A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SINCRETISMO METODOLÓGICO: UM ESTUDO DO "CASO ELLWANGER" *

THE HERMENEUTIC CONSTRUCTION OF THE SUPREME COURT OF BRAZIL ON THE INTERPRETATION OF THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE METHODOLOGICAL SYNCRETISM: A STUDY ON "ELLWANGER CASE"

Martha Priscylla Monteiro Joca Martins
Vinicius de Mattos Magalhães

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal (STF) em suas linhas argumentativas no que tange a restrição de direitos fundamentais, tentando compreender a adoção das teorias internas e das teorias externas na interpretação de direitos fundamentais pelo STF, problematizando esta questão em uma perspectiva da dogmática do Direito. Para os fins desta investigação adotaram-se duas teorias como paradigmas de abordagem: a Teoria dos Princípios de Robert Alexy (teoria externa) e a teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller (teoria interna). Para tanto se realizou um estudo em torno da decisão do "Caso Ellwanger" (HC 82424). Por fim, pretendeu-se aferir como esses caminhos trilhados pelo STF caracterizam um sincretismo metodológico (na definição de Virgílio Afonso da Silva) e a significância dessa ocorrência para a hermenêutica jurídica brasileira aplicada na interpretação de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SINCRETISMO METODOLÓGICO

ABSTRACT

The present article aims to accomplish an analysis of the of Federal Supreme Court of Brazil (STF) hermeneutics specially in their argumentative lines concerned to restriction of fundamental rights, trying to understand the adoption of the internal theories and of external theories in the interpretation of fundamental rights by STF, problematizing this subject in a perspective of the dogmatic of Law. For the purposes of this present investigation two theories were adopted as approach paradigms: the Theory of Robert Alexy's (external theory) and the Structural Theory of Law of Friedrich Müller's (internal theory). For that goal, it took place a study around the Ellwanger case (HC 82424) decision in STF. Finally, it intended to check how those roads trodden by STF

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

characterize a methodological syncretism (in Virgílio Afonso of Silva's definition) and the importance of that occurrence for the Brazilian juridical hermeneutics applied in the interpretation of fundamental rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC. SUPREME COURT. METHODOLOGICAL SYNCRETISM

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) ampliou de modo considerável as competências do Supremo Tribunal Federal (STF), instituição que hoje acumula as funções de suprema corte e corte constitucional no Brasil, cabendo-lhe o julgamento de ações que tenham como fundamento uma norma constitucional ou a aferição e a declaração da (in)constitucionalidade de normas infra-constitucionais ou atos do Poder Executivo.

Os direitos contemplados pela Constituição Federal de 1988, notadamente os direitos fundamentais, contemplam diversos segmentos sociais (mulheres, crianças e adolescentes, trabalhadores e trabalhadoras, famílias, negros e negras, indígenas, dentre outros) ademais de agasalharem plúrimas concepções (como meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento sustentável e função social da propriedade). Esses direitos passaram a ter aplicabilidade imediata, deixando de ser considerados objetos de normas meramente programáticas a partir da ordem jurídica instalada em 1988.

Diante dessa complexa tessitura, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aparece como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concreção fática. Portanto, importa-nos compreender os fundamentos e as linhas teóricas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos e decisões acerca dos direitos fundamentais, o que nos remete ao estudo da construção hermenêutica deste Tribunal.

Inovando na ambiência doutrinária do Direito brasileiro, Virgílio Afonso da Silva publicou um estudo acerca do que intitulou "Sincretismo Metodológico" na interpretação constitucional, que simboliza uma espécie de estratégia argumentativa a qual concilia métodos incompatíveis de interpretação e aplicação do Direito, especialmente dos direitos fundamentais.

Com a expressão "sincretismo metodológico", seguindo a diretriz de Virgílio Afonso da Silva, pretende-se demonstrar, pois, uma tendência a utilização de idéias e teorias conflitantes como se fossem compatíveis entre si, uma espécie de amálgama de teorias contrastantes no âmbito da interpretação dos Direitos Fundamentais e da jurisdição constitucional.

Neste artigo, identificam-se algumas das linhas teóricas e argumentativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal na fundamentação de suas decisões, e a ocorrência de conflitos e contradições que entre si se dinamizavam no âmbito da restrição dos direitos fundamentais. O estudo proposto por Virgílio, portanto, instigou uma busca por uma reflexão e aprofundamento acerca do tema por ele proposto na perspectiva das teorias externa e interna no âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais.

A análise buscou agregar o estudo teórico ao jurisprudencial, por meio de uma leitura analítica e crítica de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo optado, mais especificamente, por um estudo em torno do "Caso Ellwanger" (HC/82424), em virtude da importância desta decisão para a compreensão em nosso país do que o STF passou a considerar como discriminação racial e seu conceito de raça, além de restar claro, nesta decisão, algumas linhas argumentativas importantes para as análises traçadas no desenvolver deste artigo, conforme será demonstrado em oportuna discussão.

Para tanto, inicialmente fez-se uma análise da teoria de dois autores: Robert Alexy e Friedrich Müller. Buscando situar-lhes como signatários de uma proposta *interna* ou *externa* em relação às restrições aos direitos fundamentais, analisou-se brevemente os pressupostos teóricos de suas teorias, em busca de uma demonstração de que são, em relação às restrições a direitos fundamentais, incompatíveis.

Após a análise crítica de decisão supracitada à luz das teorias analisadas, buscou-se, por fim, problematizar a ocorrência de sincretismo metodológico no processo interpretativo de uma mesma decisão do Supremo Tribunal Federal através do uso simultâneo de teorias conflitantes.

O presente artigo trata, portanto, dos resultados dos breves estudos engendrados a partir destas reflexões teóricas e jurisprudenciais acerca do sincretismo metodológico no âmbito do STF, e os resultados que foram obtidos serão, por conseguinte, doravante explicitados.

2 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TEORIAS EXTERNA E INTERNA: há diálogo possível entre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy e a Teoria Estruturante de Friedrich Müller?

A compreensão de toda a argumentação jurídica que se desenvolverá no âmbito do presente estudo dependerá de um conhecimento claro acerca dos efeitos e do real alcance das teorias externa e interna no âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Tal investigação, ainda que de forma breve, revela-se de fundamental importância no escopo de se evidenciar o que Virgílio Afonso da Silva denominou "sincretismo metodológico".

De um modo geral, são poucos os(as) autores(as) brasileiros(as) que buscam aprofundar o estudo acerca de tais estratégias de argumentação jurídica no âmbito das restrições aos Direitos Fundamentais. Na maioria dos casos, embora o método utilizado pelo autor para justificar ou criticar uma determina restrição *y* a um direito fundamental *x* possa se subscrever a uma das duas teorias, o caminho percorrido não é explicitado, embora possa, no mais das vezes, localizar-se de forma implícita no âmago da argumentação

subjacente. Contudo, em situações as mais distintas, a estratégia argumentativa é nitidamente conflitante com os pressupostos de uma ou de outra teoria eventualmente perfilhada.

Apenas para citar um exemplo claro desta possibilidade de conflito, percebe-se atualmente um crescimento exponencial dos estudos que buscam analisar a constitucionalidade de uma restrição *y* a um direito fundamental *x* a partir da regra da *proporcionalidade* ou a partir de uma *ponderação* de valores no caso concreto. Como se verá mais adiante, esta argumentação somente se revela possível partindo-se dos pressupostos de uma *teoria externa* acerca das restrições a Direitos Fundamentais. Contudo, em alguns casos, pode-se perceber que o intérprete parte de uma exclusão apriorística de algumas condutas que não estariam abrangidas pelo direito *x*, no que se aproxima da idéia de *limites imanentes*, para depois de definido o conteúdo *definitivo* do direito *ponderar* a sua aplicação em relação a outros que estariam dele divorciados, embora isso seja absolutamente impossível, do ponto de vista lógico-argumentativo, de se sustentar.

Essa realidade conduz a uma aferição, no plano dos Direitos Fundamentais, que verdadeiramente importe na real compreensão do que se entende por *teoria externa* e *teoria interna*, para fins de se evitar o multicitado fenômeno do "sincretismo metodológico" quando da interpretação dos limites do conteúdo dos Direitos Fundamentais ou da imposição de restrições ao seu exercício.

Inicialmente, cabe sublinhar, a fim de se evitar interpretações claudicantes, que sob o prisma de tais teorias, busca-se aqui analisar as *restrições* ou os *limites* dos Direitos Fundamentais (como se verá, a própria idéia de *restrições* relaciona-se com a *Teoria Externa* e a idéia de *limites imanentes* com a *Teoria Interna*). A delimitação do *suporte fático* de um Direito Fundamental, embora esteja relacionado com as suas possíveis *restrições* ou com os *limites imanentes* à sua esfera de incidência, com elas não se confunde. Esta idéia é importante para que não se entrelace os conceitos de *suporte fático amplo* e *suporte fático restrito* no âmbito dos Direitos Fundamentais – conceitos que, por razões metodológicas, não serão enfrentados no âmbito deste estudo – com as categorias dogmáticas que serão aqui enfrentadas.

Pode-se afirmar, de forma introdutória, que para aqueles que sustentam a prevalência da *Teoria Interna*, há apenas o direito e seus *limites*, que seriam *imanentes* a este próprio direito. Para esta teoria, toda a argumentação jurídica se desenvolve no sentido de se delimitar o verdadeiro objeto do direito e, por conseguinte, os seus limites, a fim de se determinar, a partir deles, o *conteúdo definitivo do direito*. A consequência mais direta deste pressuposto teórico é que um direito fundamental, sob a perspectiva de uma teoria interna, encerra uma norma de *conteúdo definitivo*, não havendo qualquer espaço para *colisões* no caso concreto. Ora, se eventualmente se imaginar a existência de uma relação de conflituosidade entre dois direitos fundamentais, a solução se dará necessariamente – sob o arrimo dos pressupostos desta teoria – na delimitação do *conteúdo* destes direitos a partir da determinação de seus *limites*.

Ao contrário, para aqueles que raciocinam desde o paradigma da Teoria Externa, haverá, necessariamente, duas categorias jurídicas que deverão informar o trajeto hermenêutico do intérprete: o *direito prima facie* e suas *restrições.* Com efeito, sob o prisma da teoria externa, o intérprete ou aplicador do Direito deve considerar o direito

prima facie e as *restrições* que ele pode vir a sofrer, após a incidência ou não das quais se chega ao *direito definitivo*. Neste caso, o direito fundamental em si possui um conteúdo *x*, cujo exercício poderá vir a ser *restringido* no caso concreto diante das *possibilidades fáticas e jurídicas existentes*.

Passa-se doravante a analisar dois posicionamentos teóricos que são recorrentemente utilizados na jurisprudência brasileira como argumentos legitimadores das decisões tomadas principalmente na ambiência da jurisdição constitucional. O primeiro deles se subscreve aos pressupostos da teoria externa, e encontra em Robert Alexy sua expressão mais significativa. O segundo, expressivo do paradigma da teoria interna, é a chamada *Teoria Estruturante do Direito*, notadamente na forma como articulada por Friedrich Müller.

2.1. Breves comentários acerca da proposta de Robert Alexy

Pode-se afirmar que uma das contribuições teóricas mais significativas à Teoria do Direito no séc. XX foi emprestada pela chamada *Teoria dos Princípios* desenvolvida por Robert Alexy a partir dos paradigmas de Ronald Dworkin, embora a proposta de divisão estrutural entre regras e princípios de Dworkin – que buscava infirmar as idéias propostas nos moldes do positivismo de Hart – tenha sido antecedida por teorias da lavra de Josep Esser, na Alemanha, e Walter Wilburg, na Áustria, embora com contornos terminológicos distintos. A prova da importância desta distinção repousa no observatório empírico do florescimento de inúmeros trabalhos acadêmicos que partem dos pressupostos teóricos consolidados na *Teoria dos Princípios*, notadamente na feição emprestada por Alexy.

Como se verá, a *Teoria dos Princípios* de Alexy deságua inevitavelmente em uma leitura *externa* das restrições aos direitos fundamentais, ao contrário do que, por exemplo, irá sustentar Friedrich Müller com os seus conceitos de *programa normativo* e *âmbito da norma*, que resultará inevitavelmente em uma proposta mais relacionada à teoria *interna*.

A *Teoria dos Princípios* de Robert Alexy parte de uma distinção eminentemente *estrutural* das normas jurídicas, filiando-se a uma atitude *qualitativa* acerca da distinção entre regras e princípios. Distancia-se, assim, das caracterizações que levam em consideração o grau de *fudamentalidade, abstração, generalidade etc*, das normas – diferenciação que, naturalmente, orienta-se por critérios *axiológicos*, tradição que veio a ser rompida com os escritos de Ronald Dworkin e que se subscrevem à chamada *tese* de diferenciação de *grau*. Segundo Alexy, baseado na distinção de Dworkin, as normas podem ser divididas em duas espécies, os *princípios* e as *regras*. Robert Alexy propõe uma distinção *estrutural* e *qualitativa* das normas jurídicas, que levará em consideração ora uma *dimensão de validade* ora uma *dimensão de peso* na resolução de *conflitos* e *colisões* entre elas.

Os *princípios*, segundo sua teoria, consubstanciam *mandamentos de otimização* de determinados objetivos, cuja realização dependerá, no caso concreto, das *circunstâncias fáticas e jurídicas existentes*. Os princípios preconizam a realização de um dever *prima facie*, cuja concretização *definitiva* dependerá dos princípios e regras que, no caso

concreto, com ele colidirem (circunstâncias jurídicas) e das possibilidades fáticas em cuja ambiência ele poderá realizar-se. Aqui importa sublinhar que, por estarem situados em uma *dimensão de peso*, os princípios apenas *colidem*, o que ficará mais claro quando observarmos o *conflito* de regras. Portanto, os princípios, quando *colidem*, se resolvem por meio de uma ponderação que determinará qual deles terá precedência em relação ao outro. Ao cabo de tal *ponderação*, haverá uma precedência de um em relação ao outro, expressada por (P1 **P** P2) C, que levará à consequência jurídica R, corolário de P1 sob as condições de precedência *C*. Ao final teríamos a forma acabada da chamada lei de colisão, que, em notação lógica, traduz o silogismo: "Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 **P** P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a conseqüência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como conseqüência jurídica: C — R". Contudo, a despeito da existência da precedência de um princípio que restou sobrepujado quando da resolução de uma *colisão* em um caso concreto, não haverá a *invalidação* de qualquer deles. Deste modo, se um princípio *x* que preconiza a otimização de um objetivo *y* (por exemplo, a liberdade de imprensa) vier a *colidir* em uma situação concreta com um princípio *k* que determina a otimização de um objetivo *j* (a exemplo da privacidade) a solução da *colisão* nas circunstâncias se dará mediante um *sopesamento* entre esses princípios a fim de se determinar qual deles, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, possui precedência sobre o outro, a fim de se chegar ao silogismo final expressado pela lei de colisão. Em síntese, a colisão entre princípios – segundo a Teoria dos Princípios de Alexy – é resolvida tão-somente na *dimensão do peso*.

As regras, por outro lado, encerram um *dever definitivo*. Concretamente, ou uma regra é aplicada ou não é (critério do *all or nothing* - ou tudo ou nada). Justamente por prescrever um *dever-ser definitivo*, as regras se situam na chamada *dimensão de validade*. Quando houver uma situação de incompatibilidade parcial ou total entre duas regras, haverá, ao invés de uma *colisão*, um *conflito*. A resolução deste conflito de regras resultará, invariavelmente, na *invalidação* de uma delas – quando o conflito for total – ou na utilização de uma *cláusula de exceção* – caso o conflito seja apenas parcial. Assim, se uma regra *x* prescreve um juízo concreto de dever-ser contrário ao que promana da norma extraída da regra *y*, a solução se dará, necessariamente, mediante a introdução de uma *cláusula de exceção* em uma delas – se o conflito for parcial e o permitir – ou pela *invalidação* total de uma delas, expurgando-a do ordenamento jurídico. Daí porque pode se asseverar que o conflito de regras resolve-se na *dimensão de validade*, não havendo espaço para ponderação ou sopesamento.

Esta breve exposição das idéias de Robert Alexy, como expoente de uma argumentação que se subscreve aos pressupostos de uma teoria externa, longe de possuir o objetivo de esgotar sua Teoria – nem mesmo seria possível em um trabalho desta dimensão –, apenas traduz o escopo de evidenciar que a utilização dos pressupostos da teoria externa resulta em conclusões que podem ser assim articuladas: a) para a teoria *externa* há o direito *prima facie* e as suas *restrições*, idéia que exprime a base sobre a qual se edifica as estruturas normativas da proporcionalidade e do sopesamento; b) o conteúdo *definitivo* do direito fundamental previsto em uma estrutura normativa de princípio é feito a partir de fora, de acordo com as *condições jurídicas e fáticas existentes com os princípios em colisão* no caso concreto*;* c) consequentemente, todo o ônus argumentativo se coloca sobre aquele que diante de um caso concreto analisará, por exemplo, qual dos princípios colidentes terá precedência em relação aos demais.

A idéia mais importante, contudo, certamente é a de que a proporcionalidade e o sopesamento são *técnicas de controle de restrições a direitos fundamentais, somente compatíveis com uma estratégia argumentativa relacionada à teoria externa.* É impossível, como se verá, falar de sopesamento ou proporcionalidade em um mesmo contexto argumentativo em que se sustenta a idéia de *limites imanentes*.

2.2 Friedrich Müller e a Metódica Estruturante do Direito

Já se expôs brevemente que a teoria *interna* rejeita a possibilidade de *restrições* aos direitos fundamentais, ou, invocando o magistério de Jane Reis Gonçalves Pereira, "a teoria interna sobre os limites dos direitos fundamentais sustenta, em síntese, que é inadmissível a idéia de *restrições* ou *limitações* externas aos direitos fundamentais"

No âmbito da argumentação jurídica, ou mais precisamente, dentro dos limites da atuação do intérprete constitucional (notadamente no contexto da *decisão*), a consequência mais clara que decorre da adoção de uma estratégia teórica *interna* é que *não há qualquer possibilidade para a utilização da ponderação como método de resolução de colisões*, justamente porque não há espaço para tais colisões, conforme sublinhamos no tópico antecedente. Todo o esforço do intérprete/aplicador do Direito será direcionado à delimitação do *conteúdo* do direito e de seus *limites.*

Um exemplo muito significativo de uma postura que se aproxima aos pressupostos da teoria *interna* em relação às "*restrições*" dos direitos fundamentais é, seguramente, a postura concretista da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Müller sustenta que a *delimitação do conteúdo* do direito fundamental é que será determinante na aferição de seus limites. Este conteúdo será estremado, na linguagem de Müller, mediante um *trabalho* de interpretação da norma jurídica em um processo de *concretização*. Sua estrutura – da norma jurídica – seria marcada primeiramente por dados veiculados *diretamente* pela linguagem (os chamados *dados de linguagem*) e também pelos dados indiretamente veiculados pela linguagem (que possuem *nexo com a realidade*). Segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, "na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade"

Fazendo uma distinção entre o *texto* e a *norma* (que se extrai do primeiro), Müller defende um conceito de norma jurídica que ele chama de *pós-positivista* e que é composto de dois elementos principais: o *programa da norma* (ou *programa normativo*) e o *âmbito da norma* (ou *âmbito normativo*). A tarefa do intérprete seria "identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos" mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, em um processo amplo de *concretização*. Neste contexto, conforme exprime Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, "norma e realidade são termos de mútua implicação, pois o conteúdo daquela primeira é o resultado da concretização, processo no qual a segunda adquire uma especial relevância".

Por *programa normativo* Müller se refere ao "resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem", distinguindo-o do *âmbito da norma*, que significa dentro da Teoria Estruturante de Müller um conceito que "se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da

norma", ou traduz "o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo". Müller distingue, ainda, outras duas categorias no âmbito da interpretação da norma jurídica, chamadas de *âmbito do caso* e *âmbito material*. Por *âmbito material* Müller se refere a todas as possibilidades fáticas que podem se relacionar ao caso concreto, sendo o *âmbito do caso* uma espécie de "recorte no âmbito material". O *âmbito da norma* pode ser formado com a "perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou do âmbito do caso" Müller deixa claro, portanto, que *âmbito da norma* não é uma categoria jurídica que faz ressurgir a Teoria da *Força Normativa dos Fatos* (Jellinek), tendo em vista que sua existência valorativa se relaciona aos limites linguísticos que são estabelecidos pelo *programa normativo.*

Uma indagação pode ter surgido de modo quase intuitivo. Se Friedrich Müller sustenta que "(...) a orientação prévia para o jurista que trabalha na práxis não é a norma jurídica pronta para ser aplicada, mas apenas o texto da norma criado pelo legislador, bem como as circunstâncias factuais do caso (...)" e que "(...) partindo dos elementos dessas circunstâncias de fato, o jurista seleciona, recorrendo auxiliarmente à sua pré-compreensão treinada, hipóteses sobre o texto da norma (...)", não estaríamos tratando de uma *teoria externa,* já que são considerados elementos externos para fins de interpretação da norma?

A resposta há de ser negativa. O que se considera para fins de classificação de uma teoria como *externa* ou *interna,* é o modo como ela fundamenta as *restrições aos direitos fundamentais.* Segundo a Teoria Estruturante, embora a norma jurídica somente possa ser dimensionada no caso concreto (ou a partir do caso concreto, em uma aproximação metodológica com a Tópica de Viehweg), mediante um *trabalho* realizado pelo aplicador do direito, não há espaço para *colisões e restrições a direitos fundamentais.* O que ocorre é, no caso concreto, um *processo global* de *concretização* da norma jurídica que envolve *a delimitação do seu alcance e conteúdo a partir do caso concreto.* O próprio Friedrich Müller, conforme assinala Virgílio Afonso da Silva, rotula o sopesamento – um dos principais métodos de solução de *colisão de direitos fundamentais* no âmbito de uma teoria externa – de "um método irracional, uma mistura de 'sugestionamento lingüístico', 'pré-compreensões mal esclarecidas' e 'envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos', cujo resultado não passa de mera suposição".

Com estes breves comentários acerca da Teoria Estruturante de Friedrich Müller, buscou-se evidenciar o método de *trabalho* do aplicador do direito segundo sua teoria, a fim de que se perceba que a *teoria interna* por ele subscrita é absolutamente incompatível com os pressupostos teóricos da *teoria externa*, representada neste trabalho pelo método de restrição dos direitos fundamentais partindo da Teoria dos Princípios de Robert Alexy.

3 UM ESTUDO EM TORNO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO "CASO ELLWANGER" (HC/82424)

Siegfried Ellwanger recorreu (em 2002) ao Supremo Tribunal Federal após ter sido condenado pela prática de crime de racismo em virtude da publicação de obras

consideradas como de conteúdo anti-semita. Em 17 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, denegou a ordem postulada por Ellwanger no HC82424/RS, em julgamento que restou assim ementado:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. ***Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica*** (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) ***constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade*** (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. ***Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.*** 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. ***Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social.*** [...]. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. ***Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.*** [...]. 13. ***Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.*** 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). ***O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.*** 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da

memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (grifos e destaques nossos).

Preliminarmente, destaca-se que a análise desta decisão terá como foco principal a utilização concomitante de linhas argumentativas ligadas às teorias *interna* e *externa*. Nesse ínterim, o direito à livre expressão sobressai-se como categoria de análise da seguinte questão: uma manifestação artística de conteúdo racista está albergada pelo direito a liberdade de expressão, *a priori*?; Ou tal manifestação é excluída preliminarmente do âmbito de proteção na delimitação da norma que revela o direito a livre expressão?

Ainda que se perfilhe a importância dessa decisão para o reconhecimento do direito a não discriminação de minorias étnicas e raciais por parte do Supremo Tribunal Federal, por meio do redimensionamento do conceito de raça, ligado, na interpretação em tela, mais a processos de construção culturais, sociais e políticos do que a questões biológicas, não se constitui esse aspecto da decisão o objeto de estudo a que se propõe o presente artigo.

De uma análise criteriosa da decisão sob enfoque, se destacam as seguintes linhas argumentativas utilizadas por parte dos ministros que formaram a maioria no julgamento do *Habeas Corpus* em destaque:

a) O intérprete delimita o direito a livre expressão, concretizando-o na perspectiva da teoria *interna* ao excluir, *a priori*, "manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" do *âmbito normativo* desse direto. Deixa claro que, para esse caso, não incidiria a liberdade de expressão. Em outras palavras, não se teria liberdade para expressar-se através de quaisquer linguagens artísticas que contivessem conteúdo racista.

Percebe-se que o STF posicionou-se na mesma linha no "Caso Gerald Thomas" (HC/83996), entendendo que o ato em questão encontrava-se resguardado pelo direito a livre expressão *e* não se configurava como crime. A ementa relacionada ao julgamento que agasalhou este entendimento possui o seguinte teor:

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. ***Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.*** 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, ***dispensando-se o enquadramento penal***. [...]. (grifou-se)

b) Uma segunda linha de argumentação, que se revela incoerente com a anterior, foi assim resumida na ementa do "caso Ellwanger": "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo" [exclusão apriorística], dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica."

Percebe-se que, uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal *delimita o direito à liberdade de expressão* e depois, considerando este direito como um *princípio*, proclama que, diante do caso concreto, entre este princípio e os da dignidade da pessoa humana e da igualdade, prevalecem os dois últimos. Ou seja, *delimita*, depois *sopesa*. Utiliza-se, em outras palavras, de *pressupostos de teoria interna*, e depois, de *pressupostos da teoria externa*, em um processo nitidamente sincrético. Ora, ou na liberdade de expressão não entra qualquer prática considerada como racismo (delimitação objetiva do alcance do direito), ou a liberdade de expressão em colisão com outros princípios fundamentais, considerada em sua amplitude, inclusive no direito de proclamar idéias anti-semitas, não prevalece de modo absoluto, podendo ser restringida diante do caso concreto.Virgílio Afonso da Silva lança luz sobre esta situação, asseverando que

É interessante perceber que muitos daqueles que aceitam os pressupostos teóricos da teoria dos princípios, sobretudo na forma desenvolvida por Alexy – o que significa a aceitação da teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais -, muitas vezes tendem a não se dar conta de que isso implica aceitar direitos *prima facie* que muitos não estão dispostos a aceitar. Se se aceita um suporte fático amplo, a conseqüência automática é a aceitação de um direito amplo de liberdade. O que isso significa?

Isso significa que em um conceito amplo de liberdade devem ser incluídas, *prima facie*, condutas que eventualmente sejam consideradas imorais ou até mesmo ilícitas. [...]. Ainda que possa soar estranho em um primeiro momento, isso é necessário para a coerência da teoria.

c) Por fim, buscando outros métodos o intérprete utiliza como linha argumentativa a "interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma."

O que se percebe de uma análise das linhas argumentativas perfilhadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é a utilização simultânea, em um *único caso*, de teorias que partem de pressupostos teóricos incompatíveis, conforme se demonstrou no tópico antecedente. Nas linhas que se seguem, passa-se a problematizar a ocorrência deste *sincretismo metodológico* na hermenêutica constitucional do Supremo Tribunal Federal no processo de construção de uma hermenêutica brasileira.

4 O SINCRETISMO METODOLÓGICO NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA

A análise suscitada no tópico anterior parece transparecer a ocorrência inequívoca de um sincretismo metodológico, ou seja, a utilização simultânea, no mesmo campo de decisão, de linhas argumentativas as quais se baseiam em teorias conflitantes e incompatíveis entre si. Ainda que "no Brasil [...] ambas as teorias vêm sendo defendidas como se fossem compatíveis".

Este fato, longe de ter conseqüências de cunho puramente metodológico, traz em si questões fundamentais. Enumeram-se algumas:

1. A utilização de diversas teorias incompatíveis para fundamentar a mesma decisão parece-se com uma busca de argumentos por parte do intérprete a fim de justificar uma decisão já *previamente formulada* (antes de se percorrer um caminho hermenêutico na interpretação do(s) direito(s) envolvido(s) a partir do caso concreto);

A escolha entre a teoria interna ou a teoria externa reflete-se em uma importante questão subjacente: os direitos fundamentais devem ser *delimitados* ou *restringidos*? E a resposta leva o intérprete a uma bifurcação: ou exclui *a priori* determinados fatos do âmbito de proteção da norma ou parte-se de um direito amplo *prima facie* o qual poderá ser restringido quando em colisão com outros direitos fundamentais, fazendo surgir daí o direito em *definitivo*. Ambos os caminhos fundamentam-se em teorias consolidadas. E, em ambos, o intérprete deve atentar-se para a realidade circundante, seus contextos e historicidade, a fim de que, ou na delimitação ou na restrição (no decorrer da aplicação da *proporcionalidade* ou do *sopesamento*) fatos/condutas/valores sejam excluídos ou pouco considerados por parecerem fora da proteção do direito ou menos significantes no caso concreto. Ao delimitar, devem ser traçados os caminhos hermenêuticos que levaram à exclusão *a priori.* Ao se restringir devem-se explicitar as linhas argumentativas que levaram o intérprete a tomar determinada decisão. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, "quem decidir por um desses métodos arcará com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. *Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua idéia básica."*

Na decisão analisada observa-se *a simple*s enunciação de conclusões apriorísticas como "verdades incontroversas", como se observa do seguinte trecho da ementa do julgamento, *verbis:* "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra". Neste

contexto, um questionamento simples poderia ser formulado: *Que compreensões prévias e que contextos fáticos da realidade histórica política e cultural levaram a essa delimitação*? A ementa prossegue no seguinte sentido: "Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica". Aqui fica muito claro que não houve uma fundamentação *das linhas argumentativas e dos motivos que fundamentaram essa prevalência.* O pensamento de Luis Roberto Barroso agrega mais elementos a esta última reflexão:

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apóiem e lhe dêem sustentação. Ou seja: ***não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão***. *Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais freqüênci*a do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. (grifou-se).

2. Virgílio Afonso da Silva, ao falar sobre a segurança jurídica no âmbito das decisões judiciais, assevera que "a verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional". No esteio de seu pensamento raciocina-se que esse acompanhamento é viabilizado pela *clareza* e *coerência* da decisão. Não há como dialogar em uma perspectiva intersubjetiva com quem se dispõe a colocar-se de modo incoerente e pouco claro. Não há, sequer, como pugnar pela razoabilidade (ou não) da decisão. Inexiste, de igual modo, fundamentação efetiva numa decisão sincrética do ponto de vista metodológico, pois que não se compreende os caminhos trilhados e os conceitos e fundamentos utilizados no decorrer da construção, de modo que, ainda segundo Luís Roberto Barroso,

[...] o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.

Afinal, a manifestação literária de conteúdo racista encontra-se (*prima facie*) incluída no direito a liberdade de informação sendo afastado em prol do direito a dignidade humana em um caso concreto, ou simplesmente não está no âmbito de proteção da norma? Ademais, como se pode excluir determinada conduta, delimitando um direito fundamental, e, após, colocar esse direito em colisão com outros e determinar seu

afastamento no caso concreto em virtude daquela mesma conduta já previamente excluída?

Essas questões, pois, como se viu, demandam importantes reflexões no âmbito dos direitos fundamentais e, mesmo, no âmbito da própria Teoria da Constituição. Conforme pontua Virgílio Afonso da Silva, há que se fazer um estudo "acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros." E arremata o multicitado autor: "É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira."

É imprescindível, portanto, o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional em nosso país que, além de desenvolver uma interpretação coerente e basear-se em argumentos os quais possam ser dialogados intersubjetivamente, traga em si reflexões acerca dos fundamentos e valores que motivam as decisões. Para tal, faz-se imperioso, além de se afirmar e declarar o Direito, explicitar o que se compreende como seu significado ao proclamá-lo.

Ou, ainda, nas palavras de Lenio Luiz Streck, "[...] o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber *o que dizemos quando falamos delas*, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas."

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sincretismo metodológico averiguado na decisão (ementa) do "Caso Ellwanger", longe de constituir-se em um estudo meramente metodológico, deflui como uma ação interpretativa que traz em seu bojo um amálgama de linhas e teorias argumentativas e interpretativas tantas vezes incompatíveis entre si.

Interpretações sincréticas traduzem, entre outras, uma não-escolha clara de qual teoria se segue. E, no que tange ao uso simultâneo de teorias internas e externas, isto obscurece (ou invisibiliza), por exemplo, a necessidade de se posicionar em relação ou a restrição ou a delimitação dos direitos fundamentais.

Ademais, a interpretação sincrética pode ser utilizada como uma simples busca de argumentos que fundamentem decisões pré-concebidas e que acabam, portanto, lançando um véu sobre importantes reflexões que fundamentam quaisquer teorias interpretativas constitucionais, quais sejam: o que se compreende por Constituição e direitos fundamentais; e como se relacionam esses direitos com a historicidade, contexto e realidade social, econômica e política brasileiras.

Além de não clarificar importantes debates como os exemplos acima, o sincretismo metodológico dificulta uma compreensão da hermenêutica constitucional tracejada pelo Supremo Tribunal Federal, o que inviabiliza um controle de suas decisões por meio de um diálogo intersubjetivo entre a sociedade, a Academia, movimentos populares e

organizações sociais etc e o STF. Não contribuindo, portanto, para a construção de uma hermenêutica constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. vol. 13, no. 3 set., 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Começo da História**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf >. Acesso em: 13 set 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 13, n. 52, jul-set, 2005, p. 51-68.

DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

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

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do Direito pelo STF. **Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI**. Recife: 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009

_____. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007;

_____. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, 2002, p. 23-50.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Cf. neste sentido as considerações de Virgílio Afonso da Silva em: SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 127, nota de rodapé 1.

Embora seja utilizada a terminologia *regra* da proporcionalidade, há inúmeros estudos que a consideram como um *princípio*, como uma *máxima*, ou mesmo como um *método*. Para um aprofundamento nesta temática, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, 2002, p. 23-50.

Para um melhor exame acerca do que se entende por suporte fático amplo e restrito, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 65-126.

Também aqui deve se fazer referência aos estudos de Virgílio Afonso da Silva que, ao que se parece, pioneiramente trouxe a crítica do que ele chama de *sincretismo metodológico*, visualizado a partir da aplicação indistinta das teorias destes dois autores, ao plano da discussão teórica acadêmica. Cf., neste sentido, os seguintes estudos do autor: SILVA, Virgílio Afonso. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

Conforme reconhece Robert Alexy, "a distinção entre regras e princípios já tinha sido estudada a fundo na Alemanha por Josef Esser durante os anos cinquenta, embora com uma terminologia ligeiramente diferente. Na Áustria, Walter Wilburg nos anos quarenta já havia antecipado os principais desenvolvimentos de sua teoria dos sistemas flexíveis. Ainda assim, foi o desafio principal de Ronald Dworkin dirigido ao positivismo de H. L. A. Hart, inicialmente em "The Model of Rules", que marcou o início de uma discussão mais aprofundada" (tradução livre) (ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. vol. 13, no. 3 set., 2000, p. 294-304). O "desafio" ao positivismo jurídico de Hart a que se refere Alexy foi assim anunciado por Dowrkin em *Taking Rights Seriously*: "Quero lançar um ataque geral ao positivismo jurídico e usarei

a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35).

Cf. tópico seguinte.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Alexy inventariou, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a maior parte das teorias que levam em consideração tais valorações. Segundo ele, "há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais freqüência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. Outros critérios discutidos são "a determinabilidade dos casos de aplicação", a forma de seu surgimento — por exemplo, por meio da diferenciação entre normas "criadas" e normas "desenvolvidas" —, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras," ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento." (para uma leitura das inúmeras notas de rodapé e dos comentários secundários feitos pelo autor cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87-89).

A referência é precipuamente ao trabalho intitulado Taking Rights Seriously, com tradução para o português: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Como esclarece o próprio Alexy, a idéia de mandamento por ele utilizada é a mais ampla possível, abrangendo não apenas determinações proibitivas como também permissivas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, nota 23).

Ibid., p. 94-99.

Ibid., p. 99.

Art. 220 da Constituição Federal: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Art. 5º, X, da Constituição Federal: "são invioláveis a intimidade, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Naturalmente, a idéia de *sopesamento,* neste caso, está estritamente vinculada à exposição da teoria externa, já que, se estivéssemos a tratar de uma teoria interna, a solução se daria no âmbito de definição do *conteúdo* e dos *limites* dos direitos fundamentais envolvidos no caso. Em outras palavras, onde existe colisão para a teoria *externa,* há, a bem da verdade, um problema de *delimitação* do direito, segundo os pressupostos de uma teoria *interna.*

Um exemplo pode deixar a lei de colisão mais clara. Levando-se em consideração o art. 220 e o art. 5º, X da Constituição Federal, chegaríamos a dois princípios, respectivamente P1 e P2. Vejamos o exemplo. Determinado dia, um artista de cinema foi fotografado despido dentro de sua residência por um *paparazzi*. Partindo-se dos pressupostos da Teoria de Alexy, e se considerarmos preenchida as condições de prevalência da intimidade sobre a liberdade de imprensa neste caso concreto, teríamos a seguinte equação: (P2 **P** P1)C (Dadas as condições *C,* deve prevalecer P2). Logo, a consequência jurídica que deverá implementar-se será a que for expressa por P2. Em outras palavras, o artista teria, no exemplo acima, direito a uma indenização.

Até esse ponto não há qualquer distinção entre a Teoria dos Princípios de Alexy e a distinção proposta em *Taking Rights Seriously* de Ronald Dworkin quanto às regras. Ambos as classificam como determinações definitivas simplesmente realizáveis ou não (*all or nothing – ou tudo ou nada*). Segundo Dworkin, "as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39). Alexy vai afirmar que "esse modelo é (...) muito simples" e sustentará que um conflito existente, por exemplo, entre duas regras também pode ser resolvido mediante a inserção de uma *cláusula de exceção* em uma delas, não sendo necessário a declaração de *invalidade* da regra. Segundo ele, "do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso". Essa afirmação leva a uma consequência: as regras, com isso, perderiam o seu caráter de definitividade e se tornariam, também, direitos *prima facie.* Neste sentido, o próprio Alexy afirma que "se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo." Porém, Alexy sublinha que "o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios — o que teria como conseqüência o fim da validade das regras enquanto regras — é que regras e princípios passam a ter o

mesmo caráter *prima facie*." E concluirá afirmando, assim, que "regras e princípios possuem um caráter *prima facie* distinto." (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106). Para uma visão comparada das teorias de Dworkin e Alexy, cf. CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 13, n. 52, jul-set, 2005, p. 51-68.

Mais uma vez invoca-se o magistério de Virgílio Afonso da Silva para deixar clara a distinção. Segundo o autor: "Nos casos de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração da invalidade de uma delas." (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 48).

Neste ponto, é importante destacar a posição divergente de Humberto Ávila, para quem a solução dos conflitos de regras também envolvem uma operação de sopesamento. Ao se referir à distinção *forte* entre regras e princípios elaborada por Alexy e Dworkin, Ávila tece os seguintes comentários: "A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de princípio com base no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomia. Essa distinção entre as espécies normativas sofreu várias críticas. O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que *toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação*. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa: sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: definição do sentido de livro para efeito de determinação do aspecto material da regra de imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das duas regras (exemplo: uma regra que determina a concessão da antecipação de tutela para evitar dano irreparável e outra regra que proíbe a antecipação se ela provocar despesas para a Fazenda Pública). E inapropriado, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em propriedades comuns às espécies diferenciadas a ponderabilidade e a superabilidade." (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88)

Importante sublinhar que a argumentação aqui desenvolvida busca singelamente explicitar o conceito de *restrição* a direitos fundamentais a partir do modelo de princípios e regras por ele desenhado (teoria *externa*) e por intermédio de um arquétipo teórico relacionado aos pressupostos da teoria *interna*. Alexy, a bem da verdade, prossegue em sua argumentação definindo o *interior* das restrições – fixadas as premissas aqui expostas – em diversas modalidades de restrições que podem ser descritas e as formas como devem se desenvolver a fim de que sejam consideradas legítimas. Este aspecto, entretanto, apesar de fundamental em sua teoria, não é

importante para os fins deste artigo, que pretende criticamente demonstrar o sincretismo metodológico no âmbito do STF tão-somente no que diz respeito à adoção indiscriminada de pressupostos teóricos da teoria interna e da teoria externa. Para um aprofundamento nas "distinções no interior da classe das restrições" cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276-340. Além de demonstrar alguns dos aspectos relevantes da Teoria dos Princípios de Alexy que contribuam para evidenciar a incompatibilidade entre sua teoria e a de Friedrich Müller. Ou, como se expressa claramente Virgílio Afonso da Silva: "não são necessárias grandes digressões teóricas e metodológicas para fundamentar a tese, aqui defendida, de que as teorias de Müller e Alexy são incompatíveis." (SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136-137).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

Virgílio Afonso da Silva afirma inclusive que sopesamento e limites imanentes (uma das vertentes da teoria *interna*) são idéias mutuamente exclusivas (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 133).

Do mesmo modo como se sublinho quando se expôs em breves linhas as principais idéias da Teoria dos Princípios de Alexy, também aqui deve ser assinalado que a exposição buscará, tão-somente, apontar os principais traços da Teoria Estruturante de Müller para fins de subscrevê-la aos pressupostos de uma teoria *interna.* Importante, ainda, sublinhar que a colocação de Müller em uma teoria interna é simplesmente em razão de sua postura face às *restrições*, qual seja, rejeitar os métodos de solução de teorias externas.

Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

Segundo a teoria estruturante de Müller, a norma jurídica não é elaborada para ser *compreendida* pelos intérpretes e aplicadores do direito, mas tão-somente por eles *trabalhada*: "A hermenêutica já foi insuficiente no seu enfoque inicial; não se trata essencialmente de *compreender* — isso só vem ao caso no *primeiríssimo* estágio inicial, por ocasião da reformulação da narrativa do caso em circunstâncias de fato, em tipo legal, e na formulação de hipóteses sobre o texto da norma e, na sua esteira, de primeiras hipóteses sobre o âmbito material. Textos de normas não são promulgados para ser "compreendidos", mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim. E também *não* se trata *apenas* de *interpretar*, quer dizer, de tornar compreensível, sobretudo na formulação das razões da decisão para o público externo. Pelo contrário, trata-se sempre de *trabalho com textos* no âmbito de instituições normatizadas do Estado e de procedimentos normatizados, trata-se de uma semantização integrativa ativa, de trabalho potencialmente complexo sobre textos." (MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158).

Segundo Bustamante, *concretização* é um conceito-chave na teoria de Müller, e significa precisamente "o procedimento por meio do qual se parte do texto da Constituição para se chegar à regulação concreta da realidade." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 102).

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238-239.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 253.

Conforme Müller, "a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os *textos normativos.* A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial." (MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161). Alexy, de modo similar, propõe uma distinção entre *norma* e *enunciado normativo*. O enunciado normativo seria o que em Müller corresponde ao *texto.* Para Alexy, portanto, "uma norma é (...) o significado de um enunciado normativo" (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54; no mesmo sentido cf.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 106). Essa distinção entre texto e norma está permeada em diversos autores, conforme demonstra Alexy: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54, nota 10.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 253.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

Ibid., p. 239.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 254.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

Para uma análise sistematizada desta teoria, cf. DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p. 121-124.

Por isso, Müller sustenta que "el ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y âmbito normativo queda descartada la «fuerza normativa de lo fáctico» como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos. (MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 9. Num. 27. Septiembre-Diciembre,1989, p. 124). Um aspecto importante da teoria de Müller – mas que não interessa aos limites metodológicos deste trabalho – diz respeito à questão do estabelecimento de uma espécie de hierarquia ou preferência no processo de concretização (Müller chama de uma *hierarquia dos elementos de concretização*), idéia que, segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, na esteira de Paulo Bonavides, traduz a maior fragilidade de sua teoria. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 255; MÜLLER, **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 243)

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

Ibid., p. 240.

Esta distinção necessária é pontuada por Virgílio Afonso da Silva nos seguintes termos: "(...) é possível que se imagine que não há diferença alguma entre a dicotomia *suporte fático restrito* vs. *suporte fático amplo* e a contraposição *teoria interna* vs. *teoria externa*. Defender um suporte fático restrito seria, então, a mesma coisa que aceitar uma teoria interna, enquanto o suporte fático amplo seria um reflexo da teoria externa. Essa não é, contudo, uma ligação nem necessária, nem freqüente. Não é uma ligação necessária porque, rnetodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e sua restrições. Isso é perceptível com clareza por meio da possibilidade de se pressupor um suporte fático restrito e, ao mesmo tempo, aceitar as premissas da teoria externa no que diz respeito à relação entre o direito em si e suas restrições." (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 158).

Thomas da Rosa de Bustamante sustenta que há uma relação muito próxima entre as idéias de Müller, Theodor Viehweg e Kelsen. Segundo o autor, Müller busca uma espécie de "conciliação" entre os dois. Esta afirmação se deve, ao que nos parece, ao fato de ambos – Kelsen e Müller – sustentarem que a função criativa do intérprete ao criar o direito. Contudo, ainda segundo Bustamante, para Müller esse processo interpretativo pode ser *racionalizado*, ao passo que em Kelsen há uma espécie de discricionariedade quanto às decisões possíveis de se obterem dentro da moldura normativa. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller

e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 98-104).

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 623.

"Em 1986, o grupo Movimento Popular Anti-Racismo, formado pelo Movimento de Justiça e Direitos Humanos, pelo Movimento Negro Brasileiro e pelo Movimento Judeu de Porto Alegre, denunciou o conteúdo supostamente racista das obras da Editora Revisão, de Siegfried Ellwanger Castan, à Coordenadoria das Promotorias Criminais. Fez-se uma nova denúncia em 1990, desta vez junto à chefia da Polícia do Estado do Rio Grande do Sul, que instaurou inquérito policial, que foi remetido ao Ministério Público. A denúncia foi recebida em 1991, e foi determinada a busca e apreensão dos exemplares de diversos livros publicados por Castan, entre eles, Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século, do próprio Castan, Hitler Culpado ou Inocente?, de Sérgio Oliveira e Os Protocolos dos Sábios de Sião, prefaciado por Gustavo Barroso. Castan foi, então, em 1995, julgado e absolvido em primeira instância; contudo, em 1996 foi condenado por unanimidade pelos desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apesar da condenação, ainda em 1996, Castan foi flagrado vendendo seus livros na Feira do Livro de Porto Alegre, o que levou a uma nova denúncia, que foi recebida em 1998, e pela qual foi condenado a dois anos de reclusão. Castan então recorreu, argumentando que os judeus são uma etnia, e não uma raça, e que, portanto, anti-semitismo não é racismo. Seu recurso, porém, foi negado, e a condenação foi reiterada pelo STF em 2003". Informações disponíveis em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Siegfried_Ellwanger_Castan>. Acesso em 13 set 2009.

HC 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 17/09/2003, publicado no DJ n° 54 de 19/03/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC$.SCLA.%20E%2082424.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2082424.ACMS.%29&base=baseAcordaos >. Acesso em: 13 set 2009.

Definido no art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988: art. 5º. [...]. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

"Gerald Thomas é um famoso diretor de teatro brasileiro, cujas peças teatrais são conhecidas pelas polêmicas que provocam. No dia 17 de agosto de 2003, às duas horas da madrugada, Gerald Thomas concluiu a apresentação de mais uma peça – uma adaptação de "Tristão e Isolda" –, que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro. Ao invés de ouvir os tradicionais aplausos, Gerald Thomas foi vaiado pelo público, que não havia gostado da peça. Como forma de protesto pelas vaias que recebia, o diretor de teatro simulou uma masturbação no palco e, ato contínuo, virou de costas para o público, abaixou as calças até o joelho, arriou a cueca e exibiu suas nádegas para os espectadores que ali se encontravam. A lamentável cena foi, inclusive, filmada, tendo gerado ampla repercussão após ser divulgada em cadeia nacional por diversas redes de televisão. O caso foi parar na polícia. Gerald Thomas foi acusado da prática de "ato

obsceno", crime tipificado no art. 233 Código Penal brasileiro: "praticar ato obsceno em público ou aberto ou exposto ao público: pena, de detenção de três meses a um ano, ou multa". Não conseguindo barrar o trâmite da ação penal nas instâncias ordinárias, Gerald Thomas ingressou com pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, alegando que a perseguição penal violava o seu direito à liberdade artística e de expressão". Informações disponíveis em: <http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/jurisprudenciando-casos-curiosos.html>. Acesso em: 13 set 2009.

HC 83996/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/08/2004, publicado no DJ n° 165 de 26/08/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC$.SCLA.%20E%2083996.NUME.%29%20OU%20%28HC.ACMS.%20ADJ2%2083996.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 set 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 153.

Os quais não serão analisados por não encontrar-se no que se propõe o presente artigo, bastando apenas citá-los como linhas argumentativas diversas das teorias interna e externa como meios de reafirmar a decisão.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 139.

No mesmo sentido Cf. o posicionamento de SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do Direito pelo STF. **Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI**. Recife: 2006.

Assim posiciona-se Virgílio Afonso da Silva acerca da teoria interna: "é fácil perceber o quão tênue é a passagem da aceitação de 'direitos grotescos' para a aceitação de ações sobre cuja inclusão no âmbito de proteção de algum direito fundamental não há consenso". (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 154). O mesmo autor, ao elencar entre as principais críticas à teoria externa a questão da segurança jurídica assim coloca-se: "mas a segurança jurídica não depende apenas do *método* de aplicação do direito e de soluções de colisões entre direitos fundamentais." (*Ibid.*, p. 149).

Ibid., p. 142.

BARROSO, Luis Roberto. **O Começo da História**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 13 set 2009.

Ibid.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 143.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.