

Regras e princípios sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais: a possibilidade e os limites da racionalidade no processo de argumentação do STJ

Rules and principles from the standpoint of Fundamental Rights Theory: the possibility and the limits of rationality in the STJ's argumentation process

DOI:10.34117/bjdv7n7-446

Recebimento dos originais: 10/06/2021

Aceitação para publicação: 20/07/2021

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Doutor e mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor pesquisador visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia (Berkeley) e no Instituto Max-planck de História do Direito Europeu (Frankfurt). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito do UNICEUB. Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Pós-doutor em Direito Comparado (Boston University) e em Teoria Literária (Universidade de Brasília). Consultor da União

Maria do Socorro Rodrigues Coelho

Doutoranda em Direito e políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB. Mestre em Letras pela Universidade Federal do Piauí-UFPI. Professora de Hermenêutica e Argumentação Jurídica do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Advogada.

E-mail: msrcelho@yahoo.com.br

RESUMO

Este artigo tem como objetivo geral analisar, a partir dos pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação, o papel das regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que se refere ao processo de argumentação contido nos acórdãos do STJ, atinentes à colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais. Tem-se como problema de pesquisa: de que forma se materializam as possibilidades e limites da racionalidade em julgados envolvendo a colisão de direitos fundamentais nas decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ? Para responder este questionamento, faz-se uma abordagem teórica pautada, principalmente, em Robert Alexy e sua teoria dos Direitos Fundamentais e em Ronald Dworkin. Em seguida, apresenta-se dois acórdãos do STJ, cujas decisões envolvem a colisão de princípios. Trata-se de uma pesquisa de caráter bibliográfico e qualitativa. Pelos acórdãos analisados, à luz dos pressupostos teóricos selecionados, notou-se que o STJ utiliza elementos embaixadores da teoria de Alexy e Dworkin para resolver colisão de princípios, a exemplo do sopesamento, ponderação, precedência condicionada, dentre outros. Esses elementos têm o intuito de dar à demanda uma solução racional, cuja sustentação se projeta na tutela da dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição brasileira.

Palavras-chave: regras e princípios. Direitos fundamentais. Colisão. Sopesamento. Precedência condicionada.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the role of rules and principles in the Brazilian legal system, based on the assumptions of the Fundamental Rights Theory and Argumentation Theory, especially with regard to the process of argument contained in STJ judgments to collision of principles involving fundamental rights. One has as a research problem: in what way do the possibilities and limits of rationality materialize in judgments involving the collision of fundamental rights in the decisions of the Superior Court of Justice-STJ? To answer this question, a theoretical approach is based, mainly on Robert Alexy and his theory of Fundamental Rights and Ronald Dworkin. Next, two judgments of the STJ are presented, whose decisions involve the collision of principles. This is a bibliographical and qualitative research. From the analyzed judgments, in light of the selected theoretical assumptions, it was noted that the STJ uses elements based on the theory of Alexy and Dworkin to solve a collision of principles, such as weighing, weighting, conditioned precedence, among others. These elements have the purpose of giving to the demand a rational solution, whose sustentation is projected in the protection of the dignity of the human person, major principle of the Brazilian Constitution.

Keywords: rules and principles. Fundamental rights. Collision. Weighting. Conditional precedence.

1 INTRODUÇÃO

Dworkin, em seu livro *Levando os Direitos a sério*, argumenta que as proposições do positivismo estavam equivocadas e deviam ser abandonadas. Resume sua argumentação defendendo a tese de que há algum teste para o direito, comumente aceito, se forem levadas em conta apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e os juízes, ao debaterem ou decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também, os princípios jurídicos, a exemplo do princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos¹.

Alexy, a partir dos posicionamentos adotados por Dworkin, afirma que a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que

¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002. p. 73

pode ser levada a cabo por meios racionais. Na concepção de André Karan,² Alexy é considerado um dos principais pensadores do Direito da contemporaneidade. Suas obras—especialmente *Teoria da argumentação jurídica* e *Teoria dos direitos fundamentais*—foram traduzidas para diversas línguas e influenciaram de maneira decisiva a produção jurídica brasileira nas últimas décadas, o que se pode verificar tanto pela publicação de centenas de livros e artigos científicos, seja mediante a recorrente citação de suas ideias nas decisões judiciais.

Ainda André Karan evidencia a importância dos pressupostos da teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy nos casos em que **o direito positivo não fornece a resposta para os problemas concretos**, ensejando a exigência de uma decisão judicial que considere os princípios jurídicos envolvidos. Neste contexto, Alexy desenvolve um sistema para combater **o argumento da irracionalidade das decisões: a argumentação jurídica seria**, portanto, a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos. Para tanto, o grau de racionalidade adviria da estrutura lógica decorrente de juízos quanto à correlação entre *intervenção* e *satisfação* dos princípios jurídicos envolvidos (tecnicamente, conhecida como a “lei de sopesamento”), bem como da certeza sobre as questões fáticas.

Assim, além do juízo sobre a intensidade de intervenção/satisfação dos princípios jurídicos, Alexy também refere que a intensidade da confiança sobre as premissas fáticas permitiriam expressar a famosa “fórmula de peso”:

$$W_{ij} = I_i - W_i - S_i$$

$$I_j - W_j - S_j$$

I = interferência ou satisfação

W = peso abstrato do princípio

S = confiança na premissa fática

Considerando os elementos lógicos explicitados na fórmula, a decisão pode ser considerada aceitável se racionalmente fundamentada mediante a utilização de argumentos que suportem a atribuição de valores aos elementos da intervenção/satisfação e certeza quanto às premissas fáticas. Nessa atribuição de juízos de ponderação ao texto

² KARAN, André. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 17 mai. 2020.

constitucional é que o direito expressaria a sua conexão necessária com a moral, aproximando a dimensão real do direito (direito posto ou a decisão judicial) à sua dimensão ideal (pretensão de correção). Tal aproximação, entretanto, sustentar-se-ia tão-somente mediante a demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção³.

O objetivo deste artigo é analisar, a partir dos pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação, o papel das regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que se refere ao processo de argumentação contido nos acórdãos do STJ, atinentes à colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais. Tem-se como problema de pesquisa: de que forma se materializam as possibilidades e limites da racionalidade em julgados envolvendo a colisão de direitos fundamentais nas decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ? É uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, que utiliza o método indutivo, ou seja, parte de duas situações (dois julgados do STJ), para verificar elementos embasadores da teoria de Alexy e Dworkin na resolução de colisão de princípios, a exemplo do sopesamento, ponderação e precedência condicionada.

Nas seções seguintes, desenvolve-se uma discussão dos elementos básicos da Teoria dos Direitos Fundamentais e alguns pontos de divergência entre Alexy e Dworkin. A abordagem acerca desses pressupostos teóricos deve levar em conta o que observa Inocêncio Coêlho⁴: as leis só entram e permanecem em vigor depois de certificadas pelos juízes; antes disso, não passam de preceitos expectantes, de comandos potenciais aguardando que os intérpretes/aplicadores a tanto legitimados reconheçam/declarem — o

³ KARAN, André. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 17 mai. 2020. Realizando severa crítica à aplicação da teoria de Alexy pelo STF, Karan afirma que os princípios tornaram-se uma espécie de *máscara da subjetividade*, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem. Neste contexto, os princípios jurídicos, especialmente a proporcionalidade, exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para imposição de todo e qualquer argumento. Desse modo, considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador, o que se verifica é que, no Brasil, a vulgata da ponderação não está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo e, sob o alibi teórico da proporcionalidade, instituindo uma justiça cada vez mais lotérica.

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica**. Disponível em https://www.uniceub.br/media/911057/Indetermina%C3%A7%C3%A3o_do_direito__discricionariedade_judicial_e_seguran%C3%A7a_jur%C3%ADdica___Inoc%C3%A4ncio_Coelho.pdf. Acesso em 17 mai. 2020.

que exige prévia triagem hermenêutica —, que ocorreu, de fato, a hipótese de incidência desses preceitos e, só então, desencadeiem as respectivas consequências jurídicas.

2 REGRAS E PRINCÍPIOS: DISTINÇÕES, CONFLITO ENTRE REGRAS E COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Para a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy⁵, a distinção entre regras e princípios constitui a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De acordo com autor em comento, sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, tampouco uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos à proteção, à organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Ainda **Alexy defende que a distinção entre regras e princípios constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito desses direitos.** Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

O autor em estudo faz referência às normas de direitos fundamentais como regras quando afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. Trata-se a seguir dessa necessária distinção.

Na concepção de Alexy⁶, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da **generalidade**, segundo o qual **princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto**, enquanto o grau de generalidade

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. p. 85

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. p. 87-8

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. Alexy preleciona que segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Outros critérios discutidos por Robert Alexy 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 ideia 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**. Com base nesses critérios, são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios.

A **primeira tese** sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. A **segunda tese** é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que veem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A **terceira tese**, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.

Na concepção de Alexy⁷, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. **Princípios** são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. **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

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. p. 90-1.

uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. 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 princípio.

Outra distinção interessante entre regras e princípios é apresentada por Humberto Ávila⁸, segundo o qual as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os **princípios** consistem em **normas** primariamente **complementares e preliminarmente parciais**, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, **não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão**. Já as **regras** consistem em normas preliminarmente **decisivas e abarcantes**, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.

Mas como resolver o conflito entre regras? Robert Alexy⁹ defende que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma **cláusula de exceção** que **elimine o conflito**, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre **a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio**. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.

⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005. p.130;

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. p. 92.

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma: *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.

3 E DE QUE MODO É POSSÍVEL RESOLVER A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS ?

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. **Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.** Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições, isso significa de acordo com o autor em estudo, que os princípios têm pesos diferentes e que os que possuem maior peso têm precedência. **Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso¹⁰.** No mesmo sentido, Luis Prieto Sanchis¹¹

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. pp. 93-94.

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. **Sobre principios y normas**. Problemas del Razonamiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992. p. 166-167.

preleciona que el criterio de universalización supone que una decisión está justificada cuando puede adoptarse en cualquier otro supuesto de hecho igual, y en este ámbito, los principios tienen un puesto muy central. Así los principios y valores de la Constitución son una forma de universalización. Lo mismo puede decirse de la técnica de los principios implícitos. Para obtener un principio en este ámbito, se procede mediante la generalización a partir de un conjunto de normas que contemplan supuestos de hecho análogos. Por eso concluye la universalización parece configurarse como un requisito necesario para que el argumento generalizante desemboque en un principio.

Para ilustrar as soluções envolvendo colisões entre princípios, Alexy apresenta sopesamentos de interesses feitos pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Utiliza duas decisões: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach. No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há "uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado". Alexy afirma que 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 prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um **sopesamento** entre os interesses conflitantes". Essa situação de decisão corresponde exatamente à **colisão entre princípios**.¹²

O autor em estudo afirma que isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das **possibilidades fáticas e jurídicas** de sua realização. Se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória ou, no mínimo, permitida. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. pp. 99-100

jurídicas de realização do outro. **Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico.** Ela **tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios**, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma **relação de precedência condicionada entre os princípios**, com base nas circunstâncias do caso concreto.

O que foi dito até agora pode ficar ainda mais claro com o auxílio do caso Lebach apresentado por Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Nessa decisão estava em questão o seguinte: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões. A argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, o que é de especial interesse para a teoria das condições de precedência. Na primeira etapa constatou-se uma **"situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 20, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2"**. Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P1, e o segundo por P2. Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. Esse "conflito" - como o Tribunal Constitucional Federal costuma chamar esse tipo de colisão - não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas

por meio de "**sopesamento**", no qual nenhum dos princípios - nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de "valores constitucionais" - "pode pretender uma precedência geral". Ao contrário, é necessário "decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais".¹³

4 O CARÁTER *PRIMA FACIE* NAS REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Robert Alexy apresenta, na discussão da sua teoria dos Direitos Fundamentais, o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. De acordo com o autor, **princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes**. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio¹⁴.

Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

No entanto, Alexy adverte que não é correto imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. O autor considera que esse modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma "tudo ou nada", enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Robert Alexy considera que esse modelo

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. pp. 99-100.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. pp. 99-100

dworkiniano é muito simples, explicitando a necessidade de um modelo diferenciado. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido. 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. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.¹⁵

5 A CONCEPÇÃO DA AMPLITUDE DOS PRINCÍPIOS EM ALEXY E DWORKIN

Na discussão da amplitude dos princípios, Robert Alexy defende que estes podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. No caso Lebach, por exemplo, dois princípios são contrapostos: um garante um direito *prima facie* à proteção da personalidade, e o outro um direito *prima facie* à liberdade de informar. Por sua vez, na decisão acerca da capacidade para participar de audiência processual colidem os direitos à vida e à incolumidade física com o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal, que é um princípio vinculado a um interesse coletivo. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal oferece inúmeros exemplos de princípios vinculados a interesses coletivos: a saúde da população, o fornecimento de energia" e a segurança alimentar, passa pelo combate ao desemprego" e engloba, por fim, a garantia da estrutura interna das Forças Armadas, a segurança da República Federal da Alemanha e a proteção da ordem democrática. O fato de que um princípio se refira a esses tipos de interesses coletivos significa que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam - na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas - critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais.¹⁶

O conceito de princípio em Dworkin é criticado por Alexy, sob a alegação de que é definido de forma restrita. Segundo Alexy, Ronald Dworkin considera que os

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. pp.103-105.

¹⁶ Idem, pp.103-105

princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como "políticas". A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de "princípio em sentido genérico" - e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios - indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio. O mesmo vale para outras possíveis diferenciações.

5 DECISÕES DO STJ EM FOCO: A POSSIBILIDADE E OS LIMITES DA RACIONALIDADE NO PROCESSO DE ARGUMENTAÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Exemplificou-se a colisão de princípios e sua forma de solução no Tribunal Constitucional Federal alemão. Passe-se agora a exemplificar essa colisão de princípios no caso do Brasil e a forma de solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ. Utiliza-se dois casos ilustrativos da forma de atuação desse tribunal. O primeiro é representado pelo acórdão:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 47.549 - AL (2015/0026553-0) RELATOR: MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) RECORRENTE: EDIVAL AUGUSTO DOS SANTOS NETO (PRESO) ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS DECISÃO I - RELATÓRIO: EDIVAL AUGUSTO DOS SANTOS NETO,

interpôs recurso ordinário (CR, art. 105, II, alínea b) de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL EM OUTRO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA FAMILIAR. NECESSIDADE DA MEDIDA. SUPERLOTAÇÃO. CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GARANTIA DA HUMANIDADE PARA OS DEMAIS PRESOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

A ordem foi denegada a partir dos seguintes argumentos:

I - A permanência do preso em local próximo à família não é um direito absoluto e tampouco ilimitado, devendo ser obedecido, levando-se em consideração o interesse público, e a avaliação fundamentada do juiz, mediante análise de requisitos, entre eles a existência de vaga no estabelecimento prisional para onde se pretende ser transferido.

II - A colisão entre direitos fundamentais se resolve pela **ponderação** dos interesses envolvidos. No caso em tela, de superlotação, a medida adotada pela autoridade impetrada objetiva preservar o princípio fundamental da **dignidade humana**, previsto no art. 1º, inciso III, CF, fundamento do Estado brasileiro, e, mais, assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

III - A transferência do impetrante para um município que dista 154km da capital (um trajeto de cerca de 2 horas) não veda a assistência familiar, apenas mitiga esse interesse individual do impetrante para preservar o interesse dos demais presos e da sociedade. Com isso, a prevalência do **princípio da dignidade da pessoa humana não resulta na negação do direito à assistência familiar, mas a solução contrária sacrifica inteiramente aquele princípio fundamental.**

IV - Segurança denegada"(fl. 43). Infere-se dos autos que o recorrente é preso provisório e responde a processo na 5ª Vara Criminal de Maceió/AL. Por isso, vinha sendo custodiado em um dos estabelecimentos prisionais da capital do Estado de Alagoas. Em 22/03/2014, o Juízo das Execuções Criminais determinou a sua remoção para o presídio do Agreste, no Município de Girau do Ponciano, Estado das Alagoas. O pedido de retorno para o presídio da Capital foi rejeitado pelas razões que seguem:

Evidencia-se que **o atendimento dos diversos pedidos de transferência para o Sistema Prisional da Capital agravaria demasiadamente a situação vivenciada, a ponto de trazer enormes prejuízos às condições de salubridade e de segurança dos detentos, assim como da sociedade em geral. Observa-se, ainda, que o direito do apenado de cumprir a pena em local próximo a seus familiares não é absoluto e deve ceder em prol da segurança pública, de interesse coletivo.** [...] Além disso, a unidade prisional do Agreste apresenta estrutura que fornece ao detento condições mais dignas de higiene, alimentação e segurança, não havendo outros prejuízos senão aquele de permanecer mais afastado do local de residência de seus familiares, mas que deve ser **sopesado** com a necessidade de manutenção de **condições minimamente dignas de cumprimento da pena**"(fls. 11/12). [...] (STJ - RMS: 47549 AL 2015/0026553-0, Relator: Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), Data de Publicação: DJ 17/03/2015)

Passa-se agora para a apresentação do segundo julgado, a fim de que, em seguida, seja possível realizar-se a discussão das decisões a partir dos pressupostos teóricos apresentados acerca da colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais.

Transcreve-se os principais trechos do acórdão:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 535.994 - DF (2014/0151356-4)
RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA. AGRAVANTE:
ERENICE ALVES GUERRA ADVOGADO: SEBASTIAO BOTTO DE
BARROS TOJAL E OUTRO (S) AGRAVADO: DIEGO ESCOSTEGUY
ZERO ADVOGADO: VITOR PERDIZ DE JESUS BORBA E OUTRO (S)
DECISÃO

Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC, art. 544) interposto contra decisão que inadmitiu o especial em virtude da aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 354/355). O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 216):

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENTREVISTA JORNALÍSTICA. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA, PELO JORNALISTA, DE ATOS ATENTATÓRIOS À HONRA E À IMAGEM DA AUTORA. NÃO COMPROVAÇÃO.

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, somente é cabível reparação a título moral se houver prova de que o agente, mediante ato ilícito, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem". Não se configura ilícita a conduta do jornalista que, utilizando-se de sua **liberdade constitucional de expressão**, pensamento e exercício profissional, concede entrevista à emissora de rádio, tecendo comentários sobre fatos públicos, notórios e amplamente divulgados pela imprensa midiática acerca de denúncias envolvendo uma pessoa que ocupou cargo no alto escalão do governo, e que, inclusive, foi afastada de suas funções justamente em virtude das acusações a ela imputadas. Recurso conhecido e não provido. "No recurso especial, fundamentado no art. 105, III, a e c, da CF, a agravante apontou ofensa aos arts. 186, 927 e 953 do CC/2002. Sustentou, em síntese, que faz jus à indenização pleiteada, considerando ofensiva a notícia divulgada.

No agravo (e-STJ fls. 358/372), afirma a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial. Contraminuta às fls. 392/398 (e-STJ). É o relatório.

Decisão do STJ. Correta a decisão de inadmissibilidade. A jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de considerar que **não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes *animus criticandi* ou a narrar fatos de interesse público *animus narrandi*.** Há, nessas hipóteses, exercício regular do direito de informação.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - LEI DE IMPRENSA - ACÓRDÃO - OMISSÃO - AFRONTA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ART. 49 DA LEI Nº 5.250/67 - DIREITO DE INFORMAÇÃO - *ANIMUS NARRANDI* - EXCESSO NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO NÃO CONHECIDO. (...)

A argumentação no acórdão em análise foi a de que a **responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada).** A atividade jornalística deve ser livre para informar à sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito à informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de **injúria, difamação e calúnia**, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. **Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrandi*),** está sob o pálio das "**excludentes de ilicitude**"(art. 27 da Lei nº 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em **exercício regular do direito de informação.**

O Tribunal a quo, apreciando as circunstâncias fático-probatórias, é dizer, todo o teor das reportagens, e amparando-se em uma visão geral, entendeu pela **ausência de dano moral**, ante a configuração de causa justificadora (*animus narrandi*), assentando,

de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a lícitamente valorar fatos relativos a prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial, obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, absolutamente vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 07 da Corte. Precedentes. (...) Recurso Especial não conhecido."(REsp n. 719592/AL, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2005, DJ 1º/2/2006, p. 567.)

No caso concreto, o Tribunal de origem assim se manifestou sobre a matéria (e-STJ fls. 221/223): "Nesse contexto, examinando o teor da entrevista jornalística concedida pelo réu à rádio CBN, entrevista esta que motivou o ajuizamento da presente ação indenizatória, **não se infere qualquer expressão injuriosa, difamatória ou caluniosa do réu em relação à pessoa da autora**, tampouco acusações desprovidas de fundamento, na medida em que **o réu, como jornalista, limitou-se a tecer uma apreciação crítica dos fatos de público e notório conhecimento, cuja prática restou, inclusive, configurada nos autos do processo administrativo que tramitou perante a Comissão de Ética Pública da Presidência da República.**

Como se pode observar do contexto da entrevista, além de o réu se limitar a responder às perguntas formuladas pela entrevistadora, não se vislumbra a narrativa de qualquer fato que já não tenha sido objeto de ampla divulgação na mídia ou de apuração pela Controladoria Geral da União e pela Comissão de Ética Pública da Presidência, ressalvada a nota crítica que naturalmente permeia a rotina de quem lida com a análise do noticiário político no País, a qual, todavia, não desborda dos limites da livre expressão e manifestação do pensamento, a todos constitucionalmente garantida." O acórdão recorrido, com base nos elementos de prova, concluiu pela **inexistência do alegado abalo moral, visto que a matéria jornalística não ultrapassou os limites do direito à informação.**

Dissentir de tal fundamento é inviável no âmbito do recurso especial, em razão do teor da Súmula n. 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo, nos termos do art. 544,

§ 4º, II, a, do CPC. Publique-se e intimem-se. Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2015.

Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Relator.

(STJ - AREsp: 535994 DF 2014/0151356-4, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 03/03/2015).

As duas decisões apresentadas são exemplificativas da **colisão entre princípios**. Na primeira narrativa, tem-se o conflito entre **o princípio da assistência familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana**. No caso, o STJ opta pela prevalência da dignidade da pessoa humana, vez que considera que a partir da devida ponderação, transferir o preso para uma instituição carcerária que fica a cerca de 2h de distância da família do preso não configura infringir a assistência familiar, mas preservar um princípio de maior peso, e aqui se aplica o sopesamento defendido por Alexy, qual seja, a dignidade da pessoa humana, já que a prisão para a qual o recorrente foi transferido oferece condições bem melhores. Os ministros do STJ argumentam, portanto, que tal decisão não resulta na negação do direito à assistência familiar, entendem que a solução contrária afetaria o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No segundo julgado, tem-se uma outra colisão de princípios: **a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada)**. Os ministros do STJ argumentam que a atividade jornalística deve ser livre para informar à sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, **o direito à informação não é absoluto**, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No caso em análise, o STJ entendeu que os fatos divulgados pelo jornalista não configuraram injúria, difamação e calúnia, portanto, não há que se falar em dano moral. Houve a configuração de causa justificadora (*animus narrandi*), assentando, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos à prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial, obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Assim, pelo sopesamento aplicado ao caso concreto, a decisão do mencionado tribunal foi pelo princípio da liberdade de informação.

Essas decisões corroboram a ideia defendida por Alexy de que **princípios** são **mandamentos de otimização**, 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.

6 CONCLUSÃO

Diante da abordagem teórica apresentada sobre princípios jurídicos e regras de direito, vale retomar o problema inicialmente levantado: de que forma se materializam a possibilidade e limites da racionalidade em julgados envolvendo a colisão de direitos fundamentais nas decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ? Pela análise dos pressupostos teóricos na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, aprende-se com Alexy que é de grande importância construir um método discursivo, que imprima **racionalidade à decisão judicial**, restringindo, dessa forma, o campo de subjetivismo do juiz.

Nessa perspectiva, a aplicação de regras e princípios na seara dos Direitos Fundamentais pressupõe o uso de **mecanismos argumentativos**, os quais o autor alemão elaborou a fim de racionalizar o bom emprego da norma jurídica sem permitir que a moral se sobreponha ao direito e o juiz decida conforme sua consciência. Pelos acórdãos analisados, à luz dos pressupostos teóricos selecionados, notou-se que o STJ utiliza elementos embaixadores da teoria de Alexy e Dworkin para resolver colisão de princípios, a exemplo do sopesamento, ponderação, precedência condicionada, dentre outros. Esses elementos têm o intuito de dar à demanda uma **solução racional**, cuja sustentação se projeta na tutela da dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

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

_____. Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva, Rio de Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012;

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

COELHO, Inocêncio Mártires. **Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica**. Disponível em https://www.uniceub.br/media/911057/Indetermina%C3%A7%C3%A3o_do_direito_discricionariedade_judicial_e_seguran%C3%A7a_jur%C3%ADica___Inoc%C3%A7%C3%A3o_Coelho.pdf. Acesso em 17 mai. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

KARAM, André; STRECK, Lenio Luiz. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>. Acesso em 17 mai. 2020.

KARAN, André. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 17 mai. 2020.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Sobre princípios y normas**. Problemas del Razonamiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **A Teoria dos Princípios em Alexy e Dworkin**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 12, no 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2405/a-teoria-principios-alexey-dworkin>> Acesso em 17 mai. 2020.