

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
REGIONAL GOIÁS
UNIDADE ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

BEATRIZ DA MOTA SANTOS SILVA

PONDERAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO DECISIONISMO JUDICIAL

CIDADE DE GOIÁS - GO

2019

**TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR
VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE
GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG**

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC nº 1204/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG):

Nome completo do autor: *Beatriz da Mta Santos Silva*

Título do trabalho: *Ponderação Psimipiológica no Decisioismo Judicial*

2. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF do TCCG.

Beatriz da Mta Santos Silva
(Nome completo do autor)²

Ciente e de acordo:

Maria Carolina Carvalho Job
(Nome completo do orientador)²

Data: 27 / 11 / 2019

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

BEATRIZ DA MOTA SANTOS SILVA

PONDERAÇÃO PRINCIPOLÓGICA NO DECISIONISMO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, requisito para a aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II do curso de Direito da Regional Cidade de Goiás da Universidade Federal de Goiás - UFG e para a obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr. Maria Carolina de Carvalho Motta

CIDADE DE GOIÁS - GO

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

da Mota Santos Silva, Beatriz
PONDERAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO DECISIONISMO JUDICIAL
[manuscrito] / Beatriz da Mota Santos Silva. - 2019.
60 f.

Orientador: Profa. Dra. Maria de Carvalho Motta.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências
Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2019.
Bibliografia.

1. Ponderação . 2. Balanceamento. 3. Normas Constitucionais . 4.
Valor. 5. Peso. I. de Carvalho Motta, Maria , orient. II. Título.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
REGIONAL GOIÁS
CURSO DE DIREITO

ATA DE DEFESA

Na data de 17/12/2019, a banca examinadora composta pelo
ORIENTADOR/A, Maria Carolina Carvalho Natta
_____ , AVALIADOR/A,

Bruma Pinotti _____, e o/a
AVALIADOR/A, Salita Rampim _____,

após a sessão pública de defesa do trabalho de conclusão de curso de título,

Ponderação Psicobiológica no Decisimismo
de autoria do (a) discente, Beatriz da Mata S. Silva, Judicial
matrícula nº _____, houve por bem Aprovar ou Reprovar () o
aludido trabalho, com a nota 10,0

Goiás, 17 de dezembro, de 2019.

Orientador (a): Carolina _____.

Avaliador (a): Bruma Pinotti _____.

Avaliador (a): Salita Rampim _____.

Observações:

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo analisar a técnica da ponderação de interesses no decisionismo brasileiro, a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal, diante da colisão entre normas constitucionais dentro da dinâmica plural da Constituição Federal, que abriga normas convergentes de mesma hierarquia podendo ambas as normas incidirem sobre o mesmo caso concreto revestidos de legalidade. Assim, será analisado como a técnica da ponderação torna-se necessária para se obter a solução dos casos difíceis que envolvam normas constitucionais, visto que os critérios tradicionais de interpretação se mostrem ineficientes, verificando-se o “valor” de cada um desses princípios dentro do caso concreto para uma decisão harmônica a luz do pluralismo existente na sociedade que se exterioriza através da Constituição.

Palavras-chaves: normas constitucionais, constituição, ponderação, balanceamento, valor, peso.

RESUMEN

Esta monografía de finalización del curso tiene como objetivo analizar la técnica de ponderación de intereses en el decisionismo brasileño, a partir de las sentencias de la Corte Suprema, frente a la colisión entre las normas constitucionales dentro de la dinámica plural de la Constitución Federal, que alberga normas convergentes de la misma jerarquía. Los nomas se relacionan con el mismo caso específico que están legalmente cubiertos. Por lo tanto, se analizará como la técnica de ponderación se hace necesaria para resolver casos difíciles que involucran normas constitucionales, ya que los criterios de interpretación tradicionales son ineficientes, verificando el "valor" de cada uno de estos principios. Dentro del caso concreto para una decisión armoniosa, la luz del pluralismo existente en la sociedad se externaliza a través de la Constitución.

Palabras claves: normas constitucionales, constitución, ponderación, equilibrio, valor, peso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, José Maria e Norma, pelo apoio em todos os momentos da minha graduação, pelos incentivos e principalmente pelo amor incondicional que sempre demonstraram por mim ao longo dessa jornada, bem como, as minhas tias, Maria Aparecida e Rosa, e meus primos Thiago, Kelvin e Danilo e, ao meu irmão Guilherme, que sempre acreditaram no meu potencial e estiveram presentes nos momentos de dificuldade.

Outrossim, agradeço a minha vó Marciana, o pilar que estrutura toda a minha família, um exemplo de mulher guerreira, pelos conselhos e carinhos, e também pelas palavras as vezes duras, que me ensinaram o valor das pequenas coisas na vida, e a sempre levantar e nunca desistir dos meus objetivos.

Agradeço, também aos meus amigos da faculdade, Carolina, Juliana, Matheus, Maico, Taynara, Thiago, Amanda, Aryane, Ana Clara, Letícia e Vitória que me acompanharam diariamente, passamos por vários momentos na graduação, momentos tristes, mas também alegres, que nos afastaram e nos aproximaram. Desejo imensamente do fundo do meu coração que todos vocês alcancem seus sonhos e objetivos na vida, obrigada a todos, pelos conselhos e pelos momentos de aprendizado que compartilhamos na faculdade de Direito.

Por fim, agradeço a minha orientadora Maria Carolina Carvalho Motta, pela paciência e ajuda durante todo o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso, sou imensamente grata por sua orientação.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1. TEORIA DOS PRINCÍPIOS ANÁLISE E DISTINÇÃO.....	9
1.1. NORMAS REGRA E NORMAS PRINCÍPIOS: SEUS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO.....	9
1.2. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS CRONOLÓGICO, HIERÁRQUICO E DE ESPECIALIDADE	13
1.3. IDENTIFICAÇÃO DO CONFLITO NORMATIVO E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES	16
CAPÍTULO 2. PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA	19
2.1. RONALD DWORKIN: TEORIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA	19
2.2. ROBERT ALEXY: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.....	23
2.3. PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO E SUAS CRÍTICAS	27
CAPÍTULO 3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DECISIONISMO BRASILEIRO	31
3.1. ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF	31
3.2. ADI 4.983/CE. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 15.299/2013 QUE REGULAMENTAVA A VAQUEJADA.....	32
3.3. ADCS 43, 44 E 54. INEXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.....	43
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A constituição brasileira de 1998 é pluralista e democrática, contendo uma diversidade de valores existentes na sociedade que se exteriorizam através das normas constitucionais, que em virtude do pluralismo axiológico, hospedam matrizes ideológicas antagônicas, que entram em conflito em casos concretos, sendo necessário o uso da técnica da ponderação para se obter a solução mais satisfatória.

Consequentemente, estando o Poder Judiciário diante da colisão entre princípios, terá a incumbência/atribuição de buscar uma determinada flexibilização entre os princípios, diante do caso concreto, através do balanceamento entre estes. Verificando qual deles terá maior peso e deverá se sobressair em relação ao outro, observando os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico, ao avaliar o bem jurídico que deverá prevalecer no caso concreto. Logo, a técnica da ponderação, mostra-se necessária para a resolução de tensões entre normas constitucionais, em razão da insuficiência dos mecanismos tradicionais dos conflitos normativos: cronológico, hierárquico e de especialidade, perante o princípio da unidade da constituição.

Sendo assim, a técnica da ponderação deverá se pautar em critérios racionais por parte do juízo decisório, conduzindo para a racionalidade das decisões, contudo essa racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber, em que medida essas valorações adicionais as normas constitucionais são passíveis de um controle racional, sendo elas extremamente abstratas, abertas e ideologizadas.

Assim, a discussão da ponderação de interesses está situada na importância do peso conferido ao fato, à norma e ao valor na decisão nos casos concretos. Diante disso, é necessário a realização de uma abordagem mais profunda em relação aos princípios e as regras como espécies de normas na Constituição e suas distinções, bem como, a análise da técnica da ponderação e a importância da teoria da argumentação para as decisões judiciais, nos casos que envolvam colisão principiológica, para compreender os pesos atribuídos pelo intérprete aos princípios e, por fim, caberá a verificação de critérios capazes de conciliar segurança jurídica com a técnica da ponderação.

Outrossim, para se compreender a técnica da ponderação que estabelece pesos relativos aos princípios contrapostos, e equacionamento de problemas

relacionados a ponderação, será analisado os estudos dos autores Ronald Dworkin e Robert Alexy.

O estudo desdobra-se em três capítulos, seguidos de uma conclusão. No primeiro capítulo, objetiva-se analisar a distinção entre regras e princípios, demonstrando a insuficiência dos critérios tradicionais para a solução tensões entre normas constitucionais, constatando a necessidade da técnica da ponderação de interesses para a solução das colisões concretas entre normas constitucionais principiológicas.

No segundo capítulo, ocupa-se da questão da existência de uma única resposta correta para todo o problema jurídico, avaliando o método da ponderação ante a sua tendência de possibilitar soluções antagônicas porém válidas para conflitos entre princípios constitucionais. O capítulo alude a enfoques dos estudos de Ronald Dworkin e para as contribuições doutrinárias de Robert Alexy, fixando as características do raciocínio jurídico centrado na ponderação, bem como analisa e eventualmente refuta algumas críticas endereçadas à técnica da ponderação.

No terceiro capítulo, será apreciado o uso da ponderação de interesses em dois julgados do Supremo Tribunal Federal, uma em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado, e a outra em relação as ADCs 43, 44 e 54, que foram ajuizadas pelo PEN, Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB, Partido Comunista do Brasil, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Na conclusão, serão sintetizadas as proposições centrais defendidas durante todo o estudo, e, em seguida, o encerramento, com algumas observações finais sobre o conteúdo defendido.

Enfim, o objetivo desse trabalho não é de exaurir o estudo sobre a técnica da ponderação de interesses, mas de provocar a discussão sobre o tema, fomentando o cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

CAPÍTULO 1. TEORIA DOS PRINCÍPIOS ANÁLISE E DISTINÇÃO

1.1. NORMAS REGRA E NORMAS PRINCÍPIOS: SEUS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

Contemporaneamente os princípios e regras vem ganhando destaque nos debates doutrinários e jurisprudências, sendo necessário a distinção entre essas duas espécies normativas no que tange suas estruturas, diferenciação qualitativa, modos de aplicação e de colisão. A partir da distinção entre regras e princípios será possível a adequada aplicação da técnica ponderativa dentro do sistema jurídico possibilitando limites a racionalidade do intérprete diante de princípios que estejam em rota de colisão.

Deste modo, têm-se que o sistema jurídico do Estado democrático de direito brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios, que se submete à realidade fática, sendo um sistema dinâmico de relações sociais altamente mutáveis que se expressa através de normas capazes de captar as mudanças na realidade expressando-se na forma de princípios ou regras.

Percebe-se que em virtude da multifuncionalidade das normas a distinção entre regras e princípios é particularmente complexa, sendo fundamental compreender as diferenças quanto ao grau de generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo valorativo e diferenciação qualitativa.

Para a realização da distinção entre essas espécies normativas vários critérios são utilizados¹. Luís Roberto Barroso, limita referidos critérios em apenas três: *conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação*.²

Segundo o critério relacionado ao conteúdo, as regras são objetivas, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, proibindo ou permitindo determinadas condutas, diferentemente, os princípios contêm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações.

¹J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. 7ªed, p. 1.160-1.162; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, p. 26-31; Rodolfo L. Vigo, *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, 200, p. 9-20; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 47-51.

²Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p.240.

Outrossim, o critério da estrutura normativa aduz que as regras são diretivas de condutas, ao passo que os princípios são valorativos ou finalísticos. Por fim, o critério do modo de aplicação expõe que as regras são aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, mediante subsunção, assim, se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão. (Dworkin, 1997, p. 24).

Já os princípios indicam direção, valor e fim, possibilitando possíveis colisões, sendo necessário em virtude do princípio da unidade da constituição, dimensionar pesos dentro do caso concreto aos princípios em confronto, a partir da técnica da ponderação. Conforme explica Robert Alexy:

Os 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 satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. Não obstante, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Os princípios desempenham uma função construtiva no ordenamento, as regras esgotam-se em si mesmas, aos princípios se aderem-se, às regras obedecem-se. Os princípios proporcionam critérios para se tomar posição diante de casos concretos, já as regras estabelecem como devemos ou não agir em determinadas situações.

Regras são normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas a aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e

produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e prevalecerá. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete aferirá o peso que cada princípio devera desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (BARROSO, 2009, p. 353-354).

Portanto, os princípios são normas, qualitativamente distinta das outras categorias de normas, ou seja, regras jurídicas. Sendo, normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. Já as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida. Outrossim, a convivência dos princípios pode ser conflitual, enquanto a convivência de regras é antinômica, os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

Logo, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso na ponderação, deve ser analisado sua importância e valia no caso concreto. Já as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, pois contem fixações normativas definidas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias, assim, as regras colocam apenas questões de validade, se elas não são corretas devem ser alteradas.

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). Tomemos, como exemplo, o art. 25§2º, segundo o qual ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Trata-se de uma regra consagrada de um direito definitivo: o indivíduo tem direito, sempre e sem exceções, a integridade moral e física, por consequência, proíbe-se, sempre e sem qualquer exceções, a prática da tortura, de tratos ou sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas. Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica. Assim, por exemplo,

quando o art. 47 da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerente a sua própria capacidade, deparamos já com uma dimensão principal: a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fáticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a não possibilidade, em virtude da sua deficiência física, de acesso a curso de medicina).(CANOTILHO, 2003, p. 1.255).

Outrossim, as regras estão associadas à segurança jurídica, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados pretendidos pelo legislador de forma específica, contribuindo para a maior previsibilidade do sistema jurídico. Enquanto os princípios em razão de sua flexibilidade estão associados à realização da justiça no caso concreto, pois permitem uma adaptação mais livre para infinitas possibilidades, conferindo ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às particularidades da hipótese examinada.

Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada. (BARCELLOS, 2005, p. 186-187.)

Além disso, enquanto as regras estão associadas ao legalismo e a segurança jurídica, cabe aos princípios a complementação e desenvolvimento do sistema constitucional dentro de uma sociedade aberta e pluralista, pois os princípios têm função normogenética e sistêmica. Logo, as regras e os princípios constitucionais se complementam, uma vez que, um sistema jurídico exclusivamente de regras limitaria a racionalidade prática, bem como, um sistema jurídico exclusivamente baseado em princípios levaria a um sistema falho de segurança jurídica.

Qualquer sistema jurídico carece de regras jurídicas: a constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não maior de 18 anos para efeito de direito de sufrágio. Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua referência a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da ideia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se assim que as regras e os princípios, para

serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática. (CANOTILHO, 2003, p.1.163).

Portanto, o sistema democrático jurídico brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios, onde as regras são relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, incidindo pelo mecanismo tradicional da subsunção, limitando-se a traçar uma conduta, e desempenhando o papel referente à segurança jurídica. Já os princípios, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam condutas a serem seguidas e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações, identificando valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, dando margem à realização da justiça no caso concreto.

1.2. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS CRONOLÓGICO, HIERÁRQUICO E DE ESPECIALIDADE

No mesmo sistema jurídico é possível deparar-se com conflitos, contradições ou antinomias entre suas normas integradoras. Assim sendo, em busca da segurança jurídica, o julgador utilizara de critérios e métodos específicos, para nos dizeres de Canotilho³ “procurar harmonizar os espaços de tensões existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Segundo Norberto Bobbio⁴ os critérios para a solução das antinomias entre regras são: cronológico, hierárquico e de especialidade.

O critério cronológico postula que a *lex posterior derogat priori*, ou seja, a lei posterior, no que for incompatível com a lei anterior, revoga as disposições desta, expressando a dinâmica do sistema jurídico, e demonstrando a possibilidade de mutação das normas diante da visão social contemporânea.

A intensificação das relações sociais, a alteração na concepção de valores, o aparecimento de condutas e relações jurídicas diversas são o que impulsiona a necessidade de o legislador produzir modificações nos comandos normativos, sem, contudo, promover a violação do passado. (BATISTA, 1998, p. 30).

³ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almeida, 1998, p. 1.097.

⁴ Bobbio, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, pp. 92 e seguintes.

O segundo critério é o hierárquico, *lex superior*, que consiste em dar prevalência as normas de escalonamento superior em detrimento das normas inferiores, no caso de conflito entre elas, assim, prevalecera a *lex superior derogat inferiori*.

As normas de um ordenamento são colocadas em ordem hierárquica. Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. (BOBBIO, 1995, p. 93).

O terceiro critério, *lex specialis*, critério da especialidade impõe que, na colisão entre duas normas, prevalecera a mais especial, em detrimento da mais geral: *lex specialis derogat generali*.

A lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente a geral significa paralisar esse desenvolvimento. (BOBBIO, 1995, p. 96).

Diante do exposto, note-se que os critérios tradicionais mostram-se insuficientes para a resolução de tensões de normas constitucionais, visto que, o critério cronológico não pode ser aplicado para a solução de conflitos entre as normas constitucionais, uma vez que as normas da Constituição foram editadas em um único momento, com a promulgação da Carta Magna. Assim, em razão das normas constitucionais estarem expressas na Carta Magna sendo estabelecidas no mesmo

tempo, com exceção das emendas constitucionais que podem alterar o texto constitucional, tal critério não pode ser utilizado.

Em relação ao critério hierárquico, este não pode ser utilizado, uma vez que, as normas constitucionais encontram-se formalmente na mesma estatura, não existindo hierarquia entre elas em virtude do princípio da unidade da constituição.

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (exemplo: princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, princípio unitário e o princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos interligados num sistema interno unitário de normas e princípios. (CANOTILHO, 2003, p.1.222).

Por fim, o critério da especialidade também não se aplica as normas constitucionais, uma vez que, tal critério é utilizado nas antinomias do tipo total/parcial, pois só nestas se estabelece, entre as normas em confronto, uma relação do tipo geral/especial. Percebe-se, que a antinomia total/parcial não é tão comum no campo constitucional, sendo mais usual a ocorrência de interseção parcial entre os domínios normativos das normas constitucionais, configurando antinomia do tipo parcial/parcial, a qual não enseja a aplicação do método de especialidade.

Por esse motivo, os critérios tradicionais para solução de conflitos entre normas infraconstitucionais mostra-se insuficiente e inadequado perante as normas constitucionais, sendo necessário a utilização do método da ponderação, em razão do pluralismo das sociedades modernas, dos valores, interesses e direitos variados comportados na constituição, que em determinadas situações podem entrar em rota de colisão.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológica normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a lógica de tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação concordância prática, consoante o seu peso e as circunstancias do caso. (CANOTILHO, 2003, p. 1.182).

Portanto, a técnica da ponderação e balanceamento surge da necessidade de resolver casos de tensão entre bens juridicamente protegidos, pois os conflitos entre os princípios constitucionais não podem ser solucionados no modo tudo ou nada, violando o princípio da unidade de valores na Constituição. Assim, a existência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais torna indispensável o balanceamento/concordância/pesagem/ponderação, para se obter uma decisão adaptada as circunstâncias do caso concreto.

1.3. IDENTIFICAÇÃO DO CONFLITO NORMATIVO E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A técnica da ponderação só será utilizada, quando o intérprete estiver diante da caracterização da colisão entre princípios constitucionais em um caso concreto, pois devido a estrutura aberta e flexível da constituição que integra interesses antagônicos, acaba propiciando um terreno fértil de tensões entre seus princípios integradores, assim, por não possuírem um campo de incidência rigidamente delimitado e específico, caberá ao intérprete harmonizar a tensão entre os princípios constitucionais em jogo. Note-se:

A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma moda ou um capricho dos cultores de direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principal de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, as alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fratura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efetuado para a solução dos conflitos. (CANOTILHO, 2003, p. 1.237)

Assim, o intérprete pode se deparar com casos concretos que possibilitem soluções divergentes, contudo, ambas corretas e aceitáveis e com amparo constitucional, sendo necessário deste modo, uma análise dos interesses envolvidos, para a realização da restrição da incidência de um dos princípios envolvidos, através

da intensidade do peso genérico e específico atribuindo ao princípio dentro do caso concreto por meio do método da ponderação.

Deste forma, as restrições que devem ser feitas aos princípios nos casos difíceis, devem ser aplicadas visando a adequação, necessidade e proporcionalidade, com o objetivo de buscar equilíbrio entres os interesses em disputa, seguindo a orientação do princípio da dignidade da pessoa humana através de uma lógica do razoável. Veja-se:

Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo que a simples subsunção, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que a solução final, tal qual em um quadro bem pintando, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou a denominar técnica da ponderação. (BARROSO, 2009, p. 359).

Isto posto, vê-se que a ponderação consiste em uma técnica utilizada em *hard cases*, onde a subsunção seja ineficiente, buscando-se o balanceamento/sopesamento de interesses, bens e valores. Deste modo, por ser uma técnica, a ponderação será aplicada mediante uma estrutura concreta capaz de mensurar todos os elementos presentes no caso concreto, através de três etapas.

A primeira etapa cuida da identificação do conflito no sistema de normas, onde se verifica os interesses que se contrapõe.

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito (insuperável pela subsunção) é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Ainda neste mesmo estágio, os diversos fundamentos normativos, isto é, as diversas premissas maiores pertinentes, são agrupados em função da solução que estejam sugerindo, para facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. (BARROSO, 2009, p. 374).

A segunda etapa consiste da análise das circunstâncias e exames dos fatos concretos identificados na primeira etapa.

Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no momento em que entram em contato com as situações concretas que se

conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2009, p. 374).

Na terceira etapa será apurado os pesos atribuídos aos princípios, graduando a intensidade da solução escolhida e seu grau de aplicação, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas, e a solução por ele indicada, deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. (BARROSO, 2009, p. 374).

Verifica-se assim, que a ponderação surgiu com a necessidade de solução para os choques principiológicos constitucionais diante dos *hard cases*, onde o método da subsunção mostrou-se ineficiente. Isto posto, é necessário o estabelecimento de elementos de segurança para as etapas dessa técnica, através da razoabilidade e proporcionalidade, bem como, pela orientação e promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional, que estão sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana, conferindo unidade teleológica aos demais princípios e regras que compõe o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Cabendo ao intérprete diante destes critérios determinar a prevalência de um dos princípios, demonstrando através da teoria da argumentação jurídica a construção de sua decisão, buscando ao máximo a preservação e concordância entre os princípios em conflito.

CAPÍTULO 2. PONDERAÇÃO PRINCIPOLÓGICA

2.1. RONALD DWORKIN: TEORIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

As contribuições de Ronald Dworkin⁵, são de extrema importância para o entendimento do juízo de ponderação, seus estudos demonstram a importância da distinção entre regras e princípios para o raciocínio jurídico. Para Dworkin, as normas regras se aplicam segundo o modo tudo ou nada, bem como, tais normas comportam exceções, e em casos de conflito entre normas regras é possível a utilização de critérios clássicos para a solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). Todavia, quando os princípios geram tensões entre si em casos concretos, resolve-se o conflito através do sopesamento por meio de critérios de mensuração.

Dworkin em seus estudos defende a possibilidade de que nos casos difíceis exista uma única resposta correta, que só poderia ser alcançada por um juiz filósofo (Juiz Hércules), com capacidades sobre-humanas, que o possibilitaria o desenvolvimento de uma teoria completa do Direito que explicaria e justificaria a Constituição como um todo e seu complexo sistema unitário.

Hércules é o personagem que haverá de considerar os princípios da complexa estrutura normativa, que, a uma primeira vista, inserem-se na órbita do caso a ser resolvido. Com o empenho de sua capacidade inexcedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição de um tempo inesgotável, Hércules haveria de compreender o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, relevando, então, a única solução correta que a controvérsia atrai. (BRANCO, 2009, p. 149).

⁵ Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, 11 de dezembro de 1931- Londres, 14 de fevereiro de 2013) foi um dos maiores filósofos do direito dos séculos XX e XXI. Dworkin formou-se primeiro em Filosofia no Harvard College, em 1953, fez graduação em Jurisprudence pela Oxford University, em 1955, onde foi despertado seu interesse pela ciência jurídica, onde se formou no ano de 1957 em Direito de Harvard. Durante 1957-1958, trabalhou como assistente do juiz norte-americano Learned Hand no Tribunal Federal de Apelações do Segundo Circuito, em Manhatann, Nova York. Também exerceu a advocacia em Nova York, onde se associou ao escritório Sullivan e Cromwell até 1962, no mesmo ano tornou-se professor de Direito da Universidade de Yale, assumindo a cátedra de Teoria do Direito (Chair of Jurisprudence) Wesley N. Hohfeld em 1968 permanecendo até ser nomeado em 1969 para a Cátedra de Teoria do Direito em Oxford. Em 1975, assumiu a titularidade do cargo de professor de Direito da Universidade de Nova York, em 1984 foi professor visitante no University College de Londres. Ademais, ocupou variados cargos acadêmicos nas Universidades de Harvard, Cornell e Princeton. Em 1998, na universidade de Oxford, tornou-se professor da cadeira Quain de Teoria do Direito da Universidade de Londres, e depois da cadeira Bentham de Teoria do Direito. Por fim, Dworkin ocupou a cadeira de professor emérito de Teoria do Direito da Universidade de Londres e também a cátedra Frank Henry Sommer de Teoria do Direito da Universidade de Nova York e era membro da Academia Britânica e da Academia Americana de Artes e Ciências.

No entanto, os positivistas alegam que as zonas de penumbra nas normas diante de situações mais complexas, sem a existência de uma norma preestabelecida para a solução do conflito, viabilizaria ao juiz uma grande margem de discricionariedade para decidir o caso, impedindo a obtenção de uma única resposta correta.

Dworkin não admite referida discricionariedade alegada pelos positivistas, que possibilita grande liberdade de escolha para significados normativos. Para ele o direito é completo, assim, diante de situações que apresentam zonas de penumbra, os princípios analisados em sua globalidade, com sua carga moral, promoveria a resposta correta. Assim os juízes aplicariam os princípios para solucionar os casos em que as normas postas não seriam suficientes para fornecer uma solução segura, encontrando a única resposta correta.

Dworkin assume que o Direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo compostos, igualmente, por princípios supraleais. Dessa premissa, parte para a tarefa de demonstrar que o sistema de princípios a que se apegam é capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas, o que levaria ao discricionarismo forte, que condena, mas uma única solução correta. Havendo a possibilidade de se alcançar a única resposta correta, estaria desautorizada a discricionariedade forte, tida como inevitável pelos positivistas. (BRANCO, 2009, p. 148).

Percebe-se, assim que Dworkin utiliza o método de escala para princípios, onde estes são levados a uma escala de considerações através da análise do caso concreto. Segundo Dworkin, quando os princípios interferem uns nos outros, resolve-se o conflito analisando o peso de cada um, observando quão importante é um princípio na situação observada, ocorrendo um confronto de pesos.

Desse modo, já se remarcou, “o enfoque de Dworkin não leva a um exercício de *balancing*, mas a uma escala de considerações a respeito do conflito (entre princípios) sobre a base das respectivas (de cada princípio envolvido na colisão) contribuições para a busca da igualdade de considerações a respeito (*equal consideration and respect*). (BRANCO, 2009, p. 150).

Assim, a atividade interpretativa do juiz deve ser construtiva, criativa, íntegra e coerente, o intérprete é parte integrante de um longo processo interpretativo que se transforma dentro do contexto histórico, social, econômico e cultura de

determinada sociedade. Logo, tal processo é composto de vários intérpretes, cabendo a todos estes interpretar as práticas de outros juizes, refinando-as, de acordo com os valores presentes dentro do contexto histórico contemporâneo. Por esta razão o juiz tem a responsabilidade de reconciliar as decisões racionalmente constituídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconciliar a história com a justiça.

O juiz deve identificar direitos e deveres partindo da noção de que foram concebidos por uma comunidade personificada, sob o signo de uma concepção coerente de justiça e de equidade. Essa comunidade de princípios revela que os cidadãos são regidos não apenas pelas regras resultantes do processo político, mas também por princípios comuns. O juiz interpreta esse material, considerando as interpretações passadas e as requeitando. A história jurídica se torna relevante e mostra-se também crucial o sistema de princípios éticos-políticos da sociedade. A interpretação assim conduzida revelaria a coerência que preexiste no próprio Direito. A função do intérprete está em reconstruí-la. Logrando-o, obterá a resposta correta. (BRANCO, 2009, p. 151).

Dworkin baseou-se na ideia do romance em cadeia, assemelhando a construção de uma decisão a uma narrativa literária, cabendo ao magistrado considerar os capítulos anteriores já escritos, para dar continuidade ao processo interpretativo.

Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas. (DWORKIN, 2005, p. 236-237).

Assim, o processo de interpretação associado a um romance elaborado por vários autores, em momentos distintos, cada qual escrevendo uma parte que será complementada por outro, ambos os autores, tendo a consciência de que estão acrescentando capítulos a uma história que começou por outro autor, proporcionaria,

a obtenção da única resposta correta, alcançada pela prática interpretativa que busca a integridade das interpretações em cadeia.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade devido processo adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2007, p. 291).

A busca da solução percorrida pelo juiz exige dimensão e adequação, baseando-se na história jurídica da comunidade, suas leis e expectativas, para a construção de soluções coerentes. Logo, a melhor decisão será aquela que corresponder à estrutura das instituições e decisões da comunidade. Apesar das convicções do juiz ter influência no processo de decisão, estaria limitada pela exigência de adequação, que exclui deliberações de caráter pessoal.

Além disso, a resposta normativa correta depende de justificação válida e adequada, para satisfazer as exigências de uma decisão íntegra, conferindo a ela legitimidade, estruturada em argumentos sólidos, sendo, contudo as correções dessas decisões não definitivas, mas transitórias.

Apesar disso, a teoria de Dworkin não apresenta critérios materiais para se alcançar a única resposta correta efetivamente, o autor afirma a existência de uma única resposta correta, mas não explica como chegar nela materialmente, bem como, controlar a sua validade, ele não constrói uma teoria da argumentação jurídica, não estabelece critérios para dar efetividade a sua teoria.

Dworkin aponta um modelo ideal para os juízes, sem traçar com clareza o caminho a seguir. Dito em outros termos: não constrói uma teoria da argumentação jurídica. O essencial da razão prática é que pretenda dar à resposta que devo fazer? Isto significa que deve proporcionar-nos critérios para nossas ações reais. E o mundo em que estas devem acontecer é um mundo real, com limitações. Limitações para conhecer os fatos e determinar que circunstâncias devem ser relevantes, limitações para enxergar as consequências de uma decisão e para estabelecer fins e preferências etc (...) Dworkin determina a existência objetiva de uma única resposta correta, mas não define os instrumentos para elaborá-la, nem para controlá-la. Na prática, isso reforça o ativismo do juiz. (FIGUEROA, 1998, p. 308).

É responsabilidade dos tribunais assegurar as partes no processo a certeza jurídica através da argumentação na justificativa das decisões. Dessa forma, não existe uma única resposta correta, mas tão somente a resposta melhor justificada, assim, a solução correta seria a melhor fundamentada para a maioria dos membros racionalmente pensantes da comunidade jurídica.

Essa perspectiva muda o foco, mas não totalmente. Pressupõe que há de haver a melhor argumentação e que a avaliação do que seja a melhor argumentação é contingente e temporal (dependendo da maioria de uma comunidade jurídica bem informada). Não se diferencia substancialmente da ideia de uma resposta correta histórica, relacionada, portanto, com as circunstâncias o caso e do momento. Novamente, percebe-se a ênfase na relevância da fundamentação para a solução dos casos difíceis. (BRANCO, 2009, p. 156).

Portanto, a tese defendida por Dworkin de que o juízo de ponderação vincula-se à ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, proporcionando a mitigação de sua intensidade e de sua incidência sobre casos concretos, quando em conflito com outras normas, mantendo, a sua validade jurídica, é correta. Porém, a tese da única resposta correta aplica-se somente a decisões discursivamente necessárias ou a decisões impossíveis, não aplicando-se a decisões discursivamente possíveis.

2.2. ROBERT ALEXY: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Robert Alexy⁶, compartilha com Dworkin algumas perspectivas para análise do Direito, entre elas a negação positivista de que nos casos difíceis, a falta de norma jurídica específica possibilitaria total discricionariedade na ação do legislador, bem como, que os princípios convivem no mundo normológico com as regras. Entretanto,

⁶ Robert Alexy é um dos principais filósofos do Direito contemporâneo. Alexy nasceu na cidade de Oldenburg, em 9 de setembro de 1945. Possui formação em Direito e Filosofia, pela universidade Georg-August, de Gottingen, seu PhD, foi defendido em 1976, dando origem ao livro “Teoria da Argumentação Jurídica” publicado em 1978, e em 1984 produziu outro trabalho de relevância internacional, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um clássico da Teoria do Direito. Suas obras são indispensáveis para a Filosofia do Direito, compondo um sistema jurídico envolvendo os Direitos Fundamentais e a Argumentação. De 1994 a 1998, o Prof. Alexy ocupou o cargo de Presidente da Seção Alemã da Associação Internacional para Filosofia do Direito e Filosofia Social e, desde 2002, é membro ordinário da Classe Histórico-Filológica da Academia das Ciências, em Göttingen.

Alexy não reconhece a teoria defendida por Dworkin de que a teoria dos princípios levaria a uma única resposta correta.

De acordo com Alexy, a possibilidade de uma única resposta correta só seria plausível com a criação de uma lista completa de todos os princípios operantes no sistema jurídico, estabelecendo todas as relações de prioridade, em abstrato e em concreto, entre todos os princípios.

Alexy não acredita que seja factível “uma ordem que conduza em cada caso precisamente a um resultado, uma tal ordem deveria ser chamada de ordem estrita”. Uma ordem estrita somente seria possível se o peso dos valores dos princípios e suas intensidades de realização fossem exprimíveis em uma escala numérica, de maneira calculável. (BRANCO, 2009, p. 158).

Ademais, para Alexy para a obtenção de uma única resposta correta seria necessário cinco condições: 1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza linguística e conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de papéis e 5) total falta de preconceitos. Porém, mesmo que tais condições fossem alcançadas, as diferenças antropológicas dos interpretes criariam obstáculos, impedindo a única resposta correta. Logo não existiria nenhum procedimento que possibilitaria com segurança intersubjetiva chegar em cada caso a uma única resposta correta.

Apesar disso, Alexy não descarta a teoria da única resposta correta, mas a partir dela elabora uma teoria da argumentação jurídica que serviria de critério de orientação e fiscalização da racionalidade das decisões jurídicas. A teoria de Alexy é procedimental, objetivando a racionalidade nas decisões, através de regras aplicadas a toda argumentação prática racional, associadas a exigências de justiça.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy visa a proporcionar critérios de correção para as decisões jurídicas, correção que não se confunde com segurança na obtenção de uma única resposta correta, mas que resulta de uma deliberação racionalmente desenvolvida e controlável. As decisões jurídicas, no contexto de uma compreensão do discurso jurídico como um caso especial, devem ser racionalmente justificadas no âmbito da ordem jurídica válida. Como diz Alexy, a argumentação jurídica deve estar vinculada às leis e aos precedentes e tem que observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica. (BRANCO, 2009, p. 164).

Alexy assevera que a teoria do discurso não pode propiciar uma resposta correta, pois nenhum procedimento pode garantir isso, visto que as respostas a

questões práticas se baseiam essencialmente nas interpretações de interesses e na ponderação destes. Contudo o procedimento do discurso desenvolve e controla racionalmente a capacidade de se aproximar de uma decisão precisa, correta e aprimorada.

A teoria de Alexy consegue armar uma estrutura de discurso apta para formalizar racionalmente uma deliberação jurídica. Não fornece, entretanto, uma teoria material da razoabilidade, nem aponta para critérios que resolvam o problema da escolha de uma entre duas ou mais opções possíveis. Alexy não pretende mais do que oferece, porém. Satisfaz-se com a potencialidade da teoria do discurso de reduzir a margem de irracionalidade das decisões. A sua teoria efetivamente restringe o risco de decisões irracionais, ainda que não forneça garantia plena de racionalidade das conclusões que propicia. A decisão tomada não tem como deixar de incorporar um elemento de vontade, subjetivo. A deliberação não será, porém, arbitrária ou desarrazoada, em virtude do modo como ela se chegou. (BRANCO, 2009, p. 165).

Assim, os estudos de Alexy se desenvolve em relação a colisão entre as normas constitucionais, e da utilização da teoria da argumentação jurídica, que possibilita um procedimento racional para a ponderação, verificando os pesos e a primazia de um princípio sobre o outro no caso analisado.

Visto que o nosso ordenamento jurídico não estabelece uma escala valorativa dos princípios existentes e aplicáveis, a hierarquia de valores entre os princípios se dá a partir do conjunto de circunstâncias consideradas presentes no caso concreto, onde as condições de prioridade estabelecidas se tornam ponto de referência para novas ponderações, sendo a relação entre os princípios condicionada a novas circunstâncias para a construção de novas decisões.

Alexy condiciona sua teoria da argumentação ao princípio da proporcionalidade e pelos seus subprincípios, adequação e necessidade, como condicionantes da extensão da incidência dos princípios as possibilidades de fato.

O subprincípio da adequação tem por objetivo averiguar a legitimidade da restrição feita a um princípio, pois toda intervenção nos princípios deve ser adequada, contribuindo para obtenção de um fim constitucionalmente legítimo, pois, a razão que norteia a interferência, deve ser satisfeita com a restrição que se operará ao princípio afetado.

O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato

pra a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada. (SARMENTO, 2002 p. 87).

Já o subprincípio da necessidade, rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos, proibindo deste modo, sacrifícios desnecessários.

O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ao administrador tem de optar por aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral. Em outras palavras, a tônica deste subprincípio recai sobre a ideia de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão. (SARMENTO, 2002 p. 88).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade refere-se a satisfação do princípio selecionado dentro das possibilidades jurídicas. Deste modo, quando dois princípios colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis, pois a satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. Deste modo, é imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema, através da técnica da ponderação, analisando a relação de custo-benefício da norma avaliada, que deve ser inferior ao benefício por ela originado.

Quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2003, p. 131)

Assim, em um primeiro momento, será apurado o grau de não satisfação de um dos princípios em confronto, é o mesmo que apurar a importância do princípio que sofre a restrição, cuida-se de verificar em que medida os princípios são afetados no caso concreto, negativamente e positivamente. Ademais, o vínculo estreito do princípio com o postulado do respeito à dignidade da pessoa humana, vértice da estrutura do Direito, atribui ao princípio peso mais significativo. Por fim, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário, justifica o dano e a não satisfação do outro.

Em vista disso, será possível estruturar uma argumentação que postule uma relação de prioridade entre princípio submetido a intervenção e o princípio oposto, que embasa a medida de intervenção sobre aquele. O princípio a que se der maior peso terá transformada em definitiva a sua aplicação sobre o caso concreto.

2.3. PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO E SUAS CRÍTICAS

A Constituição contém através de seus princípios valores e interesses diversos que podem entrar em tensão em casos concretos, assim, o processo ponderativo é guiado por esses valores que são protegidos pela constituição que os reconhece e concretiza.

Segundo Robert Alexy, à fórmula da ponderação apresenta critérios a serem observados para a construção racionalmente orientada para se encontrar a solução mais adequada, necessária e proporcional. Assim, no juízo de ponderação é essencial a identificação dos valores e interesses que serão ponderados, analisando os benefícios e os sacrifícios abordados no caso concreto, para que os interpretes possam lidar efetivamente com as várias expectativas constitucionais envolvidas.

Desta maneira, a ponderação se compõe em três etapas, a primeira etapa tem como objetivo a identificação do conflito normativo do que está sendo objeto na ponderação, por meio de uma análise exaustiva de todos os elementos e argumentos, que encontrem fundamento no ordenamento jurídico.

A ponderação exige, em primeiro lugar, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Nessa fase é indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais que compõe as colisões, para que a ponderação ocorra sem distorções. (ALEXY: 1999, p. 69).

A segunda etapa da ponderação, o intérprete examinara as circunstâncias do caso concreto e suas consequências sobre os elementos normativos, indicando a relação de primazia entre um princípio e outro.

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes(...) Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes terão influência sobre o peso ou a

importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas (BARCELLOS: 2005, p.116).

Ademais, princípios em colisão serão levados a análise da proporcionalidade e ao teste da adequação e necessidade, devendo estar de acordo com o sistema constitucional, conduzindo o juiz ao raciocínio que aprecie o peso relativo de cada princípio em face do outro.

Por outro lado, as restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, adequação, necessidade e proporcionalidade sem sentido estrito. Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (SARMENTO, 2002 p. 104).

Por fim, a última etapa da ponderação busca a justificativa da comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário em prejuízo ao não cumprimento do outro. Esta, se mostra a fase mais complexa da ponderação, pois enseja várias questões como a de justificar porque uma solução indicada por determinado elemento deve prevalecer sobre outra.

Não obstante, o método ponderativo não está isento a críticas, sendo a sua maioria relacionada ao método em si e contra a forma como é utilizada pelos Tribunais Constitucionais em relação aos direitos fundamentais conflitantes na modalidade *ad hoc balancing*.

Referidas críticas se baseiam em três argumentos fundamentais. O primeiro⁷ diz respeito ao esvaziamento dos direitos fundamentais que o método ponderativo proporciona, tornando-os relativos. O segundo argumento⁸, está na

⁷ O primeiro argumento relaciona-se com o alegado esvaziamento dos direitos fundamentais que o método da ponderação acarretaria, ao torná-los relativos e subordinados a uma espécie de reservas de ponderação. Ele é sustentado por juristas alemães, como Peter Lerche e Richard Thoma, e, nos Estados Unidos, foi defendido por Hugo Black, um dos maiores juizes da Suprema Corte neste século

⁸ Segundo a linha de argumentação da pretensa inconsistência metodológica da ponderação de interesses, o método da ponderação de interesses não impõe critérios racionais e objetivos de decisão, conferindo ao juiz uma margem exagerada de discricionariedade na eleição dos princípios que devem prevalecer no caso concreto. Esta argumentação é esposada, entre outros, por Friedrich Müller, segundo o qual este princípio (da ponderação de interesses) não contém nenhum critério material que satisfaça à exigências de clareza de normas, de segurança jurídica e de estabilidade de métodos impostas pelo Estado de Direito.

afirmação de inconsistência metodológica da ponderação de interesses, pois não fornece pautas materiais para solução dos casos concretos, critérios racionais e objetivos, conferindo margem exagerada de discricionariedade para balanceamento dos princípios. O último argumento, sustenta que o método da ponderação implica na outorga de um poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do legislativo, pois a ponderação transfere para o juiz o poder de realizar opções políticas acerca de valores e bens jurídicos a serem protegidos nos conflitos entre princípios constitucionais.

Em relação a relativização dos direitos fundamentais, percebe-se que referido argumento contrária a natureza aberta das normas constitucionais que não possuem campos de incidência demarcados com precisão, não existe uma hierarquia entre os princípios de direitos fundamentais, logo, a ponderação de interesses apresenta-se como necessária, em razão da natureza das normas constitucionais.

O fato é que a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionalmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, com imperativo da manutenção da unidade e da coesão do ordenamento. (SARMENTO, 2002 p. 145).

O argumento de inconsistência metodológica a ponderação é sólido, pois a ponderação concede uma determinada discricionariedade ao julgador, oportunizando a insegurança jurídica, contudo, a ponderação se estrutura em critérios racionais e objetivos, passíveis de controle. Ademais, a utilização do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, bem como, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretrizes substanciais da ponderação, diminuem a carga de subjetivismo ao processo ponderativo.

Por fim, o argumento de que o método ponderativo importa usurpação dos poderes legislativos pelo judiciário, deve-se observar que a utilização do método só é permitida com a inexistência de regra legislativa específica resolvendo o conflito entre princípios constitucionais, pois a presença de norma infraconstitucional impede a ponderação, cabendo ao juiz seguir o estabelecido pelo legislador. Assim, a teoria da ponderação não questiona as funções desempenhadas pelo Poder Legislativo constitucionalmente.

Outrossim, como ressaltaram Wlather Murphy, James Flemin, Sotirios Barber, a ponderação pode ser nada mais do que uma caixa preta da qual o intérprete extrai qualquer coisa que ele quiser.

Isto posto, a ponderação surge com a necessidade de aplicar as normas constitucionais a casos concretos, que envolvam tensões entre princípios, que possibilitam soluções divergentes, mas que podem ser aplicadas simultaneamente, em razão da estrutura flexível e aberta dos princípios constitucionais. Tornando-se essencial a utilização do método ponderativo, para verificação dos pesos específicos que assume cada princípio no caso concreto, auferindo em que medida cada qual cederá passagem ao outro, posto a impossibilidade material de emprego dos critérios tradicionais para a solução de antinomias envolvendo normas constitucionais.

CAPÍTULO 3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DECISIONISMO BRASILEIRO

3.1. ANÁLISE DOS JULGADOS DO STF

A ponderação surge como um novo modelo de interpretação constitucional para realização da vontade Constituição. Não significa, contudo que está sendo abandonado o método clássico e nem os elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teológico, eles ainda são utilizadas para a solução de casos concretos, porém tais métodos, nem sempre são suficientes. Visto que as normas constitucionais não trazem em si um sentido único, objetivo, válido para todos os casos concretos, logo, caberia ao intérprete desempenhar um papel criativo para a solução do conflito existente.

Assim, em razão do conteúdo aberto das normas constitucionais, possibilitaria diferentes interpretações, portanto, à vista do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que se poderia determinar o sentido na norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o conflito.

Percebe-se, deste modo, que a ponderação surge como uma nova interpretação constitucional sendo fruto da evolução interpretativa diante das mutações sócias que alteram o conceito e alcance das normas constitucionais anunciando novos tempos e novas demandas.

Imagine a hipótese em que mais de uma norma constitucional possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, como no clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, os direitos à honra, e do outro à intimidade e à vida privada. Note-se, que as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam para soluções diversas e contraditórias. À vista disto, mostra-se que a técnica da ponderação é capaz de lidar com o fato da Constituição ser um documento dialético que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes, e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que caos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a

regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida da sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou alguma delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica da ponderação. (BARCELLOS, 2003, p. 153)

Por conseguinte, a ponderação é uma técnica de decisão jurídica utilizada em casos difíceis, onde a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas, extrai-se portanto que a ponderação ingressa no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica.

Sem embargos, a ponderação já vem sendo empregada, assim, em algumas hipóteses é notório a ponderação de interesses flagradas em jurisprudências dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Assim, serão analisadas adiante a ADI 4.983 e as ADCs 43, 44 e 54⁹, verificando deste modo como o método vem sendo utilizado.

3.2. ADI 4.983/CE. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 15.299/2013 QUE REGULAMENTAVA A VAQUEJADA.

Trata-se de Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará para julgar procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, do Estado do Ceará, em 2016.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal, estava diante do conflito entre normas constitucionais, uma que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225/CF, e a outra que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215/CF. Sendo, segundo a Procuradoria da República Ceará, ser mais adequado dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente, articulando que a lei impugnada não encontrava respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta. Assim, diante do caso concreto

⁹ HC 71373-4, HC 76060 DNA, Recl 2040, HC 82424/RS, ADO 26, MI 4733, ADI 4815, HC 124.306, EXT 1362.

envolvendo a colisão entre normas constitucionais o Supremo utilizou da técnica da ponderação para resolver referida colisão.

Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivo. Cita precedentes – relacionados à “briga de galos”: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à “farra do boi”: Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, apreciado em 3 de junho de 1997. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 3)

Segundo o relator, a prevalência da norma constitucional de preservação do meio ambiente deveria impor limites jurídicos às manifestações culturais, observando que a vaquejada coloca os animais em situação de crueldade, proporcionando danos irreversíveis aos animais.

O Governo do Estado do Ceará, discorreu sobre a importância histórica da vaquejada, que faz parte da cultura da região, revelando patrimônio histórico do povo nordestino, direito fundamental coletivo previsto no artigo 216 da Carta de 1988, alegou que o regulamento do esporte está protegido constitucionalmente, bem como, a lei que regulamentaria o esporte protegia os bens constitucionais que estavam sendo violados, pois impunha práticas adequadas ao evento e estabelecia sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos, adotando medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais. Ademais, a prática da vaquejada incentivava o turismo e era fonte de empregos sazonais, de alta relevância para a economia local.

Destarte, estamos diante de um conflito entre os artigos 225, § 1º, inciso VII, e 215 do Diploma Maior, tendo o Supremo julgado a favor da proteção ao meio ambiente, quando reveladas situações de tratamento cruel a animais, ainda que dentro do contexto de manifestações culturais.

O Senhor Ministro Marco Aurélio, sustentou em seu voto que a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará que regulamentava a vaquejada, apresentava um conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais, de um lado, o artigo 225, § 1º, inciso VII e, de outro, o artigo 215. Para o Ministro, o artigo 225 por ser um direito fundamental de terceira geração, fundado no valor de solidariedade, de caráter

coletivo ou difuso, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade (BONAVIDES, 2001, p. 523).

A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito, logo em razão das circunstâncias, ficou configurado o confronto de direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior, cabendo ao Supremo, tendo em vista os princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, o conflito entre interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. O comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo. No presente caso, a manifestação cultural da vaquejada implicava inequívoca crueldade contra os animais, logo, de acordo com o ministro, haveria de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 6)

Seguindo o mesmo raciocínio do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, sustentou que em casos de colisão entre normas envolvendo, de um lado proteção de manifestações culturais (art. 225, §1º, VII) deve-se interditar manifestações culturais que importem crueldade contra animais. Segundo o Ministro Barroso, na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada,

necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. Ademais, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução. Para ele, a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil.

Em seu voto, transcreveu o laudo técnico da Professora Titular da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade São Paulo, Irvênia Luiza de Santis Prada, Mestre e Doutora em Anatomia dos animais Silvestres e Domésticos pela mesma universidade. Afirma ela:

Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinfecção (arrancamento) da cauda, de sua conexão com o tronco. Como a porção caudal da coluna vertebral representa continuação dos outros segmentos da coluna vertebral, particularmente na região sacral, afecções que ocorrem primeiramente nas vértebras caudais podem repercutir mais para frente, comprometendo inclusive a medula espinhal que se acha contida dentro do canal vertebral. Esses processos patológicos são muito dolorosos, dada a conexão da medula espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor). Volto a repetir que além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental.

A estrutura dos equinos e bovinos é passível de lesões na ocorrência de quaisquer procedimentos violentos, bruscos e/ou agressivos, em coerência com a constituição de todos os corpos formados por matéria viva. Por outro lado, sendo o “cérebro”, o órgão de expressão da mente, a complexa configuração morfofuncional que exhibe em equinos e bovinos é indicativa da capacidade psíquica desses animais, de aliviar e interpretar as situações adversas a que são submetidos, disto resultando sofrimento. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 50 e 51)

Outrossim, o ministro advertiu que é permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da

vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos. Primeiro, por que a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 30)

Por fim, o ministro ressaltou que contemporaneamente o bem-estar e os direitos dos animais estão em constante evolução, com mudanças e percepção e entronização de novos valores morais. Assim, nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o Supremo Tribunal Federal tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em uma jurisprudência constante que merece ser preservada.

Da mesma maneira, a Ministra Rosa Weber, asseverou que no caso em exame, a constitucionalidade da lei cearense, na sua visão, se a constituição diz que essas manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, §1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais, ela está dizendo, na leitura da ministra, com clareza solar, em primeiro lugar, que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra animais.

A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada. O bem protegido pelo inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição, ênfase, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais. Conferir legitimidade à lei do Estado do Ceará, em nome de um hábito que não mais se sustenta frente aos avanços da humanidade, é ferir a Constituição Federal. Ademais, rechaçar a vaquejada não implica suprimir a cultura da região que possui

tantas formas de expressão importantes e legítimas identificadas na dança, na música, na culinária, ou seja, o núcleo essencial da norma inserta no artigo 215 da Constituição permanece incólume. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 74)

O Ministro Celso de Mello, acompanhou o voto do relator, e julgou procedente a ação direta, ao declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo cearense. Segundo o ministro, a cláusula inscrita no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição da República justifica a necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Além do mais, o ministro acrescentou que a tentativa de qualificar a vaquejada como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica numa tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna. Pois, o sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, sendo repugnante em razão dos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas, eis que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil.

O Ministro Ricardo Lewandowski, aderiu ao voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, destacando que a atividade da vaquejada revela inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos. Lewandowski realizou uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma perspectiva antropocêntrica, que considera os animais como “coisas”, desprovidos de emoções, sentimentos ou quaisquer direitos, sendo que o critério para se lidar com o meio ambiente deve ser “*indubio pro natura*”, homenageando-se os princípios da precaução e do cuidado.

Reporto-me, para fazer essa interpretação, à Carta da Terra, subscrita pelo Brasil, que é uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz e à justiça socioeconômica, foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas. Dentre os princípios que a Carta abriga, figura, logo em primeiro lugar, o seguinte: “*Reconhecer que todos os seres vivos são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente do uso humano. Isso quer dizer que é preciso, sobretudo no momento em que a própria sobrevivência do Planeta está em xeque, respeitar todos como seres vivos em sua completa*

alteridade e complementariedade. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 125)

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia não considerou a prática da vaquejada como uma atividade esportiva ou festiva, mas sim, uma agressão e sofrimento, mesmo considerando-se que a lei tentava preservar, desde de 2003, uma situação de cuidar daqueles animais para que não houvesse o sofrimento, para que não houvesse nenhum tipo de judiação. Para a ministra a partir de observações, estudos e vídeos do evento da vaquejada, referida prática mostrou-se extremamente agressiva contra os animais, sendo necessário analisar a Constituição como marco civilizatório que preserve a vida animal efetivamente. Outrossim, a ministra conclui que apesar de a vaquejada ser considerada uma atividade cultural, a cultura muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida.

Não obstante, o Ministro Edson Fachin chegou a conclusão oposta das apresentadas até o momento. Segundo o ministro, a vaquejada é uma manifestação cultural, que encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do artigo 215 e seu respectivo § 1º, e não há, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país, pois tá atividade constitui modo de criar, fazer e viver da população sertaneja, conforme expresso no inciso II, do artigo 216 da Constituição Federal.

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 15)

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto explanou ser importante analisar determinados parâmetros que consideramos dignos do nosso processo civilizatório, pois a própria ideia de pluralismo exige que atuemos, com algum tipo de moderação, sob pena de estimular em casos desse tipo a reação e de prática cultural, a clandestinidade, assim, a melhor solução seria segundo o ministro uma

regulamentação adequada, buscando o aprimoramento condizente com os ditames modernos de proteção ao meio ambiente.

Ademais, o ministro expôs que o próprio Texto Constitucional fala do desenvolvimento do desporto, no artigo 217 inciso IV, sendo a vaquejada segundo ele um tipo de desporto, que foi desenvolvida e que tem caráter de esporte, como montaria de bois, cavalos e etc. De modo que para ele, a declaração de inconstitucionalidade da lei cearense teria consequências extremamente danosas para todo um sistema regional de cultura.

De modo que eu entendo que, se essa legislação carece de alguma censura, há de ser na sua execução, a necessidade de um eventual aperfeiçoamento, de eventuais medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesão aos animais, mas não me parece que seja o caso de declarar a inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional - esses números são impactantes -, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 19)

Acompanhando a mesma divergência, o ministro Teori Zavascki alegou em seu voto que era necessário fazer uma distinção fundamental entre vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio regulamentar a vaquejada no referido Estado. Segundo o ministro por estarem diante de uma ação direta de inconstitucionalidade, o objeto da análise constitucional não era a vaquejada em si, até porque a vaquejada como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal. Assim, referida ação estava discutindo a constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Portanto, para análise deste julgamento, seria fundamental considerar a princípio da legalidade contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição. Logo, sendo o princípio da legalidade paradoxal em nosso sistema, pois ao mesmo tempo consagra a liberdade, autoriza a sua limitação. Assim, deve-se aplicar isso em ralação às manifestações culturais e esportivas. Elas são livres, a não ser que haja uma lei proibindo.

Para o ministro o pressuposto básico essencial dos votos que defendem a inconstitucionalidade da lei é o pressuposto de que a vaquejada é uma prática cruel. O ministro realizou a seguinte pergunta: a vaquejada, se não fosse cruel, seria

inconstitucional? Concluindo o ministro que a resposta seria negativa, necessariamente com base nesse argumento. Então nós temos vaquejadas cruéis e temos vaquejadas não cruéis.

Assim, referido julgamento estava sendo realizado não para julgar a inconstitucionalidade, ou não da vaquejada, segundo o ministro, estava sendo discutido a constitucionalidade, ou não, de uma lei do Estado do Ceará. Por fim, o ministro conclui:

Eu comecei falando no princípio da legalidade porque, se nós declararmos a inconstitucionalidade dessa lei, vamos ter a vaquejada sem essa lei no Estado do Ceará, como ocorre em outros Estados. No meu entender, essa lei, bem ou mal, desnaturando ou não a vaquejada (pode se se justamente a forma de vaquejada cruel. O que eu quero dizer, em suma, é que ter esta lei é melhor do que não ter lei alguma sobre vaquejada. Sem esta lei, vamos ter vaquejada cruel. (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 61)

O Ministro Luiz Fux, em seu voto relatou que no referido julgamento, estavam os ministros diante de dois dispositivos constitucionais, o que garante a todos o exercício dos direitos culturais; e o artigo 225, que protege a fauna e a flora. Sendo, num primeiro plano inegável a realização de uma ponderação, pois em virtude do princípio da unidade da Constituição, não há princípio mais importante do que outro, sendo ponderáveis à luz do caso concreto.

O ministro começa seu voto com uma passagem descrevendo o tratamento dos animais para o abate. Asseverando que as ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada, fundamentadas na humanização dos animais são contraditórias, tendo em vista que não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi; que é contemplado constitucionalmente como direito social.

Nascem os bezerros; nos próximos dois anos, o boi leva a vida que pediu a Deus - estou lendo um artigo chamado "Como o boi vira filé". Aí ele vai engordando. O abate se aproxima e a engorda é acelerada. Os bois são castrados e, para não perder peso, passam quase 3 meses sem andar. Mas a ração é de primeira: capim, cereais, melaço de cana, vitaminas e sais. Depois, o boi tem que apresentar mais ou menos 450 kg e, se apresentar menos, ele é morto. Ao atingir esse peso, o animal é enviado ao matadouro. A viagem é estressante. O animal urina e sua mais do que o normal e chega a perder até 3% do peso. Uma hora antes do abate, os bois são examinados. Quem passar no teste vai para a fila do abate. Os doentes são mortos separadamente. Se a doença for grave, a carcaça é incinerada.

Normalmente, há curvas para que os animais não saibam o que está acontecendo. E, nas paredes, dispositivos antiempaque dão choques leves ou emitem ruídos. Um banho evita que a sujeira contamine a carne.

Tiro certo.

No boxe de atordoamento, o animal recebe um tiro com pistola de pressão – ou um dardo que perfura o cérebro – e desmaia. A partir daí, para que não corra o risco de acordar, o boi deve ser morto em no máximo 3 minutos.

Uma portinhola se abre e o animal cai desacordado numa espécie de esteira. Ele será içado pelas patas para ficar com o pescoço para baixo.

Primeiro, um corte na pele do pescoço. Depois, é só esticar o braço e chegar à jugular: o boi está oficialmente morto. Durante 3 minutos, seus 20 litros de sangue escorrerão numa canaleta para ser vendidos a fábricas de ração para cães e gatos.

Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela - fazem vela com o produto do boi doente.

Senhor Presidente, é assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direito social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição? (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 76)

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto afirmou que somente com o advento da Lei estadual nº 15.299/2013, que teve como preocupação organizar a manifestação esportiva, com dispositivos para se evitar, formas de maus tratos aos bovinos. Segundo o ministro é essencial ler a Constituição com os olhos voltados para a nossa realidade, também não podemos esquecer que a ciência do direito é a ciência da vida, dos fenômenos sociais e culturais.

Para não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos. Outrossim, alegou que a própria lei em análise faz a defesa dos animais contra essas ações, ou seja, a própria lei exige o respeito aos animais e não institucionaliza a tortura dos animais, logo, o ministro não vislumbra afronta ao artigo 225§ 1º, inciso VII, e ao artigo 214§ 1º, da Constituição da República.

Isto posto, após a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a ponderação, ao se estar diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, é a técnica necessária e usualmente utilizada no direito comparado. Do caso analisado percebe-se claramente que temos uma densa questão constitucional subjacente, em saber até onde vai o limite da proteção estatal aos animais e o respeito, igualmente estatal, à diversidade de manifestação cultural quando esta utiliza animais em sua prática.

Assim, a técnica da ponderação parte do princípio que existem na ordem jurídica, princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com

pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação. A ponderação realiza-se a partir de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios, isto é, em escalas de medida da força de cada argumento, ou de cada princípio. Sendo a interpretação adotada capaz de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto, encontrando um sentido contextualmente mais estabilizador.

Deste modo, é notório que o conflito abrange visões de mundo entre os que querem a proibição dessa atividade e os que a defendem, cuja resolução não pode recair na aplicação da regra tudo ou nada. É evidente que não se pode apagar a história da vaquejada de parcela do povo brasileiro e passar, de repente, a proibir tal prática, tendo em vista que não se pode apagar a prática da vaquejada da história do Brasil.

Do mesmo modo que o Estado deve coibir a submissão dos animais à crueldade a práticas de determinadas condutas no desempenho de atividades que possam traduzir nocividade ou crueldade, conforme estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal.

À vista disso, a ponderação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará através da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, julgando-a inconstitucional, foi realizada seguindo os critérios que garantem uma decisão adequada, necessária e proporcional diante do caso concreto apresentado.

Dos 6 votos julgando referida lei inconstitucional, argumentando a prevalência do artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta Federal sobre o artigo 215 do mesmo diploma legal, estruturou-se nos precedentes do próprio tribunal que apontam para proteção do meio ambiente, bem como em prova empírica dos laudos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismo e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental.

Como muito bem pontuou o Ministro Roberto Barroso em suas análises sustentadas em seu voto, a derrubada de um touro instigado, em alta velocidade, torcendo-o pelo rabo para ficar com as quatro patas para cima, é impossível sem que

haja crueldade, não existindo deste modo, vaquejada não cruel. Sendo necessário segundo o ministro opor-se historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas sejam erradas. Outrossim, o ministro acrescentou que independentemente de a vaqueja continuar a ser praticada ilegalmente mesmo após a decisão do Supremo, sendo referido julgamento considerado simbólico, devido à dificuldade de dar efetividade a todas as decisões, cabe ao Supremo Tribunal Federal se pronunciar contra todo ato que envolva a Carta Magna.

Assim, foi refletido a partir dos votos dos ministros, como os valores morais ao longo do tempo vão se transformando e impactando em manifestações culturais, bem como nas relações econômicas e sócias.

Há processos históricos um pouco inelutáveis. A gente não consegue parar a história nem aparar vento com as mãos. Nós estamos um pouco procurando absorver a melhor forma de lidar com uma inevitabilidade histórica, que é "há uma nova ética animal se impondo". (ADI 4.983. Rel. Min. Marco Aurélio, 2016, p. 107)

Logo, percebe-se que estamos diante de uma situação de mutação ética civilizatória, em relação ao uso de animais para fins de entretenimento. Futuramente, a própria eliminação de animais para fins de alimentação, entrará em pauta em julgamentos, todavia ainda não estamos nesse estágio por uma série de questões políticas, sociais e econômicas. Portanto é imprescindível lidar com diferentes variáveis para se alcançar a mais satisfatória decisão dentro do caso concreto que acompanhe as transformações sociais.

3.3. ADCS 43, 44 E 54. INEXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.

As ADCs 43, 44 e 54 foram ajuizadas pelo PEN – Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB – Partido Comunista do Brasil com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação da lei nº 12.403/2011. As duas primeiras ADCs 43 e 44 foram propostas em 2016 e a terceira ADC 54, ajuizada em 2018.

O Partido Ecológico Nacional-PEN, desde de 2018, nominado Patriota (PATRI) ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, com pedido liminar

buscando seja assentada a harmonia, com a Constituição Federal, o artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011, alegando a existência de controvérsia constitucional relevante acerca da validade do preceito, ocorrida após o julgamento, pelo Plenário do habeas corpus nº 126.292, que possibilitava a execução provisória, no âmbito penal, de acórdão condenatório em grau de apelação, importante ressaltar que a decisão proferida no referido habeas corpus não possuía efeito vinculante, mas repercuti no sistema judicial brasileiro.

Outrossim, devido à coincidência de objetos, foram apensados nos autos do processo a ação declaratória de constitucionalidade nº 44, para julgamento em conjunto. Nesta ação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 20.5.2016, buscava igualmente que fosse assentada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada da Lei nº 12.403/2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Questionando o afastamento, no julgamento do HC 126.292, do art. 283 do CPP, à anotação de que tal preceito, cuja relação foi alterada por meio da Lei na 12.403/11, repetiu o dispositivo constitucional, precisamente, para adequar a legislação processual à Carta Magna.

Por fim, no dia 18 de abril de 2018, foi distribuída por prevenção, a ação declaratória de constitucionalidade nº 54, ajuizada pelo Partido Comunista Do Brasil-PCdB levando em conta a identidade de objeto com relação às declaratórias de nº 43 e 44, na forma do artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal do Federal. Igualmente, referida ação tem como objeto a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, frente aos artigos. 1º, III, 5º, LVII e LXI, e 93, IX, da Carta Política.

O Ministro Marco Aurélio (relator) proferiu em seu voto que precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis, conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Sendo descabido a inversão da ordem natural do processo-crime, apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção. Logo, a execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterando o título executivo, ao estado de coisas

anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 24)

Segundo o ministro inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos. Assim, em um cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando se autoriza normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, em contornos definitivos, a execução da pena, e conseqüentemente a supressão da liberdade. Portanto, para o ministro, está em perfeita harmonia o artigo 283 do Código de Processo Penal, com a Constituição Federal de 1998, impedindo retrocesso constitucional, e assegurando a segurança jurídica no processo criminal.

O Ministro Celso de Mello, expôs em seu voto que a controvérsia jurídica do caso está em torno da extensão e abrangência da presunção constitucional de inocência, tal como reconhecida pelo direito constitucional positivo brasileiro (CF, art. 5º, inciso LVII), consiste em definir-se o momento a partir da persecução penal a pessoa passa a ser considerada culpada, podendo ser submetida a prisão penal.

Para o ministro a Constituição destina-se a proteger as liberdades, tutelar os direitos e inibir os abusos do Estado e daqueles que atuam em seu nome, sendo assim, a Constituição não pode se submeter a vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. Do mesmo modo, o processo penal condenatório não constitui e nem se converte em instrumento de arbítrio do Estado, mas ao contrário representa meio de contenção e delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal.

Assim, ao interpretar o sentido da cláusula constitucional que consagrada a presunção da inocência, percebe-se de maneira inequívoca que a pessoa processada só perdera a eficácia do princípio da presunção da inocência após o

trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pois, é essencial a preservação da integridade de um princípio que pode ser transgredido indevidamente, no caso em análise o arbitraria antecipação da pena fundada em juízo de mera suspeita, traz consequências gravosas impossíveis de se corrigir.

Há, portanto, segundo penso, considerado o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, cabe advertir, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados já fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Acho importante referir, de outro lado, por necessário, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 60)

Ademais, o ministro se pronunciou em relação ao argumento de impunidade pela prescrição, onde os réus usam recursos demais, para postergarem o final do processo, gerando deste modo impunidade. Para o ministro, os recursos estão previstos na lei e devem ser usados, outrossim, a própria legislação prevê filtros para o exagero recursal, e mesmo que se aleguem a existência exorbitante de recursos, isso não é um problema do Supremo Tribunal Federal, mas um problema da lei, cabendo ao legislador restringir as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, e ampliar ou dificultar os requisitos para a interposição dos recursos.

À vista disso, o ministro concluiu que o reconhecimento da tese de execução provisória de uma condenação criminal ainda recorrível (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir, com toda vênua, um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal. Logo, a execução provisória ou antecipada culmina por fazer prevalecer um prematuro juízo de culpabilidade, contrário ao texto constitucional, que vincula-se à importância da coisa julgada e traduz fator de certeza e de segurança jurídica.

Em concordância com os argumentos apresentados, a ministra Rosa Weber lembrou que a hermenêutica constitucional, está relacionada com a sociedade, e com cada cidadão ao defender a melhor interpretação do texto constitucional, a

ponto de muitos evocarem, com maior ou menor propriedade, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

Dessa maneira, a definição do sentido da norma jurídica, tem, por sua vez, consequências práticas, para a vida de todos, pois não envolve apenas o emissor ou o intérprete, mas também o destinatário, o jurisdicionado, coletivamente. Portanto, a interpretação jurídica deve ter amparo na racionalidade objetiva, tentando ao máximo reduzir os espaços para o subjetivismo dos intérpretes, para uma melhor motivação das decisões.

Entendo que a decisão judicial deve se apoiar não nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, “deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia. (DWORKIN, 1999, p. 45)

Para a ministra, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, pois a ampla defesa não pode ser aplicada de forma restrita, engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, logo, a execução de sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição ao direito de defesa.

Ademais, o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mostra-se como modalidade de prisão não prevista em lei, ofendendo ao postulado da reserva absoluta de lei a que sujeitas a criação e a regulamentação das modalidades de prisão (art. 5º, XXXIX, XL, XLVI e § 2º, da CF).

O constituinte de 1988 expressamente consagrou a fixação de marco temporal a presunção de inocência, que se dá com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, o artigo 283 do CPP, que em sua redação atual, estabelece que a prisão só pode ocorrer nas seguintes hipóteses: 1) em flagrante delito, 2) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou, 3) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Por conseguinte, é evidente que o artigo 283 do CPP é compatível com a Lei Fundamental.

Outrossim, outro ponto levantado pela nobre ministra foi o HC 126.292/SP que motivou o ajuizamento das presentes ações perante o Supremo. Segundo ela, é fundamental fazer uma distinção entre as ações de índole subjetiva, notadamente habeas corpus, e em ações vocacionadas ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos in abstracto, não só quanto aos limites cognitivos, mas também quando a sua eficácia. Assim, o habeas corpus destina-se a prevenir ou remediar a liberdade de ir e vir e ficar, pressupondo ilegalidade ou abuso de poder, conforme estabelecido no art. 5º, LXVIII CF, logo não parece apropriado a utilização de um julgamento de uma ação autônoma para um julgamento em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis, no mérito das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

Afinal, o que é o *habeas corpus*? Perdoem-me pelo óbvio, mas volto a insistir até para que os surdos, ou os que preferem sê-lo quanto à minha posição, escutem! O *habeas corpus* é ação de envergadura constitucional de que dispõe quem sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação, em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder! A partir de tal premissa – dizia eu, com a devida vênias –, como poderia o STF reputar, no âmbito de *habeas corpus*, ilegal, teratológica ou abusiva decisão tomada com base na jurisprudência dele próprio no sentido de a execução antecipada da pena não afrontar o princípio da presunção de inocência? Poderia visitar o tema sim, para manter ou alterar a posição, mas em ação de controle abstrato de constitucionalidade, como agora se enceta. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 39)

Outrossim, o ministro Ricardo Lewandowski, declarou em seu voto que as constituições não são estáticas e que se adaptam à dinâmica das sociedades que estão em constante transformação, contudo o fenômeno da mutação constitucional jamais poderá vulnerar os valores fundamentais sobre os que se sustenta o texto constitucional, sendo a presunção da inocência um desses valores, estando concebida no artigo 5º, LVII, da Constituição, garantindo aos cidadãos proteção perante o poder judiciário e as possibilidades de cometimento de erros por parte dele.

A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juizes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada. Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil

presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias.(ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 3)

Segundo o Lewandowski, é compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar a garantia constitucional de presunção de inocência, por acreditarem que tal modificação irá contribuir pra combater a corrupção endêmica e a criminalidade violenta que assola o país. Entretanto, esses magistrados ao fazer uma interpretação contra a incidência do princípio da presunção da inocência estariam indo contra as cláusulas pétreas estabelecidas em nossa Constituição, que representam verdadeiros pilares das nossas instituições democráticas.

Para o ministro, a possibilidade de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, diante de tese provisoriamente fixada pelo Plenário do STF no julgamento do HC. 126.299/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional nela ventilada, possibilitou a violação ao art. 5º, LXI, gerando um retrocesso jurisprudencial.

Além disso, o ministro lembrou que a jurisprudência do Supremo consolidou-se, salvo por um breve lapso de tempo, no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar no art. 312 do CPP. Assim, o ministro conclui seu voto:

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência – requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais. Isso porque não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim - e sempre - com amparo nela! (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 7).

O ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto que a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo, apresentando-

se no texto constitucional como direito fundamental no rol do artigo 5º, inciso LVII, por ser uma garantia fundamental impede de forma geral, o tratamento do réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença. Logo, a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o artigo 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não culpabilidade.

Contudo, essa opção precisaria ser feita pelo legislador brasileiro, e não por nós julgadores, que devemos interpretar a Constituição Federal e a legislação nos limites lá fixados. Não podemos alterar os textos constitucional e legal, que são expressos ao determinar que se aguarde o trânsito em julgado. Precisamos perceber que essa é uma opção do Poder Legislativo, e é lá o local onde tal debate deve se dar de modo legítimo e louvável. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 11).

O último a votar, foi o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, que explicou que o referido julgamento dizia respeito a uma análise abstrata da constitucionalidade do artigo 238 do CPP. Segundo o ministro, a prisão com fundamento unicamente em condenação penal só pode ser decretada após esgotadas todas as possibilidades de recurso, concluindo que a opção expressa do legislador estava compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, com apenas uma única exceção em relação a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, pois o júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e é soberano. Ademais, Toffoli acrescentou que a exigência do trânsito em julgado não levará a impunidade, pois o sistema judicial contém mecanismos capazes de coibir a impetração de recursos com a finalidade de obter o retardamento do cumprimento da pena ou até mesmo sua prescrição.

Contrariando os votos apresentados até o momento o ministro Luís Roberto Barroso, expôs em seu voto a possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau, conforme sua interpretação a constituição do art. 283 do CPP. Segundo ele, a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, pois a prisão nessas circunstâncias justifica-se, dado que a ordem constitucional não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão, mas sim. Ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (CF/1988, art. 5º, LVII e LXI).

Ademais, declarou que a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplica na modalidade tudo ou nada, sendo necessário ser ponderada com outros princípios constitucionais e valores constitucionais, na atribuição de pesos realizada pelo ministro, na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência.

Outrossim, o ministro acrescentou que depois na condenação em 2º grau não existe dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, não cabendo discutir fatos e provas, logo a execução da pena se torna uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça. Além disso, a possibilidade de execução da pena em segunda grau, tornaria segundo o ministro o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que se coíbe-se a interposição de recursos protelatórios.

Outrossim, diminuirá o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais igualitário, reduzindo os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena, quebrando o paradigma de impunidade no sistema criminal, evitando a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial, impedindo a aplicação da lei penal, pela prescrição, gerando do sentimento de impunidade na sociedade. Assim o ministro conclui o seu voto:

Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Reafirmação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p.4).

Seguindo a mesma linha de interpretação, o ministro Alexandre de Moraes e seu voto que a segurança jurídica deve prevalecer sobre o princípio da presunção de não culpabilidade, pois é essencial e indispensável para o fortalecimento do ordenamento jurídico. Assim, a possibilidade de início da execução da pena após decisão condenatória de 2º grau não desrespeitaria o princípio da presunção de

inocência, podendo ser afastada com a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal.

Para o ministro, o correto seria a análise do princípio da presunção da inocência em sua existência, finalidade e extensão, com outros princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos no artigo 5º incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI, para uma delimitação correta do exercício da interpretação constitucional.

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 24).

O ministro Edson Fachin, em seu voto interpretou a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual, apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias, é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Ademais, o ministro acrescentou que a presunção de inocência só tem aplicação nas fases em que a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado, se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não é desafiada.

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Como não há efeito suspensivo nos recursos extraordinários e especiais e – de modo ainda mais relevante – como é limitado o efeito devolutivo desses recursos, não faria sentido exigir-se que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação. (ADCs 43, 44 e 54. Rel. Min. Marco Aurélio, 2019, p. 21)

A ministra Cármen Lúcia aderiu à divergência afirmando a possibilidade da execução da pena, com o argumento de que o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não atinge o princípio da presunção de inocência. Segundo ela, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal deve ser interpretado em harmonia com os demais dispositivos constitucionais que tratam da prisão, como os incisos LIV (devido processo legal) e LXI (prisão em flagrante delito ou por ordem escrita). A eficácia do direito penal, na compreensão da ministra, se dá em razão da certeza do cumprimento das penas. Sem essa certeza, “o que impera é a crença da impunidade”. A eficácia do sistema criminal, no entanto, deve resguardar “a imprescindibilidade do devido processo legal e a insuperável observância do princípio do contraditório e das garantias da defesa”.

Por fim, o ministro Luiz Fux, sustentou em seu voto que o princípio da presunção de inocência está relacionado com as provas contra o acusado e que com o andamento do processo vai sendo mitigada se os recursos contra a condenação vão sendo rejeitados pela Justiça, segundo ele, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos. Não parece desarrazoado que se possa submeter à prisão quem já foi condenado em segunda instância.

À face do exposto, verifique-se que é preciso a utilização da técnica da ponderação para se atribuir pesos, que designem a atribuição de pesos, para se fazer as concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer no caso apresentado.

Deste modo, na presente discussão estão em jogo o princípio da inocência ou da não culpabilidade, de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, rótulo genérico sob o qual se abrigam valores importantes como da realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado e a probidade administrativa.

Logo, os que são a favor do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, consideram que ao aplicar as normas penais com devido processo legal e proporcionalidade não é punitivismo, não é vingança privada, mas uma maneira de proteção dos direitos fundamentais. Assim, o princípio da não culpabilidade no desenvolvimento da persecução penal perde relevância, dando mais valia aos outros valores protegidos pelo sistema penal, conseqüentemente estes valores passam a ter mais peso do que a presunção de inocência, devendo prevalecer.

Atualmente, o sistema penal está desmoralizado perante a sociedade, pois os processos se eternizam, provocando prescrições e impunidade, não existe uma efetividade do sistema penal para proteção dos valores constitucionais. Portanto, deve-se privilegiar a interpretação mais razoável que faz o processo tramitar celeremente e não a que faz se arrastar indefinidamente.

Não obstante, o judiciário brasileiro enfrenta de maneira evidente uma corrupção governamental estruturante gritante com a “Operação Lava Jato”, viabilizando o detrimento do interesse público e dos valores ético-jurídicos da atividade do Estado. Assim, o posicionamento em relação ao cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, independentemente se ser contra ou a favor, possuem o mesmo objetivo que é a necessidade imperiosa de combater a corrupção respeitando a garantia do devido processo legal, que abrange o princípio da eficiência, em suas quatro projeções (celeridade, efetividade, segurança jurídica e economia processual). Contudo, a eficiência não está relacionada somente ao interesse do Estado de prestar o seu dever jurisdicional da melhor maneira possível, é também uma garantia das partes em ver o litígio solucionado trazendo estabilidade nos no plano dos fatos. Logo, é essencial que sob a égide dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito que consagra o regime dos direitos e garantias fundamentais, cabendo ao judiciário se distanciar da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação as partes envolvidas no processo ao decidir litígios penais, assegurando plenamente a todos os acusados um processo justo, imparcial e independentemente do contexto político, impossibilitando a presunção de culpa em favor de quem incide a presunção constitucional de inocência.

Outrossim, estamos presenciando constantemente ataques as garantias constitucionais expressas na Carta Magna, o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli declarou: “o excesso de texto na Constituição faz com que muitos processos acabem sendo enviados ao Supremo e abre muitas possibilidades para decisões conflitantes entre as esferas do judiciário, o que provoca morosidade”. Na opinião do ministro, o Brasil precisa “se destravar”, e o caminho para isso é reduzir a burocracia.

Diante deste cenário, o princípio da efetividade mínima do sistema penal, não pode mitigar outros importantes princípios inerentes ao processo, como o princípio da presunção de inocência, pois este mostra-se como elemento fundamental de conquista na Constituição. Logo, o princípio da efetividade é relativo e deve ser

mitigado, pois, o valor e a carga normativa do princípio da não culpabilidade é extremamente relevante não podendo ser desconsiderado pelo princípio da efetividade. O intérprete constitucional, deve buscar sempre uma convivência harmônica entre as normas incidentes no caso concreto, privilegiando a solução que proteja todos os valores, bens e interesses juridicamente protegidos, todavia, neste caso em razão da carga valorativa e da proteção a integridade do princípio da não culpabilidade e da própria Constituição, a execução provisória de uma condenação criminal ainda recorrível, admite total inconstitucionalidade e insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi possível verificar a normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras, bem como, o pluralismo existente na sociedade que expressa através da Constituição, consagrando nesta, normas e valores de matizes ideológicas antagônicas, que podem entrar em conflito na resolução de casos concretos, deste modo, em virtude do princípio da unidade da Constituição o intérprete deverá buscar a solução que harmonize as normas em tensão.

Assim, considerando a Carta Magna como uma unidade, não existindo hierarquia entre as normas editadas pelo poder constituinte originário, os critérios tradicionais de resolução de antinomias mostram-se insuficientes para solucionar as situações de colisão entre princípios constitucionais. Visto que, os princípios são mandados de otimização (Alexy), são aplicados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas oferecidas pelo caso concreto, podendo ser aplicados simultaneamente no mesmo caso, tornando-se necessário a verificação do peso específico que assumem dentro do caso concreto, estabelecendo qual princípio prevalecerá.

Logo, a técnica da ponderação é efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso, verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos pelos princípios, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro, pois a proteção incondicional de um princípio, tornaria os demais inoperantes. Assim, a ponderação é aplicada sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve como critério material para a ponderação, associado ao princípio da proporcionalidade com seu trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como, através da teoria da argumentação se dá a legitimidade para as decisões judiciais advindas da técnica da ponderação, e que ao mesmo tempo reprime a discricionariedade por parte dos interpretes constitucionais.

Note-se, que no Brasil, não é muito comum o emprego da ponderação, todavia o Supremo Tribunal Federal utiliza referido método. Sem embargos, foi identificado e analisado neste trabalho dois exemplos de ponderação de interesses da jurisprudência do STF, uma em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no

estado, e a outra em relação as ADCs 43, 44 e 54, que foram ajuizadas pelo PEN, Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB, Partido Comunista do Brasil, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

No que diz respeito ao julgamento da Lei 15.299/2013 que regulamentava e vaquejada, estava em conflito normas constitucionais, uma que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225/CF, e a outra que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215/CF. Sendo, estabelecido pela corte à preservação do meio ambiente, pois a lei impugnada não encontrava respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta, pois os valores morais contemporâneos não condizem com manifestações culturais ou esportivas que submetam os animais a crueldade como forma de entretenimento.

Já em relação as ADCs 43, 44 e 54, estavam em jogo o princípio da inocência ou na não culpabilidade e de outro o da efetividade mínima do sistema penal. O Supremo diante das particularidades do caso, chegou à conclusão de que o princípio da efetividade mínima do sistema penal, não pode mitigar outros importantes princípios inerentes ao processo, como o princípio da presunção de inocência, pois este mostra-se como elemento fundamental de conquista na Constituição, portanto, permitir a execução de condenação criminal ainda recorrível, seria absolutamente inconstitucional.

Logo, percebe-se que os conflitos entre as normas constitucionais estão eclodindo da sociedade, cada vez mais complexos, sendo necessário a utilização de técnicas de interpretação, como a ponderação, que acompanhe as transformações na sociedade e as mutações constitucionais, superando o positivismo ainda prevaiente nas interpretações dos profissionais de direito. Em vista disso, verifica-se que a ponderação é a técnica hábil de equacionar os conflitos entre princípios constitucionais, pois é capaz de catalisar o pluralismo na dimensão constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *I-Com.*, v.3, n.4, 2005.

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades*, v.8, 2000.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, v.5, 1988.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Maleiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. III.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro. *Revista Forense*, v. 73, ano 35, fasc. 415, 1938.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito entre Normas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge:Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Trad. Elton dias Xavier. *Revista de Direito do Estado*, n.7, jul-set. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n.3, 2005.

HARBERLE, Peter. *Le Libertá Fondamentali nello Stato. Costituzionale*. Trad. Alesando Fusillo e Romolo W.Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HARBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” na Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomos II e IV. 2ª ed. Coimbra, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, n. 30, jul.-set. 2005.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Es., 1999.

SARMENTO, Daniel. *A Constituição Aberta e seus Limites*, in *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, nº 2, 1999.

SILVA, José Afonso d. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder Constituinte Derivado e sua Limitação pelos Direitos Humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.

SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44, 54. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 07/11/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 06/10/2016.