

A derrotabilidade dos princípios e o Supremo Tribunal Federal

*Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia**

Resumo: O nosso percurso teórico se delineará da seguinte forma: num primeiro momento será estudada a concepção dos princípios como mandamentos de otimização e a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Passo seguinte exporemos a noção de derrotabilidade, com base em Carsten Bäcker, enfocando para a impossibilidade desse conceito se aplicar aos princípios, se os entendemos como mandamentos de otimização. Passo seguinte analisaremos um julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no qual um dos Ministros, Gilmar Mendes, adota a concepção dos princípios como mandamentos de otimização, supostamente aplicando a máxima da proporcionalidade, contudo estabelece uma relação absoluta de precedência do princípio da liberdade em face da proteção ao direito de crédito do credor, derrotando esse último princípio. Assim pretendemos afirmar uma relação de correlação entre a ausência de derrotabilidade dos princípios e a necessidade do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Assim o que tentará demonstrar é que: se for realizada uma relação de precedência absoluta numa colisão entre dois princípios haverá a derrotabilidade de um dos princípios.

Abstract: Our theoretical course outline is as follows: at first will study the design principles of the optimization requirements and maximum of proportionality in its three partial maxims: suitable, necessity and proportionality in the narrow sense. Next step expose the notion defeasibility based on Carsten Bäcker, focusing on the impossibility to apply this concept to the principles, if we understand them optimization requirements. Next step analyze a trial of Supreme Tribunal Federal (STF) in which one of the Ministers, Gilmar Mendes, adopts the principles wich optimization requirements, supposedly applying the maxim of proportionality, however establishes a relationship of absolute precedence of the principle of freedom face of the protection of the right of the creditor, defeating the latter principle. So we intend to assert a relationship of correlation between the absence of defeasibility principles and the necessity of establishing a precedence relation guests. So what will try to show is that: if you make a list of absolute precedence in a collision between two principles will be one of the defeasibility principles.

Palavras-chaves: derrotabilidade, princípios, máxima da proporcionalidade, ponderação em abstrato.

Keywords: defeasibility, principles, maxim of proportionality, balancing in the abstract.

* Advogado. Mestrando em Teoria do Direito pela PUC Minas.

Primeiras Palavras

O nosso percurso teórico se delineará da seguinte forma: num primeiro momento será estudada a concepção dos princípios como mandamentos de otimização e a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Passo seguinte exporemos a noção de derrotabilidade, com base em Carsten Bäcker, enfocando para a impossibilidade desse conceito se aplicar aos princípios, se os entendemos como mandamentos de otimização. Depois tomaremos o voto do Ministro Gilmar Mendes no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 349.703-1), para análise de caso, especificamente no ponto em que analisa o caso sob a luz da máxima¹ da proporcionalidade², concluindo pela desproporcionalidade da medida.

Nesse ponto faremos uma breve reconstrução do voto do Ministro, destacando de maneira crítica a aplicação que faz da máxima da proporcionalidade no caso. Procura se demonstrar que o princípio contraposto à liberdade é derrotado no voto do Ministro e ele acaba por fim tratando a proteção à propriedade privada do credor como se regra fosse, contrariando seu próprio voto.

Desse modo o que pretendemos afirmar é uma relação de reciprocidade entre a não derrotabilidade dos princípios e a necessidade do estabelecimento de uma relação

¹ A proporcionalidade é muitas vezes denominada de princípio e outras vezes de máxima, ambas como tradução do termo 'Grundsatz' em alemão. Contudo o próprio Alexy entende o não ser totalmente preciso o termo princípio para expressar a proporcionalidade visto que ela não é sopesada contra algo. A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito possuem, segundo Alexy, a estrutura de regras jurídicas. Nesse trabalho utilizaremos o termo máxima para designar a proporcionalidade e máxima parcial para designar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Isso para deixar claro que se trata de um procedimento (método) de solução da colisão entre princípios jurídicos. Ver: ROBERT, Alexy. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 - nota 84 do capítulo 3.

² Sempre que fizermos referência ao termo proporcionalidade ele virá acompanhado do termo máxima. Isso porque facilita a compreensão de que estamos tratando da proporcionalidade enquanto método de aplicação do direito em caso de colisão de princípios. Assim se quer diferenciar de outros usos da proporcionalidade, como por exemplo a idéia de algo proporcional, numa relação de meio e fim (o que nessa acepção a torna idêntica a ideia de razoabilidade), o princípio da proporcionalidade no direito penal (uma sanção proporcional à gravidade do delito cometido) expressaria essa idéia. Talvez nessa acepção, e somente nessa acepção, seria possível uma correspondência entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, como querem alguns autores brasileiros (BARROSO, 1998). Como bem ressalta Virgílio Afonso da Silva (2002) a equivalência com a razoabilidade estaria restrita apenas a adequação (na perspectiva aqui adotada de máxima da proporcionalidade).

de precedência condicionada. Assim o que tentará se demonstrar é que: se for realizada uma relação de precedência absoluta numa colisão entre dois princípios haverá a derrotabilidade do princípio e assim sua negação como mandamento de otimização.

Os princípios como mandamentos de otimização

A tese defendida por Robert Alexy possui como ponto caracterizador a concepção de que os princípios são mandamentos de otimização. Como afirma o próprio Alexy “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandamentos de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandamentos definitivos.” (ALEXY, 1997, p. 162)³. Desse modo para a aplicação dos princípios é necessário analisar condições fáticas e jurídicas, pois os princípios só obrigam segundo essas condições. Assim, para o âmbito da aplicação é preciso considerar que:

Como mandamentos de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos. (ALEXY, 1997, p. 162)⁴

Como expressão da ideia de otimização Alexy se utiliza da máxima da proporcionalidade, com a qual a teoria dos princípios se entrelaça fortemente. Há assim uma conexão constitutiva pois a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.” (ALEXY, 2008, p. 116) Passemos a uma breve conceituação das máximas parciais da proporcionalidade.

A máxima parcial da adequação “exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um dos princípios sem promover algum princípio ou

³ Tradução do seguinte trecho: El punto decisivo para a distinción entre reglas e principios es que los principios son mandados de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandados definitivos.

⁴ Tradução do seguinte trecho: En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fáticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fáticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.

finalidade para o qual foram adotadas⁵” (ALEXY, 2003a, p. 135). Assim um princípio (P_1) deve ser pelo menos promovido (ou fomentado) para que o meio empregado passe pelo exame da máxima parcial, caso contrário não se atende a exigência da adequação.

Desse modo quer se dizer que não está de acordo com a adequação a adoção de uma medida que não promova um princípio P_1 e ainda obstrua a realização de princípio P_2 e “isso mostra que o princípio da adequação não é outra coisa se não a expressão da ideia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem detrimento de outra⁶” (ALEXY, 2003a, p. 135).

A necessidade define a ideia de menor interferência possível em face do princípio contraposto e a ideia do optimal de Pareto se liga a referida máxima nos seguintes termos:

O mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que uma de duas medidas para promover P_1 , que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquela que interfira menos intensamente em P_2 . Se há uma medida que intervenha e seja igualmente adequada, uma posição pode ser melhorada sem detrimento de outra.⁷” (ALEXY, 2003a, p. 135)

Assim para que a máxima parcial da necessidade seja cumprida o ato deve atingir de modo menos intenso possível o outro princípio em jogo, devendo ser escolhido o ato que realize esse objetivo de maneira mais aproximada diante do caso, ressaltando que a medida precisa passar pelo crivo da adequação antes de se aferir sua necessidade.

Por fim a proporcionalidade em sentido estrito se constitui na expressão da otimização no que tange as possibilidades jurídicas (ALEXY, 2003a). Nesse ponto é que se materializa o balanceamento que consiste em “no terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”⁸ (ALEXY, 2003a, p. 136).

⁵ Tradução livre: excludes the adotem of means obstructing the realisation of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted.

⁶ Tradução livre: this shows that the principle of suitability is nothing other than na expression of the idea of Pareto-optimality: One position can be improved without detriment to another.

⁷ Tradução livre: The same applies to the principle of necessity. This principle requires that of two means promoting P_1 that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively in P_2 ought to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no cost to the other.

⁸ Tradução Livre: of the third sub-principle of the principle of proportionality, the principle of proportionality in the narrow sense.

A regra do balanceamento (sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito) é assim expressa “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.” (ALEXY, 2008, p.136) Alexy esclarece ainda que “essa regra expressa a tese de que a otimização relativa de princípios concorrentes consiste em nada mais do que no balanceamento desses princípios.” (ALEXY, 2003a, p.136).

A noção de derrotabilidade das normas jurídicas

A noção de derrotabilidade⁹ se liga a ideia de capacidade de uma norma jurídica de comportar exceções. Essa característica teria sido observada pela primeira vez por Hart que percebeu que para compreendermos uma norma jurídica seria preciso levar em conta a possibilidade dessa norma ser derrotada, para expressar essa ideia se utilizou da expressão “a menos que”. (BÄCKER, 2011) Assim uma norma será aplicável caso não seja derrotada.

Aplicando essa noção à distinção das normas jurídicas em regras e princípios temos que a derrotabilidade é perfeitamente aplicável as regras, contudo o mesmo não ocorre em relação aos princípios.

Essa afirmação em relação as regras pode ser facilmente constatada, tendo em vista a possibilidade da existência de exceções em face de regras jurídicas. Bäcker expressa essa visão:

Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis. (BÄCKER, 2011, p. 60)

Creio que em relação as regras não haja controvérsia sobre o tema. Já em face dos princípios o panorama muda de figura¹⁰. Tentarei nessa parte apoiado em Bäcker,

⁹ Para uma visão completa da derrotabilidade ver: BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade in: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011; BUSTAMANTE, T. R. . Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. Doxa (Alicante), v. 33, p. 79-108, 2010.

¹⁰ Não posso discutir nesse trabalho as teorias que entendem ser aplicável aos princípios a noção de derrotabilidade, a questão central é que nenhuma delas entende os princípios como mandamentos de

afirmar que os princípios não podem ser derrotados. Isso porque “os princípios, ao contrário das regras, não podem ter exceções, uma vez que o fato de todas as circunstâncias dadas serem consideradas sempre e a cada vez que um princípio é aplicado constitui parte de sua estrutura.” (BÄCKER, 2011, p. 68)

A não derrotabilidade dos princípios se liga fortemente a noção de mandamentos de otimização. Com base na estrutura da otimização, vista acima, fica claro que as exceções, base fundamental da derrotabilidade, são internos ao procedimento de aplicação de princípios. Assim fazem parte da estrutura da otimização e serão fatalmente analisadas no âmbito da máxima da proporcionalidade.

A afirmação feita acima pode ser corroborada pela seguinte passagem:

Por outro lado, entendo que princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis. (BÄCKER, 2011, p. 61)

Desse modo as exceções fazem parte da própria concepção de princípios, exposta nesse trabalho. Se os princípios são como vimos estruturas normativas que valem dentro de possibilidades fáticas e jurídicas as condições de sua não aplicação devem ser necessariamente analisadas. Assim a diferença se clarifica, **a otimização absorve as exceções, que só podem ser estabelecidas em face das regras jurídicas:**

Otimizar significa realizar um fim na maior medida possível, considerando todas as circunstâncias relevantes. No entanto, se todas as circunstâncias relevantes forem consideradas, como exigem os princípios, não pode haver exceções. Não existe “a menos que” nos princípios. Por outro lado, ao aplicar uma regra não é necessário levar em consideração todas as circunstâncias relevantes. Se a condição é satisfeita, segue-se a conclusão. A condição em uma regra é sempre um conjunto mais ou menos complexo e coesivo de circunstâncias das quais o resultado se segue, independentemente de outras circunstâncias que estão em jogo. Portanto, quando regras são aplicadas, uma condição “a menos que” pode surgir daquelas circunstâncias que não fazem parte da

otimização. Para uma exposição do problema ver: BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade in: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011.

condição. A regra é, então, derrotada, devendo ser revisada. Um princípio nunca precisa ser revisado. (BÄCKER, 2011, p. 71)

A partir das considerações acima expostas podemos perceber uma forte ligação entre a não derrotabilidade dos princípios e a ideia de otimização. Essa ligação ficará ainda mais evidente quando analisarmos o voto do Ministro do STF. Para se garantir coerência com os princípios como mandamentos de otimização e, portanto, com a ideia de otimização expressada pela máxima da proporcionalidade os princípios não podem ser derrotados, não podem comportar exceções que sejam externas a sua aplicação.

A decisão judicial

Feita uma explicitação teórica da máxima da proporcionalidade e da noção de derrotabilidade passemos a análise do caso.

Trata-se do voto do Ministro Gilmar Mendes do STF num recurso extraordinário - RE 349.703-1 - no qual o Tribunal decidiu controversia acerca da compatibilidade da prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII parte final da CR/88) com a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (conhecida como tratado de San Jose da Costa Rica) ratificada pelo Brasil em 1992.

A decisão a que o STF chegou no caso é no mínimo curiosa. Foi determinado o caráter supralegal dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, ou seja, eles estão acima das legislação infraconstitucional (leis ordinárias e complementares) e abaixo da Constituição, **criou-se assim uma nova categoria no âmbito da teoria geral das normas.**¹¹

Um último ponto deve ser destacado, com essa construção o Tribunal declarou não aplicável o Decreto-Lei nº 911/69 e o artigo 652 do CC/2002. O argumento de que o Decreto-Lei estendeu sobremaneira o instituto do depósito é plausível, contudo um argumento assim não foi construído contra o artigo 652 do CC. **E o artigo 5º, LXVII da CR/88, como compatibilizá-lo com a Convenção? Fica aí a pergunta, talvez os**

¹¹ Uma explicitação dessa concepção e os problemas dela advindos não podem ser discutidos nesse trabalho. Para uma visão ampla sobre o tema ver: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ministros se esqueceram do principal.

Feitos esses esclarecimentos necessários, vejamos então os pontos nos quais o Ministro se utiliza da máxima da proporcionalidade como parte de seus argumentos.

Assim enuncia o referido Ministro:

Diante desse quadro, não há dúvida de que essa prisão civil é uma medida executória extrema de coerção do devedor-fiduciante inadimplente, que não passa no exame da proporcionalidade como proibição do excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (BRASIL, 2008, p. 740)

Há uma impropriedade nesse ponto. Se a prisão civil é inadequada então ela é desproporcional e deve ser rejeitada. Não é correto continuar a aplicar as demais máximas parciais ao caso. Isso porque a aplicação da proporcionalidade é subsidiária, ou seja, se o exame de uma medida contrariar uma das máximas parciais terá contrariado a máxima da proporcionalidade como um todo. Desse modo só é feita a análise da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito se se passou pelo teste da máxima parcial da adequação, **caso contrário poderia a medida ser considerada inadequada e posteriormente necessária e proporcional em sentido estrito.** Cabe para explicitar o foi dito a lição de Silva:

Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 34/35)

Também é discutível que a medida, prisão civil do depositário infiel, seja considerada inadequada. Tomando por base a própria definição da adequação dada pelo Ministro pela qual deve ser atingido o objetivo pretendido, temos que a medida é adequada. Ora, se o objetivo pretendido é a garantia da propriedade do credor a prisão civil é medida que se não a atinge pelo menos a fomenta ou promove.

Sobre aplicação da necessidade Gilmar Mendes afirma que “no caso em exame, como analisado, a existência de outros processuais executórios postos à disposição do

credor-fiduciário para a garantia eficaz torna patente a desnecessidade da prisão civil do devedor-fiduciante.” (BRASIL, 2008, p. 741/742) De fato foram elencados quatro meios processuais para satisfação do credor (BRASIL, 2008, p. 738) e diante dessas possibilidades a prisão civil foi considerada desproporcional. Só que esses meios deveriam ser analisados diante das especificidades do caso, ou seja, se no caso do RE 349.703-1 pela existência dos outros meios processuais a prisão civil seria ou não desnecessária, tendo em vista a menor intensidade possível da intervenção na liberdade individual do fiduciante.

Passemos a próxima máxima parcial, a proporcionalidade em sentido estrito:

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (BRASIL, 2008, p. 741)

E continua delimitando os princípios contrapostos¹² que devem ser sopesados:

À restrição a liberdade individual do fiduciante, neste caso não é justificada pela realização do direito de crédito do fiduciário. A análise da violação da proporcionalidade em sentido estrito, dessa forma, é realizada pela **ponderação entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de crédito do fiduciário** (decorrente do direito à propriedade e do postulado da segurança jurídica). (BRASIL, 2008, p. 742 grifos no original)

Ato contínuo realiza a ponderação:

A colisão entre liberdade do devedor e o patrimônio do credor, resolve-se, no caso concreto em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante. (BRASIL, 2008, p. 743)

Cabe aqui a mesma observação feita acima a respeito do caráter subsidiário da aplicação das submáximas.

¹² Não discutirei se as normas a que Gilmar Mendes faz referente (liberdade do devedor fiduciante e direito de crédito do fiduciário) são ou não princípios. O Ministro entende que a prisão civil se liga ao direito de crédito do fiduciário e elege esse como princípio a ser sopesado contra a liberdade do devedor (o ministro não esclarece o percurso teórico que o levou a essa construção), e é a partir dessas bases que vamos apoiar o presente trabalho.

Um ponto importante que podemos perceber é que **salta aos olhos a ponderação em abstrato**, as circunstâncias específicas do caso concreto não são sequer elencadas. **Desse modo ocorre é o estabelecimento da supremacia da liberdade em todas os casos de prisão civil que tenha por causa a infidelidade no depósito.**

Nesse ponto um esclarecimento deve ser feito. Nos últimos escritos Alexy tem mencionado a possibilidade de um princípio ter um peso abstrato maior do que outro, apesar de que na maioria das colisões entre direitos fundamentais esses pesos serem iguais. (ALEXY, 2003b) Mas isso não o aproxima da aplicação do Ministro Gilmar acima criticada. Uma passagem de um escrito recente de Alexy traduz bem essa afirmação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Essa fórmula representa o núcleo de um argumento estrutural complexo. Em casos comuns, nos quais apenas dois princípios estão envolvidos, o balanceamento começa com a subsunção do caso sobre princípios concorrentes (P_i, P_j), e continua com o estabelecimento dos valores, primeiro, da intensidade da interferência (I_i, I_j) em P_i, P_j , segundo, o peso abstrato (W_i, W_j) de ambos os princípios, e terceiro, o grau de segurança das suposições empíricas (R_i, R_j) respeitando o que a medida significa para a não realização de P_i e a realização de P_j .¹³ (ALEXY, 2010, p. 11)

Assim para a decisão no caso de colisão a diferença abstrata entre os pesos dos princípios é considerada juntamente com o peso concreto dos princípios e com a confiabilidade das circunstâncias empíricas consideradas. (PULIDO, 2006) Com isso o peso abstrato dos princípios é mais um elemento a ser analisado quando do sopesamento e não o único como fez o Ministro.

Feito o esclarecimento necessário, afirmamos que relação absoluta de procedência é o mesmo que ponderação em abstrato e resulta na derrotabilidade dos princípios, esse ponto será detalhado no próximo tópico.

¹³ Tradução livre: This formula represents the core of a complex argument-structure. In standard cases, where only two principles are involved, balancing begins with the subsumption of the case under two competing principles (P_i, P_j), and continues with an assignment of values, first, to the intensity of interferences (I_i, I_j) with P_i and P_j , second, to the abstract weights (W_i, W_j) of both principles, and, third, to the degree of reliability of the empirical assumption (R_i, R_j) respecting what the measure in question means for the non-realization of P_i and the realization of P_j

Da relação entre a ponderação em abstrato e a derrotabilidade dos princípios

Nesse passo traçaremos um paralelo entre a relação absoluta de precedência de um princípio sobre o outro (ponderação em abstrato) e a derrotabilidade dos princípios, tomando ainda como base o voto do Ministro, especificamente no ponto da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito.

Como pudemos ver há um estabelecimento de uma relação absoluta de precedência, por meio da qual a liberdade não tem sua aplicação limitada pelo outro princípio. Isso não se coaduna com a teoria dos princípios pois como explica Alexy “na medida em que se aceita uma relação absoluta de precedência entre dois valores, esses são equiparados às regras naquilo que diz respeito ao seu comportamento em casos de colisão.” (ALEXY, 2008, p. 161)

Se entendemos os princípios como mandamentos de otimização a **relação de precedência entre os princípios em colisão deve condicionada as circunstâncias específicas do caso**. Sobre a noção de precedência condicionada explica Alexy:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão seja resolvida de forma contrária. (Alexy, 2008, p. 96)

Da forma como foi realizada a construção pelo Ministro a liberdade passa incólume ao balanceamento. E o problema é que isso se choca frontalmente com a própria compreensão dos princípios enquanto mandamentos de otimização.

Num outro julgado (Intervenção Federal 2915-5) o Ministro alega realizar uma relação de precedência condicionada em face da colisão de dois princípios (p. 187). Contudo o ele denomina precedência condicionada é na verdade uma relação absoluta de precedência. Vejamos a afirmação dele:

Assim, a par da evidente ausência da proporcionalidade da intervenção para o caso em exame, o que bastaria para afastar aquela medida extrema, o caráter excepcional da intervenção, somada às circunstâncias já expostas recomendam a precedência condicionada do princípio da autonomia dos Estados. (BRASIL, 2003, p, 187)

Ora da precedência condicionada não pode resultar que apenas um dos princípios seja aplicado, se o princípio da autonomia dos Estados é aplicado integralmente, ele é condicionado pelo que e em face do que? Deveria ser pelo princípio contraposto e em face das circunstâncias específicas do caso. Isso claramente não foi feito.

Noutra passagem também fica explícito que para o professor de Kiel não é possível uma ponderação em abstrato no âmbito dos direitos fundamentais enquanto princípios:

Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.. (ALEXY, 2008, p. 167/168)

Voltando ao voto, vejamos a parte final do voto do Ministro Gilmar, que é elucidativa:

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. (BRASIL, 2008, p. 765)

Ora, como vê o Ministro entende que a prisão civil do depositário não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, utilizando, como vimos, da máxima proporcionalidade como um dos fundamentais do voto. **Contudo a máxima da proporcionalidade não se presta a esse papel, qual seja, de invalidação de uma norma jurídica, considerada princípio pelo próprio Ministro.**

Com base no afirmado acima podemos afirmar que há uma relação entre a derrotabilidade dos princípios e a relação de precedência necessariamente condicionada (relacionada as circunstâncias do caso). Se os princípios não podem ser derrotáveis é porque as exceções a sua aplicação já estão pressupostas em seu conceito e assim deve se ter em mente que a precedência só pode ser condicionada. Isso porque se a relação for absoluta ela se constitui fora do âmbito do princípio, como se fosse uma cláusula de

exceção. Nessa construção os princípios serão derrotadas e assim não se estará falando em princípios e sim em regras.

A precedência absoluta leva necessariamente ao estabelecimento de uma exceção do princípio em todos os casos, e então, portanto derrota o princípio. É da própria estrutura da proporcionalidade, a existência de relações de precedência condicionada, e assim as exceções seriam constituintes (próprias) da ponderação, ou seja, os princípios não seriam derrotáveis. Já a precedência absoluta implica na derrotabilidade dos princípios.

O ponto decisivo é, para falar com Carsten Bäcker, princípios, se os entendemos como mandamentos de otimização, não podem ser derrotados.

Conclusão

Desse modo entendemos que Gilmar Mendes apesar de uma conceituação correta da máxima da proporcionalidade, com a ressalva quanto a máxima parcial da adequação, realiza uma aplicação completamente dissociada da própria explicação teórica que apresenta, ou em outras palavras, o autor Gilmar Mendes, compreende a proporcionalidade, o juiz Gilmar Mendes não a aplica corretamente.

Talvez a proporcionalidade esteja sendo utilizada apenas para dar ares de fundamentação a uma decisão, sem preocupação com a argumentação racional e com a coerência. Na esteira de Silva (2002) Lima expressa bem essa ideia com o auxílio de uma anedota:

No fundo, a ideia de sopesamento/balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. **O princípio da proporcionalidade é a katchanga real!**¹⁴ (LIMA, 2008, grifos nossos)

Então somos obrigados a concluir que a decisão a que chegou o Ministro é impossível do ponto de vista dos direitos fundamentais enquanto princípios (se entendidos como mandamentos de otimização). Isso porque o princípio deve ser

¹⁴ Vale a pena conferir o artigo de George Marmelstein Lima, especialmente para conhecer a anedota.

aplicado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas segundo as condições específicas do caso e desse modo não se pode aplicar o princípio sem as circunstâncias do caso nem apenas um dos princípios.

Assim ou ele não entende a máxima da proporcionalidade, em especial a técnica da ponderação e mesmo assim insiste em aplicá-la (o que não parece ser o caso) ou a proporcionalidade é usada como uma desculpa para justificar uma decisão qualquer. **Qualquer uma das duas hipóteses para a decisão é problemática para uma sociedade que se pretenda democrática.**

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles, in: Ratio Juris. Vol. 13 No. 3 September 2000 (294-304)

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, in: Ratio Juris 16 n 02 (2003a), p. 131-140

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris 16 n 04 (2003b), p. 433-449.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

ALEXY, Robert. Two or Three?, in: Martin Borowski (Hg.), On the Nature of Legal Principles, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Processo: IF 2.915-5 - São Paulo. Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJ – 28/11/2003 – Disponível em www.stf.jus.br

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Processo: RE 349.703-1 - Rio Grande do Sul. Rel. Ministro Gilmar Mendes – DJ – 05/06/2009 – Disponível em www.stf.jus.br

BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade in: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23 (1998): 65-78.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípio, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para argumentação jurídica?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.14,n.54,p.76-107, jan./mar.2006.

BUSTAMANTE, T. R. . Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, p. 81-90, 2006.

BUSTAMANTE, T. R. . Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa (Alicante)*, v. 33, p. 79-108, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em < <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 16/06/2012.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. The Rationality of Balancing in: *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, Vol. 92, Heft. 2, 2006, p. 195 - 208.

SILVA, Virgílio Afonso da . O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impreso), v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011.

VASCONCELLOS, F. A. *O Conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação apresentado ao PPGD da Universidade Federal do Paraná (UFPR). 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080//dspace/handle/1884/18639>.

Artigo recebido em 31 de agosto de 2012.

Artigo aceito para publicação em 18 de setembro de 2012.