

Questões introdutórias acerca da argumentação jurídica e dos critérios interpretativos para o julgamento dos *hard cases*

Preguntas introductorias sobre los argumentos jurídicos y criterios interpretativos para juzgar los *hard cases*

**Caio Henrique Lopes Ramiro
Tiago Clemente Souza**

RESUMO

A partir da segunda metade do século passado foram muitas as conquistas do homem no campo dos direitos fundamentais. Norberto Bobbio em sua obra “A era dos Direitos” é questionado¹ a respeito do futuro da humanidade e se há expectativa de uma evolução positiva. Conclui o autor que estamos, justamente em decorrência da preocupação dos homens em dissertar, debater e escrever sobre os direitos fundamentais. Diante das construções jurídicas surgidas a partir de então, uma das grandes dificuldades do agente do direito foi de justamente delimitar e dar eficácia as normas de direitos fundamentais, de forma racionalizada e segura. Buscando auxiliar esta difícil tarefa o presente trabalho se concentrará no estudo das construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy, observando algumas das críticas apresentadas por Jürgen Habermas a sua teoria, além da análise de julgados da suprema corte constitucional, em que podemos observar a ausência de critérios controláveis e homogêneos para o julgamento de decisões que apreciam a colisão de princípios, valores e regras oriundas da Carta Constitucional. Não bastasse a ausência de critérios hermenêuticos para apreciação dos *casos difíceis*, mencionadas decisões em muito contribuem para o aumento da insegurança jurídica, haja vista que poderão alcançar relações jurídicas que já se aperfeiçoaram. Diante desta constatação buscaremos verificar se a teoria dos princípios será instrumento hermenêutico eficaz e controlável, suficiente para permitir que as decisões judiciais dialoguem com a segurança jurídica e a concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: *Hard Cases*; Enunciado Normativo; Norma; Colisão de Princípios; Ponderação; Segurança Jurídica.

RESUMEN

Desde la segunda mitad del siglo pasado ha habido muchos logros en el campo de los derechos humanos. Norberto Bobbio en su libro "La Era de los Derechos", se cuestiona sobre el futuro de la humanidad y sin expectativas de un desarrollo positivo. El autor concluye que son, precisamente, debido a la preocupación de los hombres en lectura, hablar y escribir acerca de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta las construcciones jurídicas que se registren posteriormente, una de las grandes dificultades de la obligación del agente era sólo las normas de la cerca y la eficacia de los derechos fundamentales, por lo ágil y seguro. La búsqueda de ayuda en esta difícil tarea este trabajo se centrará en el estudio de los conceptos teóricos desarrollados por Robert Alexy, tomando nota de algunas de las críticas formuladas por Jürgen Habermas en su teoría más allá del análisis de los juzgados del Tribunal Constitucional Supremo, se puede observar la ausencia de criterios controlable y

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 66/67.

homogénea a las decisiones de jueces que cuentan con el choque de principios, valores y normas derivadas de la Carta Constitucional. No sólo fue la ausencia de criterios para evaluar los casos difíciles hermenéuticos mencionado decisiones contribuyen en gran medida al aumento de la inseguridad jurídica, habida cuenta de que pueden lograr las relaciones jurídicas se han ampliado. Si esto es así vamos a tratar de verificar la teoría de los principios hermenéuticos de instrumentos sean eficaces y suficientemente manejable para permitir que los juicios a mantener conversaciones con la seguridad jurídica y la aplicación de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: *Hard Cases*; Standard Norma, Norma, colisión de principios, ponderación, la seguridad jurídica.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, dentro de uma tradição do pensamento humano sustenta-se que o homem, em busca de segurança social e jurídica, abriu mão da sua liberdade plena garantida no Estado de Natureza², para viver em sociedade, transferindo ao Estado o poder-dever de solucionar os conflitos e as necessidades sociais. O Estado, por sua vez, ao monopolizar o poder de pacificação social, assumiu o dever de realizá-lo de forma a garantir a efetiva satisfação da pretensão que lhe é levada à apreciação, permitindo a pacificação dos conflitos e a segurança daqueles que pactuaram acerca de seu surgimento.

A função jurisdicional deve ser realizada de modo a garantir a plenitude da segurança social, externando na decisão judicial a delimitação da manifestação estatal, bem como seus alcances e efeitos. A teoria clássica dos direitos, oriunda do movimento liberalista europeu, proclamava uma função mais neutra e inerte do magistrado, no sentido de somente externar em sua decisão a norma proclamada no enunciado normativo, exercendo uma função meramente tecnicista³, mormente ao tratar dos direitos patrimoniais e individuais, devidamente delimitados pela norma de direito material, dado a concepção política da classe que assumia o poder.

A decisão judicial, por sua vez, representa a atividade de interpretação do julgador, quando da apreciação do conflito que lhe fora levado a conhecimento. A solução de conflitos mediante a análise de normas que expressam por completo seu conteúdo e substância permite a utilização do raciocínio de subsunção, sem necessária interpretação transversal da norma, o que assegura facilmente o alcance da segurança jurídica (técnica do silogismo).

² Segundo a concepção hobbesiana.

³ Tal posição, hodiernamente, já não é mais aceita, tendo em vista às novas concepções quanto ao conceito de Jurisdição e o Ativismo Judicial. Ver artigo “Paridade de Armas” de autoria de NELSON FINOTTI SILVA, disponível no site http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf, último acesso em 16.10.2011.

Nesse sentido, segundo Luis Roberto Barroso, na interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se duas grandes premissas, a primeira diz respeito à previsão abstrata da solução dos problemas jurídicos na norma, tratando de todas as matérias de forma exauriente. Já a segunda premissa diz respeito à função do magistrado, cabendo a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida⁴.

De forma inversa, nas normas de direitos fundamentais a correspondência entre norma e enunciado normativo não é perfeita, o que torna a dinâmica de concretização desses direitos mais complexa, já que o alcance do sentido normativo depende dos critérios interpretativos e hermenêuticos, cuja legitimação somente será alcançada mediante a fundamentação racional, ética e sistemática.

As normas de direitos fundamentais possuem conteúdo caracterizado por uma abstratividade, constituindo enunciados normativos abertos, necessitando da análise interpretativa do julgador para delimitar a sua aplicação. Para solucionar referida problemática foram muitas as teorias criadas, porém para evitar um sincretismo metodológico, já anunciado por Luis Roberto Barroso⁵, parece-nos que a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy apresenta-se como salutar critério interpretativo para delimitação do alcance das normas de direitos fundamentais, que refletirá de forma benéfica na segurança jurídica, já que não raro encontramos decisões judiciais pautadas em critérios absolutamente divergentes que promovem a instabilidade da decisão e a insegurança jurídica, como poderemos observar no tópico em que analisaremos um caso concreto.

Com a evolução do Direito Constitucional e alteração das técnicas legislativas vislumbrando a efetivação dos direitos fundamentais, os pressupostos ideológicos da interpretação tradicional demonstraram-se insatisfatórios diante da nova dinâmica jurídico-constitucional. A lei positivada deixou de conter abstratamente todas as soluções possíveis ao caso concreto, colocando em evidência o problema, os fatos relevantes, mediante análise sistematizada e tópica do caso. Neste linear, o intérprete sai da função tecnocrata, tornando-se

⁴ **Neonstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 15 de fevereiro de 2012, p. 09.

⁵ Idem, ibidem, p. 08. “No caso brasileiro, como no de outros países constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. [...]”

co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao atribuir valores aos elementos indeterminados e ao escolher entre as soluções possíveis⁶.

Segundo a teoria tradicional, o Direito e o Estado foram instrumentos criados para garantir a segurança e o harmonioso convívio social. Logo, diante de questões jurídicas que transitam no limbo das incertezas e indeterminações, deveremos buscar métodos e critérios para solucionar referida celeuma.

Os direitos fundamentais fornecem ao julgador discricionariedade no tocante à delimitação de sua aplicação. Assim, mostra-se necessário sistematizar o campo de atuação do magistrado de forma a estabelecer um procedimento racional e controlável, impedindo a prolação da simples decisão pela decisão⁷, ou seja, obstaculizando a idéia de um *decisionismo*.

Nesse sentido é o entendimento de Robert Alexy, ao dissertar sobre a possibilidade de delimitação dos direitos fundamentais, em que constata a necessidade de utilizar critérios controláveis, sob pena de ingressarmos num ciclo infundável de indeterminações acerca da fundamentação teórica da matéria: *“Responder a essa pergunta com uma referência ao que é óbvio significaria dar uma resposta racionalmente não-controlável, o que conduziria a um intuicionismo no âmbito dos direitos fundamentais”*⁸.

Diante de referidos direitos o Poder Judiciário não conseguirá cumprir sua função jurisdicional de forma eficaz se buscar solucioná-los de acordo com uma visão liberal, tradicionalista. Prova disso é a prolação de decisões da suprema corte sem a utilização de fundamentação racional objetiva, que permanece impregnado com os paradigmas que nortearam a interpretação clássica. Referida prática não pode passar despercebida, uma vez que, diuturnamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal são utilizadas como decisões-paradigma em busca da tão almejada segurança jurídica. Neste sentido, entende Norma Sueli Padilha:

E o Poder Judiciário, como poder estatal responsável pela aplicação do Direito, por sua vez, não efetuará resposta efetiva a tais conflitos, se pretender enquadrá-los numa visão meramente tradicionalista do Direito, decidindo tais questões pelo paradigma do direito individual.

Os conflitos emergentes do confronto envolvendo direitos metaindividuais impõem um desafio ao Direito e seus operadores, o qual se inicia numa necessária e urgente tomada de consciência quanto ao atual impasse posto aos instrumentos jurídicos tradicionais e suas singelas soluções homogêneas

⁶ Idem, ibidem p. 09

⁷ PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

e padronizadas, incapazes de albergar tão crescente complexidade de conflitos⁹.

Diante do contexto caótico onde observamos a possibilidade, *prima facie*, de aplicação de mais de uma solução para o conflito, ou seja, admitida a aplicação de vários princípios mediante o método de sopesamento, nos casos que envolvem direitos fundamentais (*hard cases*)¹⁰, os métodos trazidos pela teoria dos princípios se mostram relevantes para o tão almejado alcance de segurança na decisão judicial, pautada em parâmetros razoáveis e controláveis, garantidores da segurança jurídica, impedindo assim o enfraquecimento dos direitos fundamentais e o perigo de sentenças irracionais¹¹.

1 NOTAS SOBRE A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO

Em primeiro lugar, antes mesmo de se ingressar na questão de uma possível crise paradigmática do direito, faz-se necessária uma constatação de que o objeto analisado (Direito) se constitui historicamente na sociedade.

Não obstante, uma das críticas sofridas pelo direito, após a segunda grande guerra, foi quanto à questão de sua legitimidade, apresentada na forma de uma crítica da legalidade. A aplicação do direito pautada tão só na formalidade e no respeito estrutural do ordenamento jurídico, desvinculada das pretensões éticas e morais das demais ciências sociais, culminou nas atrocidades revestidas de legalidade cometidas, por exemplo, pelo nazi-fascismo¹².

A pretensão de alguns estudiosos do Direito em torná-lo uma Ciência desvinculada de pressupostos externos, tais como valor, ética e moral, buscando objetividade científica, promoveu o rechaçamento do direito natural e a ascensão do positivismo jurídico.

Segundo Franz Neumann:

O sistema legal do liberalismo, no entanto, era considerado como hermético e sem fendas. Tudo o que o juiz tinha a fazer era aplicá-lo. O pensamento jurídico de então era chamado de positivismo ou normativismo, e a

⁹ PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

¹⁰ Os *hard cases* são caracterizados pela possibilidade, *prima facie*, de aplicação de mais de uma solução, ou seja, admite a aplicação de vários princípios mediante o método de sopesamento. Diante desta complexidade de solução do caso passou-se a denominar tais casos de “*casos difíceis*” ou “*hard cases*”.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, p. 315.

¹² Nota-se aqui a relevância de uma discussão acerca do tema do Estado de Exceção, proposta pelo *jusfilósofo* italiano Giorgio Agamben, contudo, este não é o objeto do presente trabalho.

interpretação das leis pelos juízes era chamada de dogmática (na Alemanha) e de exegética (na França) [...]¹³

Aylton Barbieri Durão entende que:

Quando, não obstante, diminuiu a confiança na subordinação do direito à autonomia moral do sujeito, os teóricos do direito civil tiveram que aceitar a fundamentação dos direitos subjetivos a partir da vontade do legislador expressa no direito objetivo. Por conseguinte, a pretensão idealista presente nos historiadores do direito romano implicou a reação do positivismo jurídico a finais do século XIX que eliminou qualquer possibilidade de sustentar uma justificação moral do direito subjetivo. O direito passou a ser entendido, com Kelsen, por exemplo, como resultado dinâmico de um procedimento de produção de normas a partir de uma norma fundamental hipotética (silogismo constitucional) que autorizava a produção de normas da legislação ordinária, originando todo o direito objetivo como conjunto de normas cuja legitimidade provinha da legalidade estabelecida pelas condições do procedimento. Esta manobra possibilitou o positivismo desvincular o direito da moral e eliminar qualquer fundamentação moral do direito subjetivo, na medida em que o direito passou a ser justificado a partir de um procedimentalismo formal, o qual pode permitir ao sujeito dispor de liberdades subjetivas de ação materializadas na forma de direitos subjetivos, entendido como mera autorização para o exercício de liberdades individuais pelo direito objetivo.¹⁴

Ainda, Lênio Streck, debruçando-se sobre o tema, observa que:

[...] a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender às demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto. Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito.¹⁵

Não obstante, diante da agressão promovida aos direitos fundamentais no século XX, inicia-se uma preocupação da humanidade, assombrada pela barbárie promovida em nome da

¹³ NEUMANN. Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969, p. 46.

¹⁴ DURÃO. Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. Ethic@. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008, p. 238.

¹⁵ STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006, p. 257/258.

legalidade, cujo o objetivo é revisitar de forma crítica os pilares da Teoria do Direito, pretensão esta que vai desde a alteração das técnicas legislativas, ampliação das fontes dos direitos e mudança de postura do julgadores, sempre com a pretensão de concretização dos direitos fundamentais e a proteção da humanidade¹⁶.

Este novo panorama jurídico representa o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que promove um conjunto amplo de transformações ocorridas no âmbito do Estado de Direito, tais como a formação do Estado constitucional de direito; a centralidade dos direitos fundamentais, diante do assim chamado pós-positivismo, com a reaproximação entre Direito e moral; o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹⁷.

Consciente da impossibilidade de exaurir todas as soluções possíveis frente uma hipótese de incidência fática, o legislador passou a adotar como enunciados normativos cláusulas gerais e elementos indeterminados ampliando a proteção dos direitos genericamente positivados. Para tanto passou a reclamar uma atuação incisiva do magistrado, substituindo sua função tecnocrata de verificação das hipóteses legais e a aplicação das conseqüências jurídicas previstas, por uma função criativa, de análise crítica e racional dos comandos normativos positivados em valores e princípios, desaguando na concretização dos direitos fundamentais diante da apreciação do caso concreto.

Diante desta constatação observa-se que ao mesmo tempo em que surge ao magistrado essa função criativa lhe restará o ônus da fundamentação racional, calcada na norma constitucional que contém princípios e valores, que necessariamente nortearão a decisão como requisito de legitimidade. Tratando-se de cláusulas gerais e de elementos indeterminados que estabelecem um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, será a análise interpretativa transversal da lei diante do caso concreto que dará o contorno aos direitos colidentes.

Assim, vislumbra-se a distinção entre enunciado normativo, norma (princípio e regra) e valor. O enunciado normativo representa a fonte positivada dos direitos, que possivelmente prevê uma hipótese de incidência fática e uma conseqüência jurídica.

¹⁶ Neste sentido, é de se notar o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a inserção do dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana em diversas constituições do ocidente.

¹⁷ **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 15 de fevereiro de 2012, p. 04.

No caso das cláusulas gerais o enunciado normativo não terá a hipótese de incidência e/ou a consequência jurídica exaustivamente prevista, logo a função do magistrado para cuja delimitação do direito irá extrair princípios e regras (que não estarão necessariamente prescritos no enunciado) será de determinar no caso concreto quais as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas, sempre alinhado com iluminuras da ética e da moral ao proferir sua decisão racionalmente fundamentada. O ato eticamente vinculado do magistrado não resulta em estabelecer a consequência jurídica x diante de hipótese de incidência fática y, mas sim em um proceder (ato de decidir) racional, devidamente fundamentado.

É pontualmente na análise interpretativa dos princípios, no caso concreto, que chegaremos à construção das normas de direitos fundamentais, concretizando seus correspondentes direitos subjetivos. Referidas normas de direitos fundamentais são denominadas por Robert Alexy como normas de direitos fundamentais atribuídas e decorrem justamente do sopesamento dos princípios. É o que observamos na seguinte passagem:

[...] como resultado de todo sopesamento que seja correspondente do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser submetido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre -, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais como a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras¹⁸

Os enunciados normativos que refletem princípios não apresentam imediatamente a solução ao caso que se aprecia (há um caso a ser analisado, sendo possível a aplicação de normas distintas previstas em cláusulas gerais). Para solução destes casos serão necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente (enunciado normativo). Logo, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional¹⁹.

Diante deste novo contexto teórico que se inserem os agentes do Direito, parece claro que o hermeneuta tem agora função criativa e delimitativa das normas de direitos fundamentais. A grande questão que surge diz respeito a possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais. Robert Alexy faz a seguinte constatação:

Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 548.

freqüência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou racionalista. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional²⁰.

Do apresentado permite-se concluir que Alexy não traz solução unívoca para a dialética estabelecida entre enunciado e caso concreto, estabelecendo um resultado pronto a ser extraído das normas de direitos fundamentais. Traz critérios éticos de procedimento, do *decidir* racionalmente, vinculando a atuação do magistrado a um proceder ético, sistematicamente teorizada e regulamentada. Sendo o procedimento discursivo compatível com resultados os mais variados será necessário associar a teoria da moral (procedimento discursivo) com a teoria do direito, no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial²¹.

O *discurso prático geral* embora estabeleça um código geral da razão prática não conduz a apenas um resultado em cada caso. A solução dos conflitos sociais clama um resultado único, o que torna necessário um procedimento institucional de criação do direito, não só no âmbito da argumentação, mas também da decisão. Esta necessidade será parcialmente suprida pelo *processo legislativo* do Estado Democrático constitucional, o qual é definido “*por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento*”²².

Ocorre, todavia, que mencionado procedimento não é possível determinar de antemão e para cada caso, uma única solução. Surge então o *discurso jurídico*, que se encontra vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, o que permite uma redução da incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Porém, diante da necessidade de uma argumentação prática geral, a incerteza quanto ao resultado ainda não é eliminada,²³.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.

²¹ Idem, Ibidem, p. 549/550.

²² Idem, Ibidem, p. 550.

²³ Idem, Ibidem, p. 550.

Surge assim o quarto procedimento, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. A racionalidade desse último procedimento será alcançada mediante o respeito dos três primeiros processos. Insta ressaltar que, embora o enunciado normativo deixe em aberto as questões valorativas que no *procedimento judicial* serão objeto de argumentação e decisão (delimitação do conteúdo valorativo que servirá de parâmetro para o hermeneuta estabelecer qual a hipótese de incidência e qual as conseqüências jurídicas), será revestida de racionalidade²⁴, já que haverá o ônus da argumentação racional e a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, sob pena de ilegitimidade.

A legitimidade da decisão, que estabelecerá o alcance dos direitos fundamentais, será determinado mediante o respeito aos procedimentos acima mencionados. Para o magistrado que prolatará esta decisão restará tal ônus, e mais, deverá observar o procedimento sistematizado e racionalizado para lidar com os princípios oriundos das cláusulas gerais, sistema criado por Alexy, conforme observaremos no capítulo que segue.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO DOS *HARD CASES*

Em que pese a existência de fortes posicionamentos contrários aos critérios hermenêuticos da decisão trazidos pela teoria dos princípios²⁵, Robert Alexy apresenta interessante construção a respeito do critério da ponderação para o alcance de racionalidade e segurança jurídica nas decisões envolvendo direitos fundamentais.

A ponderação é parte de um princípio mais amplo, denominado princípio da proporcionalidade. Este, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais: princípios da *idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*. Todos esses três princípios expressam a idéia de otimização, logo são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, tendo em vistas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes²⁶.

Quando tratamos da otimização relativa às possibilidades fáticas, estamos tratando dos princípios da idoneidade e da necessidade. O primeiro exclui o emprego de meios que

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 551.

²⁵ Iremos desenvolver um capítulo específico no trabalho em que abordaremos as críticas relacionadas à teoria dos princípios, principalmente aquelas desenvolvidas por Jürgen Habermas, para o qual “não existem critérios racionais para ponderar”, na obra *Direito e democracia entre facticidade e validade*.

²⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110.

prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos. Assim, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras²⁷.

O princípio da necessidade pede que, havendo dois meios, que em geral, fomentem igualmente um determinado bem, escolha-se aquele que menos intensamente afete um segundo bem colidente. Existindo meio menos intervenientes e igualmente idôneos, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Caso custos ou sacrifícios não possam ser evitados, torna-se necessária uma ponderação²⁸.

A ponderação é objeto do princípio parcial denominado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Cuida referido princípio das possibilidades jurídicas, sendo idêntico com a uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”, que diz: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”²⁹.

A lei da ponderação divide-se em três passos. O primeiro diz respeito à verificação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, deve-se observar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em terceiro lugar deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. Ausente referida análise racionalizada e sistematizada para os direitos fundamentais, como princípios, iriam se admitir qualquer solução³⁰.

Diante disso, a análise temperada do enunciado normativo, ou seja, a observação hermenêutica do texto legal é justamente a atividade jurisdicional que permite a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais. Referida análise jurisdicional trabalhará necessariamente com elementos que transitam pelo campo da deontologia e axiologia, como é o caso dos princípios e dos valores. Sendo institutos que para sua delimitação dependem diretamente da atuação cognitiva antropológica, é extremamente necessário buscar delimitar os reflexos desta dinâmica interpretativa e criativa no campo da segurança jurídica e dos juízos de certeza que estão arraigados no Direito.

Todo princípio e todo valor tendem a colidir. Tratando-se o princípio do fruto da análise deontológica, portanto, pertencente ao campo do dever, proibição, permissão e de direito a algo³¹, sua aplicação válida dependerá sempre da dicotômica relação formalidade e

²⁷ Idem, ibidem, p. 110.

²⁸ Idem, ibidem, p. 110.

²⁹ Idem, ibidem, p. 111.

³⁰ Idem, ibidem, p. 111.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145.

vinculação. Sendo uma norma-princípio, portanto, um enunciado normativo vinculante e impositivo³², sua validade estará atrelada ao respeito à elaboração formal legislativa e na sua capacidade vinculante, coerciva, “a norma jurídica [*deve*] ser entendida como um projeto vinculante, que abarca tanto o que regula quanto o que há de ser regulado”³³.

O valor, diferentemente da dinâmica principiológica, encontra suas raízes no campo da axiologia, portanto, sua preocupação é voltada para aquilo que é bom, corajoso, seguro, econômico, democrático, social e liberal³⁴.

Os elementos constituintes da justiça (valor) e segurança (princípio), por se encontrarem em campos conceituais distintos, embora vivam para a finalidade da perfeita aplicação do Direito, não permitem uma análise dialética ideal, uma vez que da colisão da tese (valor) e a antítese (princípio) não se alcançará uma perfeita síntese, já que possuem premissas e pressupostos distintos³⁵.

O Direito tem uma pretensão de segurança, permitindo uma pacificação social. A segurança jurídica é uma premissa deontológica, haja vista que se trata de uma norma de observação obrigatória do ordenamento jurídico aplicável, caso assim não o fosse a própria Constituição deixaria de possuir força normativa para ser mera carta de boas intenções.

Referida aplicação normativa, embora segura (observando a norma-princípio segurança jurídica³⁶), poderá ser justa, bem como poderá ser injusta. O critério analítico daquilo que estabeleceremos o que é justo ou injusto está centrado naquilo que é *bom* ou *ruim* (conceitos oriundos da axiologia) para o grupo social que está submetido a determinado ordenamento jurídico e a determinado órgão multifacetado de julgadores, diferentemente daquilo que é imposto (princípio), que vislumbra a necessidade de um enunciado normativo positivado, válido quando de acordo com a ordem legiferante vigente.

Daí podermos afirmar que “[...] Direito seguro nem sempre é direito justo [...]”:

³² Afirmação, de certa forma, prejudicada, haja vista que há redundância em afirmarmos que uma norma, expressada no enunciado normativo é impositiva, uma vez que essa é sua característica essencial, sendo parte integrante da sua própria existência – a afirmação de que existe enunciado normativo não impositivo passa a ser contraditório.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

³⁴ Idem, *ibidem* p. 145.

³⁵ A distinção entre “valor” e “princípio” ocorre para que não haja confusão entre os institutos. Ambos deverão ser utilizados para a concretização dos direitos fundamentais como elementos complementares à serviço da fundamentação racional.

³⁶ Referida afirmação poderá ser ainda equivocada, haja vista que o presente trabalho buscará identificar qual é exatamente a natureza da expressão “Segurança Jurídica”, se dialoga com os conceitos de princípio, regra ou valor. Porém, *prima facie*, a conceituaremos como princípio, por possuir o caráter vinculante das normas e a capacidade de gradação dos princípios, para que possamos chegar a algumas conclusões e indagações.

A história está repleta de exemplos de ordenamentos positivos injustos, como foi o nazi-fascista e outros sistemas autoritários, tal o regime militar brasileiro, que continha o máximo de segurança por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma para com o *princípio* (sic) da justiça. Mas certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade³⁷.

A preocupação em distinguir os conceitos de valor, regra, princípio e enunciado normativo é importante para angariar instrumentos metodológicos suficientes para encontrar soluções controláveis envolvendo os *hard cases*. A hermenêutica jurisdicional que dialoga diretamente com referidos conceitos deverá ser realizada para permitir a delimitação dos direitos fundamentais e sua aplicação no cotidiano social, bem como garantir que os juízos de certeza e segurança jurídica permaneçam junto ao Direito.

Importante salientar que referida análise interpretativa, sob a ótica da teoria dos princípios de Robert Alexy, permite a criação de normas de direitos fundamentais, conforme já ressaltado, denominadas normas de direito fundamental atribuídas. A utilização do método do refinamento, chamada de “relação de refinamento”³⁸, é capaz de produzir normas de direitos fundamentais derivadas daquelas expressamente previstas na Constituição.

Uma vantagem desse conceito pode ser mencionada de passagem: ele permite que se fale em descoberta de novas normas de direitos fundamentais. Nesse contexto, pode-se mencionar a bela metáfora usada por Thomas, que, com algumas relativizações, vale também para a Constituição atual: “É possível dizer que a Ciência do Direito alemão trata a Constituição de Weimar como uma região montanhosa, em cujos rincões a vara-de-condão da exegese pode sempre revelar novos veios de normas válidas, até então ocultas³⁹”.

Para a teoria dos princípios, havendo a colisão destes institutos, uma solução seria possível mediante os métodos do sopesamento e ponderação. Assim, diante da colisão de princípios correspondentes a direitos fundamentais, somente poderíamos concluir qual dos princípios seriam concretizados, após o estabelecimento de uma ordem de preferências entre os princípios conflitantes. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só”, de prioridade⁴⁰. Daí porque somente ser possível estabelecer somente o conteúdo dos direitos fundamentais a partir da análise do caso concreto.

³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 16.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 72.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 75.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 95.

Caso a ordem de preferência fosse estabelecida de forma abstrata e absoluta, tornaríamos o conceito mutável e plástico de princípios em conceitos enrijecidos e absolutos das regras. Embora regras e princípios sejam reunidos sob o conceito de norma, já que dizem o que deve ser⁴¹, diferem entre si:

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 existente. 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

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 fático juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁴².

Diante de tais questões e da conscientização contemporânea da importância da irradiação das normas constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais em todo ordenamento jurídico, a teoria dos princípios se apresenta como instrumento capaz de delimitar justamente essa dinâmica criativa e mutacional frente à máxima da segurança jurídica presente no nosso conjunto normativo.

Outra questão que atinge frontalmente a dialética entre decisão judicial e segurança jurídica diz respeito ao conceito e os efeitos das decisões judiciais quando da apreciação de conflitos semelhantes, envolvendo as normas de direitos fundamentais. Uma vez superados os elementos que fundamentam sistemática e racionalmente a decisão, haverá preocupação quanto ao alcance que uma decisão proferida pela corte constitucional terá em relação àquelas decisões anteriores tidas agora como inconstitucionais, ou em desacordo com a nova interpretação.

Diante da grande discricionariedade dada à suprema corte para modular os efeitos das suas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, observaremos que não somente teremos instabilidade quanto aos critérios de fundamentação da decisão, mas haverá também volubilidade quanto à retroatividade dessas decisões. Não bastasse a ausência de critério racional-objetivo homogeneizado para a prolação de decisões, estas poderão atingir

⁴¹ Idem, ibidem, p. 87.

⁴² Idem, Ibidem, p. 90-91.

relações jurídicas já aperfeiçoadas, uma vez que poderemos galgar declarações de inconstitucionalidade de uma norma ou ato (*lato sensu*) que deixará de integrar nosso ordenamento jurídico.

Referidas conclusões ganham maior importância quando rotineiramente observamos nos julgados na suprema corte a ausência de um critério racional apto a lidar com tais colisões. Inquestionável a necessidade de se utilizar um método sistematizado que possibilite uma maior homogeneidade das decisões a ser prolatadas pelo Poder Judiciário, sem o qual a manifestação estatal se tornará fonte de inúmeras decisões pautadas em critérios incomunicáveis, o que contribui para a instabilidade e insegurança da decisão judicial.

Assim, a criação da decisão judicial, mediante os métodos de interpretação constitucional, na teoria dos princípios, deverá respeitar critérios racionais pré-estabelecidos, de forma a garantir uma uniformização das decisões judiciais. Compreendendo a dinâmica de fundamentação racional da decisão judicial, que permitirá a delimitação dos direitos fundamentais no mundo real, sob a ótica da teoria dos princípios, poderemos verificar que mencionada teoria permite uma relação harmoniosa entre decisão judicial e segurança jurídica.

Ante o exposto, apura-se que as indeterminações e abstrativizações são características dos direitos fundamentais, o que aponta para a necessidade de adoção de parâmetros delimitativos e de concentração dos seus conteúdos. Neste contexto, a teoria dos princípios, que promove a sistematização de conceitos de valor, princípio e regra, pode ser utilizada como critério racional e controlável de fundamentação da decisão judicial, permitindo a prolação de decisões coerentes pela suprema corte, de modo a produzir fonte criteriosa de precedentes para auxiliar a solução dos casos difíceis, contribuindo para a segurança jurídica das decisões judiciais, fulminando possíveis instabilidades.

3 EXCURSO: HABERMAS E A PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO DO DIREITO

Inicialmente, mostra-se importante ressaltar que o objeto do presente texto é uma apresentação da teoria dos princípios e da aplicação do direito proposta por Robert Alexy. Contudo, em virtude do diálogo do autor com o filósofo alemão Jürgen Habermas, não poderíamos deixar de lado as observações críticas do autor de *facticidade e validade* quanto ao tema.

Entretanto, por critério de objetividade e por se tratar de um excursus, não serão desenvolvidos todos os argumentos no que tange à teoria de fundamentação de normas e de aplicação destas últimas. O que importa para o presente trabalho é observar as críticas de Habermas no tocante a reconstrução/aplicação de sua teoria do discurso no universo jurídico.

Não obstante, Marcelo Cattoni esclarece que:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]
Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto [...]⁴³

Habermas ao analisar a teoria geral do direito e a forma jurídica, tem como um de seus objetivos uma reconstrução da idéia de Direito, tendo em vista a constatação de um *déficit* de legitimidade neste último. A questão da legitimidade é uma chave de fundamental importância para a compreensão da filosofia do direito habermasiana.

O que se pretendeu até o presente momento foi uma abordagem da teoria de Robert Alexy no tocante a aplicação de normas. Oportuno destacar que a teoria do mencionado autor pode ser considerada como uma construção procedimentalista da aplicação do direito. No entanto, Habermas não considera correta a teoria discursiva do direito proposta por Robert Alexy por não explicar perfeitamente a especificidade dos discursos jurídicos de aplicação das normas.

Segundo Aylton Barbieri Durão:

Habermas [...] apresenta uma reconstrução racional dos discursos jurídicos de aplicação de normas de acordo com a teoria da ação comunicativa e, posteriormente, distingue a sua teoria de outras teorias concorrentes, como as de Alexy e Günther, que não explicam corretamente a especificidade dos discursos jurídicos de aplicação de normas, bem como, por fim, realiza uma reconstrução racional do direito a partir desta teoria.⁴⁴

Partindo da teoria da ação comunicativa, a crítica de Habermas irá observar a cisão existente, segundo ele, na sociedade moderna pós-convencional, representada pelo mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade) onde os indivíduos realizam suas ações cotidianas e

⁴³ CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002

⁴⁴ DURÃO, Aylton Barbieri. **É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?**. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005. p. 1-14.

se valem de sua racionalidade comunicativa, inclusive, dentro de uma esfera pública⁴⁵ onde serão tematizadas as demandas da sociedade e os sistemas sociais, a política, a economia, a arte e ciência para ficarmos em alguns exemplos. Todos os *sistemas* são guiados pela ação estratégica de prevalência de interesses e invariavelmente tem por pretensão a colonização do mundo da vida.

A respeito da crítica de Habermas dirigida a tese de Alexy, bem esclarece Aylton Barbieri Durão:

Conseqüentemente, Habermas somente pode continuar sustentando que os discursos jurídicos são casos especiais dos discursos práticos em geral, se conseguir mostrar que os discursos jurídicos possuem especificações próprias que lhes permite dar conta da necessidade de tomar decisão, para tanto, ele introduz a idéia de que, nos discursos jurídicos, existe uma tensão entre facticidade e validade, mas isso o coloca em rota de colisão com a tese de Alexy de que os discursos jurídicos são casos especiais dos discursos morais de fundamentação de normas. Em primeiro lugar, Habermas recorda a distinção elaborada por Günther entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação de normas, os quais devem ser regidos pelo princípio da adequabilidade, portanto, embora existam discursos de fundamentação de normas no legislativo, os discursos jurídicos usados no judiciário são casos dos discursos de aplicação de normas; em segundo lugar, Habermas apresenta quatro argumentos contra a tese de Alexy: inicialmente defende Alexy da crítica de que a aplicação da lei pelos juízes e tribunais não pode ser um caso especial dos discursos morais de aplicação de normas porque, enquanto neste último os participantes agem orientados pela busca do entendimento, no julgamento, as partes e seus advogados agem orientados estrategicamente pelo êxito, pois Habermas considera que Alexy deu uma resposta satisfatória no 'Pósfácio' de *A teoria da argumentação jurídica* onde afirma que o juiz interpreta os argumentos e as provas aduzidos estrategicamente pelas partes como elementos de um procedimento discursivo que permite chegar a sentença; em seguida, ele observa que os discursos práticos em geral são indeterminados, enquanto os discursos jurídicos devem chegar a uma decisão sobre o caso dentro das condições estabelecidas pelo direito processual, o que não pode ser resolvido pela simples constatação que faz Alexy da semelhança estrutural entre as regras e formas de argumentação de ambos os tipos de discurso; depois mostra que a 'correção' das decisões judiciais não pode ter o mesmo sentido das normas morais, porque a racionalidade das decisões judiciais depende da racionalidade do próprio ordenamento jurídico e, em particular, do direito processual, o que somente é possível mediante uma reconstrução racional do direito vigente, como empreende Dworkin; finalmente, Habermas recorda que os discursos morais somente avaliam se as normas morais podem ser do interesse simétrico de todos os implicados, enquanto os discursos jurídicos apreciam se podem ser institucionalizados como normas jurídicas, além das

⁴⁵ Aqui entendida como o local por excelência da formação da opinião e da vontade dos cidadãos livre de qualquer coerção, exceto a coerção do melhor argumento.

normas morais, os valores compartilhados, os programas coletivos de ação, bem como os interesses em negociações sobre condições equitativas.⁴⁶

Desse modo, tendo em vista a relevância das considerações críticas de Habermas à teoria discursiva procedimental do direito de Alexy, mostrou-se necessário esta breve apresentação.

4 ANÁLISE DAS SOLUÇÕES DOS HARD CASES PELO STF: da possível ausência de critério interpretativos

O presente trabalho se justifica já que vislumbramos no cotidiano de nossos tribunais, principalmente com relação à suprema corte, a prolação de decisões que não se atentam a um prévio procedimento de motivação racional. Destaca-se que inúmeras decisões possuem como fundamento tão somente a livre convicção do julgador, que, sem a apresentação de qualquer fundamentação teórica jurídica, altera suas manifestações, mesmo quando diante de casos semelhantes. Teremos assim a decisão pela decisão, ou seja, sem um procedimento de motivação racional cairemos em um criticado e indesejado decisionismo.

Para ilustrar referidas argumentações, utilizando, assim, metodologia tão apreciada pela prática jurídica, iremos nos fixar em dois julgados de alguma relevância para o ordenamento jurídico pátrio, que servem como precedentes quando nos deparamos com questões relativas a direitos fundamentais. Quanto ao primeiro caso, iremos apontar parcialmente as decisões de cada um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, apontando rapidamente a necessidade do presente trabalho diante da ausência de critérios comunicantes para o julgamento, já quanto ao segundo iremos nos fixar somente em relação à alteração de posicionamento do ministro Sepúlveda Pertence.

O primeiro julgado diz respeito à análise inaugural da corte suprema, após a promulgação da atual Constituição Federal, quanto aos conflitos de princípios constitucionais, em que se analisou o pedido em sede de *Habeas Corpus* impetrado por José Antonio Gomes Pinheiro Machado, buscando reformar a decisão proferida em primeira instância que determinou ao paciente a realização de exame de DNA “debaixo de vara”, para fins de se alcançar a verdade real quanto a sua suposta paternidade.

⁴⁶ DURÃO. Aylton Barbieri. **É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?**. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, p. 8/9. Por uma questão metodológica, esclarecemos que embora seja considerada a regra referente a citação direta correspondente a mais de 50% da página, no caso *supra* não é possível a fragmentação da citação, sob pena de modificação da ideia do autor.

No voto do ministro relator do Habeas Corpus 71.373-4, ministro Francisco Rezek, quando do início da sua prolação, afirmou que: “Observo, de início, ser de inteira lógica, embora não cotidiana, que do foro cível promane constrangimento ilegal corrigível mediante **habeas corpus**.”⁴⁷. Logo no início, antes mesmo de ponderar quais seriam os argumentos que iriam fundamentar a decisão, o Ministro já apresenta sua decisão, e a partir de então traça os fundamentos justificadores da conclusão.

O julgador não apresentou em sua fundamentação qualquer argumentação pela ponderação dos princípios constitucionais conflitantes (dignidade da pessoa humana do impetrante – disposição de seu corpo e direito de se recusar a se submeter a exame pericial frente ao direito da criança da sua real identidade). Apenas tratou de demonstrar abstratamente, com a recém-elaboração de normas infraconstitucionais (ECA) elaboradas à época do julgamento, que haveria uma prevalência do direito à real identidade diante da disposição de seu corpo.

Não observamos uma análise criteriosa quanto à presença de adequação, necessidade, ponderação em sentido estrito, dos princípios conflitantes, apenas se escolheu qual deles deveria prevalecer e a partir daí se criou uma argumentação.

A ponderação de princípios constitucionais exigirá do julgador uma análise racional, sistematizada das suas colisões; logo qualquer conclusão a que se chegará dependerá previamente dessa análise dialética. Ao realizar uma afirmação decisória preliminar, a construção de uma decisão correta fica prejudicada, haja vista que não se providenciou a análise racionalizada da colisão dos princípios, mas tão somente chegou-se a uma conclusão prévia, de acordo com as íntimas convicções do julgador, e a partir de então passou a criar a argumentação jurídica justificadora da sentença.

Já o ministro Ilmar Galvão, ao proferir sua decisão, apenas argumentou pela prevalência do direito da criança de ter sua paternidade reconhecida, vez que se trata de direito público (*status familiae*), enquanto que “o egoístico direito à recusa, fundado na incolumidade física”, não poderá prevalecer diante daquele. Resumindo a decidir que “No confronto dos dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho, razão pela qual meu voto é no sentido de indeferir o **habeas corpus**.”⁴⁸.

Na presente decisão, não vemos, novamente, uma fundamentação criteriosa, analisando um método racional de argumentação, havendo apenas a eleição de um dos direitos, que é classificado como de ordem pública, e a partir de então ocorre a preferência.

⁴⁷ STF, HC 71373, p. 408.

⁴⁸ STF, HC 71373, p. 416.

Não houve a preocupação em estabelecer uma análise sob o prisma da teoria argumentativa dos princípios para, a partir daí, saber qual o direito a ser materializado no caso concreto. Apenas se elegeu um dos direitos, reconhecido como de ordem pública, desprezando a inviolabilidade da intimidade do impetrante (que, diga-se de passagem, também possui proteção legal, e mesmo status de matéria de ordem pública), e passou a trazer argumentos justificadores inidôneos para a escolha.

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se no sentido de haver ilegalidade da decisão do juízo “a quo”, uma vez que o Código de Processo Civil determina os efeitos da confissão quando da recusa da parte contrária em produzir determinada prova. Além de que não há disposição legal que determine ao impetrante a realização forçada da prova pericial, logo diante da atipicidade da ordem judicial, concedeu a ordem ao Habeas Corpus. Portanto, deixou de realizar uma análise dialética dos princípios conflitantes, apresentando a solução processual (pragmática) da matéria.

O Ministro Carlos Veloso acentua que o direito à real identidade é assegurado constitucionalmente, nos arts. 227, *caput*, e 227, §6º, logo deverá prevalecer diante do direito de disposição de corpo e de se recusar a submeter-se a exame pericial. Afirma o Ministro:

“A consequência da não submissão do ora impetrante ao exame, apontou o Sr. Ministro Marco Aurélio, seria emprestar a essa resistência o caráter de confissão ficta. Isso, entretanto, se tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando estamos diante de interesse morais, como o direito à dignidade que a Constituição assegura à criança e ao adolescente, certo que essa mesma Constituição assegura aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Também desse dispositivo constitucional - § 6º do art. 227 – defluem interesses morais que vão além dos interesses patrimoniais. Ora, Sr. Presidente, não há no mundo interesse moral maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai biológico.”⁴⁹.

Da passagem transcrita podemos concluir que o ministro deu caráter absoluto ao princípio constitucional, transformando-o em regra normativa, insuscetível de gradação, já que “não há no mundo interesse moral maior do que este”, além de que deixa de observar que o direito à disposição do corpo (violação da intimidade do corpo) também tem previsão constitucional, deixando de realizar a devida ponderação de princípios, demonstrando que apenas escolheu um dos princípios que lhe parecia mais conveniente e lhe deu preferência.

⁴⁹ STF, HC 71373, p. 422.

Já o ministro Carlos Velloso, quando da declaração da sua decisão, argumentou pela prevalência do princípio da privacidade (do corpo) e da proibição do constrangimento ilegal (ilegalidade), já que referidos princípios possuem previsão constitucional, deixando de realizar a devida ponderação, incidindo no mesmo equívoco que os demais julgadores, proferindo a decisão pela decisão.

Afirmou que:

O que considero, aqui, em debate, não é bem esse resultado da ação cível, mas, sim, questão concernente à liberdade e aos direitos individuais. Ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo⁵⁰.

Da seguinte passagem observa-se que o julgador também não realiza o devido embate dos princípios conflitantes, resumindo-se a observar apenas um deles, dando-lhe, abstratamente, preferência, ou seja, tão só pelo fato de se tratar de direito concernente à “liberdade e aos direitos individuais” deverá ser protegido, sem qualquer análise do também direito individual à personalidade e à real identidade.

O Ministro Moreira Alves resumiu-se a tão somente alegar que:

O direito à investigação de paternidade é um direito disponível, tanto assim que se pode deixar de propor a ação. Ademais, ninguém pode propô-la, já que é um direito personalíssimo, depois da morte do filho que poderia pretender essa investigação. Estamos, pois, diante de dois valores: um disponível; outro, que a Constituição resguarda, e que é o da inviolabilidade da intimidade. Em favor daquele não se pode violar este. Assim, com a devida vênia dos que pensam em contrário, defiro o pedido”⁵¹.

O ministro Moreira Alves parece ser o único julgador a realizar uma análise dialética frontal entre os princípios conflitantes, porém apenas afirma que um não poderá ser violado pelo outro, tão somente por, segundo seu entendimento, um dizer respeito a direito indisponível e o outro a direito disponível. Fundamentação, que embora guarde sua preocupação entre a ponderação dos princípios conflitantes, demonstra-se equivocada, uma vez que ambos são princípios constitucionais de hierarquia igualitária, *prima facie*.

O ministro Sepúlveda Pertence inicia seu voto constatando que o caso em apreço retrata um confronto de valores constitucionais relevantes. Por fim, acompanhando a decisão do ministro relator indefere a ordem, utilizando-se da expressão daquele ministro “o risível

⁵⁰ STF, HC 71373, p. 430.

⁵¹ STF, HC 71373, p. 431

sacrifício imposto à inviolabilidade corporal à eminência dos interesses constitucionais tutelados à investigação da própria paternidade”⁵².

A análise do julgamento torna-se necessária para demonstrar a pluralidade de critérios utilizados pelos julgadores, que embora cheguem a alcançar uma delimitação do direito constitucional à inviolabilidade da intimidade (intimidade do corpo), a fundamentação teórica constitucional para tal demonstra-se enfraquecida, já que, a primeira vista, somente houve a externalização do íntimo do julgador, julgando-se pelo julgar.

Já no julgamento do *Habeas Corpus* n° 76060-4 – SC, o Ministro Sepúlveda Pertence alterou seu voto, mesmo tratando da mesma matéria, passando a dar a ordem ao HC, vedando a produção da prova questionada. No voto, afirmou que:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular⁵³(p. 139, HC n° 76060-4 – SC) .

Sendo assim, o presente trabalho demonstra-se necessário para evidenciar que há ausência de critérios interpretativos padronizados, apresentando alguns equívocos argumentativos dos acórdãos da suprema corte, o que pode acabar promovendo instabilidades, incertezas e afastando a idéia de segurança jurídica das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

A promoção da paz social se desdobra na satisfação da pretensão dos indivíduos que compõe a sociedade mediante instrumento de resposta jurisdicional seguro, que eleve o controle e homogeneidade das decisões oriundas do órgão estatal julgador. Mais que mera satisfação dos interesses particulares, o Estado terá a incumbência de promover a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos, não só mediante a realização de políticas públicas, mas também pela utilização de instrumento que permita a delimitação e alcance dos enunciados que refletem tais direitos, quando da análise do caso concreto.

Tal dinâmica estatal que se realiza na esfera jurídica permitirá uma atuação discricionária do magistrado, até então impensada e inadmissível, que se legitimará na conexão que se estabelecer entre a decisão proferida e a fundamentação jurídica que lhe for

⁵² STF, HC 71373, p. 424

⁵³ HC n° 76060-4 – SC, p. 139

atribuída. Busca-se a regulamentação ética do proceder judicante mediante a utilização da argumentação racional sistematizada, realizada na *práxis*, pretendendo-se a correção da decisão.

A reaproximação do debate entre Direito e Moral mediante a promoção da irradiação da norma que traz denso conteúdo valorativo (Constituição) no ordenamento jurídico será objeto do novo paradigma teórico, denominado neoconstitucionalismo. No seio deste turbilhão de alterações teóricas e paradigmáticas a função do hermenauta vem ganhando importante destaque, já que será sua atuação interpretativa que dará a delimitação da aplicação e concretização aos direitos fundamentais.

As construções teóricas têm se demonstrado fundamentais na busca por um procedimento e homogeneização das decisões que tratam de questões mais abstratas e conceituais, buscando disciplinar o atuar do hermenauta, bem como dar mais racionalidade as decisões judiciais. Porém observa-se a existência de grande fenda entre as construções teóricas e as práticas dos tribunais, o que se constata com a análise de algumas fundamentações jurisdicionais.

A atividade do juiz se concentra na decisão, sendo a fase decisória a mais importante para as partes da relação jurídica processual que buscam a tutela de seus direitos através da prestação da atividade jurisdicional, não obstante, o agir do julgador deve ser pautado por uma discussão, ponderação, motivação e determinação.

A determinação é uma espécie de “escolha” definitiva, sendo que todo o processo do agir do juiz, ao qual nos referimos no parágrafo anterior, deve ser feito dentro da motivação racional do julgado, que deve aparecer em forma de argumentação.

Destarte, mais que o mero debate sobre direitos fundamentais como critério de avaliação da evolução da humanidade, mostra-se importante sua concretização mediante a atuação racionalizada do Estado-juiz, como maior expoente da evolução qualitativa do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto alegre: Editora dos Advogados, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 18 de out. 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina 2002.
- CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.
- DURÃO, Aylton Barbieri. **É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?**. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005. p. 1-14.
- _____. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. Ethic@. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008, p. 233-251.
- DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas**. Florianópolis: Editora da UFSC.2005.
- _____. **Perspectivas de moralização do Direito: Kant e Habermas**. Crítica: Revista de Filosofia. Londrina. v. 12. n. 36. out. 2007, p. 337-356.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade.** Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003.

HART, Herbert L.A. **Conceito de Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 34p. 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário.** Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

PADILHA, Norma Sueli Padilha. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006, p. 257-290.