

ESCOLHAS TRÁGICAS: SEGURANÇA JURÍDICA OU PREVALÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS?

TRAGIC CHOICES: LEGAL SECURITY OR PREVALENCE OF CIRCUMSTANCES

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

Jaime Meira do Nascimento Júnior

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

Mestre em História do Direito pela Université Paris II.

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena.

Leandro da Silva Carneiro

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena. Advogado e professor universitário.

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

RESUMO: No modelo de regras e princípios - espécies normativas - muitas vezes ocorrem os chamados casos difíceis, quando se apresentam situações envolvendo princípios válidos e da mesma hierarquia, mas conflitantes, que exigem escolhas trágicas. A proposta do presente artigo é analisar a mudança de paradigma: o que antes se assentava no império da lei, passa a ser norteado pela normatividade da Constituição e pelo *status* normativo dos princípios, ensejando-se suas colisões e os mecanismos a serem adotados para resolução do embate entre princípios; entre regras; e entre princípios e regras. Para se chegar à melhor escolha, dentre as possíveis, a teoria adotada no Supremo Tribunal Federal não é a da preponderância apriorística, mas a da prevalência não excludente ante as circunstâncias do caso concreto, proporcionando certa discricionariedade e expressiva subjetividade do juiz, o que é objeto de crítica por não preponderar, nesse cenário, a segurança jurídica. Após analisar os elementos marcantes da técnica da ponderação de interesses, serão apresentados os principais argumentos de ambos os polos em alguns casos emblemáticos de colisão de princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Escolhas trágicas, *hard cases*, ponderação de interesses, proporcionalidade.

ABSTRACT: In a model of rules and principles – normative standards – we are often faced with the so-called hard cases, when situations arise involving principles that are both valid and of the same hierarchy, but conflicting, and which require tragic choices. The purpose of this article is to analyze a paradigm shift: what used to be rooted on the law’s empire, now is guided by the Constitution’s normativity and by the normative status of principles, giving rise

to collisions and the need to adopt mechanisms for the resolution of the clash among principles, among rules, and between principles and rules. In order to arrive at the best choice among the possible alternatives, the theory adopted by the Brazilian Federal Supreme Court is not *a priori* preponderance theory, but the theory of the non-excluding prevalence before the circumstances of the concrete case. This allows a substantial degree of discretion and subjectivity on the judge's part and is thus an object of criticism since, in such a scenario, legal certainty does not prevail. After analyzing the distinctive elements of the interest balancing technique, I will present the main arguments of both sides of the debate in some emblematic cases of collision of principles.

KEY WORDS: Tragic Choices, hard cases, interest balancing, proportionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O ordenamento jurídico e a natureza das normas. 2 A insuficiência dos meios clássicos de solução de conflito entre normas no novo paradigma principiológico do Direito. 3 Novos métodos e técnicas para a resolução da colisão de direitos ou de princípios fundamentais. 4 A técnica da ponderação de interesses *versus* segurança jurídica e a ascensão do pragmatismo jurídico. 5 Análise de alguns casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico, cada vez mais, compõe-se de normas de natureza principiológica. Os princípios, mais que comandos de dever-ser, consistem em mandamentos de otimização, mandamentos nucleares do sistema, disposições que transcendem a todos os ramos do Direito, servindo de verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico, superando em termos de valor e hierarquia as regras.

Os direitos humanos, no processo crescente de positivação, apresentam-se como normas de caráter principiológico, podendo, inclusive, colidir com outros da mesma natureza e hierarquia. Quando tal conflito acontece, a técnica do tudo ou nada, validade ou invalidade, não se aplica, momento em que são utilizadas as técnicas modernas da ponderação de valores ou interesses.

Como a recente técnica pressupõe, para a realização do juízo de sopesamento dos valores em jogo, a análise efetiva do caso concreto e suas peculiares circunstâncias, poderá ocorrer de ora prevalecer um princípio e, em outro momento, haver a preponderância do

outro, sem a consequente exclusão daquele preterido. Disso decorre a crítica a tal tese, pois, sendo assim, não se privilegia a segurança jurídica.

Com base nas transformações do direito constitucional contemporâneo, a proposta do presente trabalho é analisar uma das consequências da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos, os quais demandam uma nova hermenêutica, a constitucional, que se acrescenta àquela oriunda da Escola da Exegese. Nesse novo paradigma, vem consolidando-se uma das técnicas de interpretação já bastante utilizada para solução de conflitos que se fundamentam em premissas verdadeiras em ambos os polos da argumentação. Trata-se da chamada técnica da ponderação de valores ou interesses, eleita, atualmente, como o mecanismo mais apropriado para solução dessas demandas.

O estudo das formas de solução dos *hard cases*, os quais demandam as escolhas trágicas, entendidas aqui como a necessidade de se optar por um ou por outro princípio fundamental, quando válidos, na mesma hierarquia e, mesmo assim, conflitantes, pressupõe a análise da natureza das normas (princípios ou regras), a colisão de princípios, a contemporânea hermenêutica constitucional, as questões relativas à técnica da ponderação de valores ou interesses, inclusive as críticas que persistem sobre a adoção de tal técnica.

Após as discussões teóricas sobre as escolhas trágicas, o trabalho apresentará análise de alguns casos emblemáticos já resolvidos pela Justiça brasileira, além de propor outras discussões para instigar maiores aprofundamentos.

1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A NATUREZA DAS NORMAS

Sistemas de direito, ordenamento e sistema jurídicos são expressões que invariavelmente são empregadas como sinônimas. Este trabalho utilizará conceitos distintos entre sistema de direito, ordenamento jurídico, sistema jurídico e norma. O primeiro refere-se à escola ideológica a que determinada soberania está vinculada. Assim, por exemplo, falar-se em direito anglo-saxão, direito franco-germânico, direito romano, etc. Ordenamento jurídico é o resultado da soma das proposições normativas e enunciados prescritivos de determinado país. O sistema jurídico corresponde, na ordem interna, ao ramo do direito, a exemplo do sistema jurídico penal, civil, etc. A norma, enfim, é o enunciado prescritivo pertencente ao sistema jurídico, que, por sua vez, faz parte do ordenamento jurídico e, este, pertencente ao sistema de direito adotado.

A norma é, pois, um enunciado inserido em todo um contexto e, por isso, não pode resumir-se à simples literalidade. Essa discussão já está assentada na práxis forense pela

chamada interpretação sistemática. Os recentes embates envolvem a natureza da norma, principalmente quando versar sobre direito humano fundamental.

Apesar de a Teoria Geral do Direito apresentar conceitos individualizados de norma e enunciado normativo, tal diferenciação não será considerada neste trabalho, utilizando o conceito de norma como sinônimo de enunciado normativo¹.

Vista atualmente como gênero, a norma pode ser uma regra ou um princípio, cujos valores não se igualam. Regras e princípios se reúnem sob o conceito de norma, pois são dotados de dever-ser. Robert Alexy, após apresentar os principais traços de distinção entre regras e princípios (espécies normativas), como o critério da generalidade, o fato de serem razões para regras ou serem eles mesmas regras, ou, ainda, de serem normas de argumentação ou normas de comportamento, esclarece que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p. 90/91).

Enquanto as regras se resumem a comandos de dever ser, os princípios vão além, são compreendidos como mandamentos de otimização, mandamentos nucleares do sistema, alicerces do ordenamento, disposições que transcendem a todos os ramos do direito. Os princípios refletem os valores do Estado e da sociedade e, por isso, determinam que as regras estejam em consonância ao seu axioma.

O Estado brasileiro estabelece logo no primeiro título da Constituição Federal, norma maior do ordenamento jurídico nacional, os chamados princípios fundamentais. “Princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade” (BULOS, 2009, p. 409).

¹ Nas lições de Eros Grau, “o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas” (GRAU apud BARROSO, 2010, p. 196).

Dentre os princípios fundamentais eleitos pelo Estado brasileiro está a dignidade da pessoa humana, que norteia toda relação existente entre Poder Público e sociedade e entre os membros da sociedade. Tanto em sua dimensão subjetiva (a pessoa em si mesma; relação da pessoa consigo mesma), como na dimensão objetiva, que considera a pessoa enquanto membro da sociedade e a relação da pessoa com o seu meio, a dignidade da pessoa humana “*tornou-se valor absoluto da sociedade, seu elemento axiológico essencial sem o qual o Estado perde sua própria razão de existir*” (DI LORENZO, 2010, p. 53).

Com a adoção do ordenamento do modelo de princípios e regras equivale dizer que todo o ordenamento jurídico nacional precisa ser construído sobre os princípios fundamentais, o da dignidade humana, e as normas pré-existentes à Constituição de 1988 devem ser compatíveis com esses valores para serem recepcionadas e, por consequência, mantida sua validade.

2 A INSUFICIÊNCIA DOS MEIOS CLÁSSICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE NORMAS NO NOVO PARADIGMA PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO

Antinomia jurídica é a terminologia utilizada para se referir ao conflito entre normas válidas, seja entre princípios, entre regras ou entre princípios e regras.

Diante de um caso concreto, não poderá o juiz deixar de resolvê-lo alegando a inexistência de regulamentação ou conflito normativo. Deverá, sim, dar solução às aparentes aporias.

[...] para que se tenha presente uma real antinomia são imprescindíveis três elementos: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão. Só haverá antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Para que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis (DINIZ, 2012, p. 503).

Constatado o conflito de normas, a ordem jurídica estabelece alguns critérios para sua solução, como o hierárquico (*Lex superior derogat legi inferiori*), o cronológico (*Lex posterior derogat legi priori*) e o da especialidade (*Lex specialis derogat legi generali*). Mesmo com a existência desses critérios, em alguns casos, é possível constatar que tais regras de solução não podem ser aplicadas, instaurando-se uma incompletude inclusive nos meios de solução e uma antinomia real. Para esses casos, Maria Helena Diniz propõe duas formas de solução. Na esfera abstrata, no âmbito das normas gerais, a antinomia só deixaria de existir com a edição de uma terceira norma revogando uma das duas ou ambas, colocando, assim,

fim ao conflito. A segunda medida seria pragmática e casual, mediante interpretação equitativa.

Nenhuma antinomia jurídica poderá ser definitivamente resolvida pela interpretação científica ou pela decisão judicial, o que a solucionaria apenas naquele caso *sub judice*, persistindo então o conflito normativo no âmbito das normas gerais. O juiz resolve não o conflito entre as normas, mas o caso concreto submetido à sua apreciação, mediante um ato de vontade que o faz optar pela aplicação de uma das disposições normativas. Só o legislador é que pode eliminá-lo (DINIZ, 2012, p. 511).

Todavia, quando o conflito ocorre entre direitos humanos fundamentais, de hierarquia constitucional, muitas vezes nem mesmo o legislador é capaz de resolvê-lo. Nestes casos, “*O juiz deverá, portanto, optar pela norma mais justa ao solucionar os conflitos normativos, servindo-se de critério metanormativo, superior à norma, mas contido no ordenamento jurídico, afastando a aplicação de uma das normas em benefício do fim social e do bem comum*” (DINIZ, 2012, p. 512).

Ronald Dworkin, ao invocar a noção de direitos concorrentes, pontua a necessidade de o Poder Público escolher e proteger o direito mais importante, em conflito.

Os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha de escolher entre esses dois tipos de direitos. A lei sobre a difamação, por exemplo, restringe o direito pessoal de dizer o que pensa, pois exige que as informações de um homem sejam bem fundamentadas. Mas esta lei justifica-se, mesmo para aqueles que consideram que ela viola um direito pessoal, pelo fato de proteger o direito de outros a não terem a reputação arruinada por uma afirmação descuidada. É dessa maneira que os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram freqüentemente em conflito, e, quando isso acontece, compete ao governo distingui-los. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito; isso aconteceria caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é o mais importante (DWORKIN, 2011, p. 297).

Se dois princípios colidem, esclarece Alexy, “- o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2008, p. 93), como acontece com as regras. Dessa maneira, numa determinada condição, um princípio prevalecerá sobre outro, o que poderá ser invertido, caso se apresentem outras condições.

Esse novo paradigma surge com a força normativa dos princípios, decorrente da normatividade da Constituição.

Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Vigoravam a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle (BARROSO, 2010, p. 197-198).

Com a força normativa da Constituição e com a enumeração de princípios fundamentais em seu texto, o sistema de referência na aplicação do direito sofreu mudança significativa, saindo do império da lei à supremacia da Constituição.

Após a Revolução Francesa, o império da lei foi o baluarte do direito. Àquela época, “todos os direitos” passaram a ser fixados pela lei. Nas lições de Miguel Reale,

A lei exsurgiu a plano tão alto que passou a ser como que a única fonte do direito. [...] Havia duas verdades paralelas: o Direito positivo é a lei; e, uma outra: a Ciência do Direito depende da interpretação da lei segundo processos lógicos adequados. Foi por esse motivo que a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes que, durante várias décadas, constituíram o embasamento da *Escola da Exegese*. Sob o nome de “Escola da Exegese” entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito (REALE, 2002, p. 278).

A existência de princípios gerais no Direito não é causa moderna, tampouco contemporânea. Apesar de já existirem, raras vezes estavam positivados. “*Os princípios gerais são regras de direito objetivo, não de direito natural ou ideal, expressas ou não nos textos, mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade. Não sendo necessariamente enunciados por regras de direito positivo, são menos rígidos e menos precisos do que as prescrições de textos formais*” (BERGEL, 2006, p. 109). Com o constitucionalismo, alguns princípios gerais do direito foram positivados, os quais tomaram novo significado e transpuseram-se de princípios gerais a princípios fundamentais, com força normativa e hierarquia superior.

Como consequências da mudança de paradigma, os valores e fins previstos no texto constitucional deixaram de ser meras diretrizes e passam a determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais. Além disso, os princípios, sobretudo os

constitucionais, deixam de ser fonte secundária e subsidiária do direito e passam ao centro do sistema jurídico (BARROSO, 2010).

Os princípios fundamentais, nesse novo paradigma, passam a nortear as decisões políticas e judiciais, como se observa:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (STF. RE 579951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, D. J. 20/08/2008, D. P. 24/10/2008).

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR - ATUALIZAÇÃO - NORMATIVIDADE. A atualização do crédito de natureza alimentar a que o Estado esteja obrigado a satisfazer prescinde de norma local. Decorre do regime e dos princípios constantes da Carta Política da República (STF. AI 163047 AgR-ED / PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, D. J. 18/12/1995, D. P. 08/03/1996).

A análise da validade das normas, nesse novo contexto, deixa de ser vista sob um parâmetro reduzido (enunciado normativo de parte da Constituição). O parâmetro amplia-se ao chamado “Bloco de Constitucionalidade”, “[...] *princípios e regras com valor constitucional*’ que parecem corresponder à Constituição em sua globalidade...” (BERGEL, 2006, p. 115). Em síntese, bloco de constitucionalidade é igual à Constituição total, isto é, à sua força normativa, solidez e unidade de sentido (BULOS, 2009, p. 104).

No paradigma da supremacia da Constituição e do valor normativo e fundamental dos princípios, os meios clássicos de solução de conflito entre normas resultam insuficientes quando se está diante de colisão de direitos ou de princípios fundamentais, os quais não se excluem e, portanto, subsistem.

3 NOVOS MÉTODOS E TÉCNICAS PARA A RESOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS OU DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os casos envolvendo princípios fundamentais exigem interpretação teleológica do julgador para solução do conflito, o qual, por se tratar de casos difíceis (*hard cases*), não pode se ater ao simples silogismo (reduccionismo jurídico) como metodologia para obtenção do provimento jurisdicional justo. A decisão do caso difícil exige uma interpretação razoável por

parte do magistrado, de forma mais apropriada para o caso em concreto (HART apud CADEMARTORI, 2009, p. 101).

Os lugares-comuns a que o julgador se apropriava para solucionar os conflitos na época em que se imperava a dicotomia irrestrita “Direito Público e Privado”, no império da lei, não se adequam mais ante à normatividade dos direitos humanos e a sobreposição dos princípios às regras. Por isso, inclusive, é que a dicotomia Direito Público e Direito Privado, hoje, só se sustenta para fins didáticos, visto que todos os atos, sejam públicos ou privados, devem observar e respeitar a ordem principiológica e a supremacia normativa da Constituição.

Os métodos tradicionais de interpretação do Direito não mais são suficientes, pois foram superados pela *novatio* tarefa da hermenêutica contemporânea. O intérprete deve buscar o sentido das normas em face dos princípios determinantes e dos fatos/atos ocorridos (método Científico-Espiritual). Até mesmo nas relações privadas, os princípios fundamentais previstos na ordem constitucional devem ser respeitados (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores. Em tais domínios, manifestam-se, com particular agudeza (como, de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas ou grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesmo na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais, quanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos (SARLET, 2011, p. 378).

Nos casos concretos, a justaposição de um ou mais princípios sobre outro(s) não se dá no campo da invalidade, nem da prevalência apriorística, pois o princípio preterido não será, por isso, excluído do sistema jurídico constitucional. Em outras circunstâncias poderá, inclusive, ser preferido o princípio outrora menos forte, de menos peso, ao outro. Os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais caminham no sentido de isonomia principiológica *a priori* dos princípios fundamentais, os quais serão preteridos um por outro diante de um caso concreto, pois consideram um elemento essencial à principiologia: o caráter *prima facie*. Esse caráter

significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, ‘potencial, com virtualidades de se

adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima' (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 319).

Tais argumentos conduzem à conclusão de que não existe uma hierarquia prévia e apriorística entre os direitos ou princípios fundamentais na ordem constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal sustenta as teses do “mecanismo constitucional de calibração de princípios” (ADPF 130/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, D. J. 30/04/2009) e da “salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro”, em favor de uma interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível” (ADI 1289 EI / DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, D. J. 03/04/2003) e não da hierarquia existente entre eles.

A hermenêutica constitucional, com a criação de uma teoria material da Constituição, deixou de se esgotar na mera subsunção lógica para vincular-se à firme vontade do intérprete, dirigida para a realização dos objetivos da Constituição. Isto significou a passagem da hermenêutica jurídica da ciência do Direito, baseada no positivismo tradicional, à hermenêutica filosófico-jurídica da filosofia do Direito (GALLONI, 2005, p. 123).

Os métodos clássicos da hermenêutica jurídica já não são mais suficientes. A hermenêutica constitucional acrescentou princípios norteadores da exegese, cujo foco é a Constituição. Dentre esses princípios, ganham espaço contínuo os da razoabilidade e da proporcionalidade e os métodos modernos de interpretação, que se adicionam aos clássicos, exigem técnicas novas, como a da filtragem constitucional, a qual demanda que toda norma, ao ser interpretada, deve ser analisada sob a luz da Constituição; a da otimização dos princípios, colocando tais mandamentos numa hierarquia axiológica acima das regras e exigindo do intérprete a concretização prática desses mandamentos principiológicos; e a ponderação de interesses, utilizada principalmente para solução de conflitos entre princípios fundamentais.

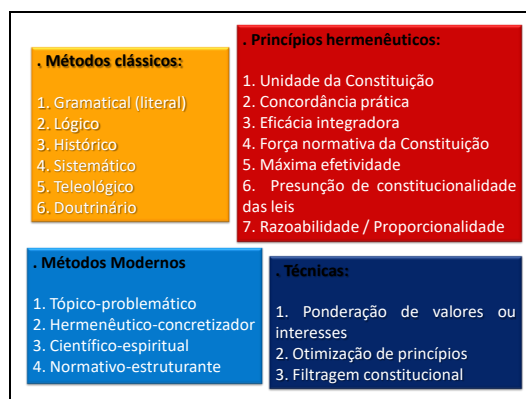


Figura 1: Hermenêutica constitucional

Enquanto a interpretação busca o sentido da norma, utilizando-se o intérprete das técnicas e princípios hermenêuticos a serem empregados sobre a norma existente para o caso concreto, a integração, por sua vez, visa sanar a lacuna da lei, quando não existe regramento jurídico a ser aplicado na hipótese em questão. Neste caso, o intérprete utilizará de elementos integrativos para solução do caso, como a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes e a equidade.

As diretrizes à função jurisdicional previstas nos arts. 4º e 5º, da LINDB, estabelecem que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. A abertura integrativa da margem ao exegeta para se utilizar de fundamentos políticos e morais, ainda não disciplinados pelo direito e isso demanda sobretudo prudência do julgador.

A justiça foi chamada a um protagonismo ímpar neste início de século. Todas as questões – sejam elas políticas, familiares, sociais, econômicas, culturais, históricas, psicológicas – seja o que for! chegam aos tribunais. O juiz precisa ter consciência de que sua decisão repercutirá no meio social e ele necessita ter noção precisa dessas conseqüências, por isso é que a **sensibilidade** para avaliar as conseqüências da decisão, o **conhecimento da realidade** e o **amor ao estudo** constituem as faces do compromisso ético do juiz brasileiro (NALINI, 2008, p. 405).

Os conflitos hodiernos subsistem no campo axiológico. Como interpretar valores e integrá-los, quando a norma que os regulamenta não dispuser o suficiente sobre a sua aplicação?

Sheila Stolz, ao apresentar crítica à teoria do positivismo ético ou normativo de Tom Campbell, insiste que o positivismo defende mais que a simples distinção entre direito e moral, mas que deve haver uma clara separação entre direito e moral, na prática do direito, devendo este ser resultado de deliberação institucional, e que os legisladores tenham precisão lexicográfica das normas, inclusive de direitos humanos e fundamentais, como forma de se evitar que juízes e tribunais (cujo papel é aplicar e fazer cumprir as normas) sejam quem definitivamente confirmam significado e precisão às normas, pelo precedente judicial (STOLZ, 2009, p. 221). Os argumentos pautados no princípio da legalidade muitas vezes protegem os juristas do dever de enfrentar as questões morais. Todavia, na análise da autora, Campbell, por outro lado

[...] entiende que es deber de los intérpretes (jueces, tribunales) identificar de acuerdo con la regla de reconocimiento políticamente autoritativa las normas jurídicas adecuadas al caso concreto y, consecuentemente, cabe aplicarlas como

legítimas fuentes del Derecho. Pueden también los intérpretes resolver el caso en cuestión apelando a la fuerza presuntiva de las normas vigentes y a la continuidad, seguimiento e aplicación – siempre y cuando sea posible – de los precedentes judiciales existentes. Se añaden a estos criterios la técnica propuesta a través del ideal del significado textual claro y la de decidir de modo paliativo a la espera de que se efectué un cambio en la legislación. Caso todos estos criterios de interpretación no resuelvan el caso en cuestión, recomienda Campbell que los intérpretes atiendan a la moral social vigente y, caso eso también no sea posible que, en última instancia, ellos actúen como se fueran legisladores, eso es, tomando en consideración razones utilitaristas y de directrices políticas y no sólo de principios (STOLZ, 2009, p. 223).

A crítica de Sheila Stolz recai sobre o pensamento de Campbell que admite a possibilidade de os intérpretes valorarem a norma ou exercerem função legislativa ao julgarem o caso *sub judice*, o que não representa coerência com a proposta do pensamento positivista ético, o qual é defendido pelo autor.

Por outro lado, Dworkin sustenta a importância da interpretação do direito, considerando-se as práticas sociais. Propõe a fusão do direito constitucional com a teoria moral, para proteger o indivíduo contra o Estado, na consagração de direitos fundamentais.

Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida. É perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. Mas hoje dispomos de uma filosofia melhor do que aquelas que estão na lembrança dos juristas. [...] Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim como não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que dessas outras disciplinas (DWORKIN, 2011, p. 233-234).

Para Dworkin, é perigoso afirmar sobre uma realidade jurídica objetiva cujas condições de verdade são independentes das convenções humanas – tese defendida por juristas que seguem a corrente do direito natural. Propondo a prevalência da melhor teoria para solução do caso concreto, Dworkin demonstra a dificuldade em se estabelecer uma resposta correta para os casos difíceis.

É certamente *impossível* que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito (DWORKIN, 2011, p. 446).

Para solução dessa dificuldade, Dworkin avalia a importância da integração direito, moral e política e propõe uma análise pragmática dos princípios à luz de um caso concreto e singular. A única decisão correta ocorre em face de um caso determinado, marcado por um contexto histórico-social.

A concepção dworkiniana pode ser melhor entendida a partir da sua tese da fusão, ou quase uma relação de indiferenciação, entre Direito, moral e política. Seu pensamento é marcado por uma concepção objetivista da moral, um modelo de objetivismo axiológico capaz de garantir a completude do Direito, com base em uma ideia de integridade. Para aqueles casos não alcançados pelas normas institucionalizadas explícitas ou que não há claramente uma única solução justa, a moral surge como elemento garantidor da completude do ordenamento jurídico, estipulando um conjunto de princípios implícitos capazes de conduzir a decisão no caminho da única resposta correta. Portanto, mesmo nos casos mais difíceis, quando parece faltar qualquer resposta jurídica, o juiz está submetido ao ordenamento jurídico e deve encontrar a decisão a partir dos princípios explícitos ou implícitos (CRISTÓVAM, 2013, p. 2).

A tese de Dworkin é uma oposição ao pensamento positivista, segundo o qual os juízes, diante de um caso difícil, têm o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra, promovendo verdadeira criação de novos direitos e aplicando-os retroativamente ao caso em questão. A atividade judicial não seria meramente interpretativa e declarativa, mas criativa. Isso ocorre em face de inexistência da plenitude hermenêutica do ordenamento jurídico, por ser um sistema aberto.

Assim, conforme Hart, para que as regras jurídicas existam e sejam úteis como pautas de condutas não é necessário, sequer desejável, que regulem antecipadamente e todos aqueles casos que no futuro possam se apresentar, uma vez que haverá casos diante dos quais a atividade judicial deixará de ser meramente declarativa para assumir um caráter criativo e construtivo (GALONNI, 2005, p. 95).

A oposição de Dworkin quanto à possibilidade discricionária dos magistrados em criar o direito com efeito retroativo, defende que os juízes apenas descobrem e aplicam ao caso concreto um direito pré-existente. Para justificar a decisão, os juízes não se limitam ao conjunto de normas jurídicas, apropriando-se, também, de razões da política e da moral (DWORKIN, 2011).

Na prática, tanto a teoria de Dworkin como a dos positivistas, como Hart e Campbell, são utilizadas nos processos de decisão da Justiça brasileira. Em muitos conflitos caracterizados pela colisão de princípios, ora se observa uma decisão de prevalência *in casu* (melhor escolha), ora de evidente criação normativa (ativismo judicial). Em ambas as situações, vem sobressaindo o constante argumento do princípio da proporcionalidade e da

técnica da ponderação de valores ou interesses, como os meios mais adequados para a solução dos casos concretos.

Antes da análise específica da técnica ponderativa, é importante apresentar o contraponto habermasiano acerca da ponderação de valores, segundo o qual interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade é um discurso que não se sustenta à luz do princípio, pois “*na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos*” (HABERMAS, 2003, p. 321-322). Essa forma de se interpretar o Direito, segundo o autor alemão, implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de legislação concorrente, e cita a conclusão de Perry para o qual tal técnica faz com que os direitos fundamentais deixem de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida. Assim,

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito (HABERMAS, 2003, p. 321).

A tarefa hermenêutica, segundo se conclui das ideias de Habermas, consiste em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação, considerando todos os pontos de vista relevantes e se estabelecendo um nexos racional entre as normas pertinentes ao caso, buscando-se a adequação e não a ponderação de valores, para que o intérprete não caia no abismo de concretizar a norma na perspectiva reducionista do horizonte de seus desejos, pois aquilo que é bom para cada um de nós (valor) não coincide necessariamente com aquilo que é igualmente bom para todos (princípio).

4 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA E A ASCENSÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO

A ponderação de valores ou interesses é a técnica a ser utilizada para a busca do dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade do intérprete e visa a harmonização e a concordância prática dos interesses em conflito. A ponderação não é um modelo perfeito e

acabado, mas, segundo a corrente majoritária, é o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2009, p. 389).

O principal princípio hermenêutico que sustenta a ponderação é o da proporcionalidade², o qual, para muitos, é o mecanismo atual que melhor se compreende para a solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, nos casos concretos. O Princípio da Proporcionalidade baseia-se no primado da justiça. Zulmar Fachin utiliza-se de Aristóteles para exemplificar a sua utilidade:

Preocupado em estabelecer o justo meio, ele tratou dos fundamentos daquilo que se poderia entender hoje como a proporcionalidade: “em todas as coisas o meio-termo é digno de ser louvado, mas que às vezes devemos inclinar-nos no sentido do excesso e outras vezes no sentido da falta, pois assim chegaremos mais facilmente ao meio-termo e ao que é certo” [...] determinados atos não devem ser praticados, se as circunstâncias forem normais. Todavia, em circunstâncias excepcionais, sacrifica-se um bem para que outro, igualmente ou mais valioso, possa ser salvo (FACHIN, 2012, p. 140).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Intervenção federal 2915/SP apresenta didática definição:

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

[...] Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto (STF. IF

² Para Karl Larens “[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” (LARENS apud LENZA, 2008, p. 75).

2915/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, D. J. 03/02/2003).

Tal disposição argumentativa foi, a partir do citado voto, apropriada pelo STF para definir e aplicar o princípio da proporcionalidade em outros casos. Em síntese:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao exercício da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 319).

No novo paradigma do Direito, os direitos, sobretudo os de natureza principiológica, envolvidos em determinada disputa, devem ser sopesados diante de cada circunstância apresentada e, por isso, o princípio da proporcionalidade, apesar de poder ocasionar certa insegurança jurídica, pois a solução do caso fica adstrita ao juízo de valor do intérprete, é o mecanismo adotado com veemência pelos tribunais brasileiros e apresentado pela doutrina pátria como o meio mais eficaz para as soluções dessa natureza. O juízo proporcional utiliza-se da técnica ponderativa, a qual é objeto de rejeição por algumas correntes do pensamento jurídico.

A crítica à técnica da ponderação recai sobre a subjetividade do magistrado. Sustenta Bernardo Gonçalves Fernandes que

Assumir a figura da ‘ponderação’ como solução para a aplicação de direitos fundamentais pode levar (em nossa opinião) a consequências desastrosas para o direito. [...] uma decisão a partir da técnica da ‘ponderação’ é sempre uma leitura individualista, solipsista e presa a uma visão de mundo apenas – a visão do magistrado decisor (FERNANDES, 2011, p. 260/261).

Da mesma forma, como já apresentado acima, a crítica de Habermas à técnica da ponderação refere-se ao aspecto valorativo atribuído aos princípios em conflito, pois na ordem de valores, até mesmo os direitos fundamentais estão suscetíveis de caírem sob uma análise dos custos e vantagens (HABERMAS, 2003, p. 322). A técnica a ser adotada, segundo Habermas, deve ser a da adequação, sustentada pelo teste de universalidade. A técnica da ponderação de valores é frouxa, para o autor, porque “*a partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade,*

tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização” (HABERMAS, 2003, p. 321).

Para Sheila Stolz, o positivismo deve, ao menos em tese, priorizar a segurança jurídica. Os legisladores devem estipular normas claras, precisas, coerentes, gerais e compreensíveis, para se evitar a antinomia, as imprecisões linguísticas, as lacunas e redundâncias normativas, além de evitar ao máximo editar normas jurídicas que contenham implícita ou explicitamente critérios morais e valorativos.

[...] el positivismo ético invita a que se structure el sistema jurídico y la consecuente interpretación jurídica de forma muy aproximada a las exigencias del modelo kelseniano sea cuando exhorta que las Constituciones se abstengan de referencias morales, sea cuando propone que cabe a las autoridades o órganos judiciales aplicar las leyes conforme su significado, eso es, primando por los criterios o principios de legalidad immanentes a cualquier sistema jurídico, puesto que es exactamente esta dinámica, a juicio Kelsen, la única capaz de promover la predecibilidad y certeza jurídica que todo Derecho requiere, además de ser la forma que el Derecho hace justicia en el caso concreto (STOLZ, 2009, p. 226).

Apesar das críticas à técnica da ponderação e o discurso que tal mecanismo não proporciona a imprescindível segurança jurídica, visualiza-se na práxis a crescente fonte jurisprudencial criadora e valorativa, a qual, em não raros casos, alimenta a teoria dos precedentes e o realismo jurídico, na vertente empírica do direito. *“Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto”* (DINIZ, 2012, p. 91).

Oriana Piske, ao analisar o cenário jurídico atual, discorre sobre a indispensabilidade do discurso argumentativo/persuasivo, conjugado com a ponderação prática (critério da razoabilidade) visando à compatibilização de valores contraditórios e flutuantes que a realidade em frequente mudança apresenta. Argumenta que a prudência pressupõe um saber prático, alinhando-se à corrente do pragmatismo jurídico, cujo eixo central, numa concepção interpretativa do direito, é no sentido de que as decisões sejam sempre tomadas observando suas consequências e efeitos práticos, com o propósito de harmonizar os valores da sociedade. A autora defende que o pragmatismo não é uma teoria do direito, mas sim uma teoria sobre como usar teoria e afirma que pensar o direito à luz do pragmatismo implica na ação, no comportamento, na atividade dos juízes. Para tanto, três elementos são fundamentais: contexto, consequência e antifundacionalismo.

O contexto, no pragmatismo, implica a necessidade de quaisquer proposições serem julgadas pela sua conformidade com necessidades humanas e sociais. As proposições devem

ser avaliadas por suas consequências e resultados, configurando assim o elemento consequencialista. O antifundacionalismo rejeita a concepção de que o conhecimento da verdade esteja alicerçado em ideias absolutas e imutáveis. O pragmatismo rompe com qualquer crença em proposições metafísicas e leva em consideração a constante mudança das relações sociais, como um contínuo processo de evolução.

O juiz pragmatista avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, ele tentará supor consequências e, do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor, aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Ele não se fecha dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico, pois a concepção pragmatista de Direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração (PISKE, 2011).

Toda essa discussão ainda não fez surgir uma técnica objetiva para solução dos casos difíceis, aceita pelas antagônicas correntes jusfilosóficas. Todo o imbróglgio é ocasionado pelos valores que, enquanto princípios, tomam a roupagem normativa no ápice da hierarquia do ordenamento jurídico. Como se observa dos discursos hermenêuticos apresentados, é possível afirmar que as decisões jurídicas pautadas em valores e a interpretação axiológica podem sim produzir soluções mais justas aos casos concretos, o que não descarta, porém, a insegurança jurídica pela incerteza do resultado da ponderação.

5 ANÁLISE DE ALGUNS CASOS SUBMETIDOS À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A) Exame de DNA vs integridade física e intimidade: HC 71373-4: Investigação de paternidade - exame de DNA - condução do réu “debaixo de vara” e HC 76060 DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue.

Esses casos julgados pelo STF analisaram o conflito entre direitos, princípio ou valores fundamentais. De um lado o direito à integridade física, de outro, o direito à real identidade. Em ambos os julgados, o Supremo, na ponderação dos interesses, restou convencido de que, como há uma admissibilidade ficta para julgar o mérito, não há razão para violar a integridade corporal do suposto pai.

Na síntese de Renata Lane, os argumentos a favor do exame de DNA compulsório são: que a criança tem o direito à sua real (e não apenas presumida) identidade; o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade real; a presunção de paternidade facilita o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigando; a

Constituição impõe dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Assim, o direito da criança em conhecer o pai biológico insere-se no direito à dignidade pessoal; o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado.

Por outro lado, os argumentos vencedores foram: a “condução do réu debaixo de vara” é uma ofensa à dignidade da pessoa humana, um grande abuso do poder e uma violência ímpar que discrepa da ordem constitucional; possibilidade de se presumir a paternidade; inspeção do corpo humano só é moralmente legítima quando há consentimento (princípio da privacidade); não há lei que obrigue alguém a se submeter ao exame de DNA (princípio da legalidade) (LANE, 2004, p. 11-13).

Como já apresentado alhures, a técnica da ponderação conduziu o STF a decidir a demanda sopesando os princípios fundamentais envolvidos. O direito da criança à paternidade foi resguardado, com restrição, apenas, na busca da real paternidade. Mas isso não implicou em total desamparo do direito à filiação. De outra forma, a integridade física restou preservada.

O argumento de que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado é válido quando em conflito com interesses de natureza de mais peso, como o direito à vida, por exemplo. Ademais, da mesma forma que o filho pode ter o direito de conhecer seu verdadeiro pai, este também tem o direito de não saber se é ou não o genitor. Apenas no grau da intimidade, sem adentrar no âmbito da integridade física, já há argumentos que, ponderados, são mais apropriados (proporcionais) para a não obrigatoriedade do exame de DNA.

Sempre que houver mecanismos que possibilitem a solução de uma demanda, sem a necessária violação a princípio fundamental, o intérprete deve evitar a medida extrema. A violação à integridade física, no caso, seria alternativa extremada, a qual só se legitimaria se não houvesse outra forma de se declarar a paternidade, o que não ocorre.

B) Liberdade de expressão vs dignidade humana: HC 82424/RS: caso Ellwanger

O caso apreciado pelo STF, no julgamento do HC 82424/RS, colocou em destaque a discussão sobre o limite da liberdade de expressão. Ao publicar uma obra de conteúdo anti-semita, o paciente do *habeas corpus* impetrado no STF não teve a ordem deferida sob o fundamento de que escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra comunidade judaica constitui crime de racismo, em detrimento da liberdade de expressão.

O caso colocou de um lado a liberdade de expressão e de outro a dignidade humana (repúdio ao preconceito racial).

Na síntese de Renata Lane, esses foram os argumentos favoráveis à configuração da conduta delitiva: a divisão dos seres humanos decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso, resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie; quando se trata do livre objeto de expressão do pensamento tem que se buscar inibir os comportamentos abusivos diante da incolumidade dos direitos personalíssimos como a dignidade humana; a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da república e do Estado Democrático de Direito, ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada; devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco; a liberdade de expressão pode ser permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, ao prejuízo da dignidade humana, ao regime democrático, aos valores inerentes a uma sociedade pluralista; não se trata de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade humana dos judeus.

A seu turno, os vencidos argumentos favoráveis à prevalência da liberdade de expressão: a pretensão do constituinte é limitada diante do elemento histórico, visando somente à discriminação da raça negra, não fazendo nenhuma alusão à amarela, vermelha, nem a grupos humanos com características culturais próprias; é uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente; a liberdade de expressão é essencial em um Estado Democrático, já que ela, estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política (LANE, 2004, p. 25/28).

Como se vê, a tese da liberdade de expressão, garantia que não é absoluta, restou vencida na ponderação realizada para solução do conflito principiológico.

O Brasil é signatário de tratados internacionais que vão de encontro ao preconceito racial, mas esse fundamento não é, por si só, suficiente para caracterizar uma obra literária como prática de racismo, sem o invólucro da garantia da liberdade de expressão. Não há dúvida de que os direitos fundamentais são relativos, ou *prima facie*, mas para ficar evidenciada a prática dolosa de racismo, mediante publicação de livro, em grau superior à liberdade de expressão, os elementos ensejadores de tal convencimento devem ser fortemente

conclusivos. Se a obra se apresentar como apontamentos históricos e manifestação do pensamento sem a produção imediata de efeitos concretos, a liberdade deve prosperar.

O apontamento do ministro Carlos Britto, de que um Estado Democrático deve assegurar a livre difusão de pensamentos e ideologias, no qual o revisionismo histórico deve ser permitido, pode ser conjugado ao esposado pelo ministro Marco Aurélio, quando afirma que não é a condenação do paciente por esta Corte - considerado o crime de racismo - a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir de diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

C) Direito à vida vs liberdade religiosa

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui precedente acerca de um caso também emblemático na seara das escolhas trágicas. O *hard case* envolveu o conflito principiológico do direito à vida e o da liberdade religiosa, quando os médicos não foram autorizados pelos pais a realizarem transfusão de sangue, ocasionando a morte de uma menor.

Homicídio. Sentença de pronúncia. Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente, caso realizem a intervenção sem o consentimento dos pais. Ciência da inevitável consequência do não tratamento. Circunstâncias, que, em tese, caracterizam o dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas à apreciação do júri. Recursos não providos (TJSP. Recurso em Sentido Estrito nº 993.99.085354-0, rel. Des. FRANCISCO BRUNO, D . J. 28/01/2010).

A Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, em seu art. 2º, disciplina: *“Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis”*. O Código de Ética Médica (2009), por sua vez, dispõe ser vedado ao médico: *“Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”* (art. 22). O mesmo diploma ético, no capítulo “Direitos Humanos”, prescreve ser vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (art. 24).

O recente diploma assenta-se nos princípios bioéticos da autonomia e autodeterminação. Entretanto, a decisão do Poder Judiciário, não unânime, posicionou-se na prevalência da vida, tendo como principais fundamentações (argumentos vencedores na decisão do TJ/SP nos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000338-97.1993.8.26.0590/50003): o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente; a vida é o alfa e o ômega do direito, o princípio e o fim do homem e a liberdade tem o importante dever de servi-la e não atentar contra; o único tratamento possível para a infeliz vítima naquele grave estado era a transfusão de sangue. A única terapia que poderia ter alguma eficácia para o caso seria a transfusão de sangue (proporcionalidade).

Também são substanciais os argumentos a favor da prevalência da liberdade religiosa, no voto vencido: se a liberdade de crença é efetivamente inviolável, não pode o cidadão, ao exercê-la, e só por exercê-la, sofrer nenhuma espécie de violação, ainda que promovida sob o manto aparente da lei; o Código de Ética Médica determina que o médico tenha esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal para poder efetuar os procedimentos de praxe; é discutível a intervenção no sentido de não autorizar a transfusão de sangue na vítima, pois, ao se formar, o médico jura respeitar a vida humana, não permitindo que crenças religiosas interfiram no seu dever de salvar vidas; o direito à vida, direito individual pressuposto de todos os demais, que possui especial caráter de Indisponibilidade e constitui, à evidência, pressuposto à existência e ao exercício dos demais; o direito à prática da religião professada envolve, indubitavelmente, o direito de viver de acordo com os seus preceitos. Diante disso, por mais que não concordemos com a crença de uma pessoa, temos que respeitar as suas decisões embasadas na fé. Isso também se aplica nos casos de escolha de tratamento médico.

Como se observa dos antagônicos argumentos esposados, essa temática ainda é objeto de vários estudos da bioética e do biodireito.

D) Direito à vida vs direito de morrer

A matéria publicada em “O Estado de São Paulo”, em 04 de dezembro de 2010, trouxe a seguinte notícia:

Justiça Federal derruba liminar e libera prática da ortotanásia no País Saúde. Com decisão, médicos poderão suspender tratamentos invasivos que prolonguem a vida de pacientes em estado terminal, sem chances de cura, de acordo com a vontade do doente ou de seus familiares. Não há uma indução da morte, como ocorre na eutanásia (TOLEDO, 2010).

A prática da eutanásia é uma violação ao direito à vida. Significa diminuir o tempo de vida do paciente, forçando-lhe, de alguma forma, a morte, com o intuito de lhe abreviar o sofrimento. Por essa razão, a prática da eutanásia, mesmo quando exigida pelo paciente é uma conduta antijurídica. A ortotanásia, no entanto, possui significado próprio.

Muitos pensadores da bioética favorecem a prática da ortotanásia, inclusive já se tem manifestação expressa de religião adepta ao deixar morrer naturalmente. O fundamento que subsiste nessa corrente é que a ortotanásia caracteriza a morte digna, significa permitir o percurso natural da morte, sem impor mecanismos com o intuito de prolongar a vida do paciente de forma artificial. Privilegia procedimentos para que a morte seja o menos sofrível possível, sem a utilização de recursos inúteis que impedem a forma natural da morte. *“Etimologicamente, ortotanásia significa ‘morte digna’ (do grego thanatos, morte, e orthos, correto, digno)”* (RAMPAZZO, 2004, p. 199).

Pode se afirmar, do ponto de vista ético, que os médicos têm a faculdade não só de iniciar, mas também de suspender os tratamentos e o emprego de medidas técnicas, como os aparelhos de respiração artificial, as transfusões de sangue, a quimiodiálise, a alimentação endovenosa, tão logo as condições básicas do moribundo assumam uma direção irreversível e o uso de tais medidas corresponda a um prolongamento irracional do sofrimento. Neste caso, temos a ortotanásia, a morte digna (RAMPAZZO, 2004, p. 200).

Para essa corrente da bioética, a ortotanásia não afronta a vida, pois se está diante do processo de morte, em que a vida não poderá mais se restabelecer.

Os questionamentos contrários interpelam se a ortotanásia é, de fato, um direito do paciente; se é um direito personalíssimo ou pode ser manifestado pelos familiares; se é faculdade do próprio médico em optar pela ortotanásia ou pela distanásia. Além dos questionamentos éticos, o Direito é inerte quanto ao tema, sem legislação específica e efetiva.

E) Exemplos de jurisprudências que conflitam princípios e regras

Nessas hipóteses, não se observa a chamada escolha trágica, pois as regras devem ser interpretadas conforme os princípios, os quais possuem, inclusive, hierarquia constitucional, quando referentes a direitos fundamentais.

A interpretação das regras conforme os princípios não podem desconsiderar as recentes técnicas da otimização dos princípios e da filtragem constitucional, a exemplo da jurisprudência abaixo transcrita:

EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO. JUSTA CAUSA. PROVA NAO CONVINCENTE. PASSADO FUNCIONAL SOPESADO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Deve ser cabalmente comprovada a embriaguez alcoólica em serviço para tipificar justa causa, cujo ônus é do empregador. Prova testemunhal dúbia favorece o acusado, mormente em se tratando de única ocorrência, envolvendo empregado. Não se infere ato gravoso a justificar a pena máxima, principalmente, hodiernamente, quando o alcoolismo tem sido visto como doença pela OMS, ensejando abrandamento do art. 482, f, da CLT. (TRT 14. RO 108500, Rel. Des. CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO, Segunda Turma, D. J. 25/02/2010, D. P. 26/02/2010).

Outras situações demonstram os limites das disposições normativas, principalmente das regras. Nesses casos, é possível mitigar a regra em homenagem aos princípios.

O caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça traduz aparente conflito entre regra e princípio, como se observa da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TORTURA, CORRUPÇÃO PASSIVA, EXTORSÃO, PECULATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E RECEPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA PELO PRAZO DE TRINTA DIAS CONSECUTIVOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. DILAÇÃO TEMPORAL JUSTIFICADA NA NECESSIDADE DE APURAÇÃO DOS INÚMEROS CRIMES PRATICADOS, NA COMPLEXIDADE E PERICULOSIDADE DA QUADRILHA, CUJOS INTEGRANTES SÃO, EM GRANDE PARTE, POLICIAIS CIVIS. 1. A Lei nº 9.296/96 autoriza a interceptação telefônica apenas quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão e quando a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis. Estabelece também que a decisão judicial deve ser fundamentada e a interceptação não pode exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual período, caso comprovada a sua indispensabilidade. 2. Na hipótese, insurge-se o impetrante tão somente contra o pressuposto de cunho temporal, sustentando a ilegalidade das interceptações telefônicas prorrogadas pelo período de 30 (trinta) dias consecutivos, por afronta ao que preconiza o art. 5º da Lei nº 9.296/96. 3. Entretanto, a excepcional prorrogação das interceptações telefônicas pelo prazo de 30 (trinta) dias, a despeito de contrariar a literalidade da Lei nº 9.296/96, mostra-se razoável quando as peculiaridades da causa exigi-la. [...] 7. Dessa forma, atendendo aos ditames de proporcionalidade e ponderação de interesses e sopesando as circunstâncias que revestem o caso em análise – quais sejam, a complexidade e a periculosidade da organização criminosa, o elevado número de integrantes, dentre estes policiais civis, e a grande quantidade de crimes supostamente cometidos –, não há se falar em constrangimento ilegal na prorrogação das interceptações telefônicas pelo prazo de 30 (trinta) dias contínuos. 8. Ordem denegada. (STJ. HC 106007 / MS, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, D. J. 17/08/2010, D. P. 06/09/2010).

Neste caso, o argumento pela superação da regra está baseado no valor dos princípios cuja decisão visa proteger, não deixando dúvidas acerca da supremacia dos princípios frente às regras.

CONCLUSÃO

Não foi sem motivo que a doutrina passou a utilizar com mais frequência as expressões casos difíceis e escolhas trágicas. Com a normatividade da Constituição e o modelo adotado de regras e princípios, estes passaram a ganhar força normativa, deixando de expressar meras diretrizes do direito para figurarem no topo normativo de todo o ordenamento jurídico.

Os princípios são reconhecidos pelo seu valor axiológico e ensejam uma série de complexidade na solução de conflitos, quando presentes. O novo paradigma constitucional, que demanda uma hermenêutica a partir dos princípios explícitos e implícitos da *Lex Mater*, exige novos métodos e técnicas solucionadoras das árduas controvérsias principiológicas. Nesse cenário, o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação de interesses vêm sendo os mais utilizados pelos Tribunais, o que ocasiona agrado, numa concepção pragmática e críticas por se estabelecer um antro de insegurança jurídica.

Os exemplos de colisões mencionados aqui não são exaustivos, podendo ser citados outros, como o embate entre a aplicação compulsória do teste de dosagem alcoólica (bafômetro) e a segurança pública; a vacinação compulsória *versus* saúde pública; a vida privada e os antagonismos da liberdade de informação/imprensa; a prática da revista íntima decorrente do poder patronal frente a intimidade do trabalhador; mínimo existencial *versus* reserva do possível, etc.

O que se observa é que fazer as escolhas trágicas não é tarefa fácil para o julgador, demandando alto nível de prudência prática, para melhor se adequar os direitos em conflito, ao caso concreto. A certeza a que se chega é que passa a ser fundamental ao intérprete, olhar sempre além da regra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resoluções**. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 10 maio 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 09 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.trt14.jus.br>. Acesso em 09 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 set. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Pulo: Saraiva, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O problema da discricionariedade judicial: Existe uma única resposta correta para os casos difíceis? **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582/o-problema-da-discricionariedade-judicial/2#ixzz2lEXyp26N>>. Acesso em: 20 set. 2013.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tirag. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de janeiro: Forense, 2012.

FERNADES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GALONNI, Bráulio César da Silva. **Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. (Trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I.

LANE, Renata. O Entendimento do STF em alguns casos de colisão de Direitos Fundamentais. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. 2004. Disponível em: <www.sbdp.org.br>. Acesso em: 03 nov. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PISKE, Oriana. Pragmatismo jurídico: O diálogo entre a filosofia pragmática e o direito. **Jornal Diário Forense**. 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/artigos-e-doutrinas/pragmatismo-juridico-o-dialogo-entre-a-filosofia-pragmatica-e-o-direito>>. Acesso em: 18/04/2012.

RAMPAZZO, Lino. **Antropologia, Religião e Valores Cristãos**. 3. ed. revista e atualizada, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 09 set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STOLZ, Sheila. Derecho, derechos y democracia: un análisis crítico al positivismo ético. **Direito, Estado e Sociedade**. PUC-Rio. p. 212-230, jan.-jun. 2009, n. 34.

TOLEDO, Karina. Justiça Federal derruba liminar e libera prática da ortotanásia no País. **O Estado de S. Paulo**. 04 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,justica-federal-derruba-liminar-e-libera-pratica-da-ortotanasia-no-pais,649301,0.htm>>. Acesso em: 18/04/2012.