender os efeitos da decisão a todos os cidadãos.

O controle concentrado ocorre pelas ações direta de inconstitucionalidade (cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) e declaratória de constitucionalidade (cuja finalidade é declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo) e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (com finalidade de reparar ou evitar lesão a preceito fundamental¹⁰ causada por ato do Poder Público). Todas as citadas ações possuem o STF como único foro competente; nesse caso, as decisões têm efeito *erga omnes*, ou seja, para todos os cidadãos.

O STF é a última instância do Poder Judiciário e possui a incumbência de guardar a Constituição Federal e controlar atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Na área penal, o STF possui competência para julgar as infrações penais comuns do presidente da República, do vice-presidente da República, de membros do Congresso Nacional, de seus próprios ministros, dentre outros.

Assim sendo, a forma de atuação do STF é de suma importância para o equilíbrio do ordenamento jurídico e a manutenção da segurança jurídica, para a sociedade e para o Estado brasileiro. As discussões no âmbito do STF atinam questões constitucionais que em geral

¹⁰ A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), não definiu o que seria um preceito fundamental. A doutrina entende como normas que identificam forma e estrutura do Estado, sistema de governo, divisão e funcionamento dos poderes, princípios fundamentais, direitos fundamentais, ordem econômica e ordem social.

apresentam conflito entre princípios — são os chamados “casos difíceis”, nos quais é necessário recorrer às técnicas de interpretação. Mas o que significa interpretar?

A hermenêutica jurídica apresenta diversas classificações de formas de interpretação; como exemplo, podemos citar: analógica, axiológica, doutrinária, gramatical, histórica, jurisprudencial, sistemática, sociológica e teleológica. No entanto, nos parece que as técnicas de interpretação deveriam ser consideradas como obviedades. Está claro que se deve interpretar as leis levando em consideração: o que está expressamente escrito, seguindo as regras gramaticais da língua portuguesa; a hierarquia das leis; a especificidade; uma visão do ordenamento jurídico como um todo e uma interpretação da lei de acordo com o contexto; e que, ao interpretar uma lei, é necessário analisar qual a sua finalidade, sua razão de ser, o que o dispositivo em questão visa atingir.

No entanto, na prática, observamos que operadores do direito conhecem a classificação dos princípios e dos métodos de interpretação, mas não têm recursos ou domínio suficiente para aplicá-los. Ainda, existem situações nas quais tais formas tradicionais de interpretação não são suficientes para apresentar uma solução ou até indicam caminhos opostos, abrindo espaço para discricionariedade.

Com a finalidade de evitar o exercício jurisdicional arbitrário e discricionário ou, ainda, decisões de acordo com as crenças pessoais dos juízes, o novo Código de Processo Civil (Novo CPC), lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), aprofundou imposições essenciais, em especial com o artigo 489, que define um verdadeiro roteiro processual para se constatar o atendimento ou não ao dever de fundamentação das decisões judiciais, como segue:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de

colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Pela redação do parágrafo 2º acima transcrito, notamos que a questão do conflito entre normas não está clara nem para os legisladores, pois tratam da colisão entre normas como se deveriam ser solucionadas da mesma forma no tocante às regras e princípios, pela ponderação, o que como demonstrado a seguir não é possível, já que as questões atinentes às regras devem ser solucionadas por declaração de invalidade.

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1973 (revogado pelo Novo CPC), que autorizava, em seu artigo 165, que as decisões interlocutórias fossem fundamentadas de forma concisa (BRASIL, 1973), o magistrado, a partir da nova lei processual, passa a ser obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, bem como necessariamente vincular normas, conceitos jurídicos indeterminados e entendimentos jurisprudenciais ao caso concreto.

Ressalta-se que o artigo 489, em seu parágrafo 2º, ainda prevê o dever de fundamentação de ponderação na hipótese de confronto de normas. Sobre os parágrafos 1º e 2º do artigo 489, Paulo Henrique dos Santos Lucon conclui que:

A mera aplicação da lei ao caso concreto, a exigir do julgador a explicitação do nexo de pertinência entre as *fattispecie* abstrata e concreta, é então substituída por uma atividade complexa de justificação em que o magistrado deve, entre outras atividades, (i) demonstrar o significado por ele atribuído a cada um desses termos indeterminados, (ii) realizar juízo de ponderação, quando diante de conflito entre normas com caráter de princípio e (iii) indicar o estado ideal de coisas a ser promovido com a sua decisão. (LUCON, 2015, p. 170).

Ainda sobre a fundamentação, vale ressaltar que o Novo CPC previu, no artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, que não se considera fundamentado nenhum tipo de decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Significa dizer, em breves linhas, que todos os argumentos que sejam relevantes ao julgamento da lide precisam, sob pena de nulidade, integrar a sentença.

Fundamentação essa que não poderá ser feita sem que haja o devido respeito e tratamento das questões indicadas na decisão saneadora, sob pena de nulidade da sentença.

Afinal, o artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, do Novo CPC (BRASIL, 2015) diz, de forma clara e impactante, que não se considera fundamentada nenhuma decisão judicial que não enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. No caso de violação dessa regra, ou seja, caso o magistrado de primeiro grau deixe, por algum motivo, de enfrentar na sentença algum fundamento trazido pelas partes, a sentença poderá ser reformada de plano pelos tribunais, aplicando-se o artigo 1.013 do Novo CPC, que diz, no parágrafo 3º, inciso IV, que, “se um processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: [...] IV - decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação” (BRASIL, 2015).

Verifica-se, ainda, que a nova lei processual implementou diversas disposições específicas sobre o dever de fundamentar as decisões, como segue:

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

[...]

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

[...]

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo. [...] § 2º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

[...]

Art. 927. [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

[...]

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...] § 3º É vedado ao relator limitar-

se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

[...]

Art. 1.026. [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

Art. 1.038. [...] § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Referidas fundamentações das decisões (acórdãos, decisões ou sentenças) em geral são desenvolvidas na forma de silogismos. Ocorre a imputação de normas jurídicas aos casos concretos pelo método da subsunção, estabelecendo relações de condições e consequências, mediante aplicação do raciocínio dedutivo (relação entre o ser e dever ser) — por exemplo, se o indivíduo matar, deve ser aplicada a pena que varia entre seis e vinte anos (se A é o caso, então B deve ser o caso).

1.2.2 Discussão sobre interpretação: positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas

Os seguidores da doutrina positivista defendem que as leis devem ser aplicadas apenas por subsunção, não apresentando critérios de interpretação para os casos difíceis e reduzindo o escopo do direito, o que, segundo eles, contribuiria para a segurança jurídica (e.g. HART, 2012; HART, MARCELLINO JUNIOR, 2007). Os chamados “casos difíceis” ou “de penumbra” são aqueles que não são passíveis de solução pela simples subsunção do fato à norma, são os casos de lacuna nas leis ou de conflitos entre normas.

O juspositivismo, ou positivismo jurídico, surgiu com o propósito de conferir à filosofia do direito certezas semelhantes às das ciências exatas, como reação ao movimento

jusnaturalista, que predominou desde o século XVI até o século XIX e impulsionou as revoluções liberais (abordadas no capítulo segundo deste trabalho) sob a égide do direito natural, ou seja, dos direitos fundamentados nas pretensões e nos valores humanos, e não decorrentes do Estado.

O conhecimento científico, o formalismo e a objetividade ficaram em destaque, e a busca pelos juízos de fato, em oposição aos juízos de valor, representou separação entre o direito e a moral (SILVA, 2010). Na França, na Alemanha e na Inglaterra muito se discutiu sobre o *commom law* (direito comum ou “consuetudinário”) *versus* o *statute law* (direito estatutário ou legislativo) e sobre a necessidade de codificação.

Podemos citar Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007), Hans Kelsen (KELSEN, 1999; LEISTER; CHIAPPIN, 2009; MARCELLINO JUNIOR, 2007) e Norberto Bobbio (1995) como expoentes defensores do juspositivismo a partir do início do século XX.

Hans Kelsen, em sua obra *Teoria pura do direito*, expõe que o ordenamento jurídico está baseado na estrutura de pirâmide normativa, pela qual as leis inferiores devem procurar seus argumentos de validade nas leis superiores e cujo fundamento último é a chamada “norma fundamental”, um pressuposto lógico-transcendental localizado no topo da pirâmide. Kelsen reconhece a possibilidade de conflito entre normas e expõe que estes devem ser solucionados pelos critérios de hierarquia, cronologia e especificidade (KELSEN, 1999, p. 143-146).

Para Kelsen, a norma criada pelo Estado, emanada por autoridade competente, seguindo os procedimentos formais, é indiscutivelmente válida e deve ser aplicada ao caso concreto por meio de raciocínio dedutivo. O direito é reduzido à norma, e sua operacionalização, à técnica de subsunção.

Esse autor defende a independência do direito, deixando de lado questões e concepções morais, ideológicas, políticas, de eficácia, de justiça, axiológicas, e juízos de valor, nisso consistiria a pureza do direito.

Carolina Leister e José Raymundo Novaes Chiappin ressaltam que Kelsen visa elevar o direito à categoria de disciplina científica autônoma, destacando-a das concepções

axiológicas e das ciências naturais, por meio da demarcação do objeto de estudo como sendo o direito, a norma e o ordenamento jurídico¹¹.

Para Norberto Bobbio, o direito positivo deve ser entendido como:

direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (BOBBIO, 1995, p. 19).

Norberto Bobbio aceita a teoria de Hans Kelsen, mas acrescenta que não se pode considerar a norma jurídica isoladamente, é necessário inseri-la no ordenamento jurídico, que consiste no conjunto unitário, coerente e completo de normas. Para esse autor, o positivismo sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Pela coerência, não podem coexistir duas normas antagônicas/contraditórias, visto que está implícito no ordenamento jurídico um princípio pelo qual, nessa situação, uma delas deve ser considerada inválida — ou ambas. A completude refere-se ao fato de que o juiz sempre pode extrair do ordenamento jurídico a regulação para qualquer caso, inexistindo lacunas nas leis (BOBBIO, 1995, p. 132-133).

Herbert Hart estuda a relação do direito com a linguagem, e fundamenta-se em Ludwig Wittgenstein, que sustentava que a identificação e o significado das palavras devem ser entendidos de acordo com a posição de quem as utiliza, ou seja, que são construções sociais, em oposição ao entendimento individual, razão pela qual devemos entender as convenções sociais sobre a forma de utilização das palavras pela comunidade linguística (MARANHÃO, 2012, p. 69).

Hart é responsável por introduzir no mundo jurídico a problemática da textura aberta e da existência do conflito entre princípios, isto é, a ideia de que os termos nas normas podem parecer certos em inúmeras situações fáticas, mas estar incertos quando aplicados em situações fáticas limítrofes. No entanto, referido autor não apresenta solução racional para os casos de textura aberta ou conflito entre princípios; expõe que, nessas situações, o juiz possui discricionariedade para decidir.

¹¹ Referidos autores alegam que, ao contrário do que clamam os críticos de Kelsen, este adota a teoria do realismo, e não do formalismo, e concebe o ordenamento jurídico como sistema aberto, em oposição ao fechado preconizado pelos positivistas. Mais informações sobre o assunto podem ser encontradas em Leister e Chiappin (2009).

A imprecisão da linguagem leva à discricionariedade judicial, mas não elimina o caráter essencial do direito, sobretudo porque este confere, na maioria dos casos, uma solução decidida previamente e em abstrato pela fonte primária, atribuindo-se maior certeza ao sistema jurídico (LUNARDI, 2012).

A essência da tese de Hart (2012) é resumida da seguinte forma: a formulação de regras em linguagem normal faz o significado depender, em princípio, do significado de palavras-chave utilizadas em sua formulação. Considerando que o significado das palavras-chave depende de sua utilização, existem casos-padrão, nos quais a aplicação dessas palavras-chave não é complicada — o chamado “núcleo de significado”. Esses são os casos fáceis. Por outro lado, como a maioria das palavras-chave são vagas ou possuem um texto aberto, sua aplicação envolve casos incertos/limítrofes, sendo estes os casos de penumbra, definidos por indeterminação linguística na aplicação de termos. Nessas situações, a aplicação é definida por aspectos não linguísticos, como a presunção de finalidade da lei, por exemplo.

Portanto, a distinção entre casos fáceis e difíceis não está relacionada aos esforços intelectuais necessários para a decisão de casos. Se for possível mencionar alguma distinção com relação à dificuldade na aplicação de leis, ela se refere à complexidade de operações requeridas pelas leis. Casos fáceis são aqueles nos quais a norma relevante pode ser simplesmente entendida e aplicada aos casos particulares sem meditação (cogitação/hesitação) ou interpretação da norma.

Hart propõe que o ordenamento jurídico é a união entre regras primárias e secundárias. As regras primárias impõem deveres, exigem que ações sejam praticadas ou impedidas. As regras secundárias tratam de procedimento e atribuem poderes, são parasitas das regras primárias na medida em que asseguram que os seres humanos possam criar novas regras primárias; extinguir ou modificar as regras; ou determinar, de diferentes modos, aplicação ou fiscalização de sua aplicação.

A norma fundamental, para Kelsen e Bobbio, é ficcional, e a regra de reconhecimento, para Hart, refere-se ao mundo fático. O fundamento último ou de validade das regras jurídicas é a regra de reconhecimento, pela qual uma regra válida seria uma regra faticamente reconhecida, identificada pelos tribunais, pelos funcionários, pelos particulares e pelos consultores como autêntica regra de direito, e esse seria o reconhecimento.

Em suma, como já dito, os positivistas defendem que o direito é conjunto de regras que, oriundas de fontes sociais, possuem autoridade e que as leis devem ser aplicadas por subsunção, sem espaço para interpretação, reduzindo o escopo do direito e o âmbito de atuação dos juízes — o que, por outro lado, contribuiria para a segurança jurídica. No entanto, a aplicação pura e simples das leis pode justificar quaisquer atos, inclusive desconsiderando direitos fundamentais — o que ocorreu no nazismo, por exemplo —, possibilitando o que pode ser chamado de “injustiça legal”. A decadência do positivismo está atrelada às derrotas dos regimes totalitários (fascismo e nazismo), cujas barbaridades ocorreram dentro das leis vigentes na época. Esses, assim como cumprimento de ordens superiores, foram os argumentos utilizados pelos acusados no Tribunal de Nuremberg (mencionado no item 3.1.5, Legalidade). Terminada a Segunda Guerra Mundial, o modelo puramente positivista se mostrava insuficiente e inadequado frente à realidade e à complexidade social (incluindo solução de casos difíceis e, em especial, para lidar com direitos fundamentais e humanos). No Brasil, após a ditadura militar, o enfraquecimento do positivismo resultou na emanção da Constituição Federal de 1988.

Com a inadequação do jusnaturalismo e do positivismo, apresentou-se como alternativa o chamado “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”¹², reaproximando o direito, a filosofia, a política e a moral. É importante diferenciar: o neoconstitucionalismo é característica comum do constitucionalismo ocidental, enquanto o pós-positivismo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2015, p. 15).

Esse movimento relativiza a racionalidade, coloca em xeque as verdades imutáveis e valoriza os princípios como normas jurídicas passíveis de ponderação e interpretação dentro

¹² Denominação consagrada por Susanna Pozzollo na década de 1990 que se tornou termo unificador de estudos realizados na Itália e na Espanha, bem como em países da América Latina (incluindo o Brasil), a respeito das mudanças ocorridas na teoria do direito constitucional, em especial o fortalecimento das constituições (TRINDADE, 2013).

dos limites do ordenamento jurídico. O objeto de estudo passa a ser a indeterminação do direito, e não mais o direito positivo.

Muito se questionou o escopo do direito e a possibilidade de separar moralidade e direito, já que as questões morais e políticas estão em jogo na interação entre os agentes, ou seja, se é possível haver neutralidade moral de fato no direito.

Os positivistas inclusivistas acreditam que as regras jurídicas válidas podem conter critérios morais, já os positivistas exclusivistas aceitam apenas que a força vinculante dos princípios está fundamentada na moral, mas não como razão jurídica. Tanto os positivistas inclusivistas como os exclusivistas aceitam que há uma realidade externa coletiva ou prática social que independe do observador/operador do direito e que permite o entendimento do direito de forma valorativa — mas com neutralidade moral — e que possibilita a delimitação da moralidade e a identificação das razões morais afirmadas pelo operador do direito (MARANHÃO, 2012, p. 69-70).

Para os pós-positivistas não existe verdade independente da racionalidade ou decisão certa. A verdade passa a ser construída pela racionalidade por meio da linguagem; assim, é necessário recorrer à filosofia da linguagem. Nesse sentido, existem várias formas de interpretar, e aos operadores do direito cabe demonstrar, de forma racional, que a solução proposta é a mais adequada para a questão em discussão.

Como já exposto, a grande crítica ao positivismo é a falta de solução aos casos difíceis, pois os defensores preconizavam que nessas situações os juízes teriam discricionariedade para decidir inclusive recorrendo a razões extrajurídicas. Os pós-positivistas não pretendem apresentar uma teoria simples ou reducionista para aplicação das leis ou situações de lacuna ou penumbra (nas quais não há previsão expressa no ordenamento jurídico).

O positivista Hart defende que em qualquer ordenamento jurídico sempre haverá casos que não são passíveis de previsão legal ou regulamentação pelos legisladores e sobre os quais o direito não pode apresentar nenhuma decisão, sendo, portanto, o direito indeterminado ou incompleto. Nessas situações, o juiz deve exercer sua discricionariedade e inovar ou criar no direito, preenchendo a lacuna existente no ordenamento jurídico, como segue.

Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o

juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente; isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores (HART, 2012, p. 352).

Dworkin, por sua vez, com uma visão interpretativa, alega que o direito não é incompleto ou indeterminado, pois inclui princípios jurídicos implícitos que são aqueles que se adaptam e melhor justificam o direito explícito, razão pela qual o juiz deve encontrar no direito as razões de decidir (HART, 2012).

Anteriormente, a diferenciação entre princípios e regras estava fundamentada na generalidade, e com o pós-positivismo a diferença passou a ser qualitativa (discussão aprofundada no item subsequente). A diferenciação entre regras e princípios é basilar na mudança de paradigma e na construção de um ordenamento jurídico composto por normas (que são regras e princípios) que carregam valores jurídicos e direitos fundamentais. Essa mudança é em grande parte atribuída a Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Ainda, ambos os juristas seguem a linha de raciocínio desenvolvida por Duhem, baseada na unidade lógica do sistema, conforme exposta a seguir, e pretendem desenvolver uma metodologia de escolha racional para sempre optar por um princípio em caso de conflito.

Dworkin, no âmbito da *commom law* ou do denominado direito “consuetudinário” (aquele regrado pela vinculação dos costumes de uma sociedade, como ocorre nos Estados Unidos), foi o primeiro autor (em 1967, com *The Model of Rules*) a questionar de forma sistemática o positivismo, sustentando que princípios são normas vinculantes e coercitivas e que devem ser aplicados, visto que possuem significado adicional no ordenamento jurídico. O autor procura unir o normativo e o conceitual, examinando diversos aspectos, incluindo teoria da legislação, da decisão judicial e da observância às leis, a partir de diversas perspectivas: do juiz, do cidadão e do legislador.

Para esse autor, nos casos difíceis o juiz deve procurar entender quais são os direitos das partes dentro do ordenamento jurídico, e não inovar ou criar novos direitos a serem aplicados de forma retroativa, situação na qual uma parte seria punida por infringir um dever

que não possuía no momento do fato/ato (o que chamamos de “princípio da irretroatividade das leis”)¹³.

Princípio é definido como padrão a ser observado, não para promover ou assegurar determinada situação econômica, política ou social, mas por ser exigência de justiça, equidade ou moralidade. Os princípios contêm somente fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios que serão aferidos de seu conteúdo frente ao concreto. Assim sendo, os princípios não estabelecem inicialmente seus efeitos, representam apenas condições argumentativas para tanto. Em caso de conflito, o princípio que tiver maior peso ou importância em um determinado caso concreto será aplicado, devendo o de menor peso ser afastado (FERNANDES; BICALHO, 2011).

As regras devem ser aplicadas no tudo ou nada. Se o fato se subsumir à regra, esta deve ser aplicada ao caso concreto. No caso de conflito entre regras, a questão deve ser solucionada pela validade ou pela exceção. Para invalidade devem ser considerados os critérios-padrão de: hierarquia (regra superior prevalece sobre inferior), cronologia (regra posterior revoga lei anterior) e de especialidade (regra especial prevalece sobre geral). Já no tocante às exceções, estas devem ser todas enumeradas — como exemplo, a regra “É proibida a entrada de cachorros no restaurante [a não ser que seja um cão guia]”. Nesse sentido, as regras deveriam enunciar todas as exceções possíveis, já que, caso contrário, seriam incompletas. Para Dworkin, em teoria todas as exceções podem ser listadas; já para Alexy, as exceções não podem nem em teoria ser todas consideradas *ad initio*.

Posteriormente, Robert Alexy, no âmbito do *civil law* (cuja fonte principal do direito são as leis, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, em oposição ao *common law* ou direito “consuetudinário”), aprofundou a teoria de ponderação proposta por Dworkin. Em sua obra *Constitucionalismo discursivo*, expõe que o positivismo dá conta da dimensão real ou fática, tratando apenas de fatos sociais, da decretação de acordo com a ordem e a eficácia, deixando de lado a dimensão ideal ou discursiva de pretensão de correção do conteúdo, cujo elemento central é a justiça. Esse elemento central é o elemento de conexão entre o ser e o dever ser e entre o direito e a moral (ALEXY, 2011, p. 9-10).

¹³ Em decorrência desse ponto de sua teoria, apesar de Robert Alexy ter sido mencionado na discussão acerca do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, entendemos que o mais adequado teria sido apresentar Dworkin, visto que outros presidentes também fizeram as nomeadas “pedaladas fiscais” sem terem sido punidos por crimes de responsabilidade, ao contrário do que ocorreu com a ex-presidente. Além disso, Dworkin sustenta que as decisões devem ser pautadas em princípios, e não políticas, outro ponto discutido entre defensores e opositores do *impeachment*.

O elemento positivo (decretação de acordo com a ordem e a eficácia social) e o elemento subjetivo (correção quanto ao conteúdo) têm relação de complementariedade, intensificação e penetração.

Para ele, a pretensão de correção pressupõe a fundamentação, e seu objetivo é apresentar um caminho intermediário entre as teorias puramente subjetivistas e puramente objetivistas, demonstrando que a argumentação prática racional é possível.

Não é objeto deste trabalho nos aprofundar sobre os diferentes enfoques, embates e críticas realizadas pelos e entre os doutrinadores positivistas ou pós-positivistas anteriormente mencionados, discussão relevante e frutífera que por si só consistiria em outra dissertação. No entanto, em linhas gerais, de forma didática e simplificada, as correntes podem ser diferenciadas da seguinte forma:

Quadro 1 – Positivismo *versus* pós-positivismo/neoconstitucionalismo

Critério	Positivismo	Pós-positivismo/ neoconstitucionalismo
Sistema	Fechado/absoluto	Aberto/relativo
Referencial	Positivismo/formalismo	Positivismo/formalismo/ subjetivismo
Normas	Regras	Regras e princípios
Critério de diferenciação entre regras e princípios	Generalidade	Qualitativo
Forma de aplicação das normas	Subsunção	Subsunção e ponderação
Objeto de estudo	Direito	Direito e moral
Relação do direito com demais áreas	Separação e independência	Integração
Juízos	De fato	De valor
Ser/dever ser	Ser	Ser e dever ser

Fonte: elaboração própria.

1.2.3 Metodologias de escolha racional de teorias

Precisamos dar um passo atrás para entender melhor as origens das correntes positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas. Assim sendo, dois físicos e filósofos merecem destaque neste capítulo sobre metodologia, por terem se debruçado sobre a filosofia da ciência na busca pela demarcação da teoria física da concepção metafísica. No esforço de definir a natureza da teoria física para adaptá-la às novas características da ciência moderna e à emergência de novas áreas de conhecimento que relutavam em ter soluções mecânicas, tanto Jules-Henri Poincaré quanto Pierre Duhem contribuíram para o desenvolvimento de metodologias da escolha racional de teorias, mas de formas diferentes (CHIAPPIN, 2014; CHIAPPIN; LEISTER, 2015).

Poincaré foi pioneiro no que ficou conhecido como “realismo estrutural” (STEINLE, 2006). Segundo essa abordagem, tudo o que podemos conhecer do mundo é sua estrutura, mesmo que haja algo além dessa estrutura. Na sequência, destaca-se o trabalho de Duhem, que desenvolve uma abordagem do realismo estrutural mas, segundo Chiappin (1989), melhor denominado de “realismo estrutural e convergente”. As semelhanças e as diferenças entre os dois são apresentadas a seguir.

A filosofia da ciência de Poincaré é também conhecida como convencionalista, na medida em que assevera que as hipóteses da ciência são convenções disfarçadas, fruto da impossibilidade de acessar a verdade dos objetos. Assevera que a única forma de conhecer as “coisas em si mesmas” é conhecendo as suas relações (POINCARÉ, 1998). Para ele, essas relações permanecem inalteradas enquanto as teorias mudam, assim como as denominações às imagens atribuídas às relações. Nesse sentido, Poincaré sustenta que há uma subdeterminação das teorias pelos dados empíricos (PSTD). Por exemplo, se duas teorias, com conceitos e postulados diferentes, levam a um mesmo conjunto de previsões, elas são equivalentes e são subdeterminadas pelos dados empíricos (CHIAPPIN; LEISTER, 2015; STEINLE, 2006). Poincaré sustenta que se pode, sim, conhecer a realidade, mas apenas quanto a sua estrutura, quanto à relação entre as coisas. A concepção da natureza da teoria física de Poincaré tem apenas valor prático, instrumental, e não de conhecimento (CHIAPPIN; LEISTER, 2015). A

consequência dessa postura é uma concepção de ceticismo frente à teoria física (CHIAPPIN, 2014).

Poincaré, para chegar a essa concepção, critica a ciência em dois pontos fundamentais para o racionalismo clássico. Da análise lógica, ele extrai a primeira crítica, rejeitando a aplicação da unidade lógica na teoria da física — princípio que impede a presença de contradições e incoerências, substituindo-a pelo princípio da subdeterminação das teorias pelos dados empíricos (PSTD).

A segunda crítica está no método experimental. Para ele, não há experimentos fundamentais na física (*experimentum crucis*) que possam levar a decisões conclusivas sobre as proposições científicas, mas critérios subjetivos de escolhas de teoria (por simplicidade ou por estética), e mesmo duas teorias contraditórias podem ser instrumentos úteis de pesquisa (CHIAPPIN, 2014; CHIAPPIN; LEISTER, 2015). Nessa linha, Poincaré rejeita a tese de que teorias possam ser contraditas pela experiência. Com a subdeterminação das teorias pelos dados empíricos, e por não acreditar que o método experimental possa verificar ou refutar teorias científicas, Poincaré coloca que não é possível tomar decisões conclusivas na ciência, seja pela falsidade, seja pela verdade. Dessa forma, Poincaré rompe com os valores do racionalismo clássico, que busca a verdade.

Duhem, também comumente citado como referência ao realismo estrutural, compartilha da visão de que as relações entre objetos físicos são preservadas nas mudanças das teorias ao longo do desenvolvimento científico. No entanto, Duhem difere de Poincaré em vários aspectos. Ao estudar a metodologia da teoria da ciência de Duhem, Chiappin (1989) afirma que seu objetivo era construir uma alternativa intermediária entre a concepção metafísica (dogmatismo) e a pragmática/convencionalista (ceticismo) de Poincaré. Segundo a abordagem de Chiappin (2014), Duhem defende a concepção de história, de progresso continuísta e sem rupturas radicais, sem revolução. Para Duhem, Poincaré radicaliza quando postula que o método experimental não pode levar ao conhecimento da verdade e que teorias rivais possam conviver no desenvolvimento científico (CHIAPPIN, 2014). O caminho intermediário construído por Duhem não explode a ponte, mas argumenta que a questão lógica e do experimento não dão conta o suficiente da complexidade do processo de escolha racional de teorias. Para ele, a crítica de Poincaré é simplista.

O elemento novo nessa discussão, e que amplia o modelo de escolha racional em relação ao de Poincaré, são os recursos extralógicos usados no processo de escolha de teorias pelos cientistas ao longo da história. Segundo Duhem, a análise crítico-histórica é a melhor metodologia para a escolha racional de teorias e ela é tripartite, envolvendo duas teorias rivais e os experimentos de teste. A base empírica das teorias é carregada de teorias (*theory-laden*) e, assim, qualquer proposição só pode ser entendida no contexto de teorias que contribuíram para sua formulação, não fazendo sentido, então, a dicotomia entre teoria científica e a base empírica — nem, por conseguinte, a análise simplificada lógico-experimental para escolha e seleção da teoria, usada por Poincaré (CHIAPPIN; LEISTER, 2015). O método histórico, juntamente com a análise lógica, é que permite compreender que os cientistas sempre se defrontam com diversas teorias e com o experimento. Para Duhem, o fato de os cientistas recorrerem a sistemas mais amplos que incorporem sistemas anteriores não é uma questão nem de lógica, nem de método experimental, mas de valores. Dessa forma, a história da ciência legitima os valores e as regras de escolhas usados, ou seja, legitima os elementos extralógicos. Os recursos extralógicos que fariam as conexões entre as proposições históricas são de ordem analógica, metafórica, associativa, mas não dedutiva. (CHIAPPIN; LEISTER, 2009; CHIAPPIN, 2014).

Duhem procura, com isso, demarcar sua concepção em contraposição ao convencionalismo de Poincaré, desenvolvendo um método de escolha racional de teorias que defende o princípio da unidade lógica, ao contrário do princípio de subdeterminação da teoria pelos dados (PSTD) dos convencionalistas¹⁴ (CHIAPPIN 1989; 2014). Para Duhem, a teoria tem valor de conhecimento, e não apenas instrumental como em Poincaré. Duhem tem como objeto a busca pela verdade e, assim, está comprometido com os valores do racionalismo clássico, diferentemente de Poincaré. No entanto, difere do racionalismo clássico quando substitui a cascata da verdade (situação em que a verdade se encontra nas proposições básicas, ou seja, no ponto de partida) pela convergência da verdade (situação em que a verdade se encontra no ponto de chegada). Se o indivíduo não tem acesso às essências e ao conhecimento certo, ele terá acesso à verdade indiretamente, com o avanço do desenvolvimento do conhecimento científico (CHIAPPIN, 2014).

Na metafísica, o método de construção de teorias é dedutivo, onde a ideia ontológica e epistemológica é que o indivíduo tem acesso às essências, conhecendo as verdades dos

¹⁴ Há controvérsias sobre isso na literatura que não serão objeto do presente trabalho (e.g. CHIAPPIN, 1989; STEINLE, 2006).

pressupostos básicos da ciência. No empirismo clássico, incorporado pelo pragmatismo moderno, o método de construção de teorias é indutivo; as proposições observacionais básicas são consideradas verdadeiras, representando uma cascata invertida de conhecimento, e o progresso é obtido com o acúmulo de proposições verdadeiras. Nesse caso, as proposições podem ser separadas e testadas isoladamente (CHIAPPIN, 1989, 2014).

Duhem critica tanto o método dedutivo, por não conceber que o indivíduo possa acessar a essência, quanto o indutivo, por defender que nenhuma proposição pode ser testada isoladamente e que somente a teoria como um todo pode ser testada. O método defendido por ele (e por Poincaré) é hipotético-dedutivo. Para Duhem, a convergência da verdade é construída por dedução; não de conhecimentos certos (proposições básicas verdadeiras), mas de conhecimentos hipotéticos. Para ele, o conhecimento é adquirido e acumulado por meio de um método experimental limitado ao conhecimento dos fenômenos e, portanto, falível. O cientista deve, no entanto, procurar o aperfeiçoamento sistemático das teorias, apesar das imperfeições dos meios do conhecimento (CHIAPPIN, 1989, 2014). O conhecimento avança na medida em que uma nova teoria incorpora a anterior, explicando fatos já conhecidos, e ainda explica o que a anterior não conseguia.

Outra diferença de Duhem é que ele propõe que se separem os processos de rejeição e de refutação da teoria. Assim, a refutação de uma teoria pelos dados não necessariamente faria com que ela fosse rejeitada, pois a decisão de rejeitá-la não é de ordem lógica, mas metodológica. Mais uma vez, a história mostra que os cientistas não abandonam as teorias refutadas pelos dados de forma imediata, mantendo-as até que haja uma melhor para substituí-las. Se a análise lógica fosse usada sem os elementos extralógicos, a teoria deveria ser imediatamente rejeitada.

Ainda sobre o experimento, segundo Duhem, o teste conclusivo pode apenas refutar uma teoria, e nunca verificá-la, e o teste é da teoria como um todo, não havendo possibilidade de testar isoladamente as hipóteses. Para Duhem não há experimentos cruciais para hipóteses isoladas, mas há para a teoria como um todo. Assim, o experimento não pode estabelecer nem a verdade, nem a falsidade das proposições científicas, já que não testa diretamente hipóteses, mas teorias. A teoria da dinâmica do conhecimento é que leva à aproximação contínua e racional da teoria ideal (CHIAPPIN, 2014).

Resumidamente, Poincaré rompe radicalmente com a concepção do racionalismo clássico, defendendo que teorias divergentes podem conviver, na medida em que não é possível acessar a verdade sobre as coisas, mas somente sobre o que se vê (relações entre elas) e que não há testes conclusivos nem de hipóteses, nem de teorias. A escolha racional de teoria se dá por simplicidade ou por estética. Duhem propõe uma concepção intermediária: também acredita na impossibilidade de acessar a verdade das coisas diretamente, mas acredita que o experimento pode contradizer a teoria como um todo ao longo do tempo e, assim, descartando o que for totalmente refutado (e não somente hipóteses isoladas), haverá a convergência para a verdade. Nesse caso, a escolha racional das teorias se dá não por simplicidade ou estética, mas por análise histórica do que explica melhor.

As teorias expostas anteriormente podem ser úteis para o entendimento do mundo do direito e para a solução dos chamados “casos difíceis”, que ocorrem quando as premissas estão em conflito, havendo indeterminação sobre qual princípio deve ser aplicado ao caso concreto. Nessas situações é necessário escolher qual princípio deve prevalecer e qual deve ser afastado.

O método de escolha racional de teorias proposto por Poincaré, que usa o princípio da subdeterminação da teoria pelos dados, pelo qual não há como fatos decidirem sobre teorias, não havendo experimentos cruciais, assevera que essa escolha se dá por simplicidade ou estética. Esse método não parece ser suficiente para solucionar casos difíceis, visto que, com a finalidade de evitar discricionariedades e tomadas de decisão baseadas na subjetividade dos julgadores, é necessário estabelecer um parâmetro racional a ser aplicado a todos os casos. Usando o raciocínio de Poincaré, a decisão de um determinado processo não seria determinante na escolha do princípio a ser usado, podendo ser escolhidos princípios até divergentes em casos semelhantes. Ou seja, não há como os casos *per si*, indicarem qual princípio é mais apropriado.

Já a teoria convergente de Duhem, que usa o princípio da unidade lógica, não aceita a coexistência de teorias divergentes para explicar o mesmo fenômeno e propõe que a escolha seja feita com base no histórico dos experimentos. Fazendo um paralelo com o direito, segundo a abordagem de Duhem, a escolha de um princípio entre as premissas em conflito deveria ser feita de acordo com a eficácia das soluções para lidar com esse conflito.

Como anteriormente exposto, Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007) defende que os casos difíceis devem ficar a cargo da discricionariedade dos juízes e, nesse sentido, podemos dizer que se alinha a Poincaré, que por sua vez aplica o princípio da subdeterminação da teoria pelos dados. Ou seja, ambos deixam espaço para a subjetividade do intérprete.

Por outro lado, Alexy (2011, 2012), Bobbio (1995) e Dworkin (2010) seguem a mesma linha de raciocínio desenvolvida por Duhem no tocante aos métodos de escolha racional entre teorias. Duhem, com seu princípio da unidade lógica, refuta a possibilidade de coexistência de teorias divergentes explicando o mesmo fenômeno.

No âmbito do direito, Dworkin propõe que os princípios não estabelecem inicialmente seus efeitos, representam apenas condições argumentativas para tanto. No âmbito fático, em caso de conflito, o princípio que tiver maior peso ou importância em um determinado caso concreto será aplicado, devendo o de menor peso ser afastado, como já mencionado. Bobbio também se alinha a Duhem por sustentar a teoria da coerência do ordenamento jurídico pela qual não podem coexistir duas normas antagônicas/contraditórias, visto que está implícito no ordenamento jurídico um princípio pelo qual nesta situação uma delas ou ambas devem ser consideradas inválidas. Já Alexy propõe que o método de sopesamento, em caso de conflito entre princípios, consiste em escolha com racionalidade e, portanto, se aplicado de forma fidedigna deve indicar o melhor resultado possível (resultado ótimo) para o problema em questão.

CAPÍTULO SEGUNDO - ILUMINISMO

2.1 Iluminismo

Não podemos deixar de narrar fatos históricos, necessários para embasar a análise a que este trabalho se propõe. O Iluminismo iniciou-se na França no final do século XVII, e adquiriu força no século XVIII, chamado de “século das luzes”, em alusão à expressão “iluminar as trevas” nas quais se encontraria a sociedade.

Os iluministas defendiam o antropocentrismo em oposição ao teocentrismo que dominou a Idade Média. O homem racional deveria ser o centro e apresentar respostas às questões anteriormente explicadas pelo misticismo e pela religião, o que significaria progresso científico. Esse movimento influenciou as ciências de um modo geral, mas estamos interessados nas consequências sobre as ciências sociais.

Os grandes pensadores iluministas entre os anos 1751 e 1772 empreenderam a Enciclopédia com a finalidade de expor seus ideais, realizar críticas e apresentar ensinamentos em diversas áreas das ciências.

O movimento foi apoiado pelos burgueses detentores de bens e meios de produção, os quais, porém, não possuíam os direitos e os privilégios exclusivos da monarquia aristocrática. O tripé e lema dos ideais burgueses era: igualdade, liberdade e fraternidade. Esse lema surgiu da ideia de que os homens, seres políticos, escolheram, de forma livre e consciente, a vida em sociedade, estabelecendo, com os demais, relações sem diferenças hierárquicas (igualdade), como se fossem todos irmãos (fraternidade). Em síntese, os burgueses defendiam a liberdade econômica, cujo princípio era a mínima intervenção do Estado na economia, e a igualdade de direitos, a qual supostamente daria fim aos privilégios dos monarcas absolutistas.

Os iluministas, baseados no jusnaturalismo, pressupunham a existência de direitos naturais que deveriam ser preservados. Os direitos naturais dos homens, anteriores aos direitos políticos ou civis do cidadão, imporiam, por sua natureza, uma espécie de lei e/ou justiça natural. Assim sendo, as leis civis não poderiam contrariar os direitos naturais e anteriores. Sobre a situação natural, antes da criação da sociedade civil, os filósofos a idealizavam como estado de barbárie, de guerra de todos contra todos, que necessitava ser regulado por um contrato geral no qual todos concediam sua força ao Estado¹⁵.

Ao direito atribuiu-se a função de construir um ordenamento jurídico capaz de garantir tais direitos naturais e impedir arbitrariedades pelo Estado, afirmando suas funções e consagrando o ideal de soberania popular (em oposição ao despotismo) — esta última fortemente fundamentada na teoria da vontade geral de Rousseau, analisada no Capítulo Quarto do presente trabalho.

Posteriormente, esses ideais baseados nos direitos naturais universais conferidos a todos os homens seriam integralmente incorporados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 (cuja íntegra encontra-se no Anexo A) e que, em seu artigo primeiro, afirmou que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Para os defensores do Iluminismo, os direitos consagrados na DUDH não necessitavam ser inventados, mas apenas enunciados ou restaurados, pois sempre existiram, ou seja, são direitos naturais.

Apesar de o movimento ter sido iniciado na França e influenciado a Revolução Francesa, também exerceu influência em diversos outros países e até em outros continentes — vide a Revolução Inglesa, que teve efeitos na América do Norte, culminando na independência das colônias inglesas.

No Brasil, os ideais iluministas foram difundidos durante o século XVIII, muito em decorrência da divulgação por brasileiros provenientes de altas classes da sociedade que retornavam ao país após frequentarem universidades europeias, onde tiveram contato com os

¹⁵ Essa situação hipotética, apesar de não ter de fato existido — ou ao menos de não existirem provas que comprovem sua existência —, é o pressuposto lógico da teoria de Rousseau.

pensamentos de liberdade e igualdade que se desenvolviam à época.

A principal influência do Iluminismo no Brasil pode ser observada no movimento social da Inconfidência Mineira, liderado por Tiradentes em 1789, o qual, com o apoio da elite colonial, lutou, sem sucesso, pela independência do Brasil. Além da Inconfidência Mineira, o Iluminismo inspirou outros movimentos a enfrentar a opressão lusitana sobre a colônia, entre os quais é possível citar a Conjuração Fluminense em 1794¹⁶, a Revolta dos Alfaiates em 1798 na Bahia¹⁷ e a Revolução Pernambucana em 1817¹⁸. Apesar de os inconfidentes e os demais revoltosos não terem atingido os objetivos almejados, conseguiram ao menos difundir os ideais do Iluminismo dentro da sociedade brasileira, contribuindo para a independência do país em 1822.

Para o bom entendimento do momento socioeconômico que propiciou o surgimento do Iluminismo, é importante destacar, de início, a Revolução Comercial, ocorrida entre os séculos XVI e XVIII. Nesse período de transformações, de transição da Idade Média para a Idade Moderna, as grandes navegações permitiram maior circulação de mercadorias e especiarias. Paralelamente, a tecnologia foi aprimorada para atender às demandas da época, surgindo inovações técnicas de produção agrícola e técnicas contábeis apropriadas ao novo cenário comercial, aumentando-se a atividade de mineração e criando-se mais instrumentos para a navegação.

Essa nova realidade econômica foi designada como Mercantilismo, na qual: (i) os governos controlavam toda a atividade econômica de seus respectivos Estados; (ii) a prosperidade de cada país estava condicionada ao acúmulo de metais preciosos (metalismo); (iii) o volume de exportações deveria ser superior ao de importações, mantendo a balança comercial favorável; e (iv) houve intensificação da exploração de colônias. Nessa concepção econômica surgiu uma nova classe social: a burguesia.

O Mercantilismo permitiu a acumulação primitiva de capital, estabelecendo as bases do capitalismo e proporcionando os recursos necessários para a Revolução Industrial.

¹⁶ Repressão do governo lusitano, ocorrida em 1794, aos intelectuais que se reuniam no Rio de Janeiro com a intenção de formar uma sociedade literária baseada no Iluminismo.

¹⁷ Movimento social com o objetivo de abolir a escravidão e romper os laços coloniais com Portugal.

¹⁸ Insurgência a favor da independência e da instituição do regime republicano a qual organizou um governo provisório, constituído por representantes das classes dominantes (clero, magistratura, proprietários de terra, militares e comerciantes).

Durante a Revolução Industrial, a produção agrícola deixou de ser feudal (relação senhor e servo) para tornar-se manufaturada/industrial (relação capitalista e proletário), sob a máscara da igualdade entre os homens e da liberdade do mercado regulado pelas leis da oferta e da procura.

Ocorreu o que hoje chamaríamos de “privatização” — que nada mais foi do que o cercamento dos campos que antes eram explorados pelos camponeses de forma comunitária —, o que ocasionou o deslocamento da mão de obra do campo para as cidades. Estas não foram capazes de absorver toda a mão de obra disponível, sendo certo que aqueles que conseguiam emprego se deparavam com péssimas condições de trabalho. Como consequência desse contexto de miséria e exploração do trabalhador, ocorreu aumento significativo da violência, colocando em risco a convivência pacífica e a própria riqueza. Assim sendo, fez-se necessária uma política de contenção — ou controle — social.

A ideologia que fundamentou esse controle social foi a contratualista, segundo a qual os homens, livres e iguais, optam por conviver em sociedade. Sendo o direito penal uma forma de controle social, seu amadurecimento também se funda na teoria contratualista¹⁹. Inevitavelmente, nesse contexto ocorreu o desenvolvimento jurídico para refletir a nova realidade, como será exposto no item a seguir.

2.2 Influência/Herança do Iluminismo no direito

Na evolução da legislação penal identificamos como estágio inicial a vingança privada. Com seu desenvolvimento, o Estado assumiu o monopólio do direito de punir e posteriormente, com o advento do Iluminismo (século XVIII), surgiu a ideologia de humanização das penas.

¹⁹ Pelo estudo de Rousseau, que traremos a seguir, essas ideias ficarão mais claras e completas.

É claro que a progressão do direito não pode ser vista de forma linear, mesmo porque até hoje se vive uma constante luta entre os interesses públicos e os privados. Se pensarmos na figura de uma balança, o público estaria de um lado, o privado de outro e o humanitarismo seria o pêndulo que cada momento pesa para um lado. Na história observamos vários casos que podem ser considerados como retrocesso e que colocam esses conflitos em evidência — nos tribunais de exceção, por exemplo.

O poder estatal brutal concentrado na nobreza era “uma faca de dois gumes”; poderia servir como forma de controle do proletariado, mas também poderia ser usado para a manutenção do poder da nobreza, ou seja, em desfavor da burguesia ascendente. Essa forma de poder sucumbiu diante da burguesia e seus ideais iluministas — fundados na teoria do contrato social e em princípios limitadores do poder estatal, garantidores dos direitos humanos.

Os direitos humanos (individuais e coletivos) ganharam espaço, restringindo os direitos estatais, e, como consequência, intensificaram a dualidade público *versus* privado. As penas deixaram de ser corporais para serem indenizatórias, expropriatórias e, em última instância, como a grande massa não possuía bens, restritivas de liberdade²⁰. Segundo Foucault, as penas passaram do corpo à alma (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

²⁰ Atualmente se discute a função social da pena, que coloca em conflito os princípios garantistas e a eficácia. Seria uma análise da relação entre custo e benefício para a sociedade.

CAPÍTULO TERCEIRO - PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL

3.1 Princípios e direitos fundamentais aplicáveis ao direito penal

Como herança do Iluminismo, temos os princípios limitadores do poder estatal e garantidores de direitos individuais. Assim sendo, o direito penal não apenas determina as infrações e as respectivas sanções (penas e medidas de segurança), mas sistematiza princípios que norteiam a convivência em sociedade e que limitam o poder estatal. Os princípios de direito penal passaram a ser considerados como “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito” (BITENCOURT, 2014, p. 49) e a servir de diretrizes para a interpretação da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais.

Existem princípios de direito penal explícitos, expressos na Constituição Federal (individualização das penas; pessoalidade; e legalidade, como exemplo), e implícitos, que são deduzidos das disposições nas quais estão contidos (por exemplo, a mínima intervenção).

Doutrinadores propõem diversas denominações e classificações de princípios. A seguir, abordaremos as ideias gerais dos princípios e dos direitos consagrados pelo direito penal atual. A denominação atribuída aos princípios pode variar — por exemplo, “presunção de inocência” e “não culpabilidade”.

O entendimento desses princípios e direitos será interessante para análise de casos do STF. Alguns deles serão apenas mencionados; outros estarão em conflito e serão sopesados mediante o exercício de aplicação do método proposto por Robert Alexy.

3.1.1 Princípio da mínima intervenção

Começaremos pelo princípio da mínima intervenção ou intervenção mínima, pois é o exemplo mais claro da mudança de raciocínio e de valores trazida pelo Iluminismo. Por esse princípio, a criminalização de atos apenas é legítima se a sanção for indispensável para a proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, Bernd Schünemann, associando com o contrato social, assevera:

O ancoramento na concepção do contrato social, à luz da ideia reitora de que o Estado deve assegurar a possibilidade do livre desenvolvimento do indivíduo, fornece uma linha de orientação a respeito do que pode o Estado proteger por meio do direito penal: primeiramente os bens de que o indivíduo necessita para seu próprio desenvolvimento, não usurpados às custas do desenvolvimento dos demais, e além disso, os bens por todos compartilhados, necessários para uma convivência pacífica [...]. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 50, grifos nossos).

Nesse princípio podemos identificar o caráter subsidiário do direito penal: fragmentário, porque não é um rol exaustivo de proteção dos bens jurídicos, mas deve possuir criminalização ou ilicitude mínimas necessárias para tanto, deve ser o último recurso (“*ultima ratio*”), só pode ser aplicado se outros ramos do direito não forem instrumentos suficientes para proteção dos bens jurídicos tutelados.

O direito civil, em princípio, deve possibilitar a manutenção da segurança jurídica, ao solucionar conflitos existentes entre particulares, evitando que os indivíduos façam a própria justiça ou vingança privada. Quando o direito civil é insuficiente, recorre-se ao direito penal. Se outras espécies de sanção — a civil, por exemplo — forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos em questão, a criminalização do ato é considerada incorreta.

A Assembleia Nacional Francesa, em 1789, declarou os Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) (íntegra constante do Anexo B), documento que ilustra os princípios defendidos no Iluminismo e traz, em seus artigos, os seguintes termos:

Art. 5º - A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. [...]

Art. 8º - A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. (FRANÇA, 1789, grifos nossos).

Embora o princípio da intervenção mínima não esteja expresso em nossa Constituição Federal, pode ser deduzido das mínimas garantias, como o que consta em seus artigos 1º e 5º, *caput, in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Assim sendo, o ordenamento jurídico zela pela manutenção do Estado democrático de direito e pela inviolabilidade de direitos, tais como: dignidade humana, igualdade, liberdade, propriedade, segurança e vida. A privação desses direitos invioláveis só se justifica se for estritamente indispensável para a proteção de bens jurídicos fundamentais e para a realização social²¹.

Como forma de exceção ao princípio da mínima intervenção, com a finalidade de atender e de tutelar direitos coletivos, o ordenamento jurídico traz dispositivos que ampliam a criminalização ou criam penas mais severas a determinadas condutas — no caso de

²¹ Segue jurisprudência, a título ilustrativo: “DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO (LEI Nº 9.472/97, ART. 183) – SERVIÇO DE RÁDIO-DIFUSÃO COMUNITÁRIA – DOCTRINA E PRECEDENTES – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. [...] – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.” (RHC 122464 AgR/BA - Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* - Relator: min. Celso de Mello - Segunda Turma - Julgamento: 10/06/2014).

discriminação e racismo, por exemplo: “Art. 5º [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável^[22] e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

3.1.2 Princípio da humanidade

O reconhecimento de condenados como pessoas humanas titulares de direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado decorre da dignidade da pessoa humana, deve-se ao Iluminismo e é representado pelo princípio da humanidade, segundo o qual a pena possui função de ressocialização, e não apenas de punição.

Em nosso ordenamento jurídico podemos identificá-lo principalmente em diversos incisos do artigo 5º da Constituição Federal (*caput* transcrito anteriormente), dos quais destacamos:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...]. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

O princípio da humanidade, entre outras coisas, busca humanizar as penas, afastando a

²² Apenas a título de esclarecimento, a finalidade da fiança é assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais e evitar a obstrução do seu andamento ou coibir a resistência injustificada às ordens judiciais (Art. 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)). Muitos leigos e até juristas dizem que o fato de um crime ser inafiançável constitui um agravante ou ônus maior ao autor do crime. Essa poderia até ser a intenção do legislador, no entanto, conforme dispositivo da Constituição Federal a seguir transcrito, a liberdade provisória cabe com ou sem fiança, como segue: “Art. 5º [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (grifos nossos). Assim sendo, o autor do crime deve ser colocado em liberdade, sem a necessidade de pagar fiança, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, que visa garantir ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei, e só pode ser aplicada quando houver provas de autoria (Art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)).

aplicação de penas severas e extremas, como a de morte. Por meio desse princípio, o direito penal deixa de ser meramente repressivo para voltar-se para o campo humanitário, social, de ações afirmativas, sem perder o caráter sancionador, deixando o rigor apenas para condutas mais gravosas. Nesse sentido: “Na verdade, este princípio almeja a humanização do Direito Penal num contexto global, desde a sanção até sua forma de cumprimento, quer seja sob a égide de penas substitutivas, ou pelas melhores condições carcerárias” (PAGLIUCA, 2009, p. 44) e

a justiça criminal não pode ser exageradamente repressiva, devendo preocupar-se mais com as consequências sociais da incriminação e punição. Os altos custos do Direito Penal sempre devem ser justificados pela realização de um projeto socialmente construtivo. As disposições de um Direito Penal de índole humanitária devem considerar a responsabilidade da sociedade para com o delinquente, de modo a estabelecer a assistência necessária e suficiente para a reinserção do condenado na sociedade, pois somente desse modo é que satisfaz o interesse social. (GALVÃO, 2007, p. 69).

O princípio da humanidade atrai os demais princípios para si, pois estabelece a preservação da dignidade da pessoa humana. “A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana.” (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 22). A dignidade da pessoa humana está expressa na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, mas dela decorrem diversos outros direitos fundamentais, em especial os direitos sociais a alimentação, assistência aos desamparados, educação, lazer, moradia, previdência social, proteção à maternidade e à infância, saúde, segurança, trabalho, transporte, por exemplo²³.

²³ Conforme se depreende da decisão a seguir, o STF, guardião da Constituição Federal, considera a importância da ressocialização dos presidiários, em atendimento ao princípio da humanidade: “*HABEAS CORPUS*. 2. DIREITO DO PACIENTE, PRESO HÁ QUASE 10 ANOS, DE RECEBER A VISITA DE SEUS DOIS FILHOS E TRÊS ENTEADOS. 3. COGNOSCIBILIDADE. POSSIBILIDADE. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ENTENDIDA DE FORMA AMPLA, AFETANDO TODA E QUALQUER MEDIDA DE AUTORIDADE QUE POSSA EM TESE ACARRETAR CONSTRANGIMENTO DA LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM CONCEDIDA. 1. COGNOSCIBILIDADE DO WRIT. [...] Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. *Habeas corpus* conhecido. 2. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e

3.1.3 Princípio da pessoalidade²⁴

O Iluminismo, em especial Beccaria, formulou o entendimento de que a pena só pode atingir o condenado porque atinge a sua liberdade, diferentemente da esfera civil. Na esfera penal, a pena não pode ser cumprida por outrem ou em substituição, enquanto na esfera civil, em eventual condenação, as dívidas atingem o espólio e, portanto, os herdeiros do devedor, até o limite da herança que venham a receber.

Esse é o conceito do princípio da pessoalidade, identificado no mesmo artigo 5º da Constituição Federal:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...]. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O STF aplica o princípio da pessoalidade ao proibir o cumprimento da pena em substituição, ou seja, ao impedir que terceiro cumpra a pena imposta ao autor do ilícito penal. Por conseguinte, a pena jamais poderá ser imposta ou estendida ao cidadão estranho ao ilícito penal, seja por parentesco, seja por afinidade, considerando que se trata de instituto personalíssimo do autor do fato²⁵.

de amigos está assegurado expressamente pela própria Lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. [...] Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. 3. ORDEM CONCEDIDA.” (HC 107701/RS - *Habeas corpus* - Relator: min. Gilmar Mendes - Segunda Turma - Julgamento: 13/09/2011).

²⁴ A aplicação desse princípio não gera grandes discussões e ele não será sopesado no capítulo desta dissertação destinado à análise da aplicação do método de Robert Alexy pelo STF. Optamos por manter a explanação sobre esse princípio em decorrência da exposição sobre Beccaria e sobre o Iluminismo.

²⁵ “‘HABEAS CORPUS’ - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE - DOAÇÃO DE SANGUE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA [...] A prestação de serviços a comunidade constitui sanção jurídica revestida de caráter penal. Trata-se de medida alternativa ou substitutiva da pena privativa de liberdade. Submete-se, em consequência, ao regime jurídico-constitucional das penas e sofre todas as limitações impostas pelos princípios tutelares da liberdade individual. – [...] A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passará da pessoa do delinqüente. Vulnera o princípio da incontagiabilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços a comunidade.” (HC 68309/DF - *Habeas corpus* - Relator: min. Celso de Mello - Primeira Turma - Julgamento: 27/11/1990).

3.1.4 Princípio da individualidade

Ainda, deve-se a Beccaria a concepção do princípio da individualidade, segundo o qual as penas devem ser estabelecidas de forma individual, ou seja, mensuradas ao indivíduo especificamente e proporcionalmente à importância dos bens tutelados e à gravidade do dano aos mesmos bens. Nesse sentido:

O primeiro diz respeito ao grau de tolerância social à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico; o outro, à construção e operacionalização de um conceito de culpabilidade, cujo conteúdo material seja capaz de realizar juridicamente a justiça corretiva. (GALVÃO, 2007, p. 80).

No artigo 5º da Constituição Federal encontra-se expresso o princípio da individualidade ou da individualização da pena:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...] e [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...]. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

De acordo com o princípio da individualidade, não pode a pena ser padronizada, devendo ser atendidos os parâmetros da lei e consideradas as circunstâncias individuais dos fatos em si, bem como as circunstâncias do autor do ilícito penal²⁶.

²⁶ Em aplicação do princípio da individualidade, o STF, em julgamento do *habeas corpus* nº 97.256, declarou ser inconstitucional a proibição da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, em crime de tráfico de drogas, sem que seja avaliada, pelo juízo da execução penal, a situação concreta do autor do ilícito: “*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. [...] As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. [...] determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente” (HC 97256/RS - *Habeas corpus* - Relator: min. Ayres Britto - Tribunal Pleno - Julgamento: 01/09/2010).*

3.1.5 Princípio da legalidade

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, prevê o princípio da legalidade, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. O princípio da legalidade pode ser tripartido em: reserva legal, taxatividade e irretroatividade.

A finalidade desse postulado é preservar a liberdade frente à subjetividade ou ao livre arbítrio dos juízes, que aplicarão a lei. Para os pensadores iluministas, era uma forma de conter o absolutismo e assegurar a liberdade. Atribui-se a origem desse princípio a Feuerbach: “*nullum crime e nulla poena, sine previa lege*”²⁷ (FRAGOSO, 1971, p. 6).

Com a mesma finalidade, pela reserva legal, para que haja condenação deve haver lei formal, seguindo a hierarquia da Constituição Federal, e o procedimento regular de sua promulgação. Quanto à lei formal, trata-se de ato normativo emanado do Poder Legislativo, sendo certo que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre direito penal, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal²⁸. Outrossim, importa salientar que o Poder Executivo não pode editar medidas provisórias que versem sobre direito penal, conforme se depreende do disposto no artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal²⁹.

Sobre a hierarquia das leis, podemos citar a discussão sobre a recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Em 1969, no continente Americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA), seguindo a tendência humanitária, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), na qual também está evidenciada a influência do Iluminismo e o desenvolvimento do humanismo. O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado — , portanto, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro

²⁷ Em tradução livre: “Não há crime nem pena, sem lei prévia que os defina”.

²⁸ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988).

²⁹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil” (BRASIL, 1988).

— apenas em 1992, por meio da promulgação do decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992).

Muito se discutiu sobre o modo como os tratados internacionais seriam recebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro — ou seja, sobre o *status* que teriam os tratados internacionais —, originando quatro teorias hierárquicas: (i) supraconstitucional (acima da Constituição Federal); (ii) constitucional (ao lado da Constituição Federal); (ii) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal (abaixo da Constituição Federal e acima das leis ordinárias); (iii) paridade hierárquica entre tratado e lei federal (abaixo da Constituição Federal e ao lado das leis ordinárias). A discussão hierárquica foi importante na análise, pelo Judiciário, de casos relacionados a: prisão civil de depositários infieis; obrigação de produzir provas contra si mesmo; e aplicação de tratados internacionais sobre matérias tributárias, por exemplo. Prevaleceu o entendimento do duplo estatuto normativo, pelo qual os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e são aprovados com quórum qualificado devem ter *status* de norma constitucional; já os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados com quórum qualificado são supralegais, por força dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal³⁰.

A taxatividade determina que as leis devem ser claras, certas e precisas, para que sejam aplicadas de forma semelhante (ou seja, sem variações), reduzindo o coeficiente de interpretação e de subjetividade. Conforme ensina Luiz Regis Prado:

procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. (PRADO, 2006, p. 133).

A irretroatividade assegura que a lei só possui eficácia e só pode ser aplicada aos atos/fatos ocorridos após o início de sua vigência e até o momento no qual cesse a sua

³⁰ “Art. 5º, [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

vigência. Pela irretroatividade, a única hipótese na qual a lei penal pode retroagir é em benefício do réu (retroatividade da lei penal mais benigna)³¹.

Na história temos um grande exemplo de discussão acerca da aplicação desse princípio, decorrente de julgamentos perante o Tribunal de Nuremberg. Esse tribunal militar internacional foi criado para julgar os atos cometidos pelos nazistas na época da Segunda Guerra Mundial. Os advogados de defesa dos réus alegaram que durante a guerra tais condutas não eram tipificadas como crime na Alemanha e, portanto, os réus não poderiam ser condenados pela prática de atos que não eram proibidos pelo ordenamento jurídico em vigor na época. No entanto, sob o argumento de que tais atos eram flagrantemente contra a justiça, os réus foram condenados à prisão perpétua e à pena de morte, conforme o caso.

Verifica-se, portanto, que com a aplicação do princípio da legalidade busca-se segurança para os indivíduos, inviabilizando ou ao menos reduzindo a utilização de argumentos imprecisos decorrentes dos direitos subjetivos³².

3.1.6 Princípios do contraditório e da ampla defesa³³

³¹ Artigo 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. (BRASIL, 1988).

³² Para ilustrar, colacionamos decisão do STF, em atendimento ao princípio da legalidade: “Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de ‘cola eletrônica’ em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim). 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. [...] Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. [...] 7. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como ‘cola eletrônica’.”(Inq. 1145/PB - Inquérito - Relator: min. Gilmar Mendes - Tribunal Pleno - Julgamento: 19/12/2006, grifos nossos).

³³ Esse princípio não será sopesado no capítulo desta dissertação destinado à análise da aplicação do método de Robert Alexy pelo STF. Optamos por manter a explanação sobre esse princípio em decorrência da exposição sobre Beccaria e sobre o Iluminismo.

Existem também as garantias constitucionais de defesa, que, como regra geral, se consubstanciam no devido processo legal³⁴ e abarcam o contraditório e a ampla defesa³⁵.

Pela ampla defesa, o réu tem o direito de se defender; pelo contraditório, o réu tem direito de rebater as afirmações da acusação e acompanhar as provas apresentadas pela acusação. Ainda, pelo devido processo legal, o processo deve seguir as formas e os procedimentos previstos em lei, com a finalidade de se assegurar as demais garantias constitucionais. Tais formas e procedimentos se expressam nos direitos a informação, manifestação e tutela jurisdicional. Segundo Vicente Greco Filho, constitui-se a ampla defesa a partir dos seguintes fundamentos:

a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133 [CF/88]) e; e) poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 1989, p. 110).

A observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa permite o desenvolvimento regular do processo, em atendimento ao devido processo legal, de forma a assegurar a imparcialidade do juiz e a igualdade entre as partes³⁶.

3.1.7 Princípio da culpabilidade

³⁴ Artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

³⁵ Artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

³⁶ O STF, em julgamento de *habeas corpus*, assim se manifestou ao suscitar a proteção aos princípios do contraditório e da ampla defesa: “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CARACTERIZAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS. ART. 7, XIV, DA LEI 8.906/94. ORDEM CONCEDIDA. I - O acesso aos autos de ações penais ou inquéritos policiais, ainda que classificados como sigilosos, por meio de seus defensores, configura direito dos investigados. II - A oponibilidade do sigilo ao defensor constituído tornaria sem efeito a garantia do indiciado, abrigada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que lhe assegura a assistência técnica do advogado.” (HC 94387/RS – *Habeas corpus* - Relator: min. Ricardo Lewandowski – Primeira Turma - Julgamento: 18/11/2008).

O princípio da culpabilidade (ou da responsabilidade subjetiva) também está consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, como segue: “LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O dispositivo transcrito no parágrafo anterior expressa a presunção de inocência, pela qual se presume ser inocente todo réu até que haja sentença final transitada em julgado, ou seja, sem possibilidade de interposição de qualquer recurso³⁷.

Como regra geral, ao réu é atribuído tratamento mais favorável. Assim, a interpretação por analogia apenas é admitida se beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*). O *in dubio pro reu* determina que, em caso de dúvida sobre a verdade material dos fatos, deve-se absolver o réu.

A culpabilidade determina que, para condenação de um indivíduo, é necessário que ele tenha sido autor ou partícipe (por instigação ou cumplicidade) de um crime. Esse princípio não pode ser dissociado do contexto histórico e social, isto é, em uma determinada sociedade e em determinado momento, a conduta deve ser culpável. São formuladas questões como por que e para que deve ser aplicada punição à determinada conduta, o que significa que existe um juízo de valor considerando a culpabilidade, uma consciência da ilicitude e uma exigibilidade de conduta diversa. A ausência de qualquer desses requisitos exclui a culpabilidade.

Além disso, a culpabilidade opõe-se à responsabilidade objetiva, determinando que nenhum indivíduo possa ser responsabilizado por crime decorrente de ação cujo resultado lhe era imprevisível, considerando-se a intenção (dolo) do agente³⁸.

³⁷ Neste julgado é possível verificar de forma clara a aplicação desse princípio: “*Habeas corpus*. Processual Penal. Prisão preventiva. Impetração dirigida contra decisão singular proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de submissão da decisão ao colegiado competente por intermédio de agravo regimental. Não exaurimento da instância antecedente. [...] 3. O posicionamento da Suprema Corte, há muito conhecido, é de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Descaracterizada a necessidade da prisão, não obstante subsista o *periculum libertatis* do paciente na espécie, esse pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que contribuam para interromper ou diminuir sua atividade, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos criminosos e resguardando-se a instrução criminal, a ordem pública e econômica e a futura aplicação da lei penal, [...]” (HC 123235/MT - *Habeas corpus* - Relator: min. Dias Toffoli – Primeira Turma - Julgamento: 21/10/2014, grifos nossos).

³⁸ Há uma tendência na doutrina internacional em considerar a culpabilidade num contexto do funcionalismo (função social), ou seja, da eficácia simbólica de aplicação da pena (aspecto coercitivo), e não apenas da

Nesse contexto, existem situações excludentes ou redutoras de culpabilidade, que reduzem ou impedem a aplicação de pena, a depender do contexto, como inimputabilidade, coação irresistível, obediência hierárquica, erro de proibição, caso fortuito, força maior, embriaguez e emoção. Existem também situações que são excludentes de ilicitude — ou seja, se não houver excesso na forma, afastam a tipificação do ato como conduta criminosa —, como estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal.

Ainda, a culpabilidade é elemento para determinação do tipo e medição da pena, o que nos leva ao princípio da proporcionalidade, a seguir exposto.

3.1.8 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está implícito em diversos dispositivos constitucionais³⁹ e estabelece gradação e coerência entre a gravidade do crime e a determinação da medida da punição, considerando: (i) adequação referente à finalidade ditada pelos princípios constitucionais; (ii) necessidade, pois os limites do “indispensável” não podem ser excedidos; e (iii) proporcionalidade estrita, visto que os meios não podem ser desproporcionais⁴⁰. Encontra-se, portanto, relacionado com a proteção à dignidade da pessoa humana.

Trata-se de princípio utilizado na criação de normas e leis, uma vez que o legislador, ao prever de forma abstrata um fato, deve também prever uma pena proporcional à gravidade daquela ofensa.

solução justa para o conflito pontual em questão. Considera-se a equação custo (para o indivíduo e para o Estado) *versus* benefício para a sociedade.

³⁹ Por exemplo, quando a Constituição Federal proíbe certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII) e exige a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e o rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

⁴⁰ Um exemplo seria o roubo de um alimento para o filho que está passando fome, que não pode ser punido com prisão perpétua (doutrinadores falam do princípio da insignificância).

Com a tipificação de um delito, há imposição de um ônus à sociedade — no caso, a possibilidade de punição. No entanto, tal ameaça a que todos estarão sujeitos é compensada pela proteção do interesse tutelado daquele tipo penal. A tipificação de determinado comportamento humano, caso não se revele vantajosa ou proveitosa para sociedade, estará violando o princípio da proporcionalidade, sendo, portanto, inconstitucional⁴¹.

Esse princípio está relacionado à razoabilidade (proibição de absurdo), a qual é um limitador da proporcionalidade (proibição de excesso), mas com ela não se confunde. A razoabilidade determina que os meios adotados devem atingir os objetivos sem absurdos. Um exemplo ilustrativo dessa diferenciação é a lei do talião (olho por olho, dente por dente), que, apesar de fundamentada na proporcionalidade, não pode ser considerada como razoável.

3.2 Bens tutelados não considerados como princípios do direito penal

Embora a doutrina não inclua essas garantias (direito a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade) dentre os princípios de direito penal, entendemos ser o caso de uma breve explicação desses direitos individuais, porque são garantias invioláveis que permeiam questões aplicáveis ao direito penal e precisaremos recorrer a elas quando analisarmos as decisões do STF.

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal, na decisão transcrita a seguir, avaliou, em observância a esse princípio, a proporcionalidade entre a pena e a lesividade da conduta do agente: “MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. REFERÊNCIA EXPRESSA DAS TESES DE DEFESA. DESNECESSIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – INAPLICABILIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. 1. É obrigação do magistrado examinar as teses relevantes da defesa, não prejudicadas pelas conclusões que adota. Inexistente nulidade. 2. Devidamente comprovada a falsidade da cédula, bem como a autoria do delito de moeda falsa, resta caracterizado o crime do § 1º do artigo 289 o Código Penal. 3. O dolo – consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar a conduta típica – pode-se aferir da análise das circunstâncias fáticas que envolvem o evento criminoso. 4. Não se há falar em aplicação do princípio da proporcionalidade, com a aplicação de pena abstrata prevista em delito diverso, eis que a situação em concreto indica grande lesividade da conduta” (AI 860862 AgR/RS – Agravo regimental no agravo de instrumento - Relator: min. Luiz Fux - Primeira Turma - Julgamento: 07/10/2014, grifos nossos).

3.2.1 Direito à vida

O direito à vida é fundamental; de nada adiantaria assegurar os demais direitos sem proteção à vida. As demais garantias giram em torno dessa garantia básica e central. O direito à vida não pode ser entendido apenas sob o aspecto biológico (em oposição àquilo que está morto), mas deve ser observado como um direito de realização da vida em sociedade. Nesse contexto, se colocam as discussões acerca do momento no qual se inicia a vida e questões controvertidas como aborto, eutanásia e pena de morte, entre outras.

3.2.2 Direito à liberdade

O direito à liberdade possui muitos aspectos; não diz respeito apenas à liberdade de ir e vir (locomução)⁴², mas também à de pensamento e de expressão⁴³, religiosa⁴⁴ e profissional⁴⁵. Existem diversas opiniões a respeito da definição do direito à liberdade, como a liberdade de o indivíduo fazer tudo o que não restrinja direitos de outrem ou de fazer tudo o que quer e não ser coagido a fazer o que não quer ou o poder de autodeterminação. O direito à liberdade está presente em discussões sobre prisão perpétua, censura, extradição e práticas religiosas, por exemplo.

⁴² Constituição Federal, artigo 5: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

⁴³ Constituição Federal, artigo 5º: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988).

⁴⁴ Constituição Federal, artigo 5: “VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988).

⁴⁵ Constituição Federal, artigo 5: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988).

A liberdade de ir e vir representa o fato de as pessoas poderem se locomover sem embaraços dentro do território nacional, salvo exceções, como a prisão do indivíduo em caso de condenação penal.

Já a liberdade de expressão permite a difusão de pensamento do indivíduo, sendo assegurada, ainda, a imprensa livre, com a consequente proibição da censura.

A liberdade religiosa, por sua vez, envolve a liberdade de crença e culto, com a permissão de realização de ritos, cerimônias, reuniões e demais manifestações de natureza religiosa.

Por fim, a liberdade profissional compreende a liberdade de o indivíduo seguir e exercer sua profissão de acordo com seus anseios e interesses.

3.2.3 Direito à igualdade

O direito à igualdade não pode ser visto como um direito meramente formal (igualdade de todos perante a lei), mas sim como direito material utilizado com finalidade social.

Não é absoluto, pois seria o mesmo que negar esse postulado considerando que as pessoas e as circunstâncias são múltiplas. Assim, o direito à igualdade determina que se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida em que se desigualem.

Pessoas nas mesmas condições e circunstâncias devem ser tratadas de forma semelhante, não sendo admitida nenhuma forma de discriminação — dentre elas, por convicções políticas ou religiosas, cor, classe social, orientação sexual, raça, sexo, situação econômica. Busca-se a isonomia em equilíbrio, e essa é a justificativa das polêmicas ações afirmativas, tais como a existência de quotas para negros nas universidades públicas.

Esse direito encontra-se representado na Constituição Federal em diversos artigos, dispondo sobre: igualdade de sexos (art. 5º, I); igualdade de raças (art. 4º, VIII); igualdade de credo religioso (art. 5º, VIII); igualdade trabalhista (art. 7º, XXXII); igualdade política (art. 14); ou, ainda, igualdade tributária (art. 150, II).

3.2.4 Direito à segurança

O direito à segurança deve ser entendido em relação aos demais direitos, ou seja, como a segurança de que os outros direitos sejam garantidos.

É o não se sentir vulnerável perante os outros indivíduos, a sociedade, os riscos e as incertezas. A segurança é função estatal e dos cidadãos, que devem realizar ações preventivas para que seja garantida, assegurando o exercício e o gozo dos direitos individuais fundamentais.

Nessa seara, discute-se a segurança jurídica, segundo a qual o ordenamento jurídico deve possibilitar estabilidade e previsibilidade aos indivíduos — inclusive mediante a prolação de decisões isonômicas e sem qualquer discriminação —, bem como a segurança pública, que compreende medidas preventivas e sociais para a realização dessa segurança.

O direito à segurança pode ser observado na Constituição Federal, a título exemplificativo, nos seguintes dispositivos: (i) artigo 5º, inciso XI, que trata da segurança do domicílio; (ii) artigo 5º, inciso XII, que assegura a inviolabilidade das comunicações pessoais; bem como (iii) artigo 5º, incisos XXXVII a XLVII, que garantem a proteção do indivíduo contra atitudes arbitrárias.

3.2.5 Direito à propriedade

O direito à propriedade é previsto constitucionalmente⁴⁶ e consiste no direito da pessoa (física ou jurídica) a um bem; no direito de permanecer com o bem e de não ter esse bem tirado de si por terceiros.

Esse direito não é absoluto, visto que a Constituição Federal prevê também a função social da propriedade⁴⁷. Assim, o direito à propriedade pode ser relativizado frente aos interesses públicos.

⁴⁶ Artigo 5: “XXII - é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988).

⁴⁷ Artigo 5: “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”. Artigo 1.228, parágrafo 1º: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 1988).

CAPÍTULO QUARTO - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL NOS PENSADORES

Após essa breve explanação sobre os fundamentos dos direitos fundamentais atuais, passaremos à análise do contrato social desenvolvido por Rousseau para contextualizar a tradição contratualista e os ensinamentos de Beccaria.

4.1 Jean-Jacques Rousseau

4.1.1 Passagem do estado natural para o civil

No *Discurso sobre a origem da desigualdade*, sem se prender aos fatos, por considerar sua compreensão improvável, Rousseau criou uma hipótese para a trajetória do homem de seu estado de natureza para o estado civil, com o surgimento da propriedade e a legitimação da desigualdade entre os homens. A passagem do estado de natureza para o estado civil é uma evolução natural, ocorre de forma desordenada e é decorrente dos seguintes fatores: (i) desenvolvimento de instrumentos, facilidades e engenhos que melhoraram as condições para o transporte, pelos homens, de bens necessários à satisfação de suas necessidades; (ii) com essa facilidade, os homens passaram a se reunir com mais frequência; e (iii) em decorrência dos itens anteriores, foram criadas necessidades e desejos (CHIAPPIN; LEISTER, 2014, p. 282).

Sua hipótese indica que a necessidade de evitar a morte e de sair do estado de guerra de todos contra todos, as dificuldades impostas pela natureza e o surgimento de novas necessidades levaram os homens a se unirem e se tornarem dependentes. Nessa situação, o desafio passou a ser encontrar uma forma de cooperação para proteção dos indivíduos interagentes e dos seus respectivos bens, mantendo a liberdade:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes. Esse é o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. (CHIAPPIN; LEISTER, 2014, p. 70).

Já no contrato social a abordagem é no plano do direito; Rousseau procura estabelecer os princípios do direito político e da criação do Estado. A passagem do estado de natureza para o civil não ocorre de forma evolutiva natural, mas sim de forma deliberativa, mediante adesão ao pacto social e à obediência das leis. Rousseau inicia o Livro I de *Do contrato social* com a seguinte frase:

Quero indagar se pode existir, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura, tomando os homens como são e as leis como podem ser. Esforçar-me-ei sempre, nessa procura, para unir o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que não fiquem separadas a justiça e a utilidade. (ROUSSEAU, 2000b, p. 51).

No início já podemos notar as questões importantes que são desenvolvidas ao longo da obra: (i) “ordem civil” em oposição ao “estado natural”; (ii) homens como são no estado natural e como podem ser no estado civil; (iii) relação entre direito e interesse e; (iv) união entre justiça e utilidade.

Para Rousseau, os homens no estado natural não são naturalmente inimigos ou egoístas, até porque não existe essa noção de coletividade ou moralidade; os homens são independentes e individualistas. Na passagem entre os dois estados (natural para civil), o homem deixa o instinto, o impulso físico e passa a ter suas ações pautadas pela moralidade, pelo senso de justiça e pela racionalidade. A racionalidade pode ser entendida como análise da relação entre custo e benefício realizadas pelos homens, que concluem que a adesão ao pacto social é a melhor forma de otimizar seus objetivos e garantir a sobrevivência (CHIAPPIN; LEISTER, 2014, p. 266).

O homem no estado de natureza é absoluto, e o homem em sociedade (cidadão) é um ser relativo, pois se relaciona com indivíduos da comunidade que faz parte. O exercício da

cidadania exige abandono do estado de natureza; o homem deve pautar-se pelas exigências da comunidade da qual faz parte e pela vontade geral.

Pelo contrato social, há a alienação total. Cada um aliena tudo a todos, e assim não se aliena a ninguém especificamente. Em contrapartida adquire dos demais os mesmos direitos, criando a ilusão de que ganharia de volta tudo o que se perdeu acrescido da força para conservar o que já possuía. O indivíduo dá lugar a um corpo moral e coletivo, composto de membros que possuem voto em assembleia; passa a ter uma unidade, algo de comum em suas vidas e vontades. Nas palavras de Rousseau: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo” (apud NASCIMENTO, 2006, p. 39).

Rousseau, em *Do contrato social*, também analisa as relações entre o público e o privado, bem como as múltiplas relações estabelecidas entre os homens em sociedade, os diversos “papéis” que ocupam e suas relações com o corpo político. Os homens associados são chamados de povo; em particular, são cidadãos; como partícipes da autoridade soberana e submetidos às leis do Estado, são súditos. O ato de associação é um compromisso recíproco entre o público e os particulares, cada indivíduo contratando consigo mesmo assume uma dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares e como membro do Estado em relação ao soberano⁴⁸.

Aquele que ofender outro indivíduo, membro do pacto social, fere a todos, porque desrespeita o próprio pacto social, dando ao Estado a legitimidade de agir. A vida deve ser garantida pelo Estado, que pode dispor dela e até determinar que os indivíduos devam se sacrificar em prol do interesse público.

A autoridade do direito está fundada na legitimidade das convenções. As leis civis surgiram para assegurar as liberdades, e as penais, para punir aqueles que as desrespeitam. O indivíduo que desrespeita as leis rompe o pacto social e não pode mais ser considerado como membro do Estado, devendo ser exilado ou morto, após a realização de processo e julgamento, com apresentação de provas. Com relação à pena de morte, Rousseau entende que só pode ser aplicada se não se puder conservar a vida sem perigo para a coletividade.

⁴⁸ Rousseau acrescenta que, nesse ponto, não pode ser aplicado o princípio de direito civil de que os compromissos contratados consigo mesmo são nulos, pois é diferente obrigar-se a si mesmo como indivíduo e em relação ao todo, em relação à coletividade da qual o indivíduo faz parte.

Como mencionado, em *Do contrato social* Rousseau não procura explicar como de fato ocorreu a passagem do estado natural para o civil; antes, propõe-se a resolver o problema da legitimidade, estudando as condições que possibilitaram o pacto legítimo entre partes contratantes em condições de igualdade.

Para a “legitimação da legitimidade”, não basta que ela exista no momento de criação; ela deve permanecer ou ao menos ser reestabelecida a cada momento. O ato de vontade não é do fundador, a vontade deve sempre se realizar. O povo deve continuamente participar das deliberações sociais e fiscalizar o cumprimento delas.

O governo não é instituído pelo pacto social em si, mas pelas leis; ele representa o corpo administrativo do Estado, é limitado pelo poder do povo (que pode eleger e destituir seus membros) e está a serviço do povo, portanto não é um corpo autônomo, com poder máximo. O governo deve sempre se submeter ao poder soberano do povo. Assim sendo, desde que esse requisito esteja cumprido, as formas de governo (monarquia, aristocracia, democracia) não são tão importantes e variam de acordo com as especificidades de cada povo ou cada país.

Nessa linha de raciocínio, não existe no Estado nenhuma lei fundamental — nem o contrato social — que não possa ser revogada, pois a titularidade do poder está no povo, na vontade geral, e não no Estado. O povo soberano age ativa e passivamente; é, ao mesmo tempo, agente na elaboração de leis e aquele que a elas obedece — há a conjugação entre liberdade e obrigação. Assim, a obediência às leis que prescreve seria um ato de liberdade. Cidadão é aquele que obedece às leis que impõe para si mesmo. O cidadão se reconhece nas leis desde que estas sejam não uma limitação à sua liberdade, mas uma expressão de sua vontade, a vontade geral.

O bom legislador não faz boas leis sem antes verificar se o povo está preparado para recebê-las e, ao fazer as leis, considera o povo ao qual se dirigem. Ainda, deve saber fixar o ponto no qual a força e a vontade do governo se combinam, formando uma relação que traga mais benefícios ao Estado.

A inflexibilidade e a lentidão no procedimento de alteração das leis para que se ajustem ao povo podem ser prejudiciais. Ainda, o legislador não é capaz de prever todos os casos. Assim, deve haver meios de suspender os efeitos de leis, mas só em situações extremas que coloquem em risco a segurança pública.

Os propósitos principais de toda legislação, tais como igualdade e liberdade, são convencionais. A igualdade, a liberdade e também a propriedade são convenções sociais, não têm fundamento natural, são costumes. A sociedade política é um ser moral artificial: “Tudo no corpo político é artificial, ou moral, e a vontade geral não poderá ser diferente” (NASCIMENTO, 2012, p. 11).

4.1.2 Liberdade

Pela teoria de Rousseau, os homens nascem livres; sua liberdade é natural, limitada apenas pelas forças do indivíduo e o direito ilimitado a tudo. Com a passagem do estado natural para o estado civil, a liberdade passa a ser convencional. Ocorre uma mudança radical: é constituída uma sociedade organizada, com características próprias e inteiramente novas; trata-se de uma nova “realidade”, que não deriva da natureza, que é criada de forma convencional.

Os homens não abriram mão de sua liberdade natural e de sua força por sua livre vontade; o fizeram por prudência e necessidade, pela criação da consciência de que aderir ao pacto social era a única forma de sobrevivência. Nesse sentido, pode-se falar que ocorreu de forma voluntária.

Com a liberdade civil, o homem poderia ser tão livre quanto antes, pois a liberdade moral dá autonomia ao homem, que poderia se movimentar nos limites estabelecidos pelas leis, realizando-se plenamente como cidadão.

O papel do legislador é modificar a natureza do homem, torná-lo parte de algo maior, substituir sua existência física e independente por uma existência parcial e moral, isto é, substituir o homem natural pelo homem civil. Com essa substituição não há que se falar em “liberdade natural”, apenas em “liberdade civil ou moral”. A liberdade natural não poderá mais ser reivindicada, pois colocaria em risco a comunidade política; o homem civil pode

apenas reivindicar a liberdade civil, delimitada pela vontade geral. Reivindicar direitos não é mais reivindicar direitos do homem natural, absoluto, independente; é reivindicar direitos de um homem que faz parte de um ser coletivo, um homem relativo.

4.1.3 Igualdade e propriedade

Os indivíduos passam de possuidores a proprietários, isto é, depositários do bem público.

De acordo com Rousseau, os homens acreditaram no discurso daquele que seria beneficiado com a nova ordem (o rico), na ilusão de que estariam garantindo sua liberdade. Legitimaram a desigualdade e a dominação. As leis legitimaram a desigualdade; a mudança da posse para a propriedade favoreceu apenas o rico. Legitimou seu direito, no plano dos fatos, nesse sentido: “O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo” (ROUSSEAU, 1978a, p. 259).

A igualdade natural (em oposição à social), por sua vez, é substituída por uma igualdade moral. Assim, as desigualdades das condições físicas são superadas por convenção e direito. Em nota de rodapé o autor diz:

Sob os maus governos essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada tem, donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais (ROUSSEAU, 2000b, p. 81).

Igualdade política significa que o poder é exercido nos termos das leis, que todos têm os mesmos direitos e deveres e que não é permitido utilizar violência. Já a igualdade econômica significa que ninguém seja tão rico que possa comprar o outro e nem tão pobre que se submeta a ser vendido. A igualdade econômica também pode ser observada nas condições propostas por Rousseau para a posse de terras, quais sejam: (i) a terra não pode estar habitada

por ninguém; (ii) só se pode ocupar a porção necessária para subsistência; e (iii) deve ser realizado cultivo (CHIAPPIN; LEISTER, 2014).

As leis são atos da vontade geral e devem ser sempre gerais, mas os legisladores podem instituir privilégios, desde que não sejam nominais ou voltados para os interesses particulares.

4.1.4 Vontade geral

A vontade geral é essencial na exposição de Rousseau porque é a origem da sociedade e expressão dessa nova “realidade”⁴⁹ coletiva. Nas palavras do autor:

só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. (ROUSSEAU, 2000b, p. 85).

Nessa passagem podemos observar o aspecto utilitarista que também está presente em Beccaria (exposto a seguir): a finalidade do Estado é a conservação comum e o bem-estar geral. Todos desejam a felicidade de cada um pensando em todos e em si mesmo. A vontade geral não é a concordância de cada um ou de todos os indivíduos, é aquela que expressa o que há de comum em todas as vontades, o substrato coletivo das consciências dos indivíduos contratantes.

A oposição de interesses particulares tornou necessária a criação da sociedade; foi o acordo de interesses particulares que possibilitou o surgimento da sociedade, o vínculo social. Se não houvesse um ponto em que todos concordassem, nenhuma sociedade poderia existir: “A vontade geral é aquela que dá voz aos interesses que cada pessoa tem em comum com

⁴⁹ “Realidade” está entre aspas pois não há que se falar em realidade ou fatos, apenas em hipóteses e criações artificiais.

todas as demais, de modo que, ao ser atendido um interesse seu também estarão atendidos os interesses de todas as pessoas” (PINTO, 2005, p. 85).

Devemos distinguir entre a vontade geral e a vontade de todos: esta é a soma da vontade dos particulares e se relaciona ao interesse particular, e aquela se relaciona ao interesse comum. “Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum: a outra, ao interesse particular privado e não passa de uma soma das vontades particulares.” (ROUSSEAU, 1978b, p. 46).

No primeiro esboço de *Do contrato social*, Rousseau (1978b, p. 46) diz: “A vontade geral raramente é a vontade de todos”.

Não é uma aritmética das vontades, não há que se falar em matemática; quanto mais diferentes forem as opiniões, mais oportunidades de surgir um substrato comum, o que é improvável na existência de facções. Da soma das diferenças e das vontades individuais com as interações entre os indivíduos surge a vontade geral. Pode-se dizer que a vontade geral é o “fator unificador da multiplicidade dos contratantes” (PINTO, 2005, p. 85).

O coletivo não traduz a união de seus particulares. Os indivíduos possuem uma personalidade moral sujeita à motivação comum/universal que se pauta pela vontade geral, ou seja, o coletivo possui um interesse comum e os indivíduos relacionam-se com o conjunto, que lhe confere individualidade e o representa como unidade.

Numa sociedade na qual existem facções e associações parciais, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação à sociedade ou ao Estado. Assim, não existem mais tantos votos quantos são os homens, existem tantos votos quantas são as associações. Quando uma dessas associações se sobrepõe às demais, não há mais que se falar em vontade geral, será apenas uma vontade particular.

A vontade particular pode ser diferente e até contrária à vontade geral; é o conflito entre o público e o particular, entre o indivíduo (absoluto e natural) e o cidadão (relativo e social). A vontade particular tende às predileções, está ligada ao amor de si; já a vontade geral, à igualdade. As vontades geral e particular podem eventualmente até coincidir, mas essa relação não será duradoura.

Uma decisão pode ser incorreta, pois, apesar de se desejar o bem comum, é difícil identificá-lo com exatidão, mas isso não quer dizer que houve erro de vontade, pois a vontade

geral está sempre certa, o equívoco estaria no julgamento. Assim, o importante é que a vontade geral tenha um objeto, mesmo que não seja o melhor possível; o importante é o que o povo acredita ser bom para si, independentemente do fato de ser a melhor opção:

A vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública: donde não se segue, contudo, que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão. Deseja-se sempre o próprio bem, mas nem sempre se sabe onde ele está. (ROUSSEAU, 1978b, p. 46).

Uma vontade, para ser geral, não precisa ser unânime, há apenas a necessidade de que todos os votos sejam computados; há um procedimento que legitima a vontade geral, uma formalidade que, se desrespeitada, rompe a generalidade. Tanto aqueles que votam a favor quanto os que votam contra legitimam o procedimento.

4.1.5 Representação

O poder pode ser transmitido, mas não a vontade. Com relação à representação, Rousseau entende que a vontade não pode ser transferida; haveria uma sobreposição de vontades do representado e do representante. Para ele, quando o povo se dá representantes, não é mais livre. Na representação assinar-se-ia a servidão, pois se constituirmos procuradores para nos comandar não haverá mais vontade livre. O autor não apresenta solução ou alternativa para a questão da representação.

Segundo José Raymundo Novaes Chiappin e Carolina Leister, Rousseau rejeita o modelo da democracia representativa no âmbito do Poder Legislativo (criação das leis), mas aceita o modelo representativo no âmbito do Poder Executivo (cumprimento das leis), como segue:

Consideremos que as leis, enquanto expressão da vontade geral, foram formuladas e aceitas. Como, então, garantir que os indivíduos membros do Estado Civil as cumpram? Ou, formulando em outros termos, como garantir que o bem comum prevaleça no conflito entre interesse individual e vontade geral? Esta tarefa é desempenhada por uma outra instância, que não o Poder Soberano. Rousseau nomeia esta outra instância como Governo, e assume

que ela deve cumprir o papel do poder Executivo. Neste caso, e diferente do poder Legislativo, nosso teórico aceita o modelo de democracia representativa, i.e., enquanto para instituir as leis supõe a necessidade de comprometer todo o corpo político, fazê-los cumprir tais leis pode ser uma tarefa atribuída a uns poucos indivíduos. (CHIAPPIN; LEISTER, 2014, p. 299).

4.2 Cesare Bonesana (marquês de Beccaria)

Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) publicou em 1764 a obra *Dos delitos e das penas*, que se fundamenta na teoria do contrato social, formulada por Rousseau (mencionada expressamente nos dois primeiros capítulos de sua obra), e possui um viés utilitarista, por fundamentar-se na necessidade social. Há uma junção do contratualismo com o utilitarismo. Nessa obra o autor questiona as penas, o alcance do livre arbítrio e as relações de dominação. O infrator da lei seria um desertor da sociedade por quebrar o pacto social e, assim, deveria suportar a pena que lhe seria aplicada.

Com relação ao contexto do Iluminismo⁵⁰, Beccaria diz que as revoluções são lentas e que, apesar de terem produzido alguns resultados, estão muito distantes de vencer todos os preconceitos, as barbáries das penas e as irregularidades dos processos criminais.

Logo na introdução Beccaria apresenta como ideal que as vantagens deveriam ser igualmente repartidas entre todos, mas que em sociedade há a tendência de que poucos concentrem privilégios, poder e felicidade enquanto os demais fiquem na miséria. Porém, no desenvolvimento de seu raciocínio, expõe que a igualdade perante as leis que propõe não significa acabar com as vantagens de todos ou com o direito à propriedade. Nesse sentido, podemos citar: “porque, quando se trata da fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos inspirados pela desigualdade devem silenciar” (BECCARIA, 2001, p. 37); “A igualdade civil é anterior a todas as distinções de honras e de riquezas” (BECCARIA, 2001, p.

⁵⁰ “É preciso passar do erro à verdade, das trevas à luz.” (BECCARIA, 2001, p. 130).

94-95); “A igualdade perante as leis não destrói as vantagens que os príncipes julgam retirar da nobreza” (BECCARIA, 2001, p. 95).

As boas leis deveriam ser instrumento para impedir a manutenção desse *status quo*, mas historicamente representaram apenas as paixões de uma minoria. As leis deveriam ser convenções entre homens livres (evidenciando a filiação à teoria do contrato social, formulada por Rousseau) com o fim de atingir todo o bem-estar possível para a maioria, o que evidencia o caráter utilitarista. Ainda, Beccaria diz ser digno do reconhecimento humano o filósofo que teve coragem para lançar as verdades úteis.

Podemos observar em muitas passagens, mesmo que não explicitadas pelo autor, menções não apenas a *Do contrato social* (ROUSSEAU, 1978b, 2000b), mas também a *Discurso sobre a origem sobre a desigualdade entre os homens* (ROUSSEAU, 1978a, 2000a) e ao *Emílio ou da educação* (ROUSSEAU, 1995).

O autor defende o caráter preventivo do direito, que não deve ser apenas um instrumento para fazer justiça, mas também deve ser útil para coibir a repetição da conduta, servindo de exemplo para os demais — a ideia seria melhor prevenir do que remediar, como segue.

É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e males desta vida. (BECCARIA, 2011, p. 125).

“Quereis prevenir os crimes? Marche a liberdade acompanhada das luzes.” (BECCARIA, 2001, p. 127).

Seguindo a teoria do contrato social de Rousseau, Beccaria acredita que os homens não abriram mão de parte de suas liberdades em prol do bem público, mas o fizeram por necessidade, porque era a única forma de sair do estado de guerra de todos contra todos e poder gozar com segurança das demais liberdades.

A soma de todas as parcelas de liberdades “sacrificadas” originou a nação e foi declarado soberano o responsável por proteger esse “depósito” de liberdades, frente à usurpação de particulares, e por contrabalancear o conflito entre os interesses públicos e privados: “para contrabalançar por impressões vivas a força das paixões particulares, quase

sempre opostas ao bem geral” (BECCARIA, 2001, p. 26). As leis devem orientar os interesses particulares para os interesses públicos.

A soberania e as leis são resultado das porções de liberdade cedidas à sociedade e representam a vontade geral, que, por sua vez, nada mais é do que a união das vontades dos particulares. Esse depósito de liberdades seria a origem do direito de punir, cujos princípios fundamentais estão no coração humano, ou seja, devem ser regidos pela humanidade.

Assim, as penas são limitadas ao mínimo necessário para a proteção do bem jurídico. São injustas e abusivas as penas que ultrapassarem a necessidade de conservar o depósito de liberdades e são justas as penas que mantêm a segurança e a liberdade dos indivíduos.

O princípio da legalidade mostra-se presente quando Beccaria diz que os cidadãos podem fazer tudo o que não for contrário às leis, que apenas as leis podem fixar penas e que apenas o legislador pode fazer leis, por ser o representante da sociedade que é unida pelo contrato social. Cabe aos magistrados (juízes) apenas aplicar penas fixadas nas leis.

O direito à igualdade e à imparcialidade estão evidenciados na determinação de que as leis devem ser gerais, aplicáveis a todos e que, frente ao caso concreto, no qual o soberano diz que há uma infração ao contrato social e o infrator diz que não há, cabe ao juiz (terceiro e imparcial) apenas decidir se há ou não delito e aplicar a pena estabelecida em lei, sem qualquer interpretação ao apelo. Cabe ao juiz fazer a subsunção do fato (premissa concreta) à lei (premissa abstrata), causando restrição ou não à liberdade do indivíduo. A interpretação, o algo a mais, levaria a incerteza, instabilidade, insegurança e arbitrariedade.

Está presente também a origem da suspeição, pois Beccaria expõe que ao acusado deveria ser possível recusar um juiz que lhe for suspeito.

Leis claras, públicas e acessíveis a todos e aplicadas corretamente permitem que os indivíduos saibam o que é reprovável e quais são as consequências, sendo uma forma de coação para prevenir crimes. Em nota, Beccaria expõe: “ninguém pode obrigar-vos a cumprir obrigações sem saberdes quais são tais obrigações” (BECCARIA, 2001, p. 150); “creio não haver exceção à regra geral de que os cidadãos devem saber o que precisam saber para serem culpados, e o que precisam evitar para serem inocentes” (BECCARIA, 2001, p. 106-107).

Beccaria defendia que as torturas e as penas cruéis não são apenas odiosas, injustas e contrárias ao contrato social, mas também inúteis na prevenção de crimes. Nesse ponto, além

do utilitarismo e da humanidade, podemos ver que já estava presente o pensamento acerca da finalidade do direito penal, que é não apenas punitiva, mas também preventiva; em muitas passagens podemos até entender que Beccaria defende que a finalidade das penas é preventiva, e não punitiva. A punição serviria apenas com a finalidade de prevenção.

É exposto o raciocínio de que quanto mais cruéis forem as penas, mais o culpado empregará forças para não ser declarado culpado, então menos culpados serão punidos. Acrescenta que, historicamente, os países e as épocas que apresentaram punições mais severas tiveram os crimes mais cruéis, criou-se a cultura da violência.

Ainda, na linha da humanidade Beccaria argumentava que, se as prisões não tivessem terríveis condições, crimes menos graves poderiam ser punidos com restrição à liberdade, pois não se justifica submeter infratores de crimes de baixa periculosidade às terríveis condições prisionais. Ainda, na linha da ressocialização, as prisões deveriam ter melhores condições para não deixar marcas nos presos, em especial sobre aqueles que posteriormente tiveram sua inocência provada.

Com relação às provas, Beccaria defende que a probabilidade ou credibilidade é reduzida quando todas as provas se sustentam apenas em uma prova (crítica à indução), pois se uma prova é destruída todas as demais também o são. Assim, são mais fortes, possuem maior força e probabilidade as provas independentes, que se somam.

Beccaria trata também da publicidade das provas e dos julgamentos, que conferem segurança aos demais princípios.

O valor da prova testemunhal também é discutido. São apresentadas situações nas quais as provas devem ser relativizadas (pessoas com interesses particulares, com relações com o réu ou movidas por paixões, por exemplo) e conclui-se com certeza apenas que, se a única prova existente em determinado caso é testemunhal, o réu deve ser inocentado (palavra de um contra a do outro). Essa é também a origem do princípio *in dubio pro reu*.

Observamos menção a esse princípio também quando o autor trata das falências, que devem ensejar penalização apenas em caso de fraude, e não em caso de má sorte de um “empreendedor” (palavra não utilizada por Beccaria). Quando houver dúvida sobre a ocorrência ou não de fraude, é melhor inocentar o réu. Nesse sentido: “Há uma máxima geralmente certa em legislação, segundo a qual a impunidade de um culpado tem graves

inconvenientes; mas a impunidade é pouco perigosa quando o delito é difícil de constatar-se” (BECCARIA, 2001, p. 104).

Já a tortura é considerada uma barbárie, qualquer que seja a finalidade, primeiro porque ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença e, segundo, mesmo que o réu seja considerado culpado, apenas pode ser aplicada pena prevista em lei, que visa à coação (punição) e à coerção (aspecto psicológico). Estão presentes as garantias do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, do *in dubio pro reu* e da legalidade. Mesmo quando há certeza com relação à infração ao contrato social, o réu deve ter o direito de se defender, até para que a pena possa ser proporcionalmente dosada.

A pena de morte também é atacada por Beccaria, que a considera guerra declarada da sociedade a um cidadão por se julgar ser útil a eliminação dele. Beccaria aceita a utilidade da pena de morte em apenas duas situações: (i) confusão na qual as leis são substituídas pela desordem e que atente contra a liberdade (guerra) e; (ii) possibilidade de o indivíduo, mesmo preso, atentar contra a segurança pública e/ou o governo estabelecido. Argumenta que a pena de morte não é útil para a finalidade da pena, que é a prevenção, pois as paixões violentas são impressões menos duradouras. Assim, a execução pública seria um espetáculo e em alguns originaria piedade e indignação. Já as penas moderadas e contínuas produzem apenas medo, que é uma impressão durável. Aceitar a pena de morte seria uma inversão de valores porque as leis como expressão da vontade geral visam garantir o direito à vida, impedindo o assassinato.

Para Beccaria, sobre os crimes hediondos, o homicídio seria o divisor de águas. São crimes hediondos o homicídio e suas progressões e não são considerados hediondos os crimes “menos horríveis” que homicídio.

Sobre os crimes tentados e consumados, Beccaria entende que os tentados devem ser punidos com a finalidade de prevenção, mas com penas menos rigorosas do que as previstas para os crimes consumados. O mesmo raciocínio é aplicado aos cúmplices, que devem ter penas menores do que as dos executores — aqui estão presentes a individualidade e a pessoalidade.

Ao falar sobre cumplicidade, Beccaria trata do instituto da delação premiada (sem utilizar essa expressão) — sobre o qual temos ouvido muito atualmente —, em especial com relação aos crimes financeiros. Ele pondera suas vantagens e suas desvantagens. A evidente

vantagem é conseguir punir mais pessoas envolvidas nos crimes, a desvantagem seria a autorização da sociedade para a instauração da traição e da covardia que se dissipam como um vírus nas relações sociais.

Sobre a proporcionalidade, diz que as penas devem ser aplicadas de forma proporcional, que significa escolher a forma que causa impressão mais eficaz e durável no espírito público e que seja menos cruel ao infrator. Para que se atinja o efeito, o mal causado pela pena deve ultrapassar o bem obtido pela execução do crime.

A proporcionalidade deve considerar a finalidade de redução de crimes em quantidade e gravidade. Chega-se, então, à progressão das penas de acordo com a “progressão dos crimes”, como segue: “Se os cálculos exatos pudessem aplicar-se a todas as combinações obscuras que fazem os homens agir, seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondente à progressão dos crimes” (BECCARIA, 2001, p. 87).

As penas devem seguir o desenvolvimento da sociedade; o homem civil (em oposição ao selvagem/natural) é mais sensível, razão pela qual as penas não precisam ser tão rigorosas para que seja conservada a mínima intervenção.

Quanto mais rápida for a aplicação das penas, mais justas estas serão, porque os réus viverão menos a penalidade da incerteza. Isso fica mais claro quando os réus aguardam o julgamento presos. A prisão preventiva (denominação não utilizada por Beccaria) deve ser aplicada apenas se for necessária para impedir fuga ou ocultação de provas e deve durar apenas pelo tempo necessário à instrução do processo — e os mais antigos deveriam ter prioridade na ordem de julgamentos.

Sobre a culpabilidade, a relevância está no dano causado à sociedade, e não na vontade do agente, o que pode ser observado em diversas passagens: “muitas vezes, com a melhor das intenções, um cidadão faz à sociedade os maiores males, ao passo que em outro lhe presta grandes serviços com a vontade de prejudicar” (BECCARIA, 2001, p. 89); “a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade” (BECCARIA, 2001, p. 88); e

A grandeza do crime não depende da intenção de quem o comete, como erroneamente o julgaram alguns; porque a intenção do acusado depende das impressões causadas pelos objetos presentes e das disposições precedentes da alma. Esses sentimentos variam em todos os homens e no mesmo indivíduo, com a rápida sucessão das ideias, das paixões e das circunstâncias. (BECCARIA, 2001, p. 89).

Beccaria encerra sua magistral obra tratando das penas com um parágrafo que demonstra ao menos quatro dos princípios e das garantias que defende — quais sejam, intervenção mínima, legalidade, proporcionalidade e publicidade —, *in verbis*: “a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2001, p. 133).

CAPÍTULO QUINTO - BALANCEAMENTO DE PRINCÍPIOS

5.1 Sopesamento, ponderação ou balanceamento proposto por Robert Alexy

Robert Alexy, dentre tantos juristas pós-positivistas, foi selecionado porque sua teoria sobre o “sopesamento”⁵¹, a ponderação ou o balanceamento de princípios teve forte impacto na doutrina jurídica brasileira e é utilizada por ministros do STF para fundamentar seus votos em diversas discussões nas quais existem direitos fundamentais conflitantes. Nesse sentido: “A enorme influência da teoria dos princípios e da técnica da ponderação de Robert Alexy na bibliografia nacional e mesmo nas sentenças do Supremo Tribunal Federal nos parece algo autoevidente” (GOMES et al., 2012, p. 119).

Os princípios e os direitos fundamentais regulam as situações de fato e de direito de forma geral e aberta, como os direitos a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, etc... Essa “abertura” de conceitos visa abarcar as mais diversas situações, mas por outro lado dificulta sua aplicação prática, gerando inúmeras discussões que devem ser definidas pela jurisprudência. Sobre a importância dos conflitos entre princípios, segue transcrição de um trecho constante da introdução de *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas passadas e presentes [...]. (ALEXY, 2012, p. 25).

A jurisprudência, com o desenvolvimento da sociedade e a alteração de valores morais, muitas vezes modifica seu entendimento sobre diversas questões já analisadas e apresenta decisões inovadoras sobre as situações fáticas. Como não se pode ter prévio conhecimento sobre a forma de desenvolvimento da sociedade e a alteração de costumes e

⁵¹ Termo utilizado pelo tradutor Virgílio Afonso da Silva e apresentado pela primeira vez no Brasil por Willis Santiago Guerra Filho, na obra *Ensaio de teoria constitucional* (GUERRA FILHO, 1989, p. 45).

valores morais, diversas situações não foram e não poderiam ter sido previstas pelo legislador e, por essa razão, não estão regulamentadas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as premissas utilizadas pelo direito, assim como suas conclusões, são passíveis de verificação e determinação como verdadeiras ou falsas, mas essas verdades não são absolutas nem perpétuas.

Frente a essa situação, Alexy apresenta o papel dos direitos fundamentais e o modo como a positivação possibilita uma “abertura” razoável e racional para a moral no ordenamento jurídico. As teorias positivistas deixam de lado questões morais, de justiça e juízos de valor. Por outro lado, as teorias que substituem completamente o formalismo e estão relacionadas às ciências humanas podem cair no subjetivismo. Sobre o assunto, Luis Roberto Barroso dispôs:

Com efeito, no centro das reflexões do Professor Robert Alexy encontra-se a tese de que o Direito possui natureza dupla, com uma dimensão real (ou fática) e outra ideal. A dimensão fática se manifesta na validade formal da norma e na sua eficácia social. A dimensão ideal se manifesta na sua correção moral. Ao se agregar a ideia de correção moral como um terceiro elemento, ao lado da validade e da eficácia social, supera-se o conceito positivista de Direito. De fato, a fronteira mais visível entre o positivismo e o não positivismo encontra-se, precisamente, nas relações entre o Direito e a moral: enquanto os positivistas sustentam a separação entre ambos, os não positivistas afirmam que há uma vinculação necessária entre eles. (BARROSO, 2014, p. 5).

Como a ausência da subjetividade e dos juízos de valor é impossível na prática, a dogmática dos direitos fundamentais propõe-se a fundamentar racionalmente tais juízos. A transição entre os direitos fundamentais e os juízos do “dever ser” deve, na maior medida possível, ser submetida aos controles “intersubjetivos”. A teoria estrutural multidimensional e integrativa de Alexy visa equilibrar o positivismo, a lógica e os valores adicionais (fundamentos).

A teoria da ponderação de princípios, como proposta por Robert Alexy, busca atribuir racionalidade ao direito, aproximando-o tanto quanto possível das ciências exatas, em especial da matemática, com a finalidade de reduzir o grau de subjetividade e atribuir mais eficiência e segurança jurídica — tanto que a aplicação lógica de sua teoria pode ser expressa em gráficos e expressões matemáticas que evidenciam a otimização.

Ad initio, é necessário definir o que/quais são as normas de direitos fundamentais. Em um sistema substancial, o fator determinante para classificação seria a matéria sobre a qual tal norma versa: se esta é um fundamento do Estado ou dos direitos individuais. O sistema estrutural seria baseado na hierarquia entre as leis. Já no sistema formal o diferencial seria o local onde tais disposições estão em determinada constituição. Nenhum desses sistemas isoladamente é capaz de definir o que/quais são os direitos fundamentais, sendo mais uma expressão da multidimensionalidade da teoria de Alexy. As normas de direitos fundamentais podem estar expressas na constituição ou ser atribuídas por (ou decorrentes de) normas constitucionais.

Ainda, é indispensável, para o entendimento da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, distinguir claramente o que é regra e o que é princípio. Esse é o pilar da teoria, o ponto de partida para possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais e é imprescindível para a solução de problemas. Sem essa distinção não há que se falar em restrições ou conflitos entre direitos fundamentais, que ocorre quando, para a realização de um direito fundamental, deve haver o afastamento ou a restrição de outros direitos fundamentais. Esses conceitos são comumente confundidos por operadores do direito, que, com isso, fazem deduções equivocadas.

Tanto as regras quanto os princípios podem ser expressos por meio de expressões deônticas de dever, sendo elas de proibição ou permissão. Então, como diferenciá-los?

Existem vários critérios para diferenciar princípios e regras, dentre eles o mais usado é o grau de generalidade, que seria alto nos princípios e baixo nas regras. Generalidade não pode ser confundida com universalidade, que se refere à aplicação a todos os cidadãos. O oposto de universalidade é individualidade, enquanto o oposto de generalidade é especialidade.

Com base nos diversos critérios possíveis, chegamos a três hipóteses: (i) não é possível diferenciar as normas em regras e princípios, porque os critérios são gradativos e podem ser combinados; (ii) é possível fazer essa distinção mesmo que seja apenas de grau; e (iii) além de ser possível essa distinção, ela não é apenas de grau, mas também é qualitativa.

Alexy defende a última hipótese. Para ele, princípios expressam deveres *prima facie* (conceito explorado mais à frente) e o conteúdo final a ser aplicado só é definido no caso prático, após sopesamento de princípios em colisão. Assim, princípios são diretrizes de

otimização: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2012, p. 90). Em decorrência de sua própria natureza, a maioria dos direitos fundamentais são princípios, nos termos propostos por Alexy.

Podemos observar que para Alexy existem graus de satisfação determinados por possibilidades fáticas e jurídicas. Nas possibilidades jurídicas estão as situações de colisão entre princípios, o que ocorre quando os princípios, se aplicados isoladamente, levariam a resultados diversos e inconciliáveis. Em uma situação fática, os princípios podem ou não ser aplicados (afastados) de acordo com a prevalência.

As regras, por sua vez, expressam deveres definitivos e são aplicadas ou não por meio da subsunção dos fatos à norma. São normas que podem ser ou não satisfeitas e aplicáveis; são mandamentos ou determinações sobre o que é fática e juridicamente possível. Se uma situação fática se enquadra no disposto na norma, esta deve ser aplicada.

Há também conflitos entre regras, que podem ser solucionados pela inclusão de exceções ou pela declaração de invalidade de uma das regras. Como exemplo da inclusão de exceções: é proibida a entrada de animais em restaurantes, a não ser que seja um cão guia⁵². Com relação à declaração de invalidade, como já dito, nas regras é absoluta, não há o aspecto gradual; se uma regra é válida e aplicável, significa que as premissas são válidas, e assim o é a consequência. Para declaração de invalidade são estabelecidos critérios na legislação, tais como revogação de lei anterior por lei posterior e especialidade, de acordo com cada ordenamento jurídico.

Sobre conflito entre princípios, o que ocorre é que em determinadas situações ou condições um princípio tem preferência sobre os demais. Em outras palavras, os princípios têm pesos diferentes, que variam de acordo com as situações fáticas e jurídicas, nas quais os princípios com menor peso são afastados para a aplicação do princípio prevalecente.

Os princípios são mandamentos de otimização, não existe precedência absoluta e eles não são quantificáveis. Por isso, as situações de conflito devem ser solucionadas pelo que Alexy chama de “lei de colisão”, pela qual as situações nas quais um princípio deve prevalecer sobre o outro são o suporte fático para a consequência jurídica.

⁵² Concordamos com Alexy ao discordar de Dworkin, que acredita que em teoria seja possível enumerar todas as exceções a uma regra. No mundo fático, com o desenvolvimento da sociedade, existirão sempre novas situações que não puderam ser previstas.

Pelo exposto, a colisão entre regras ocorre no âmbito da validade e a colisão entre princípios, no âmbito da precedência ou do peso. De forma mais precisa, na esfera abstrata os princípios estão em mesmo nível e possuem o mesmo peso, porém, em um caso concreto deve ser realizada uma ponderação entre os princípios colidentes.

Discute-se acerca de três modelos sobre as normas de direitos fundamentais: (i) o modelo puro de princípios; (ii) o modelo puro de regras; e (iii) o modelo de regras e princípios.

No modelo puro de princípios, as regras existem, mas são dependentes dos princípios. As garantias devem ser entendidas como princípios, e as regras surgem das relações de precedência entre os princípios e indicam as consequências jurídicas de tais princípios. Esse modelo não se sustenta, já que deixaria de lado as restrições, as exceções e a própria regulamentação escrita, além de ter um problema de vinculação, gerando insegurança jurídica.

Já o modelo puro de regras se apresenta como solução para a insegurança jurídica e preenche perfeitamente a vinculação à regulamentação. No entanto, independentemente de as regras de direitos fundamentais serem sem reserva, com reserva simples ou qualificada (conceitos que abordaremos em breve), não conseguem prever todas as situações fáticas e, como não são passíveis de sopesamento, os casos difíceis ficariam sem solução.

Os direitos fundamentais garantidos sem reserva são aqueles que não podem sofrer restrições. Na Constituição Federal brasileira, por exemplo, são aqueles que não possuem reserva legal ou hipótese de interferência expressa: “Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). Será possível determinar critérios que permitam a delimitação do alcance dessas normas?

Nesse ponto, Robert Alexy procura demonstrar que não existe forma de estabelecer critérios para decidir sobre a extensão da proteção e da aplicação de direitos fundamentais sem recorrer a qualquer estabelecimento de relações de precedência. Quando se passa do mundo ideal “dever ser” para o mundo real ou fático, surgem conflitos e inevitáveis raciocínios sobre pesos ou relações de preferência. Assim sendo, mesmo que de forma inconsciente e automática, os operadores do direito, ao analisar situações fáticas, estabelecem relações de preferência. Essas relações podem dar conta de casos claros e evidentes, no entanto, para análise de casos complexos, faz-se necessário um balanceamento, apresentando-

se, portanto, sua teoria do sopesamento como forma racional e natural para solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Assim, dispositivos que independem do sopesamento servem como enunciados gerais abstratos, mas como são insuficientes em muitos casos, sua correção depende do sopesamento.

Os direitos fundamentais com reserva simples são aqueles que podem ser restringidos sem afetar seu núcleo essencial. A título ilustrativo, na Constituição Federal do Brasil (1988) são aqueles que contêm a expressão “nos termos da lei” — por exemplo: “Art. 5º, VII - É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

Os direitos fundamentais com reserva qualificada são aqueles que podem ser restringidos sem afetar o núcleo essencial e com razoabilidade. Na Constituição Federal do Brasil, são aquelas que autorizam a restrição e atribuem a finalidade e a forma como tal restrição será feita. Em geral possuem o termo “salvo” em sua redação. Por exemplo:

Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1998).

Como podemos determinar o que é a razoabilidade? Segundo Alexy, a análise passa por verificar se a medida é adequada e necessária, estando novamente presente o sopesamento.

Pelo exposto, o modelo puro de regras é inadequado e insuficiente para tratar dos casos de direitos fundamentais sem reserva, com reserva simples ou com reserva qualificada.

Resta, então, o modelo combinado de regras e princípios, cujos níveis são também combinados.

O nível dos princípios abarca muitas coisas diversas. Quanto à estrutura, os princípios podem ser classificados entre materiais ou substanciais e formais ou procedimentais. Como exemplo de princípio formal, temos aqueles que tratam de competência. Os princípios formais, em conjunto com os substanciais, podem ser sopesados em relação aos direitos individuais.

O nível das regras, além de estabelecer as consequências da aplicação dos princípios — ou seja, ser positivação a serviço dos princípios —, estabelece exigências de princípios contrapostos, pois representa suporte fático e/ou restrição para aplicação destes. Assim, quando uma disposição de direito fundamental estabelece alguma exigência, são estabelecidos um princípio e uma regra. Se a regra é completa ou suficiente, deve ser aplicada; caso contrário, é necessário recorrer aos princípios. Os princípios são normas mais abertas e que dão espaço à interpretação, podendo ocasionar decisões variadas acerca do mesmo caso. Nesse sentido, pode-se falar que deve haver primazia das regras, sendo necessário recorrer aos princípios de forma subsidiária.

Ad initio as normas de direitos fundamentais são regras ou princípios, mas adquirem caráter duplo por apresentarem restrições — expressamente fazerem referências a princípios —, por serem derivadas de princípios ou por serem aplicadas em conjunto com os princípios. Como exemplo, Alexy apresenta a seguinte disposição de direito fundamental: “A arte é livre”. Esse enunciado, como regra, não admite exceção ou restrição. Sendo válido, deve ser aplicado e poderia ser traduzido em: “São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico”. No entanto, o enunciado “São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes” tem caráter duplo de regras e princípios e dá espaço ao sopesamento.

Esse é o modelo adequado, com normas de direitos fundamentais com caráter duplo.

A título ilustrativo, um dos casos apresentados por Alexy é conhecido como caso “Lebach”. Uma emissora de televisão pretendia exibir documentário sobre o crime de assassinato de quatro soldados enquanto dormiam na cidade de Lebach na Alemanha, motivado pela intenção de roubar armas para cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice desse crime, cujo nome era citado e cujas fotos eram apresentadas no documentário, estava prestes a ser liberado após cumprir sua pena, na época de exibição do documentário. Ele solicitou o impedimento da veiculação do documentário, alegando que a exibição do documentário prejudicaria sua ressocialização. Nessa situação estavam em conflito o direito de personalidade e a liberdade de informação de radiodifusão. Ao decidir, o Tribunal Constitucional Alemão mencionou que não existe precedência absoluta da liberdade de informar e que nessa situação, na qual não havia mais o interesse atual de informar sobre o crime, a proteção de personalidade do condenado deveria prevalecer, razão pela qual a

exibição foi proibida. Os suportes fáticos foram: repetição, ausência de interesse atual de informar e risco à ressocialização.

Outro ponto importante da teoria é a diferenciação do caráter *prima facie* nas regras e nos princípios. O caráter *prima facie* dos princípios decorre do fato de que *ad initio* devem ser aplicados, na maior medida possível, fática e juridicamente. Há uma questão material, factual. Com relação às regras, há determinação da extensão e aplicação de seu conteúdo às situações práticas (fática e juridicamente). Então, o caráter *prima facie* das regras, por ser ligado à determinação, e não uma questão de “peso”, está relacionado aos princípios formais; ou seja, para que uma regra seja ou não aplicada, esta deve ser analisada do ponto de vista hierárquico e da autoridade legitimada para tanto.

Assim, quanto mais peso tiverem os princípios formais em um ordenamento jurídico, mais importante e forte será o caráter *prima facie* das regras. A recíproca não é verdadeira, porque o caráter *prima facie* dos princípios não é fortalecido por princípios formais do ordenamento jurídico, mas por argumentação sobre a materialidade.

Voltando ao exemplo da emissora, esta tinha, em princípio, apenas o direito *prima facie* de exibir o documentário, mas não definitivo. A linha de raciocínio de aplicação do direito *prima facie* ao definitivo é determinada por relação de preferência.

No caso Lebach, o interesse individual prevaleceu sobre o coletivo, no entanto essa prevalência não é absoluta, em outras situações pode prevalecer o interesse coletivo. Sobre a inexistência de princípios absolutos, o maior exemplo ilustrativo é o princípio da dignidade humana, sobre o qual Alexy expôs:

Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que “a dignidade humana [...] tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça”. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da “comunidade estatal”, sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma. (ALEXY, 2012, p. 113).

Para a realização do sopesamento, é considerada a máxima da proporcionalidade. A regra ou máxima da proporcionalidade inclui a análise ordenada dos critérios (sub-regras) de: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Essa ordem não

pode ser alterada, pois as sub-regras se relacionam de forma subsidiária e nem sempre são todas analisadas quando aplicadas à situação fática. A ordem dos fatores poderia levar a alterações nos resultados. Assim, a proporcionalidade em sentido estrito apenas será utilizada se a questão não tiver sido solucionada pela adequação e nem pela necessidade, e a necessidade, por sua vez, só será utilizada se a questão não for solucionada pela adequação.

Muitas vezes se entende que adequado é meio apto a atingir determinado resultado, no entanto não é necessário que tal resultado seja atingido, pode ser apenas fomentado. Em outras palavras: se o meio contribuir para o resultado pretendido, mesmo que este não seja plenamente atingido, o meio é adequado. Nessa linha de raciocínio, deve-se inicialmente identificar qual é o resultado pretendido para então analisar se a medida em discussão é ou não adequada para tais fins.

Por sua vez, uma medida apenas é necessária se a realização do objetivo não puder ser promovida com a mesma eficiência por outro meio, menos nocivo ao direito fundamental atingido. É, portanto, um exame comparativo. Para essa análise, é necessário identificar os direitos que estão sendo limitados e refletir sobre possibilidades, alternativas.

Já a proporcionalidade em sentido estrito está intimamente relacionada à otimização. Deve ser feito o sopesamento entre a restrição ao direito fundamental atingido e a realização do direito fundamental com o qual colide. Esse critério também não é absoluto, já que não é necessário que o princípio seja realizado; mesmo não sendo, a restrição ou a realização, em qualquer medida, devem ser avaliadas. Assemelha-se à análise entre custo e benefício. Será desproporcional a medida que limite direitos fundamentais quando a realização dos direitos fundamentais prevaletentes não for suficiente para justificar tal restrição.

No ordenamento jurídico brasileiro há o princípio da proporcionalidade exposto no item 3.1.8, que não se confunde com a teoria de Robert Alexy. Assim, o princípio da proporcionalidade não pode ser entendido como “princípio” nos termos definidos por Alexy. Alexy classifica a proporcionalidade como uma regra, e não um princípio, pois a forma de aplicação é a subsunção, e não a otimização⁵³.

⁵³ Discutir se o ordenamento jurídico brasileiro recepciona ou não a regra da proporcionalidade nos parece irrelevante para fins deste trabalho, pois é um método lógico e racional, e não um princípio a ser aplicado. Alinhamento ao pensamento de Virgílio Afonso da Silva (2002).

Pelo exposto, em nosso entendimento, alinhado com a análise de Virgílio Afonso da Silva⁵⁴, as etapas para aplicação do método podem ser sintetizadas da forma a seguir.

- 1) **Finalidade:** identificar qual é o resultado pretendido com tal medida.
- 2) **Adequação:** verificar se tal medida fomenta ou não o resultado pretendido.
- 3) **Necessidade:** se a resposta for positiva, identificar quais direitos serão limitados por tal medida e o grau de afetação.
- 4) Analisar alternativas e se existe medida diversa que atinja o resultado com mesma intensidade, ocasionando menor restrição aos direitos limitados pela medida sob análise.
- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** se a resposta for negativa, avaliar a importância da satisfação dos direitos prevalecentes e verificar se a restrição aos direitos atingidos pela medida é justificada pela realização dos direitos prevalecentes.
- 6) Se a resposta for positiva, a conclusão é que a medida é proporcional; por outro lado, se a resposta for negativa, a conclusão será pela desproporcionalidade.

Os demais critérios não devem ser completamente desconsiderados, eles podem dar conta de casos simples ou fáceis. Já nos casos complexos ou difíceis, podem ser considerados como argumentos de reforço, mas não como argumentos determinantes.

É importante mencionar que o modelo de sopesamento não é contraditório em relação ao raciocínio dedutivo. Ao contrário, eles são complementares, pois o sopesamento é aplicado às premissas obtidas por meio do raciocínio dedutivo.

O sopesamento não pode ser considerado totalmente independente da moral, pois os próprios direitos fundamentais que podem ser restringidos possuem aspecto moral. Além disso, a lei moral, considerada juridicamente relevante, refere-se às relações entre os indivíduos e destes com a coletividade, então, para sua aplicação, o sopesamento é imprescindível.

⁵⁴ Professor titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e autor de vários livros e artigos sobre direitos fundamentais e interpretação constitucional.

Com relação à garantia dos direitos fundamentais, fala-se em um núcleo ou conteúdo essencial, sobre o qual existem duas teorias: a absoluta e a relativa. Pela relativa, uma restrição desproporcional a um direito fundamental (ou seja, que não esteja de acordo com as máximas de proporcionalidade anteriormente expostas) atinge o núcleo essencial de tal direito. A teoria absoluta defende que qualquer restrição a um direito fundamental atinge o núcleo essencial de tal direito, então seriam necessários critérios adicionais de decisão e, portanto, a proporcionalidade. Sobre o assunto, Virgílio Afonso da Silva dispõe:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional. (SILVA, 2002).

O sopesamento não é uma forma de realizar quaisquer interesses (individuais, coletivos, políticos, econômicos, etc...) em detrimento de outros, é uma forma de otimizar resultados. O resultado é baseado em um enunciado de preferências condicionadas.

É importante ressaltar que as máximas, ou sub-regras, descritas anteriormente (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), são expressões da otimização. No entanto, adequação e necessidade eliminam o resultado negativo, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito possui gradação e indica o resultado.

Contra o sopesamento, alega-se que não é um modelo racional, porque está sujeito ao subjetivismo, ao livre arbítrio ou ao critério daquele que faz o sopesamento. Essa objeção pode ser aceita se considerada como afirmação de que não levará todo caso a um único resultado. No entanto, isso não quer dizer que não seja um procedimento racional. O procedimento é realizado de forma racional sempre que o enunciado de preferência é fundamentado de forma racional, ou seja, se o método for aplicado de forma própria.

Pela lei do sopesamento, a máxima medida permitida de insatisfação ou prejuízo a um princípio depende da importância de satisfação do princípio prevalecente. É um critério utilitarista, de eficiência, de otimização⁵⁵.

A lei do sopesamento não determina quando o grau de afetação ou o grau de satisfação de princípios são intensos ou estão presentes no caso em questão, mas diz o que deve ser fundamentado para justificar a preferência por determinado enunciado, que é o resultado do sopesamento. Para ilustrar, voltamos ao caso Lebach — esse é um exemplo de decisão baseada em graus de afetação e importância. A liberdade de radiodifusão representava grau intenso de afetação no direito de personalidade com base no alcance público (audiência), na forma do documentário e no efeito negativo sobre a ressocialização. Assim sendo, prevaleceu o direito de personalidade individual.

Sobre o grau de afetação, podem ser estabelecidos critérios de interferência — grau intenso, médio e fraco, por exemplo. Os graus, por sua vez, podem ser subdivididos em três categorias, tornando a gradação com nove estágios. No entanto, nos parece que essa classificação não é relevante para fins de aplicação do método proposto, já que não é necessária e não traz mais racionalidade para determinação de graus de importância/afetação aos princípios prevalecentes.

5.2 Exemplos de aplicação do método

Virgílio Afonso da Silva (2002) utiliza dois exemplos para ilustrar a aplicação do método proposto por Alexy, quais sejam: (i) racionamento de energia elétrica⁵⁶; e (ii) pesagem de botijões de gás⁵⁷, a seguir expostos.

⁵⁵ Pela lógica de Pareto: “A” deve ter preferência à “B” se em “A” nenhum dos envolvidos tem situação piorada e ao menos um dos envolvidos tem situação melhorada.

⁵⁶ Ação declaratória de constitucionalidade 9-6.

⁵⁷ Ação direta de inconstitucionalidade 855-2.

5.2.1 Racionamento de energia

O objetivo do racionamento de energia elétrica é compatibilizar a demanda e a oferta, para evitar interrupções intempestivas ou imprevistas no suprimento. O cálculo é feito com base na média de consumo dos meses anteriores.

Adequação: o racionamento de energia elétrica faz com que os consumidores economizem, contribuindo para evitar interrupções intempestivas ou imprevistas no suprimento, portanto está presente a adequação.

Necessidade: os direitos limitados são: (i) o amplo acesso ao serviço público de necessidade básica e dignidade, que dispensam explicações; (ii) a igualdade, pois as metas são fixadas com base nos meses anteriores, então aquele que sempre economizou será penalizado, tendo menos margem de manobra e correndo risco maior de ter seu fornecimento suspenso; (iii) a livre iniciativa e o direito ao trabalho, se estes dependerem do fornecimento de energia acima do limite fixado. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, diversas medidas alternativas foram propostas e são aptas para que a igualdade seja menos atingida sem que a finalidade da medida seja menos realizada, portanto a medida não é necessária.

Por esse motivo, não é preciso seguir com a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, o STF entendeu de forma diversa: que, no caso em questão, está demonstrada a proporcionalidade e a razoabilidade da medida⁵⁸.

⁵⁸ Ação direta de constitucionalidade 9-6, analisada por Virgílio Afonso da Silva.

5.2.2 Pesagem de botijões de gás

O objetivo de exigir que seja realizada pesagem de botijões de gás na frente dos consumidores é proteger esses indivíduos contra variações no conteúdo.

Adequação: a pesagem dos botijões na frente dos consumidores assegura que estes não recebam menos do que a quantidade que está sendo paga, contribuindo para a proteção dos direitos dos consumidores. Portanto, está presente a adequação.

Necessidade: os direitos limitados atingem a livre iniciativa, pois a pesagem na frente dos consumidores acarretaria investimentos em tecnologia. A medida alternativa proposta, de realizar pesagem por amostragem, não é tão eficiente quanto a pesagem na frente dos consumidores para garantir os direitos de todos eles, portanto, a medida em questão é necessária.

Proporcionalidade em sentido estrito: a proteção ao consumidor é mais relevante do que a pequena restrição à livre iniciativa, portanto a medida é proporcional.

Pelo exposto, a medida é adequada, necessária e proporcional.

No entanto, o STF entendeu que, no caso em questão, há violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pela análise de Virgílio Afonso da Silva, o STF não aplicou o método ao caso em questão, mas, se tentarmos adequar os pontos discutidos pelo STF e constantes da análise de Virgílio às sub-regras do método do sopesamento (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), veremos que, de alguma forma, todas as sub-regras foram discutidas no STF, mesmo sem estarem ordenadas e sintetizadas na forma proposta no método por Robert Alexy, chegando a conclusões opostas, como segue.

(i) adequação

STF: com base em parecer do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), foi alegado que as balanças são sensíveis ao deslocamento, o que poderia

desregulá-las e que, além disso, a medida dificultaria a aquisição pelos consumidores, em especial, pelos distantes.

Virgílio Afonso da Silva: considera que é plenamente possível controlar a precisão das balanças e que o deslocamento dos consumidores é um incômodo pequeno em comparação com a garantia de seus direitos.

(ii) necessidade

STF: considerou-se que a pesagem por amostragem poderia suprir a medida em discussão.

Virgílio Afonso da Silva: discorda, já que não atingiria o resultado com a mesma eficácia.

(iii) proporcionalidade em sentido estrito

STF: avaliou-se que a restrição à liberdade de iniciativa não seria justificada pela proteção aos direitos dos consumidores.

Virgílio Afonso da Silva: discorda, por entender que a necessidade de realização de investimentos em tecnologia não pode ser suficiente para restringir a proteção aos direitos dos consumidores.

Pela comparação entre a conclusão das discussões no âmbito do STF e a análise do caso por Virgílio Afonso da Silva, podemos observar que, mediante a aplicação do método do sopesamento proposto por Alexy, a discricionariedade do julgador não é completamente eliminada, no entanto a discussão é estruturada em etapas bem definidas, possibilitando comparação entre aspectos de fato comparáveis e ao menos delimitando o âmbito de atuação da discricionariedade.

CAPÍTULO SEXTO - ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A seguir analisaremos dez julgados do STF nos quais há menção a Robert Alexy e que tratam de direitos materiais. Faremos isso por meio da análise dos votos de cada um dos ministros que alegadamente recorrem à teoria do sopesamento proposta por esse autor.

6.1 Progressão de regime de cumprimento de pena aplicada aos crimes hediondos

Apesar de essa discussão ser antiga (ano de 2006) e, portanto, alguns dos dispositivos legais que menciona terem sido revogados, é um bom exemplo de ponderação, sopesamento ou balanceamento dos princípios aplicáveis ao direito penal.

O caso analisado é o julgamento, pelo STF, do *habeas corpus* nº 82.959-7 (HC 82.959-7), impetrado por indivíduo condenado por cometer crime continuado de atentado violento ao pudor — molestar três crianças, com violência presumida por serem menores de 14 anos (todas entre 6 e 8 anos) — e com o agravante de ser casado⁵⁹. O acusado apresentou-

⁵⁹ Código Penal: “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

“Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal [...]” (Revogado pela lei nº 12.015, de 2009 (BRASIL, 2009)).

“Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” (Revogado pela lei nº 12.015, de 2009 (BRASIL, 2009)).

“Art. 226. A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III - se o agente é casado.” (Inciso III revogado pela lei nº 11.106, de 2005 (BRASIL, 2005b)).

se como pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular, ganhando a confiança dos pais, que permitiram que ficasse a sós com as crianças.

Após condenação, o acusado interpôs apelação, por meio da qual conseguiu somente a redução da pena. Então, impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob o argumento de que o crime que cometeu não pode ser considerado como hediondo, pois não resultou em lesão corporal grave ou morte, cabendo apenas violência presumida. Questionou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (lei 8.072/90), chamada de Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990) — que determina que, em caso de crimes hediondos, a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, vedando a progressão do regime de cumprimento da pena⁶⁰ (para os regimes semiaberto e aberto) —, sustentando que esse dispositivo foi revogado tacitamente pela lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que permite a progressão aos condenados pelo crime de tortura⁶¹.

Apenas a título de esclarecimento: (i) regime fechado pressupõe a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; (ii) regime semiaberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e (iii) regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Não nos prenderemos a questões processuais nem à extensão da aplicação dos efeitos da decisão; vamos nos ater apenas ao direito material.

A lei nº 8.072/90, em seu artigo 1º, inicialmente definiu como crimes hediondos: atentado violento ao pudor; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte; epidemia com resultado morte; estupro; extorsão mediante sequestro e sua forma qualificada; extorsão qualificada pela morte; genocídio; latrocínio; terrorismo; tortura; e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas (BRASIL, 1990)⁶².

⁶⁰ Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado [...]” (BRASIL, 1990).

⁶¹ Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997: “Art. 1º Constitui crime de tortura: [...] § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. [...] § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” (BRASIL, 1997b).

⁶² Atualmente são definidos como crimes hediondos: homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da

Posteriormente, com a lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, o crime de atentado violento ao pudor saiu do rol de crimes hediondos e, com relação ao estupro, a redação incluída foi: “V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único⁶³)” (BRASIL, 1994). Essa era a redação vigente na época em que os crimes em discussão foram praticados⁶⁴.

Em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio tratou da finalidade da progressão da pena e dos aspectos psicológico e comportamental do preso, pois este, na expectativa de dias melhores, seria incentivado a corrigir sua forma de conduta e, por mérito, voltaria a ser inserido no convívio social. Ora, se os atos do preso fossem irrelevantes, não haveria estímulo para o bom comportamento e, assim, ele nunca teria de volta o direito de todo ser humano ao convívio social, razão pela qual o condenado seria sempre “despersonalizado”. Nesse ponto, o ministro relator, ao tratar da impossibilidade de progressão da pena aplicável aos crimes hediondos, deixou evidente a filiação à teoria do contrato de Rousseau, como segue: “tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada ideia do ‘mal pelo mal causado’ e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social”⁶⁵.

A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.⁶⁶

Nesse trecho transcrito podemos notar a incoerência do fato de, no caso de crimes hediondos, ser permitido o livramento condicional após cumprimento de três quartos da pena, mas não a progressão da pena, o que seria desproporcional.

prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; genocídio tentado ou consumado.

⁶³ Vale mencionar que os dispositivos de lei mencionados na redação transcrita são do Código Penal (BRASIL, 1940).

⁶⁴ Em 7 de agosto de 2009, com a edição da lei nº 12.015, no tocante ao estupro a redação passou a ser: “V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)” (BRASIL, 2009).

⁶⁵ Página 4 do voto do ministro relator Marco Aurélio no HC 82.959-7, grifo nosso.

⁶⁶ Página 4 do voto do ministro relator Marco Aurélio no HC 82.959-7, grifo nosso.

Sobre paradoxos, o mesmo ministro acrescenta que o também ilustre professor Tércio Sampaio Ferraz menciona o “princípio hermenêutico da unidade da Constituição” que visa sanar, pela lógica, tais incoerências ou paradoxos⁶⁷.

Existe ainda outro paradoxo: não há razão para um crime mais grave, como o de tortura, permitir a progressão da pena e um crime menos gravoso, como estupro, não possibilitar a aplicação desse instituto. Nessa linha de raciocínio, para manter a unidade do sistema, teria ocorrido revogação tácita (por incompatibilidade) da vedação à progressão da pena no crime em discussão pela lei posterior, que permitiu a aplicação desse instituto ao crime mais gravoso de tortura.

Ainda, a impossibilidade de progressão de regime da pena fere o princípio constitucional anteriormente exposto da individualização da pena — pelo qual as penas devem ser estabelecidas de forma pessoal, ou seja, mensuradas para o indivíduo especificamente e proporcionalmente à importância dos bens tutelados e à gravidade do dano aos mesmos bens —, pois nessa situação não seriam considerados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado.

O ministro Carlos Ayres Brito, por sua vez, em seu voto acrescenta o que Norberto Bobbio denominou de “sanção premial”, no sentido de que, no direito, a tendência é estimular comportamentos desejáveis com promessas de recompensas ao invés de penalidades, pois essa seria a forma mais eficiente⁶⁸.

O ministro Cezar Peluso mencionou que individualizar a pena no momento da aplicação e não o fazer na execução seria inócuo, pois penas idênticas seriam aplicadas a situações completamente diferentes. Cezar Peluso fez referência ao Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (note que posterior à lei que trata dos crimes hediondos) (BRASIL, 1992)⁶⁹. O pacto, em seu artigo 5º, item 6, determina que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação dos condenados”. Nesse ponto, como esse decreto é posterior à lei que trata dos crimes hediondos, a lei seria incompatível com ele, pois a vedação da progressão do regime da pena faria um desserviço à readaptação dos condenados ao convívio social.

⁶⁷ Página 9 do voto do ministro Marco Aurélio no HC 82.959-7.

⁶⁸ Página 1 do voto do ministro Carlos Ayres Brito no HC 82.959-7.

⁶⁹ Sobre o qual discutimos nesta dissertação ao falar da legalidade (item 3.1.5).

Acrescenta-se que a vedação à progressão de regime de cumprimento da pena, se não é inadequada, seria ao menos desnecessária, por existirem formas mais brandas de estimular comportamentos.

Cezar Peluso trouxe também a discussão entre direito e moral, que é um dos legados do Iluminismo e do Positivismo. Em suas palavras: “A concepção iluminista e laica, de Hobbes, passando por Locke, Bentham, Beccaria, Mill, Bobbio e Hart, baseia-se na separação entre Direito e Moral”⁷⁰. A falta dessa distinção causou graves injustiças na história, como a criminalização do homossexualismo ou da devoção a determinada religião. Pela concepção iluminista, o direito não pode ser um instrumento da moral — até porque existem diversas variações e entendimentos sobre moral —, tendo como finalidade assegurar a convivência e impedir que uns causem danos aos outros e que sejam realizados sacrifícios desnecessários.

Os que defendem que a vedação à progressão do regime de cumprimento da pena não infringe o princípio da individualização da pena alegam que a culpabilidade⁷¹, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do ato criminoso podem ser considerados na mensuração da pena, ou seja, no *quantum*, na determinação da duração da pena.

Discutiu-se também a questão gramatical: o valor da conjunção “e” na redação do dispositivo constante da lei que trata dos crimes hediondos, na forma vigente à época — “atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)” (grifo nosso). Se o “e” tem a função de adicionar, seriam considerados hediondos os crimes de atentado violento ao pudor nas formas simples e qualificada. No entanto, se o “e” tem a função de restringir, apenas a forma qualificada, na qual a violência resulta em lesão corporal grave ou morte, seria considerada como crime hediondo.

Por um lado, se a intenção fosse abranger as formas simples e qualificada, bastaria a redação “atentado violento ao pudor”, não seria necessário nenhum complemento; se a forma simplificada já merece punição mais gravosa, seria evidente que a forma mais gravosa também teria o mesmo tratamento. Por outro lado, nos demais incisos do mesmo artigo, há menção expressa à forma qualificada: “extorsão qualificada por morte” e “extorsão mediante sequestro e na forma qualificada”, como exemplo.

⁷⁰ Página 28 do voto do ministro Cezar Peluso no HC 82.959-7.

⁷¹ Culpabilidade, vide item 3.1.7.

O ministro Gilmar Mendes diferenciou os poderes e as funções legislativa e judiciária ao dizer que, apesar das inconsistências constantes da redação da legislação, ao STF não cabe legislar, cabe apenas julgar, aplicar as leis. Acrescentou que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, deve haver de fato afronta à Constituição Federal.

A Constituição Federal não apresenta uniformidade no tratamento do princípio da reserva legal (legalidade) e não deixa clara a amplitude que o aplicador do direito possui para interpretar/aplicar a legislação, ou seja, os limites entre a objetividade e a subjetividade não estão bem delimitados.

Questionou-se a existência, no ordenamento jurídico, e a natureza dos princípios fundamentais de direitos individuais, cujo núcleo essencial deve ser preservado em qualquer situação/hipótese. Existem duas teorias sobre o núcleo essencial: (i) absoluta, pela qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria autônomo, independente e estaria resguardado contra qualquer legislação ou aplicação de leis, bem como contra qualquer intervenção estatal, ou seja, haveria um “limite do limite”; e (ii) relativa, pela qual o núcleo essencial não seria pré-estabelecido fixo e imutável, mas definido caso a caso pela ponderação entre os meios e fins, isto é, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, nesse sentido haveria um núcleo essencial insuscetível, mas que seria definido com base na ponderação.

Ambas as teorias sobre o núcleo essencial, apresentadas anteriormente, têm limitações quanto à sua eficácia. A absoluta pode não ser passível de aplicação, pois é difícil determinar em abstrato qual é o núcleo essencial. Já a teoria relativa pode representar flexibilidade exagerada, o que também descaracterizaria o elemento essencial. Sobre esse ponto, Gilmar Mendes expôs:

Gavara de Cara observa, a propósito, que, para a teoria relativa, “o conteúdo essencial não é uma medida pré-estabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais”. Por isso, segundo Alexy, a garantia do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã, não apresenta, em face do princípio da proporcionalidade, qualquer limite adicional à restrição dos direitos fundamentais.⁷²

Para Robert Alexy, a teoria absoluta só faz sentido se for baseada na teoria relativa, porque quanto mais se deixa de realizar um princípio, mais forte ele se torna, ou seja, a força das justificativas para afastamento ou restrição a um princípio tem que aumentar tanto quanto é aumentada a força da intervenção. Nesse sentido, quanto maior for a intervenção, mais forte

⁷² Página 21 do voto do ministro Gilmar Mendes no HC 82.959-7.

tem que ser sua justificativa. Assim, existem situações nas quais nenhum princípio oposto poderá ter preferência porque não existe justificativa com maior força, então o caráter absoluto decorre das relações entre princípios, razão pela qual Alexy sustenta que a teoria absoluta se baseia na relativa.

Gilmar Mendes recorre a Alexy apenas para trazer à discussão as teorias absoluta e relativa. A Constituição Federal não apresenta de forma expressa filiação a nenhuma teoria referente ao núcleo essencial, mas sabemos que o núcleo essencial é considerado devido ao caráter “garantista” da magna carta. Independentemente da teoria adotada, impedir a progressão do regime de cumprimento da pena aplicada aos acusados de crimes hediondos seria afronta ao núcleo do princípio da individualização da pena, o que retiraria a sua eficácia.

Gilmar Mendes também tratou da mudança de orientação dos tribunais; expôs que inexistente verdade absoluta e imutável, porque as premissas podem ser falsas e também, consequentemente, suas conclusões. Ainda, com o passar do tempo e o desenvolvimento da sociedade, o direito e sua interpretação também são alterados para refletir a nova realidade, e consequentemente a orientação jurisprudencial também é alterada. Como se trata de um processo, não é possível determinar o momento exato no qual a “verdade” ou a orientação é alterada, e por um tempo mais de uma teoria pode ser aceitável⁷³.

Não obstante o ministro Gilmar Mendes recorrer a Robert Alexy e outros ministros tratarem da necessidade e da proporcionalidade, não há, de forma expressa e clara, a aplicação do método, exercício que faremos a seguir.

Entrando em nossa análise, no caso em questão estão em discussão os princípios da individualização da pena (item 3.4.1); da humanidade (item 3.1.2); da proporcionalidade (item 3.1.8); e da segurança (item 3.2.4). Sobre eles deve-se aplicar o sopesamento, a ponderação ou o balanceamento de princípios.

Apenas para recapitular, os princípios são diretrizes de otimização e devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes em cada caso. Portanto, não há que se falar em precedência absoluta; deve ser aplicada a lei do sopesamento, que determina que a máxima medida permitida de insatisfação ou prejuízo a um

⁷³ Embora Gilmar Mendes não tenha mencionado, notamos que o raciocínio exposto sobre a verdade segue a linha de Duhem, que defende a concepção de história, de progresso continuísta e sem rupturas radicais, sem revolução, pelo qual a ciência sempre em desenvolvimento acessa verdades que podem ser posteriormente substituídas.

princípio depende da importância de satisfação do princípio prevalecente. Ainda, para aplicação do método do sopesamento, devem ser consideradas as sub-regras da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A título ilustrativo, segue descrição de como entendemos que seria a aplicação do método proposto por Robert Alexy.

- 1) A finalidade da vedação à progressão do regime de cumprimento da pena é reduzir a criminalidade.
- 2) **Adequação:** a vedação à progressão do regime de cumprimento da pena reduz a criminalidade, pois evita que criminosos tenham convívio social, além do aspecto coercitivo da medida, portanto a medida é adequada.
- 3) **Necessidade:** os direitos limitados pela vedação à progressão do regime de cumprimento da pena são: (i) proporcionalidade⁷⁴, pois crimes mais graves admitem tal progressão; (ii) humanidade, porque dificulta a ressocialização do indivíduo que será colocado em liberdade sem ter passado pela progressão; e (iii) individualização da pena, já que referida vedação não leva em consideração as características pessoais do indivíduo.
- 4) Medidas alternativas, como aumento do policiamento e ações de ressocialização e recuperação de criminosos, podem ser, em longo prazo, mais eficazes para garantir a segurança da sociedade do que a manutenção dos criminosos no regime fechado de cumprimento da pena, portanto a medida não é necessária.

Como a medida não é necessária, não precisamos recorrer à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar de o resultado da aplicação do método ao caso em discussão ser o mesmo resultado da decisão do STF, o STF julgou nesse sentido com base no princípio da proporcionalidade, e não na sub-regra de necessidade. Nota-se que, se hipoteticamente o STF tivesse feito uso do sopesamento, ele teria tido interpretação diferente relativamente à sub-regra da necessidade ou eficácia das alternativas — assim como no caso do racionamento de

⁷⁴ É importante mencionar que o princípio da proporcionalidade não se confunde com a máxima da proporcionalidade em sentido estrito nos termos propostos por Alexy.

energia já discutido. Nesse caso, o resultado foi o mesmo porque o princípio da proporcionalidade levou à mesma priorização.

O STF entendeu que a vedação à progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos, mesmo que em atendimento ao princípio da legalidade e da segurança e sendo eficaz no combate à criminalidade — e, portanto, para garantir a segurança da sociedade —, fere os princípios da individualização da pena, da humanidade e da própria proporcionalidade. Ou seja, não obstante a lei determinar expressamente que não pode haver progressão do regime de cumprimento da pena em crimes hediondos — com a finalidade de reduzir a criminalidade e aumentar a segurança da sociedade —, o prejuízo causado aos direitos individuais e pessoais do condenado e a sua ressocialização são maiores do que os benefícios que poderiam trazer.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado a todos os crimes hediondos, ou seja, a possibilidade de progressão no regime de cumprimento de pena — que seria uma exceção — vira uma regra. Todos os crimes que causam clamor público, por questões sociais e políticas, e não jurídicas (não necessariamente os mais graves), são caracterizados como hediondos, e os direitos individuais de humanidade e individualização da pena em todos os casos seriam restringidos pela impossibilidade de progressão ao regime de cumprimento da pena.

Por fim, é importante mencionar que essa discussão culminou na súmula vinculante nº 26, aprovada pelo STF em sessão plenária de 16 de dezembro de 2009, determinando a inconstitucionalidade da vedação ao regime de progressão da pena aplicada aos condenados por crimes hediondos, *in verbis*:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (Grifo nosso).

6.2 Uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 (ADI 3.510), na qual se discute a constitucionalidade do uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos, foi julgada improcedente. Nessa discussão estão em conflito os direitos à vida (item 3.2.1) e, de outro lado, à dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à saúde (item 2.1.5).

O artigo 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei 11.105/2005), chamada Lei de Biossegurança, dispõe:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005a, grifo nosso).

O direito ao planejamento familiar, à liberdade e à paternidade responsável não obrigam que o casal que opta por fertilização assistida aproveite todos os óvulos fecundados. Assim sendo, casais que optam pela fertilização assistida muitas vezes não utilizam todos os embriões, estes ficam congelados por um período e resta a opção de doar para outros casais ou para pesquisas científicas.

Argumentou-se que o preâmbulo da Constituição Federal, ao falar em liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores de uma sociedade, traz um fraternalismo constitucional às relações humanas, o que pode ser traduzido como comunhão ou solidariedade social em benefício/garantia da vida e da saúde.

Discutiu-se que a Constituição Federal não determina o momento no qual a vida é iniciada nem, portanto, quando o indivíduo passa a ser titular de direitos individuais, tais como o direito à vida. Discutiu-se, ainda, que a lei nº 11.105/2005, que regula as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, é aberta, deixando espaço para subjetividade e interpretações.

O embrião fecundado *in vitro*, enquanto não foi implantado em um útero, não tem a finalidade de originar uma vida, razão pela qual a discussão não é acerca de aborto. Existem três estágios de desenvolvimento que não podem ser confundidas: o embrião, o feto e a pessoa humana.

Acrescenta-se que o Estado é laico, então questões religiosas não devem ser colocadas em discussão. Com relação à moral, não há como dissociar completamente o direito e a moral, mas a moral não pode ser fundamento para decisões jurídicas. O ministro Gilmar Mendes traz à tona as questões filosóficas, sociais, morais, religiosas e políticas que circundam essa discussão e menciona Alexy ao dizer que a decisão deve ser racional, como segue:

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão: “O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.” O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por

provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.⁷⁵

Para Gilmar Mendes, a questão que se coloca não é a definição do momento no qual a vida é iniciada, mas sim uma discussão sobre proporcionalidade e otimização. Assim sendo, apesar de não aplicar expressamente a ponderação de princípios de Alexy, menciona seus ensinamentos:

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.⁷⁶

Faremos a seguir o exercício de aplicação do método:

- 1) A finalidade da medida de vedação à pesquisa com células-tronco embrionárias é assegurar o direito à vida dos embriões.
- 2) **Adequação:** mediante a vedação à pesquisa com células-tronco embrionárias, o direito à vida dos embriões é assegurado, sendo, portanto, a medida adequada.
- 3) **Necessidade:** os direitos limitados por tal medida são dignidade e saúde, em decorrência do atraso no avanço de pesquisas médico-científicas que a vedação à utilização de células-tronco embrionárias ocasionaria.
- 4) Não existem medidas alternativas que assegurem o direito à vida aos embriões, portanto a medida é necessária.
- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a importância do direito à vida de células-tronco embrionárias não justifica a restrição aos direitos à saúde e à dignidade da pessoa humana, razão pela qual a medida não é proporcional.

Nesse caso, o resultado da aplicação do método de Alexy coincidiu com a decisão do STF. O STF, com base no princípio da proporcionalidade, reconheceu os benefícios sociais — em especial, à saúde da sociedade — que são trazidos com a realização de pesquisas

⁷⁵ Páginas 4 e 5 do voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510, grifos nossos.

⁷⁶ Páginas 14 e 15 do voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510.

científicas com células-tronco embrionárias e o fato de que a saúde, além de ser um direito individual, é uma obrigação do Estado.

Parece-nos que, como o critério de solução foi a sub-regra da proporcionalidade, a linha de raciocínio desenvolvida na aplicação do método foi semelhante à desenvolvida nas discussões pelos ministros do STF, sendo o resultado coincidente. Assim sendo, nesse caso que passou pelo crivo das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, o resultado do exercício de aplicação do método é o mesmo atingido pelo STF.

6.3 Prisão civil de depositários infieis

O recurso extraordinário nº 466.343-1 (RE 466.343-1) discute a constitucionalidade da prisão civil de depositários infieis — ou seja, se a prisão civil seria cabível a um indivíduo que dá em garantia de uma dívida um bem e, ao ser executado recusa-se a entregá-lo. Os direitos fundamentais em conflito são a liberdade (item 3.2.2) e o direito à propriedade (item 3.2.5). Esse recurso foi julgado improcedente, considerando ilegal a prisão civil de depositários infieis.

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1998, grifos nossos).

Essa questão remete-nos novamente ao Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 7º, prevê que ninguém pode ser detido por dívidas. Além da questão do grau hierárquico com que os tratados internacionais são recepcionados no ordenamento jurídico interno, discutiram-se os princípios colidentes da liberdade individual e do direito à propriedade (ao recebimento de crédito).

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto em prol da liberdade, citou Robert Alexy, *in verbis*:

Como ensina Alexy, “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”. A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante. Tem-se, aqui, o primado da liberdade individual.⁷⁷

Novamente há Robert Alexy como referência, mas sem se verificar, de fato, a aplicação do método por ele proposto, que em nossa opinião consistiria nos passos descritos a seguir.

- 1) A finalidade da medida é assegurar o direito de propriedade do credor.
- 2) **Adequação:** a prisão civil do depositário infiel é forma de coerção e coação que faz com que os devedores envidem os melhores esforços para satisfazer o crédito, então contribui para assegurar o crédito dos credores. Assim sendo, a medida é adequada.
- 3) **Necessidade:** o direito limitado pela prisão civil do depositário infiel é a liberdade, que seria fortemente afetada.
- 4) Existem alternativas para coerção dos devedores a cumprirem suas obrigações de pagamento, tais como: notificações, ações judiciais e inscrição desses indivíduos em órgãos de proteção ao crédito. No entanto, referidas medidas, apesar de não restringirem o direito à liberdade de forma severa, não atingem o resultado de assegurar o direito de propriedade dos credores com a mesma intensidade que a prisão civil do depositário infiel, portanto a medida é necessária.

⁷⁷ Páginas 35 e 36 do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1, grifo nosso.

- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a importância de satisfação ao crédito e do direito de propriedade do credor não justifica a limitação ao direito de liberdade do devedor.
- 6) Assim sendo, a prisão civil do depositário infiel é desproporcional.

A decisão do STF no caso em questão foi a mesma que se obteria se tivesse havido de fato a aplicação do método de sopesamento, no entanto a discussão do STF teve como argumento central a recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno, e Alexy foi utilizado apenas como citação ou referência.

Mais uma vez, nos parece que o raciocínio aqui desenvolvido levou à mesma conclusão que o STF atingiu porque pela aplicação do método houve análise das sub-regras da adequação e necessidade, sendo fator determinante a sub-regra da proporcionalidade.

Por fim, é importante mencionar que essa discussão culminou na súmula vinculante nº 25, publicada pelo STF em sessão plenária de 23 de dezembro de 2009, determinando a inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

6.4 Aborto de feto anencéfalo

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 (ADPF 54) discutiu a constitucionalidade da criminalização de aborto de fetos anencéfalos prevista no Código Penal (art. 124, 126 e 128, I e II)⁷⁸. A decisão foi pela inconstitucionalidade da criminalização,

⁷⁸ Código Penal: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.” “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: [...] Pena - reclusão, de um a quatro anos.” “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

permitindo a realização, por profissional habilitado, da chamada “antecipação terapêutica do parto” em casos de gravidez de feto anencéfalo previamente diagnosticada.

A medicina confirma que inexistente possibilidade de vida fora do útero para fetos sem atividade cerebral ou sem cérebro. Ainda, confirma que a possibilidade de doação de órgãos de fetos anencéfalos para salvar outras vidas é quase impossível, visto que na maioria dos casos o feto possui outras anomalias. Acrescentam-se os riscos que uma gravidez de feto anencéfalo traz para saúde da mulher. Esses fatores tornariam injustificável a “coisificação” da mulher, torná-la um meio — ou seja, tornariam injustificável a análise da situação do ponto de vista utilitarista.

Essa discussão traz à tona novamente questões debatidas no julgamento sobre a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, tais como: o momento de início da vida; a distinção entre embrião, feto e pessoa humana; e o Estado laico de direito.

A ministra Rosa Weber considera falaciosa a determinação do início da vida por critérios médicos, pois entende que deve também ser considerada a conceituação jurídica. Rosa Weber, pela epistemologia, sustenta a independência do conhecimento jurídico, argumenta que de um “ser” científico não poderia derivar um “dever ser” jurídico, então uma verdade científica não poderia originar um dever de proteção. As verdades científicas são perenes, muitas vezes são “fruto das necessidades procedimentais e descritivas de acordo com o padrão de conhecimento em um determinado momento”⁷⁹, então não haveria por que estendê-las às demais áreas do conhecimento. A ciência também é área do conhecimento determinada socialmente, não possui pressupostos externos que devam ser considerados como verdades.

Uma descrição que corresponde ao mundo dos fatos é considerada como verdadeira, caso contrário é falsa. Dessa forma, são criadas as leis científicas, que são “afirmações gerais que descrevem condições universais sobre uma determinada classe de fenômenos e que abrangem os fatos empíricos possíveis a ela relacionados”⁸⁰. As leis científicas possibilitam a previsão de fenômenos, ou seja, é esperado que o próximo fato observado esteja em conformidade com uma afirmação derivada da lei científica geral. Esse critério é conhecido como verificacionismo.

⁷⁹ Página 9 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54.

⁸⁰ Página 10 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54.

Ocorre que, muitas vezes, as leis científicas são substituídas para manter a coesão do sistema, e ainda existe a questão da linguagem, que também pode ser ajustada com a mesma finalidade.

Em substituição ao verificacionismo, há a falseabilidade, conforme conceituada por Karl Popper (2007). Pelo critério da falseabilidade, o cientista deve submeter as premissas a testes, tentando provar que são falsas. Enquanto a premissa não for refutada ela é considerada verdadeira. Se em outro momento for considerada falsa, deve ser descartada e substituída por uma nova verdade científica. Por isso, não há que se falar em verdades eternas, apenas em momentâneas. A importância dessa teoria é que: “Daí decorre que a Verdade deixa de ser um objetivo a ser alcançado pelo cientista (porque impossível logicamente) para se tornar um ideal direcionador da atividade científica e o cientista passa a ter uma verdade parcial com a qual ele lida para fins operacionais”⁸¹.

Assim, não existem verdades inquestionáveis ou eternas, apenas verdades estáveis ou paradigmas partilhados pela comunidade científica, que nada mais são do que a forma de enxergar os fatos, e “aquele que não comunga dos pressupostos do paradigma não é um cientista, pode ser no máximo um filósofo”⁸².

Rosa Weber traz Robert Alexy à discussão, dizendo que esse mesmo raciocínio é aplicado ao direito:

No que é pertinente ao Direito, é com base nesses elementos que Alexy compreende a função da dogmática jurídica: um saber que busca uma estabilidade conceitual para direcionar a aplicação dos conceitos e institutos propriamente jurídicos e que leva em consideração a jurisprudência e a legislação para manter a consistência do sistema, e não um conjunto de pressupostos inquestionáveis a descrever a própria essência dos conceitos e objetos por ela estudados. Entendida a dogmática jurídica dessa forma, a ideia de paradigma pode ser aplicada ao direito.⁸³

Voltando à discussão jurídica sobre aborto de fetos anencéfalos, Rosa Weber passou pela posição de doutrinadores, incluindo Cezar Roberto Bitencourt, que:

identifica como sujeito passivo do crime de aborto o feto, mas como ser humano em formação, não propriamente como pessoa. Como o Direito Penal protege a vida humana desde o seu princípio, o aborto é a destruição desta

⁸¹ Página 13 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54, grifos nossos.

⁸² Página 14 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54. Ao que parece, essa afirmação coloca os cientistas em um patamar acima dos filósofos, posicionamento de que discordamos, por considerar que os filósofos são cientistas, ou até mais que isso: a filosofia é a chamada “mãe” de todas as ciências.

⁸³ Página 15 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54, grifo nosso.

vida até o início do parto. No que tange à questão da anencefalia, entende que o fato é atípico por tratar-se de natimorto e que, ademais, seria caso de inexigibilidade de conduta diversa.⁸⁴

Depois de estabelecido o que interessa ao ordenamento jurídico, pode-se recorrer à medicina como argumento suplementar, ou seja, ao “biodireito”, que relaciona o direito com aspectos da biologia, da ética e da dignidade humana. Nesse contexto, é importante mencionar a Lei de Transplantes de Órgãos (lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997), que estabelece como morte a chamada “morte encefálica”, ou seja, a ausência de atividade cerebral determinada pelos critérios clínicos emitidos pelo Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1997a). Dessa forma, fica claro que, para o direito, o que deve ser passível de proteção não é o mero funcionamento orgânico, mas as atividades psíquicas que possibilitam ao indivíduo fazer parte do convívio social.

Rosa Weber mencionou a discussão da ADI nº 3.510 (analisada anteriormente), na qual se entendeu que o embrião fecundado *in vitro* não é um ser vivo no sentido do que dispõe o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Portanto, a vida protegida pelo ordenamento jurídico pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, e não apenas biológicas. É preciso que o embrião tenha possibilidade concreta de vir a ser pessoa.

Nesse sentido, existe a tendência de uso semântico do conceito de vida, para o direito, ser relacionado com os princípios da dignidade, da viabilidade de desenvolvimento e da presença de características mentais que permitam o convívio social, tais como: capacidade de se relacionar, consciência, emoção, interação, intersubjetividade e percepção.

Voltaremos agora aos princípios em conflito no caso sob análise: vida (item 3.2.1) dos fetos anencéfalos *versus* dignidade humana, integridade, liberdade, saúde e direitos individuais reprodutivos da mulher (item 3.1.2). Alguns defendem que o direito à vida é superior aos demais, mesmo que todos somados. Assim, o direito à vida do feto anencéfalo deveria se sobrepor aos direitos da mulher/mãe. É importante deixar claro que não é uma questão de peso ou quantidade — caso contrário, a questão estaria decidida —, mas de otimização.

⁸⁴ Página 18 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54.

No ordenamento jurídico não existem direitos absolutos em abstrato e, quando não há regra explícita, deve-se recorrer aos princípios, que são mandamentos de otimização para realização máxima dos valores. Não existem direitos absolutos de forma abstrata, hipotética, já que estes apenas podem ser valorados quando aplicados aos casos concretos. A coexistência plena dos princípios na esfera real pode ser impossível; por outro lado, em abstrato, todos são simultânea e igualmente aplicáveis.

Nessa situação, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que requer a ponderação de princípios aplicados ao caso concreto (valores), isto é, ponderar o peso das razões para a aplicação de um princípio em detrimento de outro. Para o afastamento de um princípio em benefício de outro, quanto maior for o grau de não realização ou de dano ao primeiro, maior deve ser o grau de satisfação do segundo.

No ordenamento jurídico (mesmo em abstrato), a proteção à vida tem graus diferentes, porque mesmo o feto saudável não é protegido em caso de estupro da mulher, visto que nessa situação o aborto é permitido pelo Código Penal. Assim sendo, dependendo do grau de desenvolvimento da vida biológica do feto (momento da gestação) e da situação da gestante, diminui a proteção do desenvolvimento do feto e aumenta a proteção da liberdade da mulher⁸⁵.

A postura interventiva do Estado para proteção do feto iria contra a liberdade da mulher; sua integridade física e psicológica; seu direito à saúde (os riscos são maiores na gestação de feto anencéfalo e ainda existem os danos psicológicos); e sua dignidade humana (se há dúvida sobre a manutenção de gravidez de feto anencéfalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica).

Nos termos da Lei dos Crimes de Tortura (lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 (BRASIL, 1997b)) e do artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Acrescenta-se que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante), o que demonstra que o crime de tortura é considerado mais grave do que o crime de aborto.

⁸⁵ O raciocínio desenvolvido por Rosa Weber está na mesma linha do desenvolvido por Luís Roberto Barroso a seguir, no item 6.8 deste trabalho. Não nos parece que, para aplicação da teoria do sopesamento proposta por Robert Alexy, o grau de desenvolvimento da vida biológica do feto (momento da gestação) e da situação da gestante sejam fatores determinantes, já que os fatos jurídicos também são relevantes.

O direito penal moderno coloca-se como última medida, devendo apresentar a mínima intervenção nas relações sociais. Nessa linha de raciocínio, acrescentam-se os princípios informadores do direito penal:

idoneidade (a criminalização deve ser um meio útil para resolver o problema social); subsidiariedade (deve-se mostrar que não há alternativas para a regulação da conduta indesejada); e racionalidade (deve-se comparar os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização).⁸⁶

Por todo o exposto, Rosa Weber entende que, sob todos os pontos de vista analisados, deve prevalecer a autonomia da mulher para escolher entre a manutenção da gestação ou a interrupção em caso de gravidez de feto anencéfalo. Essa situação não é tipificada pelo Código Penal por não ser considerada como crime aborto, mas como interrupção da gravidez.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, também traz Alexy, ao mencionar a inexistência de princípios absolutos:

Robert Alexy (uma década após Vork iniciar um movimento pós-positivista de conferir a eminência aos princípios), na sua memorável Teoria dos Direitos Fundamentais, assenta - como é de sabença - que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais.⁸⁷

Já a ministra Cármen Lúcia trata da otimização nos termos concebidos por Alexy, como segue:

na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana atua, portanto - no que comunga das normas-princípio em geral - como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta (ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 162).⁸⁸

Como se observa, os ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia citam Robert Alexy, concordando com alguns de seus posicionamentos — de que não há hierarquia absoluta de princípios, de que a escolha se dá de forma relativa e de que esta deve seguir a otimização —, mas ninguém, de forma explícita, desenvolve a aplicação do método, exercício que faremos a seguir.

⁸⁶ Página 46 do voto da ministra Rosa Weber na ADPF 54, grifos nossos.

⁸⁷ Página 8 do voto do ministro Luiz Fux na ADPF 54.

⁸⁸ Página 49 do voto da ministra Cármen Lúcia na ADPF 54.

- 1) A finalidade da medida é assegurar o direito à vida de fetos anencéfalos.
- 2) **Adequação:** a proibição do aborto de fetos anencéfalos assegura o direito à vida deles; assim sendo, a medida é adequada.
- 3) **Necessidade:** os direitos a liberdade, integridade física e psicológica, saúde (já que os riscos são maiores na gestação de feto anencéfalo e ainda existem danos psicológicos), relacionados à dignidade humana da gestante, seriam fortemente afetados.
- 4) Não existem medidas alternativas para assegurar o direito à vida de fetos anencéfalos, sendo, portanto, a medida necessária.
- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a importância de satisfação do direito à vida de fetos anencéfalos não justifica a restrição à dignidade humana da gestante.
- 6) Assim sendo, a vedação ao aborto de fetos anencéfalos é desproporcional.

Nesse caso, notem que, se fosse entendido que a finalidade da proibição de aborto de fetos anencéfalos era a manutenção do direito à vida em geral, e não do direito à vida de fetos anencéfalos, o resultado da aplicação do método seria o mesmo, mas sua aplicação, completamente diferente: a análise acabaria no item 2 — adequação —, já que a gravidez de fetos anencéfalos expõe a vida das gestantes a riscos, devendo ser considerada inadequada.

Mais uma vez, a discussão passou pelas sub-regras da adequação e da necessidade e culminou na da proporcionalidade em sentido estrito, razão pela qual o resultado do julgamento pelos ministros do STF teria sido o mesmo se o método do sopesamento tivesse sido efetivamente aplicado ao caso da forma aqui desenvolvida.

6.5 Possibilidade de repositura de ação de paternidade na ausência de exame de DNA no âmbito da ação original

O recurso extraordinário nº 363.889 (RE 363.889), declarado procedente, versou sobre a possibilidade de repropositura de ação de investigação de paternidade, existindo demanda anterior idêntica entre as mesmas partes, a qual foi julgada improcedente em decorrência da falta de provas, pois o autor não dispunha de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não arcou com os custos, visto que na época essa obrigação ainda não estava consolidada.

O artigo 468 do Código de Processo Civil (lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)⁸⁹ trata da coisa julgada material⁹⁰ com a finalidade de conferir segurança jurídica⁹¹ às decisões (item 3.2.4). No entanto, a aplicação desse princípio ao caso em tela colidiria com os princípios da dignidade da pessoa humana, da filiação/paternidade responsável⁹², do acesso à justiça⁹³ e da busca da verdade material/real dos fatos (item 3.1.2). Vale mencionar que conhecer as origens é direito de todos e implica outros direitos, tais como: convivência familiar e direito ao nome, à herança e ao histórico médico/biológico.

Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, de formas diferentes, fizeram menção à ponderação de princípios de Alexy, como a seguir exposto.

Para o ministro Luiz Fux, quando estão sobrepostos os âmbitos de proteção dos princípios, cabe ao operador do direito utilizar a ponderação de princípios, instrumentalizada pelo manuseio da proporcionalidade, a fim de realizar concessões recíprocas, na medida necessária, resguardado o núcleo essencial de cada direito fundamental. O resultado é o estabelecimento de uma relação de precedência entre os princípios, identificando-se o peso prevalecente com o devido balizamento nos parâmetros interpretativos que reduzem a arbitrariedade e estimulam a “controlabilidade intersubjetiva do processo decisório”, como segue:

⁸⁹ Código de Processo Civil, artigo 468: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (BRASIL, 1973).

⁹⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

⁹¹ Constituição Federal, artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

⁹² Constituição Federal, artigo 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

⁹³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência e recursos” (BRASIL, 1988).

Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência. E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da ponderação de valores, instrumentalizada a partir do manuseio do postulado da proporcionalidade, a fim de operar concessões recíprocas, tanto quanto se faça necessário, entre os enunciados normativos em jogo, resguardado, sempre, o núcleo essencial de cada direito fundamental. E por não ser lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo há de ser o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios em jogo, identificando-se o peso prevalecente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros (*standards*) interpretativos que reduzam a arbitrariedade e estimulem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.⁹⁴

O ministro Luiz Fux acrescenta:

Assim, a técnica da ponderação apenas poderá levar ao afastamento de uma regra jurídica quando restar demonstrado, de modo fundamentado, que os princípios que lhe são contrapostos superam, axiologicamente, o peso (i) da razão subjacente à própria regra e (ii) dos princípios institucionais da previsibilidade, da igualdade e da democracia. Deste modo, como afirma o Prof. Luís Roberto Barroso especificamente quanto à tese da relativização da coisa julgada material, a técnica da ponderação, instrumentalizada pelo postulado da proporcionalidade, tem de ser usada com cautela, já que a previsão da coisa julgada como uma regra “reduz a margem de flexibilidade do intérprete”.⁹⁵

O ministro Luiz Fux, mencionando Robert Alexy, defende que o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência absoluta sobre os demais de forma abstrata. Em suas palavras:

Com efeito, a Carta constitucional de 1988 fixou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República (CF, art. 1º, III). Disso decorre uma prevalência axiológica inquestionável sobre todas as demais normas da Constituição, que devem ser interpretadas invariavelmente sob a lente da dignidade da pessoa humana. Assim, é a própria dignidade da pessoa humana que deve servir de norte para a definição das diversas regras e dos diversos subprincípios estabelecidos no texto constitucional, funcionando como verdadeiro vetor interpretativo para a definição do âmbito de proteção de cada garantia fundamental. Mais do que isso: é também a dignidade da pessoa humana que deve servir como fiel da balança para a definição do peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988.⁹⁶

⁹⁴ Página 23 do voto do ministro Luiz Fux no RE 363.889.

⁹⁵ Página 25 do voto do ministro Luiz Fux no RE 363.889.

⁹⁶ Página 26 do voto do ministro Luiz Fux no RE 363.889, grifos nossos.

Em nota de rodapé inserida nesse último texto transcrito, o ministro Luiz Fux comenta:

Segundo Robert Alexy, a ponderação de valores deve ser conduzida à luz do exame (i) do peso abstrato dos princípios em conflito, (ii) da intensidade de interferência, no princípio oposto, que se faz necessária para a preservação da eficácia de um direito fundamental, e (iii) da confiabilidade das premissas empíricas, nas quais se fundam as afirmações a respeito da configuração de violação ou de promoção da efetividade de uma norma fundamental (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison, In: Ratio Juris, v. 16, nº 4, 2003, p. 433-449).⁹⁷

Não nos parece que Robert Alexy defenda a precedência abstrata do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o mesmo autor expõe que não existe precedência absoluta em abstrato entre os princípios e que a relação de precedência é estabelecida mediante aplicação aos casos práticos. No tocante à Constituição Federal, temos a mesma impressão de que a magna carta não define reserva hierárquica para o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive por estar elencada no artigo primeiro juntamente com soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. No entanto, não entraremos nessa frutífera discussão, que daria outra dissertação.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski tratou da ponderação para otimização, que deve considerar três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade:

Para Robert Alexy, princípios são mandados de otimização que comportam uma ponderação axiológica, sempre diante de um caso concreto e segundo três critérios que se fazem presentes na espécie: primeiro, adequação; em segundo lugar, necessidade; em terceiro lugar, proporcionalidade.⁹⁸

Pela leitura das menções à Robert Alexy, anteriormente transcritas, observamos que, apesar de os ministros Ricardo Lewandowski e Luiz Fux citarem Robert Alexy, novamente não realizam de forma explícita a aplicação do método, que, em nossa opinião, consistiria nos passos a seguir.

- 1) A finalidade da medida de vedar a repositura de ação de investigação de paternidade, existindo demanda anterior idêntica entre as mesmas partes — a qual foi julgada improcedente em decorrência da falta de provas, pois o autor não dispunha de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não arcou com os custos —, é assegurar a segurança jurídica das decisões.

⁹⁷ Página 26 do voto do ministro Luiz Fux no RE 363.889.

⁹⁸ Página 2 do voto do ministro Ricardo Lewandowski no RE 363.889.

- 2) **Adequação:** a vedação de tal reexame fomenta a segurança jurídica das decisões e, portanto, a medida é adequada.
- 3) **Necessidade:** os direitos fortemente restringidos pela vedação são dignidade da pessoa humana, filiação/paternidade responsável, acesso à justiça e busca da verdade material/real dos fatos.
- 4) Não existem medidas alternativas que assegurem a segurança jurídica das decisões sem afetar referidos direitos, então a medida é necessária.
- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a segurança jurídica das decisões não justifica restrição aos direitos à dignidade da pessoa humana, filiação/paternidade responsável, acesso à justiça e busca da verdade material/real dos fatos.
- 6) Assim sendo, a proibição ao reexame é medida desproporcional.

Novamente o resultado da aplicação do método coincidiu com a decisão do STF, que entendeu que a coisa julgada deve ser relativizada se determinada em ações de investigação de paternidade nas quais não foi possível determinar — em decorrência da impossibilidade de realização do exame de DNA — a efetiva existência de vínculo genético, visto que não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade.

A efetiva aplicação do método do sopesamento consistiu na análise das sub-regras da adequação e da necessidade, e a questão foi solucionada pela sub-regra da proporcionalidade, no sentido de que a segurança jurídica das decisões não justifica restrição aos direitos a dignidade da pessoa humana, filiação/paternidade responsável, acesso à justiça e busca da verdade material/real dos fatos.

Portanto, esse é mais um exemplo de aplicação do método, solucionado pela sub-regra da proporcionalidade, cujo resultado coincidiu com a conclusão do julgamento pelo STF.

6.6 Restrições à liberdade de imprensa

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130 (ADPF 130) discute liberdade de imprensa, proibição de censura, livre manifestação do pensamento, direito à informação (pensamento crítico, formação de opinião, alternativa à versão oficial dos fatos) e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional (previstos no Capítulo V, em especial artigo 220 da Constituição Federal, bem como no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV)⁹⁹ *versus* os direitos individuais (imagem, honra, intimidade e vida privada) que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de o segundo bloco estar relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o primeiro bloco prevaleceu, demonstrando que não há hierarquia entre os princípios. Em seguida, foi considerado o segundo bloco, que é expresso pelo direito de resposta e na responsabilização civil, administrativa e penal¹⁰⁰. Para o ministro Carlos Ayres Brito, se os princípios do primeiro bloco se sobrepõem sempre aos do segundo bloco, não há que se falar em “otimização” conforme a teoria de Robert Alexy, mas sim em uma precedência abstrata ou em uma hierarquia entre princípios¹⁰¹.

Em algumas situações é possível otimizar a aplicação dos princípios colidentes de forma que não sejam excludentes. Na situação sob análise, a maneira de fazer isso é assegurar

⁹⁹ Constituição Federal: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988). Referidos incisos versam sobre: vedação do anonimato, direito de resposta; direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; e direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional.

¹⁰⁰ No mesmo sentido foi a recente decisão no julgamento sobre as bibliografias não autorizadas, objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel), na qual Robert Alexy também foi citado, sem haver de fato a aplicação do sopesamento. Nesse julgamento prevaleceu a liberdade de expressão e pensamento e o direito à informação, em detrimento dos direitos de personalidade, mas foi assegurado ao ofendido direito de resposta, a indenização e até a responsabilização criminal do autor da ofensa.

¹⁰¹ Essa decisão reafirma que não há prevalência absoluta ou em abstrato entre princípios, já que os princípios atribuídos aos direitos individuais e relacionados à dignidade da pessoa humana não prevaleceram.

a expressão do segundo bloco, ou seja, o direito de resposta e a responsabilização civil, administrativa e penal.

Discutiu-se também a lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), Lei de Imprensa, e sua constitucionalidade ou sua recepção pela Constituição Federal. Por estar em conflito material com a norma posterior, decidiu-se por sua revogação tácita. Está presente a discussão sobre a possibilidade de se estabelecer *a priori* limitações aos direitos do primeiro bloco de forma a garantir os direitos do segundo bloco. No entanto, isso constituiria em uma censura prévia. Argumenta-se, ainda, que não existe liberdade ou censura parcial, mas apenas plena.

A discussão constante da ADPF 130 é mencionada na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.451 (ADI 4.451) ao tratar da constitucionalidade das restrições impostas às emissoras de rádio e televisão durante o período eleitoral (a partir de 1º de julho de referido ano), constantes do artigo 45¹⁰² da lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997c), dentre outras: veicular conteúdo degradante ou que ridicularize candidato, partido ou coligação e veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a qualquer candidato, partido, coligação, ou seus órgãos ou representantes. Nessa discussão estão em conflito o direito de liberdade de imprensa *versus* a imparcialidade em procedimentos eleitorais.

Na ADI 4.451, o ministro Dias Toffoli, em seu voto, trouxe Robert Alexy ao tratar da inexistência de princípios ou direitos fundamentais absolutos ou invalidação de um princípio por outro, abordando a lei de colisão, segundo a qual ocorre precedência ou prevalência conforme as circunstâncias do caso concreto.

Assim sendo, a liberdade, qualquer que seja ela, incluindo a de expressão, é ilimitada *prima facie*, mas limitada como direito definitivo e restrita ao que dispõe a legislação, não sendo razoável supor que haveria vedação ao legislador e ampla liberdade ao juiz para

¹⁰² Artigo 45: “A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; [...]§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”.

restringir direitos fundamentais apenas porque o juiz analisa o caso concreto e as circunstâncias de fato. Como adverte Alexy, toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, e, por isso, deve ser fundamentada. Isso está claro com a presença de reservas explícitas na legislação expressas por “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”. Existem também reservas implícitas, decorrentes de autorização tácita ou restrição que se confere ao legislador ordinário, pelo princípio da unidade da constituição.

Pelo exposto, existem restrições explícitas e implícitas aos direitos fundamentais, por meio da atuação *a priori* do legislador. Nesse sentido, a doutrina destaca que as restrições aos direitos fundamentais baseados nas liberdades comunicativas exercidas pelos meios de comunicação social concedidos são diferentes das restrições a que são submetidos os que são independentes do Estado. Assim, a restrição constante dos incisos II e III do artigo 45 em discussão seria direcionada aos primeiros (meios de comunicação social concedidos), e não aos últimos (meios de comunicação independentes do Estado), até por questões sociais/culturais/fáticas, como segue:

Nos Estados Unidos da América, os candidatos adquirem horários comerciais para sua publicidade. Dispõem do dinheiro e obtém caríssimos intervalos comerciais. É uma relação às claras. Eventuais ataques podem ser respondidos por meios idênticos, na programação da televisão aberta ou fechada. Nosso modelo é diferente. É eminentemente público, com propaganda eleitoral mantida pelo orçamento do Estado, embora com a produção a cargo das respectivas campanhas. Outro traço de forte diferença está em que é natural o conhecimento prévio e escancarado das opções políticas dos donos da mídia norte-americana. Quem assiste o canal FOX sabe que seus controladores apoiam o Partido Republicano, e a audiência da CNN identifica este canal com o Partido Democrata. Ataques de uma emissora a um candidato são atenuados por essa vinculação explícita, conhecida de todos e aceita como um dado sociológico da vida política estadunidense.¹⁰³

Nesse sentido, a finalidade desses dispositivos é assegurar uma eleição justa e imparcial, que pressupõe o impedimento de que o Estado, os candidatos, os partidos políticos, etc., utilizem os meios de comunicação para doutrinar a população.

Colocou-se em discussão a conveniência de realizar a análise *a posteriori*, sobre o caso concreto, ou seja, caso a caso pelo Poder Judiciário. Contra esse entendimento, argumentou-se que em determinadas situações a análise posterior perde o seu objeto, pois o descumprimento e os prejuízos já ocorreram.

¹⁰³ Página 31 do voto do ministro Dias Toffoli na ADI 4.451.

A decisão na ADI nº 4.451 foi no sentido de, por maioria, suspender as normas do inciso II — bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do mesmo artigo — e a segunda parte do inciso III, ambas do artigo em discussão (vide nota de rodapé 102). As justificativas são: (i) os dispositivos não se voltam para aquilo que o Tribunal Superior Eleitoral entende como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão, visam coibir um estilo peculiar de fazer imprensa, que é aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos; e (ii) apenas será considerada conduta vedada quando a crítica ou a matéria jornalísticas venham a descambar em propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Essa hipótese deverá ser avaliada em cada caso concreto.

Nos casos em discussão, podemos aplicar o método proposto por Robert Alexy sobre duas situações. Na primeira, objeto da ADPF 130, estão em conflito os direitos individuais de personalidade decorrentes da dignidade (item 3.1.3) e a liberdade de imprensa (3.2.2), como segue.

- 1) A finalidade da medida é assegurar os direitos de personalidade — tais como imagem, honra, intimidade e vida privada —, que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana.
- 2) **Adequação:** a limitação da liberdade de imprensa pelos direitos de personalidade de fato contribui para assegurar os direitos de personalidade, sendo a medida adequada.
- 3) **Necessidade:** seriam limitados a liberdade e os direitos de manifestação e à informação.
- 4) Uma alternativa seria conceder, ao ofendido, o direito de resposta e à indenização. No entanto, o dano à sua imagem e à sua honra não são quantificáveis e não podem ser revertidos, razão pela qual a restrição à liberdade é necessária.
- 5) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a satisfação dos direitos de imagem, honra, intimidade e vida privada não justificam a restrição aos direitos de liberdade, manifestação e à informação.
- 6) Assim sendo, a medida é desproporcional.

Nesse caso, a aplicação do método proposto por Alexy levou a resultado que coincidiu com o julgamento pelo STF, já que no STF prevaleceu o entendimento de que os direitos individuais não deveriam se sobrepor à liberdade de imprensa. Mais uma vez a questão passou pelas sub-regras da adequação e necessidade e foi solucionada pela sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito e coincidiu com o resultado do julgamento pelo STF.

A segunda situação sobre a qual o método será aplicado é objeto da ADI 4.451, ou seja, trata do conflito entre a liberdade dos meios de comunicação (item 3.2.2) e a imparcialidade das eleições, decorrente da igualdade e da legalidade (respectivamente, itens 3.2.3 e 3.1.5), como segue.

- 1) A finalidade da medida de restringir a liberdade dos meios de comunicação nos períodos eleitorais é assegurar a imparcialidade das eleições e a igualdade aos candidatos.
- 2) **Adequação:** a limitação da liberdade dos meios de comunicação contribui para assegurar a imparcialidade nas eleições e igualdade aos candidatos.
- 3) **Necessidade:** os direitos limitados são liberdade, informação e de manifestação.
- 4) Uma alternativa que prejudica menos a liberdade de imprensa seria permitir a paródia e o humor, desde que este não beneficie ou prejudique nenhum candidato ou partido, razão pela qual a medida não é necessária.

No caso em questão, a medida não passou no teste de necessidade, razão pela qual não foi necessária a análise da proporcionalidade.

A aplicação do método mostrou ser desnecessária a restrição total aos meios de comunicação, já que existem formas mais brandas — e que afetam menos a liberdade de imprensa — capazes de assegurar a imparcialidade das eleições com a mesma eficácia, como permitir o direito de paródia e humor, desde que não beneficie ou prejudique nenhum candidato ou partido. Essa conclusão é semelhante à do STF, mas por caminho diverso, já que não houve aplicação da sub-regra da necessidade pela Corte e que esta entendeu que a questão deve ser analisada caso a caso, e não pela liberação *a priori* do direito de paródia e humor desde que não beneficie ou prejudique candidatos ou partidos.

6.7 Porte ilegal de armas sem munição

No *habeas corpus* nº 104.410 (HC 104.410) há discussão sobre a constitucionalidade de tipificar como crime o porte ilegal de arma de fogo sem munição, por consistir em perigo abstrato. A lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (chamado Estatuto do Desarmamento), em seu artigo 6º, proíbe o porte de armas (BRASIL, 2003). Constituem crimes as condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, excetuadas algumas situações previstas em lei que não incluem expressamente a falta de munição. Alega-se que tal medida está em desacordo com o princípio consagrado da proporcionalidade.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, discute o intervencionismo do Estado. Trazendo Robert Alexy para a discussão e fazendo paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro e com os princípios consagrados, discorre sobre a otimização, a necessidade e a proporcionalidade, como pode ser observado nas transcrições a seguir.

O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.¹⁰⁴

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional.¹⁰⁵

Nesse sentido, segundo a máxima da necessidade, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas

¹⁰⁴ Página 11 do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 104.410.

¹⁰⁵ Páginas 13 e 14 do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 104.410, grifo nosso.

para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*.¹⁰⁶

O ministro acrescenta que, como decorrência da proporcionalidade — pela qual quanto maior for a intervenção em um dado direito fundamental, maiores devem ser os fundamentos justificadores dessa intervenção —, quanto mais intensa for a intervenção legislativa em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade. Esse controle é realizado em graus de intensidade: (i) controle de evidência; (ii) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; e (iii) controle material de intensidade.

O controle de evidência em matéria penal analisa se o legislador adotou as medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico. Para a declaração de inconstitucionalidade deve haver patente inidoneidade das medidas adotadas frente aos objetivos perseguidos pela política criminal.

Por sua vez, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade analisa se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento de promulgação da lei.

Nesses graus, o legislador possui mais margem de ação; já o controle material de intensidade é mais rígido e analisa se a intervenção no direito fundamental é justificada.

Nos crimes abstratos, não há necessidade de haver lesão ou perigo de lesão concreta. A tipificação de crime abstrato por si só não é inconstitucional; trata-se de direito preventivo e em muitas situações é a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos. Acrescenta-se que, nos termos da Constituição Federal, é função do Estado garantir a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio¹⁰⁷.

No caso concreto, Gilmar Mendes expõe que o legislador tem fundamento em diversos estudos e que altos índices de criminalidade superam os dois primeiros graus, restando apenas a análise quanto ao terceiro grau, o controle material de intensidade. Este está relacionado à

¹⁰⁶ Página 26 do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 104.410, grifo nosso.

¹⁰⁷ Artigos 6º e 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

subsidiariedade do direito penal, exposta anteriormente na análise de fundamentos do direito penal. Nesse grau de avaliação, é necessário verificar se o propósito realmente pode ser atingido com a medida e se o legislador não poderia selecionar outro meio, de igual ou superior eficácia, que restringiria menos o direito fundamental¹⁰⁸.

Como (i) a lesividade e a danosidade são inerentes às armas de fogo, (ii) diversas outras medidas foram insuficientes para a coação do porte de armas e (iii) as estatísticas mostram que a criminalização/tipificação é eficaz na redução da violência, a tipificação do porte ilegal de armas de fogo sem munição passou no controle de constitucionalidade proposto por Gilmar Mendes.

Pedimos licença para constatar que o ilustre ministro Gilmar Mendes, na tentativa de transportar os ensinamentos de Robert Alexy para o ordenamento jurídico, assumiu o risco de misturar conceitos, como ocorreu com a adequação. Conforme transcrito anteriormente, o ministro mencionou que “O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima”¹⁰⁹, no entanto a sub-regra da adequação, de acordo com Alexy, é o critério pelo qual se determina se o meio é apto a contribuir para o resultado pretendido, mesmo que este não seja plenamente atingido. Assim sendo, não é um critério de demarcação e não se trata de tudo ou nada, mas de contribuição para a finalidade. Por sua vez, as diretrizes de otimização não se confundem com a adequação e determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades existentes.

Gilmar Mendes, apesar de citar Robert Alexy, ao menos de forma explícita, não realizou a aplicação do método, o que faremos a seguir. No caso em questão, estão em conflito a segurança (item 3.2.4) e a proporcionalidade (item 3.1.8).

- 1) A finalidade da medida de tipificação do porte ilegal de armas de fogo sem munição é reduzir a criminalidade.
- 2) **Adequação:** a criminalização do porte ilegal de armas sem munição desincentiva o porte ilegal de armas e, portanto, a medida é adequada.

¹⁰⁸ Essa análise é semelhante à sub-regra da necessidade.

¹⁰⁹ Página 11 do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 104.410.

- 3) **Necessidade:** o direito restringido pela criminalização do porte ilegal de armas sem munição é a proporcionalidade¹¹⁰, já que a pena seria demasiada frente a falta de danosidade do crime em discussão.
- 4) Existem medidas alternativas que reduzem a criminalidade, sendo até mais eficientes, sem ferir o direito à proporcionalidade, tais como realização de investimentos em reforço do policiamento, então a medida é desnecessária¹¹¹.

Não foi necessário avaliar a proporcionalidade em sentido estrito, pois a medida não passou no teste da necessidade.

Esse é um exemplo no qual o exercício de aplicação do método proposto por Robert Alexy realizado nesta dissertação levou a resultado diverso da decisão do STF, que entendeu que, como a lesividade e a danosidade são inerentes às armas de fogo e diversas outras medidas são insuficientes para a coação do porte de armas, a medida é constitucional. No entanto, entendemos que a aplicação do método nos leva à conclusão de que a medida é adequada mas não necessária, visto que existem outras medidas, até mais eficientes, para redução da criminalidade do que a criminalização do porte ilegal de armas de fogo sem munição — a realização de investimentos em reforço do policiamento, por exemplo, que, reduzirá a incidência de inúmeros crimes.

Chama-nos atenção o fato de que o ministro Gilmar Mendes menciona o critério da necessidade proposto por Alexy, chegando a conclusão diversa, como segue.

Nesse sentido, segundo a máxima da necessidade, quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito

¹¹⁰ Note que aqui se discute o princípio da proporcionalidade, e não a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito proposta por Robert Alexy.

¹¹¹ Sobre esse ponto, é necessário esclarecer que não desprezamos a dificuldade e o tempo que seria necessário para realização de investimentos em segurança, com aumento dos recursos financeiros, pessoais e instrumentais, incluindo o aumento do número e a elevação da qualificação de pessoas, o aumento de remuneração, o treinamento, a aquisição de material e a tecnologia, entre outros. Sabemos que é um plano de difícil realização e de longo prazo; no entanto, a criminalização do porte ilegal de armas sem munição não se apresenta como alternativa eficiente para redução da criminalidade, nos parece ser uma medida apenas paliativa. Ainda, é necessário considerar a tripartição de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário e a possibilidade de o Judiciário estabelecer atribuições para os demais poderes. Assim sendo, a melhor alternativa seria encontrar formas criativas que não extrapolassem a competência do Poder Judiciário. Este caso difere dos casos analisados a seguir (execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e prescrição retroativa com base na pena) nos quais as alternativas estão no âmbito de influência do Poder Judiciário.

Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*.¹¹²

Assim sendo, concluímos que o ministro provavelmente entende que medidas alternativas, como realização de investimentos em policiamento e aparelhamento da polícia, não são medidas eficientes para redução da criminalidade e/ou que a impossibilidade de realização desses investimentos é justificativa razoável para intervir no princípio da proporcionalidade.

6.8 Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória

O *habeas corpus* nº 126.292 (HC 126.292) foi impetrado no STF por réu condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado pelo crime de roubo majorado (art. 157 do Código Penal)¹¹³, por ter, munido de arma, subtraído R\$ 2.600,00 da vítima. A defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido de liminar foi indeferido.

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória (quando não cabe mais nenhum tipo de recurso) era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF desde a promulgação da Constituição Federal até o ano de 2009, quando ocorreu o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG,

¹¹² Página 26 do voto do ministro Gilmar Mendes no HC 104.410.

¹¹³ Artigo 157 do Código Penal: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa” (BRASIL, 1940).

situação na qual, por sete votos a quatro, decidiu-se que a execução da sentença antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória é incompatível com o princípio da presunção de inocência, expresso no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Referido princípio cresceu em relevância com a adesão do Brasil ao DUDH, que estabelece, em seu artigo XI.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹¹⁴, em seu artigo 8, prevê: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

A discussão sobre a possibilidade de execução provisória de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado envolve reflexão sobre (a) os princípios da presunção da inocência ou da não culpabilidade (item 3.1.7) e da segurança jurídica (item 3.2.4) *versus* (b) duração razoável do processo (item 3.1.6). Estão em discussão também a credibilidade do Poder Judiciário, pela redução da sensação de impunidade, e a efetividade da função jurisdicional penal.

Aqueles a favor da mudança de entendimento alegam que a Constituição Federal não condiciona a prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já que menciona “ninguém será considerado culpado”.

O ministro Luís Roberto Barroso ressalta que essa mudança de paradigma diminuiria o grau de seletividade do sistema brasileiro, tornando-o mais igualitário, já que pessoas com poder aquisitivo contratam os melhores advogados, que impetram inúmeros recursos, criando a terceira e a quarta instâncias, com a finalidade de adiar a punição e na tentativa de levar à prescrição, que, se ocorrida, impede a execução da pena. Ainda, reduzir os obstáculos para execução de condenações seria eficaz na redução da criminalidade.

¹¹⁴ Discutida no item 3.1.5.

Essa mudança seria eficaz no combate aos chamados “crimes de colarinho-branco”, que, em geral, são os que causam lesão ao erário ou à administração pública (corrupção ou peculato, por exemplo) e os crimes de natureza econômica ou tributária (lavagem de dinheiro, evasão de divisas ou sonegação, como exemplos).

O mesmo ministro trouxe estatísticas da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período do início de 2009 até 19 de abril de 2016, que demonstram que o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Os casos de absolvição são mais raros ainda, menos de 0,1% das decisões.

Na mesma linha de raciocínio, o ministro relator Teori Zavascki citou o ministro Joaquim Barbosa no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, oportunidade na qual constatou que foi relator em 167 julgamentos de recursos extraordinários, dos quais 36 foram providos, sendo que 30 destes versavam sobre progressão do regime da pena em crimes hediondos¹¹⁵ e que, excluídos esses casos, apenas 4% dos casos foram providos.

O ministro relator também ressaltou que, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos. Os recursos cabíveis posteriormente para instâncias do STJ e do STF (recurso especial e extraordinário) têm âmbito restrito à matéria de direito. Portanto, se no segundo grau existem fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, seria justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência.

Para reforçar seu argumento com relação à eficácia da lei penal e credibilidade do Poder Judiciário, o ministro Luís Roberto Barroso citou Beccaria:

Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”.¹¹⁶

O ministro Luís Roberto Barroso, na primeira página de seu voto, sem mencionar expressamente Robert Alexy, mas seguindo sua linha de raciocínio, asseverou que:

¹¹⁵ Discussão apresentada no item 6.1 deste trabalho.

¹¹⁶ Página 17 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292.

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); ¹¹⁷

Após descrever as linhas gerais da teoria proposta por Robert Alexy, o ministro acrescentou:

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. ¹¹⁸

Chama-nos atenção a afirmação de que, no caso em tela, como houve apreciação dos fatos e das provas indicando a culpabilidade, o princípio da presunção de inocência possui menos peso ao ser ponderado com o interesse de efetividade da lei penal. Em verdade, o ministro acredita que, como os fatos já foram analisados, restando discussões sobre direito, executar sentença provisória não interfere no princípio da presunção de inocência, já que os fatos já provaram a culpabilidade, sendo pequena a possibilidade de absolvição em sede de recursos especial ou extraordinário. Não nos parece que, para aplicação da teoria do sopesamento proposta por Robert Alexy, o fato de as provas e os fatos já terem sido analisados seja determinante, já que os fatos jurídicos também são relevantes. O próprio ministro transcreve Alexy em trecho que contraria o que alega:

Robert Alexy, Teoria de Los Derechos Fundamentales, 1997, p. 86, tradução livre. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento

¹¹⁷ Página 1 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292.

¹¹⁸ Página 15 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292, grifo nosso.

não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.¹¹⁹

Ainda, em outro trecho, o ministro afirmou que os princípios são “mandados de otimização”, a serem realizados “na medida das possibilidades fáticas e jurídicas” (grifo nosso).

Ressalta-se que não é uma questão de probabilidade. O fato de a probabilidade de absolvição em sede recursal ser ínfima não justifica o afastamento da presunção de inocência em geral.

O ministro mencionou que direitos não são absolutos, são estados ideais, que não se aplicam na base do tudo ou nada; podem ser aplicados em maior ou menor intensidade, diferentemente das regras, que devem ser sempre objeto de subsunção. Na ocorrência de colisão entre princípios, será necessário utilizar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade. No entendimento do ministro, a aplicação do método consistiria em:

De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.¹²⁰

Após, o ministro menciona quais são os direitos que entende estar em conflito e afirma que, para a restrição de direitos, deve haver elementos que justifiquem a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, como segue.

De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados

¹¹⁹ Nota de rodapé 14 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292, grifo nosso.

¹²⁰ Nota de rodapé 15 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292.

pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).¹²¹

No entanto, ao menos de forma explícita, não realiza o exercício de aplicação do método, e sua conclusão não nos parece coadunar com o sopesamento proposto por Robert Alexy, já que está baseada na efetividade (visto que a probabilidade de reversão de condenação em fase recursal é pequena).

A ministra Rosa Weber ressaltou a importância da segurança jurídica, pela manutenção da jurisprudência do STF, não justificando alteração de posicionamento em decorrência da mudança de integrantes da Corte.

O ministro Celso de Mello¹²², em seu voto, asseverou de forma veemente seu inconformismo com a posição majoritária da Corte, contextualizando o surgimento da presunção de inocência e evidenciando sua importância frente ao Estado democrático e a dignidade da pessoa humana. Ainda, comparou o posicionamento contrário aos regimes totalitários, como se pode observar da leitura dos trechos transcritos a seguir.

Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). [...] A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.¹²³

a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso

¹²¹ Nota de rodapé 15 do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292, grifo nosso.

¹²² Após esse julgamento, o ministro Celso de Mello reafirmou seu entendimento sobre o assunto, contrário à maioria da Corte, ao conceder liminar para suspender a execução do mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) no âmbito do *habeas corpus* nº 135.100.

¹²³ Página 1 do voto do ministro Celso de Mello no HC 126.292.

itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.¹²⁴

A decisão final foi no sentido de que a execução de sentença provisória não fere a presunção de inocência, estando de acordo com os preceitos constitucionais. Além de Celso de Mello e Rosa Weber, mencionados, foram votos vencidos Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Faremos a seguir o exercício de aplicar, ao caso em questão, o que entendemos ser o método proposto por Alexy.

- 1) A finalidade da medida de possibilitar a execução da sentença provisória, antes do trânsito em julgado, é reduzir a impunidade e a criminalidade.
- 2) **Adequação:** essa medida é adequada, já que a aplicação ampla de punição teria efeito coercitivo, desencorajando os criminosos e, portanto, reduzindo a criminalidade.
- 3) **Necessidade:** a presunção de inocência seria fortemente afetada pela possibilidade de cumprimento da sentença provisória antes do trânsito final em julgado de sentença condenatória, assim como a segurança jurídica, já que o STF estaria alterando seu entendimento novamente sobre o tema.
- 4) No entanto, a medida não é necessária, já que seria possível atingir a redução da criminalidade com medidas que não relativizariam a presunção de inocência e a segurança jurídica, como investir no Poder Judiciário e instrumentalizá-lo de forma que ele seja capaz de dar vazão aos processos existentes, não os deixando incorrer em prescrição.

Não foi necessário avaliar a proporcionalidade em sentido estrito, pois a medida não passou no teste da necessidade.

Esse é mais um caso no qual a aplicação efetiva do método do sopesamento proposto por Alexy leva a resultado diverso, já que a medida, apesar de ser adequada, não passou no teste da necessidade, por existirem alternativas que reduziriam a impunidade e a criminalidade

¹²⁴ Página 2 do voto do ministro Celso de Mello no HC 126.292.

sem interferir nos princípios da presunção de inocência e da segurança jurídica. Assim sendo, não foi necessário recorrer à sub-regra da proporcionalidade.

A título informativo, em 5 de outubro de 2016, o STF analisou os pedidos liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44 — ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) —, solicitando a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos de segunda instância. Em suma, alegaram que o julgamento do HC 126.292, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, gerou controvérsia jurisprudencial e, mesmo sem força vinculante, foi aplicado por tribunais de todo o país. Ocorre que, mais uma vez, o STF entendeu pela constitucionalidade da execução de sentença provisória. Apenas o ministro Dias Toffoli alterou seu posicionamento no sentido de que só caberia o início do cumprimento da pena após análise pelo STJ e/ou pelo STF, conforme o caso. Nesse julgamento, apesar de versar sobre a mesma matéria, não houve menção a Robert Alexy, razão pela qual não será analisado neste trabalho.

6.9 Prescrição retroativa com base na pena

No âmbito do *habeas corpus* nº 122.694 (HC 122.694) discutiu-se a limitação à prescrição da pretensão punitiva retroativa com base na pena. O HC 122.694 foi impetrado por réu acusado de furto por subtrair motocicleta de companheiro de farda que estava estacionada em área sob administração militar e, posteriormente, colidi-la em via pública, somente sendo descoberto após a intervenção de terceiros.

Ocorre que a lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010 (lei 12.234/2010), ao alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 110 do Código Penal, incluiu a redação a seguir grifada:

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada,

não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A nova redação determina que não há prescrição do direito de punir do Estado pela inércia antes da apresentação de denúncia ou queixa, razão pela qual podem ser oferecidas a qualquer momento. Assim sendo, se um indivíduo praticou um crime, mesmo que passados 20 anos sem atuação do Estado, este pode, a qualquer momento, tornar réu o autor do crime.

Segundo a defesa, os princípios atingidos com tal medida são: dignidade da pessoa humana e humanidade da pena (item 3.1.2), culpabilidade (item 3.1.7), individualização da pena (item 3.1.4), isonomia (item 3.2.3), razoável duração do processo (item 3.1.6) e liberdade (3.2.2) versus efetividade da atuação penal/Estatal.

Ainda, alega que o princípio constitucional da proporcionalidade seria ferido, pela possibilidade de prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo vedada prescrição entre a data do fato e a do recebimento da acusação.

Como bem colocou a Defensoria Pública da União, a solução dos problemas de efetividade da lei penal envolveria investir em tecnologia, treinamento pessoal e aparelhamento policial.

O ministro Marco Aurélio possui posição divergente dos demais ministros sobre o tema em discussão. Ele ressalta a importância da segurança jurídica no ordenamento e para a sociedade. Para o ministro, praticado o crime, nasce a pretensão punitiva do Estado.

Com a impossibilidade de prescrição retroativa, o Ministério Público não teria prazo para atuar, ainda que houvesse indícios de autoria e materialidade suficientes para propor ação penal. Ainda, no caso de inércia do Estado acusador na ação penal pública incondicionada, é possível a ação privada substitutiva, que consiste na possibilidade de a vítima ajuizar ação penal quando o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia no prazo estabelecido em lei.

O ministro ressalta que atualmente o Ministério Público está mais bem estruturado que a magistratura:

que agora está em voga inverterem-se valores: em vez de os membros pretenderem equiparação aos integrantes da magistratura, os integrantes da magistratura é que estão correndo atrás dos direitos do Ministério Público, para se situarem no mesmo patamar. [...] Quem sabe, daqui a pouco, o

tenhamos – e sou egresso do Ministério Público, podendo falar tranquilamente – como um Poder da República.¹²⁵

Salienta que os crimes imprescritíveis estão definidos na Constituição Federal, razão pela qual transformar todos os crimes em imprescritíveis seria alterar a Constituição Federal e não estaria de acordo com seus preceitos, como segue.

É medula da Constituição Federal o tratamento igualitário. Por que agora, em relação ao todo-poderoso Estado, não haverá o curso da prescrição, presente um delito? Presente um delito em relação ao qual a sociedade tem interesse na apuração imediata, mas que não seja a ferro e fogo, observados os parâmetros próprios normativos. Caso se diga que não corre a prescrição, estar-se-á aditando a Carta da República, porque é exaustiva no que aponta os crimes imprescritíveis, muito embora se esteja aditando de forma mitigada, de forma balizada no tempo, ao proclamar que, cometido o crime, até que o Ministério Público se mova, quanto à persecução criminal, não há o curso do prazo prescricional. Nesse período, todo e qualquer crime, pouco importando a gravidade, fica imprescritível? Será que isso se coaduna com a Lei Fundamental? Com os princípios da segurança jurídica, da atuação, a modo e tempo, do Estado? Com a questão alusiva à substituição da ação penal pública incondicionada pela privada? Com a imprescritibilidade exaustiva prevista na própria Carta? A resposta é negativa. Haverá, caso contrário, um verdadeiro aditamento ao Diploma Maior.¹²⁶

O relator do caso foi o ministro Dias Toffoli, que apresentou o método proposto por Alexy de forma detalhada, em comparação com os demais casos analisados neste trabalho. Essa é uma das razões, senão a principal, pela qual foi elogiado pelos ministros que acompanharam seu voto — Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki (apenas Marco Aurélio teve posição divergente, como anteriormente exposto). No entanto, nos parece que, apesar de o ilustre ministro relator supostamente ter aplicado o método, já havia formado sua decisão antes de desenvolver a aplicação, sendo o método apenas utilizado para justificar sua decisão pessoal.

Já na ementa do HC 122.694 podemos observar menção à teoria proposta por Alexy: “Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”.

O ministro destacou que a proporcionalidade em sentido amplo se distingue da razoabilidade, por causa de sua origem e de sua estrutura de aplicação. Fez menção a Virgílio Afonso da Silva, ressaltando que, embora proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos

¹²⁵ Página 4 do voto do ministro Marco Aurélio no HC 122.694.

¹²⁶ Páginas 3 e 4 do voto do ministro Marco Aurélio no HC 122.694.

semelhantes, não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional sem ser irrazoável¹²⁷.

Para desenvolver a discussão sobre o *habeas corpus* em questão, convém relembrar as definições das sub-regras do método do sopesamento de Alexy, o que faremos a seguir.

O exame da proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, com sub-regras independentes, mas subsidiárias, que devem ser aplicadas de maneira sucessiva e ordenada: adequação, necessidade, proporcionalidade. A importância dessa ordem é evidente quando se considera que nem sempre as três sub-regras são aplicadas ao caso sob análise; se o resultado for conclusivo mediante aplicação da adequação, a necessidade e a proporcionalidade não serão analisadas.

De acordo com a sub-regra da adequação, a medida causadora de intervenção em um direito fundamental deve ser capaz de fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo, não sendo necessário que esse fim seja plenamente atingido.

A necessidade consiste num teste comparativo, ou seja, na verificação da existência de meios alternativos que possam promover igualmente o fim desejado com menor restrição aos direitos fundamentais atingidos. Nesses termos, uma medida não será necessária se sua finalidade também puder ser alcançada por outro meio que seja ao menos tão eficaz quanto e que não restrinja o direito fundamental afetado ou o restrinja com uma menor intensidade. No teste de necessidade deve-se avaliar: (i) eficiência das medidas alternativas na realização do objetivo proposto; e (ii) grau de restrição ao direito fundamental atingido.

Pela proporcionalidade em sentido estrito, a intervenção ou a restrição no direito fundamental deve ser justificada pela importância da finalidade legislativa.

A proporcionalidade em sentido estrito é descrita pelo ministro como sopesamento (método que compreende as três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), e não apenas como uma etapa do método. Nesse ponto, nos parece haver confusão da parte com o todo ou imprecisão na utilização dos termos, como segue:

Quando princípios colidem, estabelecendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido. Será mister a fixação de relações condicionadas de precedência, ou seja, a determinação das condições sob as

¹²⁷ Página 23 do voto do ministro Dias Toffoli no HC 122.694.

quais um princípio terá precedência em face do outro. Para se estabelecer a relação de precedência de um princípio sobre outro, aplica-se, de acordo com Robert Alexy, a denominada lei do sopesamento: quanto maior o grau de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. O sopesamento compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios; ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.¹²⁸

Mesmo sendo a proporcionalidade em sentido estrito essencial e fio condutor de aplicação do método, não consiste na integralidade dele.

O ministro citou Virgílio Afonso da Silva novamente ao mencionar que com o sopesamento não se pode atingir exatidão das exatas, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos ou geométricos. Referidos modelos servem de ilustração, considerando que a decisão jurídica não é operação matemática.

Segue aplicação do método pelo ministro relator.

A finalidade da lei nº 12.234/2010 é promover maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional penal, sendo constitucionalmente legítima, frente ao dever estatal de proteção a direitos fundamentais da sociedade.

Adequação: o meio escolhido é impedir aplicação da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa, é apto para promover a realização do fim exposto. Portanto, o meio é adequado.

Necessidade: como alternativa, o ministro apresenta que o legislador poderia: (i) criar novos marcos interruptivos do prazo prescricional (instauração do inquérito, notificação do investigado da instauração da investigação, inquirição do investigado, relatório conclusivo da autoridade policial, recebimento dos autos pelo Ministério Público, decretação de medida cautelar pessoal, entre outras); (ii) aumentar todas as penas constantes da legislação abstratamente cominadas aos crimes; (iii) manter as penas existentes, mas aumentar todos os prazos de prescrição pela pena em abstrato. Segundo o ministro, nenhuma dessas medidas seria tão eficiente quanto a vedação da prescrição retroativa com base na pena entre a data do fato e do recebimento de denúncia ou queixa, e a alternativa “ii” atingiria mais fortemente o direito de liberdade. Pelo exposto, na análise do ministro, o meio é necessário.

¹²⁸ Página 30 do voto do ministro Dias Toffoli no HC 122.694, grifos nossos.

Proporcionalidade: a conclusão do ministro é que a medida é proporcional em sentido estrito, pois existem fortes razões que a justificam, tais como: maximização do cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade e efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional.

O ministro acrescenta, a título de argumentação, que o forte o grau de afetação da liberdade de locomoção seria equivalente ao grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional.

Passaremos a seguir para o que entendemos pela aplicação do método do sopesamento proposto por Alexy ao caso em discussão.

- 1) A finalidade da medida de impossibilitar a prescrição retroativa antes da apresentação de denúncia ou queixa é reduzir a impunidade e a criminalidade.
- 2) **Adequação**: essa medida é adequada, já que a maior possibilidade de punição teria efeito coercitivo e desencorajaria os criminosos, reduzindo a criminalidade.
- 3) **Necessidade**: a impossibilidade de prescrição retroativa antes da apresentação de denúncia ou queixa atingiria os princípios da dignidade da pessoa humana e humanidade da pena; da culpabilidade; da individualização da pena; da isonomia, da razoável duração do processo; e da liberdade.
- 4) No entanto, a medida não é necessária, já que seria possível atingir a redução da criminalidade com medidas que não relativizariam os princípios mencionados no item anterior — investir em tecnologia, treinamento pessoal e aparelhamento policial e do Ministério Público, por exemplo.

Não foi necessário avaliar a proporcionalidade em sentido estrito, pois a medida não passou no teste da necessidade.

Pelo exposto, esse é mais um caso no qual a aplicação efetiva do método do sopesamento proposto por Alexy leva a resultado diverso, já que a medida não passou no teste da necessidade, por existirem alternativas que reduziriam a impunidade e a criminalidade sem interferir em direitos fundamentais.

O raciocínio no sentido de que a necessidade de realização de investimentos ou a ineficiência em realizar mudanças (quando essa possibilidade existe), por entidades privadas ou públicas, não pode ser justificativa para restrição de direitos fundamentais nos parece semelhante aos desenvolvidos: (i) por Virgílio Afonso da Silva no caso sobre a pesagem dos botijões de gás, no qual entendeu que a necessidade de as empresas responsáveis pelo fornecimento dos botijões investirem em tecnologia para desenvolver as balanças de pesagem não pode ser suficiente para restringir a proteção aos direitos dos consumidores; (ii) no caso sobre porte ilegal de armas sem munição, no qual a necessidade de investir em reforço do policiamento seria uma medida alternativa mais efetiva para redução da criminalidade do que a medida adotada (criminalização de porte ilegal de armas sem munição), que fere o princípio da proporcionalidade; (iii) no caso da execução provisória de sentença antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória, já que ineficiência do Estado em investir e instrumentalizar o Poder Judiciário de forma que ele seja capaz de dar vazão aos processos existentes, não os deixando incorrer em prescrição, não parece ser justificativa razoável para afastar ou relativizar a presunção de inocência e a segurança jurídica.

CAPÍTULO SÉTIMO - CONCLUSÕES

Com a finalidade de evitar o exercício jurisdicional discricionário, o Novo CPC aprofundou imposições essenciais e definiu um verdadeiro roteiro processual para se constatar se houve atendimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, em especial por meio do artigo 489.

O artigo 489, em seu parágrafo 2º, determinou que, havendo “colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Em caso de conflito entre normas, é preciso estabelecer regras claras e precisas para solução que possibilite a fundamentação das sentenças, das decisões ou dos acórdãos, inclusive como preceitua o Novo CPC.

Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007) é responsável por introduzir no mundo jurídico a problemática da textura aberta e da existência do conflito entre princípios. No entanto, referido autor não apresenta solução racional a essas situações, expõe apenas que o juiz possui discricionariedade para decidir.

Dworkin (2010), no âmbito da *commom law*, ou do denominado direito “consuetudinário”, foi o primeiro autor a questionar de forma sistemática o positivismo, sustentando que princípios são normas vinculantes e coercitivas e que devem ser aplicados, visto que possuem significado adicional no ordenamento jurídico. Posteriormente, Robert Alexy (2011, 2012), no âmbito do *statute law*, ou direito civil (cuja fonte principal do direito são as leis, em oposição ao *common law* ou direito “consuetudinário”), aprofundou a necessidade de solução aos casos nos quais há colisão entre princípios conforme apontado por Dworkin.

Hart (HART, 2012; MARCELLINO JUNIOR, 2007) defende que os casos difíceis devem ficar a cargo da discricionariedade dos juízes e, nesse sentido, podemos dizer que se alinha a Poincaré (1988, 1998), visto que admite a coexistência de teorias para explicar o mesmo fato. Ambos deixam espaço para a subjetividade do intérprete.

Por outro lado, Alexy (2011, 2012) e Dworkin (2010) seguem a mesma linha de raciocínio desenvolvida por Duhem (CHIAPPIN; LEISTER, 2009, 2015; CHIAPPIN, 2014) no tocante aos métodos de escolha racional entre teorias. Duhem, com seu princípio da unidade lógica, refuta a possibilidade de coexistência de teorias divergentes explicando o mesmo fenômeno.

No âmbito do direito, Dworkin propôs que os princípios não estabelecem inicialmente seus efeitos, representam apenas condições argumentativas para tanto. Em caso de conflito, o princípio que tiver maior peso ou importância em um determinado caso concreto será aplicado, devendo o de menor peso ser afastado.

Já Alexy propõe que o método de sopesamento em caso de conflito entre princípios consiste em escolha com racionalidade e, portanto, se aplicado de forma fidedigna, deve indicar o melhor resultado possível (resultado ótimo) para o problema em questão.

Pertinente à constatação de Duhem de que são os elementos extralógicos que determinam a escolha racional, referido método avança provendo critérios para organização desses elementos de forma a rejeitar as teorias que não poderiam ser utilizadas em cada caso específico. Tais elementos são extralógicos no sentido não de extrajurídicos, propriamente, mas no sentido de não serem relativos ao conteúdo de cada princípio, em reconhecimento da incapacidade de se acessar uma verdade imutável sobre a essência de cada princípio. Assim sendo, a escolha se dá pela eliminação de teorias que não sejam a mais adequada para solução do caso em questão, naquele dado momento e contexto histórico.

No tocante à coerência e à coesão do ordenamento jurídico, também podemos mencionar que Bobbio se alinha a Duhem, por sustentar que não podem coexistir duas normas antagônicas/contraditórias, considerando que está implícito no ordenamento jurídico um princípio pelo qual nessa situação uma delas deve ser considerada inválida — ou ambas.

Discute-se se o método de interpretação proposto por Alexy seria compatível com os princípios de interpretação constitucional como são classificados e definidos na doutrina brasileira, ou seja, se o método do sopesamento é passível de aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Essa discussão depende da diferenciação das normas entre regras e princípios. No Brasil, os juristas utilizam majoritariamente o critério da generalidade ou fundamentalidade. Nesse sentido, os princípios seriam normas nucleares, fundamentais, constitucionais, e as regras, instrumentos para concretização de tais princípios. No entanto,

para Alexy, a diferença não é apenas de gradação, mas também qualitativa. Os princípios são normas que devem ser realizadas na maior medida possível frente às possibilidades jurídicas e fáticas, são mandamentos de otimização que podem ser afastados para prevalência de outro princípio, em caso de colisão. Assim, os princípios são deveres *prima facie*.

As regras expressam mandamentos definitivos, então, se a regra é válida e aplicável ao caso, deve ser seguida. Nesse sentido, muitas vezes chamamos de “princípios” o que Alexy chama de “regra”, como no caso da legalidade ou da anterioridade. O maior exemplo seria a dignidade, que enseja discussões sobre sua superioridade com relação aos demais princípios consagrados na doutrina brasileira: se entendida como hierarquicamente superior, afastaria a colisão com demais princípios e, nesse caso, deveria ser entendida como regra de mandamento definitivo na classificação proposta por Alexy.

É comum que doutrinadores e até ministros do STF misturem métodos de interpretação com discussões sobre princípios sem se atentar para a coerência e a compatibilidade. Ainda, é comum que ministros do STF mencionem teorias tradicionais de classificação (apenas gradativa) e definição de princípios e a seguir tragam Alexy à discussão, sem se atentar à diferenciação exposta (cujo critério deve também ser qualitativo).

Todas as diferenciações podem ser válidas, só é preciso ter cuidado ao misturar os critérios de gradação e qualitativo — que podem ser complementares, mas também podem ser incompatíveis e levar a conclusões diversas. Segundo Virgílio Afonso da Silva, a adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem consiste em “sincretismo metodológico” (SILVA, 2003, p. 626 et seq.).

O sincretismo metodológico não contribui para as discussões, na medida em que não fomenta o debate nem orienta conclusões sobre os diferentes métodos, a aplicabilidade e a compatibilidade.

Ressalta-se que não é apenas o resultado das decisões que é relevante, pois o caminho percorrido, a reconstrução argumentativa — ou seja, os conceitos, os métodos aplicados e as consequências que fundamentam os argumentos — é tão importante quanto a decisão em si e pode influenciar outras decisões sobre assuntos diversos.

Virgílio Afonso da Silva fez análise sistemática do estágio atual das discussões sobre interpretação constitucional no Brasil e concluiu que a ânsia por negar os métodos arcaicos de

interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática, por exemplo, fez os operadores do direito aderirem às teorias estrangeiras denominadas “modernas” (termo utilizado como sinônimo de argumento de autoridade), em especial a doutrina alemã, como verdades indiscutíveis e sem se atentar para as diferenciações existentes entre os diversos autores/doutrinadores (SILVA, 2005, p. 116).

Ainda, o autor alega que, nos trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional em geral, os métodos são apresentados de forma concisa e teórica, mas sem a utilização de exemplos práticos de aplicação. Menciona também que exemplos de aplicação de métodos pelo STF ou por tribunais não são trazidos para ilustração, talvez porque não existam ou porque a aplicação seja impossível (SILVA, 2005).

Neste trabalho nos arriscamos a realizar tal exercício e incluir na análise de cada caso discutido pelo STF, como teria sido se o método de Alexy tivesse efetivamente sido aplicado aos casos concretos. Como já anteriormente mencionado, tal método não é conclusivo e sua aplicação pode apresentar variações. Esperamos apenas que o exercício aqui realizado contribua para as discussões.

Após a análise das decisões nos casos estudados nesta dissertação, concluímos que os ministros do STF recorrem à lógica jurídica, em especial a Robert Alexy, apenas como recurso à retórica, sem de fato aplicar o método racional proposto por esse autor ao caso concreto, ou seja, sem seguir as sub-regras ordenadas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Parece-nos que Alexy é utilizado apenas como argumento de autoridade e de forma a justificar qualquer posição, ou seja, sem rigor lógico.

Os raciocínios constantes das decisões analisadas nesta dissertação parecem-nos ser contrários ao proposto por Alexy, visto que são guiados pela subjetividade. Inicialmente há a formação de opinião do julgador, que posteriormente busca uma forma de justificá-la e, apenas nesse momento, Alexy é utilizado como recurso. Existem inúmeros votos no mesmo sentido com justificações completamente diferentes, ocasionando menção a diversos doutrinadores, leis e precedentes, o que dificulta a reconstrução argumentativa dos casos. Dessa forma, não há a racionalidade e a objetividade propostas por Alexy. As decisões são tomadas com base na subjetividade e justificadas posteriormente de forma intitulada “racional”.

Verificamos ainda a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos (diferenciação feita na análise conduzida anteriormente sobre o princípio da proporcionalidade) e a confusão entre a proporcionalidade como princípio e como a regra proposta por Alexy. Conforme explorado nesta dissertação, a razoabilidade, o princípio da proporcionalidade e a regra da proporcionalidade em sentido estrito possuem estruturas e significados diferentes, devendo ser aplicados de forma diversa.

As regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade também são confundidas, supostamente aplicadas em conjunto, o que fica claro pela análise dos votos dos ministros.

Apesar de o conceito de proporcionalidade ser basilar para o método do sopesamento proposto por Robert Alexy, em todos os casos aqui analisados nos quais os critérios da adequação e da necessidade foram superados — ou seja, nos quais foi necessário chegar à análise da proporcionalidade em sentido estrito —, os resultados da aplicação do método coincidiram com os resultados dos julgamentos realizados pelos ministros do STF, quais sejam: (i) uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos; (ii) prisão civil de depositários infieis; (iii) aborto de fetos anencéfalos; (iv) possibilidade de repropositura de ação de paternidade na ausência de exame de DNA no âmbito da ação original; e (v) restrições à liberdade de imprensa em decorrência de direitos individuais.

Os casos nos quais os resultados da aplicação do método divergiram dos resultados dos julgamentos realizados pelos ministros do STF têm em comum a aplicação da sub-regra da necessidade. Portanto, mesmo sendo o critério da proporcionalidade o fio condutor, o critério da necessidade assume importância, já que é onde reside a incoerência.

Indo além do explorado por Robert Alexy, entendemos que a sub-regra da necessidade tem relação com o princípio da mínima intervenção — apesar de serem conceitualmente diferentes —, na medida em que tal princípio determina que a intervenção estatal deve ser a última medida e a privação de direitos fundamentais ou a restrição a eles só se justifica se for a única alternativa. Na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), que é referência para o princípio da mínima intervenção, há expressa menção à necessidade, como segue: “Art. 8º - A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do

delito e legalmente aplicada” (FRANÇA, 1789). Nesse sentido, atualmente o ponto central das discussões deve ser a necessidade.

Culminaram em supressão de direitos individuais as discussões sobre: (i) porte ilegal de armas sem munição; (ii) possibilidade de execução provisória de sentença antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória; e (iii) possibilidade de prescrição retroativa com base na pena. No entanto, existindo alternativas para redução da criminalidade — realização de investimentos, pelo Estado, na polícia, no Poder Judiciário ou no Ministério Público, de forma a torná-los mais eficientes e céleres, por exemplo —, as medidas devem ser consideradas desnecessárias.

Não nos parece que a ineficiência do Estado em realizar tais investimentos e implementar medidas alternativas seja justificativa razoável para suprimir ou reduzir a aplicação de direitos fundamentais tais como ocorrido nos últimos três casos analisados (itens 6.7, 6.8 e 6.9), quais sejam: presunção de inocência, liberdade, proporcionalidade, segurança jurídica, dignidade, isonomia, legalidade e razoável duração do processo.

Na maioria dos casos analisados (cerca de 70%) o resultado da aplicação do método coincide com a decisão do STF, mas em alguns os resultados foram opostos. Portanto, a variação nas decisões mediante aplicação do método é importante; ocorreria em cerca de 30% dos casos.

Cabe salientar que o método, mesmo que aplicado de forma correta por julgadores diferentes, pode eventualmente levar a conclusões ou resultados distintos, e isso não significa ineficiência do método.

Pode haver diferenças se o entendimento sobre a finalidade da medida for diverso, como ocorreu nas discussões sobre: (i) restrições à liberdade de imprensa (para proteção dos direitos individuais ou para assegurar a imparcialidade nas eleições); (ii) vedação ao aborto de feto anencéfalo (para assegurar o direito à vida do feto ou à vida em geral, incluindo a vida da gestante); (iii) vedação ao uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos (para assegurar o direito à vida do embrião ou à saúde e à vida dos indivíduos beneficiados com o resultado dessas pesquisas); ou (iv) prescrição da pretensão punitiva retroativa com base na pena.

Ainda, pode haver variação no entendimento sobre a eficiência de medidas alternativas, o que causaria distorções na análise da necessidade da medida.

O método do Alexy não elimina completamente a discricionariedade, apenas a delimita — e nesse ponto não é totalmente aderente a Duhem, visto que, se houver, em algumas das três etapas (adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito), diferentes visões sobre a relação das coisas, poderá haver decisão por priorizar diferentes princípios.

O que está por trás disso é que, diferentemente da física e das ciências exatas, a essência das relações sociais nem sempre pode ser acessada, pois é possível selecionar as partes da realidade que justificam uma crença para preencher os requisitos do método de sopesamento. A realidade é aquela que cada um vê, de acordo com seus valores, e não há experimentos que possam definir qual é o objetivo. Como exemplo, as estatísticas da criminalidade, inclusive de crimes por impulso, podem ser usadas para apoiar a restrição ao porte de armas ou não, dependendo de como serão usadas e combinadas.

Pelo exposto, o método do sopesamento é útil para: (i) organizar as discussões e as informações para as justificativas, apontando o que é relevante e não deve ser esquecido, bem como assegurando que estão sendo comparados itens passíveis de comparação (argumentos extralógicos); e (ii) delimitar o âmbito de atuação da discricionariedade.

Por fim, é necessário fazer um contraponto quando discutimos questões relevantes como as analisadas pelo STF nos casos aqui apresentados. O fato de haver diversos interesses em jogo dificulta a clara separação entre o que é uma questão política e o que é um argumento jurídico e, conseqüentemente, a identificação da real motivação do uso dos argumentos jurídicos — que podem servir como mera justificativa a favor ou contra decisões políticas.

Acrescenta-se que, no atual momento, estão em destaque discussões sobre esquemas de corrupção que influenciam a política nacional e possuem grande apelo social, afetando o direito de várias formas e representando, em especial, o retrocesso no âmbito dos direitos individuais. Sob a justificativa de combater a corrupção, estão sendo afastados direitos constitucionais, fundamentais e individuais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Não nos parece que os fins justifiquem os meios nem que, em longo prazo, o afastamento de critérios jurídicos, dando espaço aos políticos, seja benéfico para a sociedade.

AVISOS LEGAIS

Esta dissertação não tem intenção de criticar o STF, seus ministros ou outras instituições brasileiras, buscando se distanciar dos aspectos políticos, morais ou valorativos e atendo-se às questões jurídico-filosóficas. Falamos em possibilidade atribuindo o caráter relativo (em oposição ao absoluto), pois sabemos que é muito difícil segregar aspectos históricos, filosóficos, jurídicos, econômicos e políticos. Ainda, os problemas jurídicos não são apenas e estritamente jurídicos, envolvem questões interdisciplinares.

Por fim, os resultados das aplicações do método proposto por Robert Alexy não necessariamente expressam as opiniões da autora desta dissertação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e tradução de Luiz Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BECCARIA, Cesare (Marquês). **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, parte geral.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 4 fev, 1997a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro, 10 abr. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, 9 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 12 jun, 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 6 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasil, 7 abr. 1997b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, 30 set. 1997c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 3 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 22 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 24 mar. 2005a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, 28 mar. 2005b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010**. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, 5 maio 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12234.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. A teoria dinâmica do conhecimento de Duhem: um termo médio entre a concepção metafísica clássica da ciência e a concepção do convencionalismo / pragmatismo (Poincaré). **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 37, n. 2, p. 57-90, maio/ago. 2014.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. **Duhem's Theory of Science: an Interplay Between Philosophy and History of Science**. 1989. Thesis (Ph.D) – University of Pittsburgh, Pittsburgh, 1989.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes; LEISTER, Carolina. A filosofia da história de Duhem: natureza e função. **Revista de História**, São Paulo, n. 161, p. 245-273, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19125/21188>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes; LEISTER, Carolina. Duhem como precursor de Popper, Kuhn e Lakatos sobre metodologia da escolha racional de teorias: da dualidade a triabilidade metodológica. **Revista de Filosofia da PUCRS**, Porto Alegre, v. 60, n. 2, p. 313-343, maio/ago. 2015.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes; LEISTER, Carolina. O programa de pesquisa contratualista da Teoria Geral do Estado: o sistema teórico de Rousseau e a noção de vontade geral. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 259-307, jul./dez. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48 n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Observações sobre o princípio da reserva legal**. 1971. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo11.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 26 ago 1789. Disponível em : <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal parte geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Nestor Castilho et al. Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós-positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10, 2012, Curitiba, **Anais eletrônicos...** Curitiba: ABDConst., 2013. p. 111-131. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1989.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <<http://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. Direito como ciência e a teoria da interpretação em Hans Kelsen. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 12, n. 24, p. 95-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/4c48a35bc570b.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 169-174, maio 2015.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A hermenêutica dos direitos fundamentais na pós-modernidade: do positivismo ao paradigma pós-positivista e neoconstitucionalista **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 6, n. 20, p. 173-207, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/15739429-A-hermeneutica-dos-direitos-fundamentais-na-pos-modernidade-do-positivismo-ao-paradigma-pos-positivista-e-neoconstitucionalista.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. (Filosofia e Direito). Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/02/L-01_tira-gosto_Positivismo-juridico-logico-inclusivo-Juliano-Maranhao2.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 1, p. 102-123,

jan./abr. 2007. Disponível em:

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7519/4303>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**: Tributária, Constitucional, Administrativa, v. 4, p. 23-44, 2001. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Arte e natureza no *Contrato social*. **Argumentos** – Revista de Filosofia, v. 4, n. 8, p. 7-19, 2012. Parte I: Dossiê Rousseau. Disponível em: <<http://www.dvprppg.ufc.br/argumentos/index.php/argumentos/article/view/140/137>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Franciso (Org). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. Disponível em: <<http://www.ceap.br/artigos/ART13102011195058.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal, parte geral**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

PINTO, Marcio Morena. A noção de vontade geral e o seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, v. 7, p. 83-97, fev. 2005.

Disponível em:

<<http://bib.praxis.ufsc.br:8080/xmlui/bitstream/handle/praxis/364/Vontade%20geral%20Rousseau.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

POINCARÉ, H. **A ciência e a hipótese**. Brasília: Editora da UnB, 1988.

POINCARÉ, H. **O valor da ciência**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013. Disponível em:

<<https://www.uniceub.br/media/364804/comodecidemascortes.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000a. (Os Pensadores, v. 2).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introdução e Notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978a. (Os Pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000b. (Os Pensadores, v. 1).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introdução e Notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978b. (Os Pensadores).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio; ou, Da educação**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed, 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/019-interpretacao-constitucional-virgilio-afonso-da-silva.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n° 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n° 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

STEINLE, W. **Estudos sobre o realismo estrutural**. 2006. 150 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

TRINDADE, André Karam. Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo. **Portal Consultor Jurídico**. 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10^a ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013. v. 1.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel Correia de. **As raízes do separatismo no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 1998.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2003.

NASCIMENTO, Milton Meira do. A aporia da quadratura do círculo: polos de oscilação no pensamento político de Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 16, p. 170-187, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/82599>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Jean-Jacques Rousseau: os princípios do direito político e a História”. **Discurso**, São Paulo, n. 41, p. 47-75, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/68365>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Reivindicar direitos segundo Rousseau. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/nascimentorousseau.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

ANEXO A - Declaração Universal dos Direitos Humanos^{129,130}

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

¹²⁹ Embora os princípios oriundos do Iluminismo estejam interligados e muitas vezes sejam indissociáveis, entre colchetes incluímos informações dos princípios que estão flagrantemente sendo tratados em cada dispositivo.

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembleia Geral proclama:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. [igualdade] [liberdade]

Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [igualdade] [liberdade]

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [humanidade] [liberdade]

Artigo IV - Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. [humanidade] [liberdade]

Artigo V - Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. [humanidade]

Artigo VI - Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei. [humanidade]

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. [igualdade]

Artigo VIII - Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. [legalidade]

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. [igualdade] [legalidade] [individualidade] [culpabilidade]

Artigo XI - 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. [presunção de inocência] [legalidade] [culpabilidade]

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. [liberdade]

Artigo XIV - 1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV - 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI - 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII - 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. [propriedade]

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI - 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII - Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. [humanidade]

Artigo XXIII - 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa,

sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV - Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI - 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII - 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 3. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX - 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e

liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

ANEXO B - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão^{131,132}

França, 26 de agosto de 1789.

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. [igualdade] [liberdade]

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.[humanidade] [propriedade] [liberdade]

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que

¹³¹ Embora os princípios oriundos do Iluminismo estejam interligados e muitas vezes sejam indissociáveis, em colchetes incluímos informações dos princípios que estão flagrantemente sendo tratados em cada dispositivo.

¹³² FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 26 ago 1789. Disponível em : <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 11 jun. 2017.

asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. [legalidade]

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. [legalidade] [mínima intervenção]

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. [igualdade]

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. [legalidade]

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. [legalidade] [mínima intervenção]

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. [presunção de inocência] [legalidade] [culpabilidade]

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.