

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DECISÃO DO HABEAS-CORPUS 71.373/RS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BASED ON ROBERT ALEXY'S THEORY: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S RULING OF THE HABEAS-CORPUS 71.373/RS

Edrícia de Lima Barbosa¹, Bruno Celso Sabino Leite¹; Nathalia Souza¹, Antonio de Melo Guerra Neto¹, Alexandre Hugo Pereira de Carvalho Rodrigues¹, Ana Paula Inácio¹

¹Faculdade de Integração do Sertão – FIS, Serra Talhada-PE, Brasil.

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o princípio da proporcionalidade e o método da ponderação a partir de um estudo acerca da teoria do filósofo alemão Robert Alexy, como essa teoria é entendida e utilizada no direito brasileiro, buscando averiguar a utilização desta teoria diante do julgamento do habeas-corpus 71.373/RS no Supremo Tribunal Federal. O principal objetivo do trabalho aqui apresentado é o de destrinchar os elementos principais da teoria estudada, para assim então traçar um diálogo entre teoria e prática, demonstrando a partir da prática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a utilização desta teoria no habeas-corpus citado. O método utilizado para a realização do trabalho é o dialético, visto que o objetivo é justamente traçar um diálogo entre teoria e prática. Como método auxiliar será utilizado o dedutivo, visto que há premissas maiores e menores. No quesito modalidade de pesquisa, se trata de uma pesquisa bibliográfica, com tipo de pesquisa documental. O que se pretende ao concluir o trabalho é que a exposição da teoria e suas nuances tenham ficado compreendidas, pois somente assim se tornou possível o diálogo entre teoria e prática diante do caso específico que fora material de estudo.

Palavras-chave: Método da ponderação. Princípio da proporcionalidade. Robert Alexy. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The following work intends to analyze the principle of proportionality and the balance method from a study about the theory of the german philosopher Robert Alexy, how this theory is understood and utilized in the Brazilian law, seeking to investigate its usage in the trial of the Habeas Corpus 71.373/RS by the Federal Supreme Court. The main goal of the work on display here is to break the theory down to its core elements in order to set a dialog between the theory and its application, demonstrating from the practice of the Brazilian Federal Supreme Court, the use of this theory in the aforementioned habeas corpus. The method used in order to carry out this work is the dialectical, since the objective is precisely to set a dialog theory and its application. As the auxiliary method it's going to be used the deductive, since there are major and minor premises. Regarding the research model, it is a bibliographic research, with a type of documentary research. What is intended at the conclusion of this work is that the exposition of the theory and its nuances have been understood, because only in this way it became possible to develop a dialogue between theory and practice in the face of the specific case that was the subject of this study.

Keywords: Balancing method. Proportionality principle. Robert Alexy. Federal Supreme Court.

Introdução

O presente trabalho buscou analisar *in natura* a teoria do filósofo alemão Robert Alexy¹, contida em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada pela primeira vez em 1978². Dentre essa e outras obras auxiliares, o que se encontra em seus conteúdos são ideias e conceitos acerca da teoria dos direitos fundamentais, partindo do conceito de regras e princípios, do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (este último sendo a própria ponderação) e lei da ponderação como detalha o autor.

Na primeira parte do trabalho foi realizada uma análise acerca do conflito que há entre regras e entre princípios, bem como as diferenças entre cada um deles, principalmente no que diz respeito a quando essas regras ou esses princípios entram em conflito. A forma como é dada a solução para quando há conflito entre regras é diferente da solução para quando há conflito entre princípios, pois quanto as regras a solução se torna capaz a partir de uma cláusula de exceção e quanto aos princípios, devido a sua natureza de mandamento de otimização, só pode se dar por meio da ponderação.

A segunda parte do trabalho buscou explorar mais profundamente o próprio princípio da proporcionalidade, analisando seus subprincípios e suas nuances, bem como o próprio método da ponderação. O que se buscou precipuamente foi o entendimento do que se trata a ponderação, em quais momentos o Tribunal Constitucional Alemão se utilizou desse método para a solução de conflitos nas situações em que houveram mais de um princípio fundamental em discussão e, por último, como foi possível resolver conflitos difíceis.

A terceira parte do trabalho, por sua vez, buscou traçar um diálogo entre a teoria de Alexy e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, analisando a jurisprudência e a prática do Tribunal, na decisão do habeas-corpus 71.373/RS, demonstrando a partir de uma síntese, os votos dos relatores e os motivos que os levam a entender por qual motivos deveria haver a prevalência de um princípio/direito fundamental em detrimento de outro, de mesmo nível hierárquico e mesma importância diante das garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Uma análise acerca de regras, princípios e os seus conflitos a partir da teoria de robert alexy

Se faz importante ressaltar que ao longo dos anos, após a Segunda Guerra Mundial, houve o fenômeno de extrema importância, sendo este a positivação de direitos fundamentais em Constituições ao redor do mundo. É nesse cenário que Alexy dá origem a sua teoria e ressalta o nível elevado de indagações sobre quais eram os direitos de cada cidadão, porque se antes, em um cenário extremo de guerra não existia nenhum, agora existem dezenas de direitos considerados fundamentais. Ele diz:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. (ALEXY, 2006 - pág. 25)

O autor relata que essas indagações ocorrem porque diante do catálogo de direitos fundamentais existe um problema jurídico entrelaçado a ele, que diz respeito a interpretação desses direitos positivados e a forma como eles são aplicados, uma vez que os direitos fundamentais são considerados princípios, e esses princípios uma vez que são mandamentos de otimização, devem ser efetivados e satisfeitos no mais alto grau possível. (ALEXY, 2006 - pág. 26).

¹ Nascido na cidade de Oldenburg, na Alemanha, em 1945

² HECK, Luís Afonso. **Laudatio**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/arquivos/honoris-causa-alexey-2> > Acessado em 27/05/2021

Alexy afirma que a única coisa que impede uma luta de ideias sem fim e sem limites acerca dos direitos fundamentais, que se dá devido a sua natureza de regulamentação de forma muito aberta a grandes questões que podem ser controversas, é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que em partes proporciona uma explicação lógica e eficiente para determinadas demandas, colocando um ponto fixo em um conflito ou polêmica acerca dos direitos fundamentais, mas em outra parte acaba por causar mais um conflito, polêmica e controvérsias, que se devem às suas “manifestações gerais e frequentemente ambíguas”. (ALEXY, 2006 - pág. 27 - 28).

Não seria ilógico analisar que a problemática aqui levantada por Alexy já diz respeito ao princípio da proporcionalidade, pois os direitos fundamentais entram em conflitos e produzem ambiguidades devido a sua própria natureza. Diante disso, o Tribunal Constitucional Federal assim como exerce a função de resolver esses conflitos, ele também acaba por criar outros novos, uma vez que a análise do caso concreto requer o mínimo de racionalidade.

No caso concreto direitos fundamentais colidem entre si, devido ao extenso catálogo desses direitos, mas a solução para isso, segundo Alexy, não é a existência de uma teoria única acerca dos direitos fundamentais, porque isso poderia gerar um outro problema. Se faz necessário, no entanto, de um mecanismo que seja capaz de resolver esse conflito colidente, de forma a dar uma resposta racional e fundamentada e aqui já é possível perceber que Alexy fala de um método, qual seja, o da ponderação:

Se houvesse apenas uma alternativa - ou uma teoria unipolar, (princípio da dignidade humana) ou uma combinação indeterminada de idéias básicas abstratas e passíveis de colisão, poder-se-ia dizer que a teoria dos direitos fundamentais encontra-se, de fato, diante de um dilema. Mas essas alternativas não esgotam, de forma nenhuma, as possibilidades de construção de teorias sobre direitos fundamentais. A insuficiência de ambas as teorias apenas demonstra que uma teoria dos direitos fundamentais não pode manter-se na superficialidade de idéias básicas, seja sob a forma de uma teoria unipolar, seja sob a forma de uma teoria combinada. Embora a teoria combinada expresse de forma acertada a existência de inúmeros pontos de vista a serem considerados, **o controle desses pontos de vista requer, no entanto, um modelo que proporcione mais que uma simples compilação não vinculante. Elaborar um modelo desse tipo é a tarefa de uma teoria integrativa.** (ALEXY, 2006 - pág. 42. grifo nosso)

Como o próprio autor afirma, a teoria combinada acerta no momento em que afirma que vários pontos de vista devem ser analisados no caso concreto no momento em que há uma colisão entre direitos fundamentais, pois isso é verdade. Porém erra e não serve a partir do momento em que sua natureza é extremamente abstrata, podendo servir da maneira como aquele que necessita queira utilizá-la; não serve de base para decisão e fundamentação jurídica, devido a mesma característica já citada e subjaz a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Além disso, se faz necessário que exista um ponto de partida e uma premissa em que se apoiar, senão estaríamos aqui correndo o risco de cair no infinito das premissas. (ALEXY, 2006 - pág. 42).

Adentrando ao campo da positivação dos direitos fundamentais, Robert Alexy vem tratar de normas, trazendo o seu conceito e a sua definição:

Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. Seria possível responder à pergunta acerca da existência desse tipo de normas por meio da definição segundo a qual são consideradas como normas de direitos fundamentais somente as normas que outorgam direitos fundamentais. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda. (ALEXY, 2006 - pág. 50)

Alexy afirma que toda norma é um enunciado normativo e uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos, ou seja, elas podem ser expressas de várias maneiras. No enunciado de uma norma sempre há uma proibição, uma permissão ou um

dever e isso é o que Alexy chama de expressões deônticas ou enunciados deônticos. É preciso enfatizar que enunciados deônticos dizem respeito a um dever e uma obrigação. Dessa forma, enunciados afirmativos expressam algo que é, ou seja, normas. Enquanto enunciados normativos expressam algo que deve ser, ou seja, trata-se de princípios.

Ultrapassado o conceito de norma e seguindo para a análise de sua estrutura, Alexy afirma que para que a estrutura da norma seja analisada o mais importante a se fazer, diante da teoria dos direitos fundamentais, é diferenciar e distinguir regras de princípios. Diante disso ele expõe:

A partir de agora, é sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. **Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.** (ALEXY, 2006 - pág. 85. grifo nosso)

Diante disso, se faz necessário distinguir regra de princípio, onde Alexy afirma que não são regras e princípios, mas norma e princípio, ou norma e máxima, estando ambos, regras e princípios, definidos sob o conceito de norma. Ele afirma ainda que a distinção entre regras e princípios é, na verdade, uma distinção entre duas espécies de norma, isso porque ambos podem ter caráter de permissão ou proibição, bem como são juízos concretos do dever-ser. "Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição." (ALEXY, 2006, p. 87).

Ainda sobre regras e princípios Alexy afirma que:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. **Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.** (ALEXY, 2006 - pág 87)

Princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto porque são mandamentos de otimização, isso significa dizer, segundo Alexy, que eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e alcançando o maior nível de satisfação possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas em que se encontram. Indo nessa direção é importante verificar o que diz o autor:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. **Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.** O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2006 - pág. 90. grifo nosso)

As regras, por outro lado, possuem um grau de generalidade mais baixo porque elas podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, uma regra válida determina de forma específica o que deve ou não deve ser feito, a partir de um grau único e não variável, então quando há colisão entre regras a solução se torna simples e se dá através de uma cláusula de exceção. Em contraponto aos princípios é importante analisar o que o autor escreve quanto às regras, ele diz que:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (pág. 91)

Alexy afirma que a diferença entre regras e princípios se torna mais evidente a partir do momento em que há uma colisão entre eles, ou seja, uma colisão entre regras e uma colisão entre princípios. Diante disso o autor traz as seguintes soluções: quando se trata de regras, quando estas versam sobre o mesmo conteúdo, duas ou mais não podem ter validade ao mesmo tempo, porque significa basicamente que enquanto uma proíbe, outra permite. Nesse caso uma mesma conduta não pode ser permitida e proibida ao mesmo tempo, então deve se utilizar, segundo ele, de uma cláusula de exceção, para que uma regra seja mantida, de acordo com o caso concreto e sua necessidade, e a outra seja afastada ou anulada. Nesse sentido é importante observar o que diz o autor quando há conflitos entre regras:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. (ALEXY, 2006, p. 92)

O exemplo aqui citado pelo autor traz duas regras que são contraditórias entre si, isso se deve ao seu grau de generalidade baixo e a sua própria natureza, de permitir, ordenar ou proibir uma determinada conduta. No caso citado, a primeira regra diz que nenhum aluno deve deixar a sala de aula antes de soar o alarme que permite essa conduta, porém, a segunda regra afirma que todos os alunos devem deixar a sala de aula caso o alarme de incêndio soe. Isso faz com que apenas uma regra possa permanecer e ser obedecida, devido a necessidade do momento e o direito fundamental de proteção da vida e da integridade física. Dessa forma, a primeira regra, que ordena que os alunos só deixem a sala quando o alarme comum soar deve ser ligeiramente afastada.

O autor ainda traz uma solução para quando não é possível se utilizar de uma cláusula de exceção e ele diz que:

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. **Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.** (ALEXY, 2006 - pág. 92. grifo nosso)

Dessa forma, quando não é possível se utilizar desta solução, ou seja, de uma cláusula de exceção, é preciso que pelo menos uma das regras colidentes seja declarada inválida e retirada ou afastada do caso concreto em questão e isso se deve ao fato de que uma regra jurídica válida gera consequências válidas para o ordenamento jurídico, porém quando esta é declarada inválida suas consequências também serão inválidas. E esta é a única alternativa caso não seja possível se utilizar de uma cláusula de exceção.

Por outro lado, quando se fala em princípio a solução não é tão simples, ou seja, não pode ser utilizado simplesmente uma cláusula de exceção ou determinar se um dos princípios é válido ou não, assim como se torna mais complexo escolher por um princípio em detrimento de outro. Para isso Alexy nos traz:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que ceder. **Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.** (ALEXY, 2006 - pág. 94. grifo nosso)

A prevalência de um princípio em detrimento de outro não significa que um é hierarquicamente superior e o outro hierarquicamente inferior, pois, assim como já foi demonstrado, quando se trata de princípios, diferente de regras, um não anula o outro. O que deve acontecer, segundo Alexy, é um sopesamento/uma ponderação entre os princípios, onde será analisado as condições reais em que esses princípios se encontram e o que cada um deles representa para o caso concreto, para que seja verificado qual terá precedência

Princípio da proporcionalidade e método da ponderação a partir da teoria de robert alexy

A escolha de um princípio em detrimento de outro ocorre porque, no caso concreto, eles apresentam pesos diferentes e isso não significa dizer que um será válido e o outro inválido, ou que um será aplicável e o outro não aplicável, não se trata disso. O que ocorre é que dois ou mais princípios podem ser aplicáveis ao mesmo caso concreto e dessas aplicações surgem consequências jurídicas válidas. Seguindo este raciocínio cumpre analisar o que escreve o referencial deste trabalho:

Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as **colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.** (ALEXY, 2006 - pág. 94. grifo nosso)

Diante disso, o autor nos diz que a colisão entre esses princípios podem ser resolvidos através de uma ponderação/sopesamento entre os princípios conflitantes, estes que estão tecnicamente no mesmo nível, pois não há hierarquia. Para que isso fique mais claro, Alexy nos traz o exemplo do caso de um acusado, em que este correria risco de vida ou de integridade física, caso viesse a ser submetido a comparecer a audiência processual, podendo sofrer um infarto ou um derrame, devido ao estresse que esse tipo de procedimento lhe causaria. Diante disso, houve o que chama-se de "relação de tensão" entre aquilo que o Estado deve garantir, ou seja, uma aplicação correta do direito através da audiência; e o direito à vida e a integridade física do acusado. Neste momento de faz importante demonstrar o que o autor afirma:

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto: "Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses dele, que se baseia a ação estatal, então, **a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado** que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição". (ALEXY, 2006 - pág. 95. grifo nosso)

Dessa forma, quando os princípios são isoladamente considerados, eles se contradizem entre si, porque ambos não podem coexistir ao mesmo tempo no caso concreto, é preciso que o peso de um se sobressaia ao peso do outro princípio colidente. Contudo, diferente das regras, essa solução não pode ser resolvida com a utilização de uma cláusula de exceção, com a declaração de invalidade de um dos princípios ou com a sua retirada do ordenamento jurídico, porque o princípio colidente também é um princípio válido. Diferente de tudo isso, é preciso

analisar, portanto, qual dos princípios terá precedência sobre o outro. Por entender a complexidade do problema o autor faz questão de esclarecer através de exemplos, qual seja:

Para poder explicá-lo com mais detalhes, os princípios colidentes no caso da incapacidade para participar de audiência processual serão chamados de P, (direito à vida e à integridade física) e P2 (operacionalidade do direito penal). Isoladamente considerados, P, e P2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si: P levaria a "é proibido realizar a audiência", e P2 a "é obrigatória a realização da audiência". Essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada³ ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência deve ser usado o sinal P. Para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro será utilizado o sinal C. Há, então, quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução de uma colisão entre princípios. (ALEXY, 2006 - pág. 96-97)

É importante ressaltar que não pode ser atribuído a cada princípio um peso específico, pois isso além de ir de encontro com a sua própria natureza de abstratividade e de generalidade, também impediria a sua utilização correta nos casos concretos, devido ao fato de que a depender do caso concreto, da sua importância e até mesmo da importância que a própria sociedade atribui a eles, os princípios podem ter pesos diferentes.

É por esses e outro motivos que Alexy nos diz que é importante entender sob quais condições um determinado princípio deve prevalecer e outro deve ceder e, para contribuir com isso, ele afirma que para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha o que verdadeiramente importa é se o interesse do acusado no caso concreto tem manifestamente e significativamente um peso maior que os interesses a que o Estado ou a atividade estatal deve servir. Por este motivo eles explica que:

Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em "pesos". O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. **Em um caso concreto, o princípio P, tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto.** O sopesamento do Tribunal Constitucional Federal consiste, exatamente nos moldes acima apresentados, na alusão às condições de precedência (C) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, P, prevalece sobre P2. (ALEXY, 2006 - pág. 97. grifo nosso)

O autor vem nos ensinar que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de um outro princípio constitui um conjunto de condições que são previstas pela norma e que geram consequências jurídicas, ou seja, o princípio que tem precedência sobre o outro gera uma consequência jurídica. Além disso, Robert Alexy nos ensina que o fundamento da teoria dos princípios por ele defendida é o que dá fundamento ao que ele vai chamar de "lei de colisão", onde é refletida a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. (ALEXY, 2006 - pág. 99).

Ainda com o intuito de explicar o peso dos princípios e suas colisões, o autor nos traz o caso Lebach, onde, em uma determinada decisão estavam em questão duas situações distintas: a primeira dizia respeito a exibição de um documentário que seria realizado pela emissora televisiva ZDF, com o título de "o assassinato de soldados em Lebach". No documentário o que se pretendia era contar a história de um crime no qual quatro soldados alemães, que faziam a guarda de um depósito de munição, foram mortos enquanto dormiam. Os assassinos, por fim, roubaram suas armas com a intenção de cometer outros crimes. Um dos cúmplices do crime estava para ser solto justamente na época em que iria ao ar o documentário. Então este entrou

³ "A relação de precedência (condicionada) diz respeito às condições sob as quais um princípio precede ao outro numa colisão resolvida no caso concreto. É concreta e relativa, porque só é utilizada no caso concreto. Não tem caráter absoluto, e, assim, não garante sempre o mesmo resultado" Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=5 Acessado em: 15/09/2021

com uma ação no Tribunal Estadual pleiteando que o documentário não fosse ao ar, alegando que isso colocaria em risco a sua ressocialização, tendo em vista que sua imagem apareceria com frequência no documentário. (ALEXY, 2006. pág. 100)

O Tribunal Estadual rejeitou o seu pedido, então ele entrou com recurso, onde também teve o provimento negado pelo Tribunal Superior Estadual o que levou-o a, por último, ajuizar uma reclamação constitucional sobre essas decisões. Como afirma Alexy, aqui interessa apenas analisar o que se refere a colisão entre princípios. (ALEXY, 2006. pág. 100).

Para que fosse possível que o Tribunal Constitucional Federal desenvolva uma argumentação, ele precisou fazer em três etapas: na primeira etapa o que se constatou foi uma "situação de tensão" entre a proteção da personalidade, garantida pela Constituição Federal Alemã e a liberdade de informar por meio de radiodifusão também garantida pela Constituição que, quando isoladamente considerados levam a decisões contraditórias entre si. Mas aqui, como já analisado anteriormente, um princípio também pode ser simplesmente anulado, é preciso haver um sopesamento para que se torne possível "decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais". (ALEXY, 2006 - pág. 100).

Após haver a equiparação dos dois princípios, demonstrando que ambos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal sustenta, em sua segunda etapa, uma precedência geral no que diz respeito ao caso de informar, quando se trata de uma informação atual sobre atos criminosos.

A decisão do Tribunal se dá, por fim, na terceira etapa, onde se afirma que:

A decisão ocorreu na terceira etapa. **Nela, o tribunal constata que, no caso da "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação", que "coloca em risco a ressocialização do autor" (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia.** Nesse sentido, vale o enunciado de preferência (P1 P P2) C,, e, é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização). A regra C2 - R, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura: T1 e T2 e T3 e T4 - R.

Ou seja: uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2006 - pág. 102)

Dessa forma, como anteriormente também já foi citado, o Tribunal Constitucional Federal leva em consideração o interesse do acusado ou do prejudicado, como nesse caso em específico. Isso ocorre não porque o dever de informar deve ser mitigado em todos os casos ou declarado inválido para o ordenamento jurídico, mas porque diante do caso concreto, o risco que o indivíduo correria com a exibição do documentário era um risco maior do que a não exibição do documentário.

Tendo em vista que não se tratava de um crime recente em que o público em geral precisava de informação, mas sim de uma espécie de entretenimento, onde este entretenimento custaria a ressocialização de um indivíduo. Por este motivo que, neste caso concreto em específico o princípio de proteção a personalidade teve um peso maior que o dever de informar.

Uma outra característica importante acerca da diferença entre regras e princípios é o seu caráter *prima facies*, ou seja, o que se vê a primeira vista, com relação às regras, é que elas não só exigem que seja feito exatamente aquilo que por elas foi determinado, como também possuem a determinada extensão do seu conteúdo no âmbito jurídico. Ou seja, se não houver nenhuma falha diante da possibilidade jurídica em que a regra deve ser aplicada, ela vale definitivamente aquilo que prescreve: ou tudo ou nada.

Já no que diz respeito aos princípios, eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Dessa forma, diferente das regras, os princípios não têm um mandamento definitivo mas apenas *prima facie*, ou seja, quando

um determinado princípio se encaixa a um caso concreto, a resposta final para o caso não será aquilo que o princípio exige, porque podem haver outros princípios que também se encaixam ao determinado caso concreto, a depender das condições, interesses e valores em que este caso se encontra. (ALEXY, 2006 - pág. 104). Dessa forma, somente a ponderação leva o caráter *prima facie* dos princípios do ideal para o real e definitivo. (ALEXY, 2015 - pág. 37).

O fato dos princípios serem mandamentos de otimização, isto é, terem o dever de serem realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, faz com que se observe um nível de generalidade e abstração elevados. Dessa forma, quando há uma colisão entre princípios, a colisão deve ser resolvida através do sopesamento que se dá por meio da lei de colisão. Seguindo este raciocínio cumpre destacar o seguinte:

A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. **Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio.** (ALEXY, 2006 - pág. 171. grifo nosso)

Utilizar-se da ponderação não significa ter todas as vezes o mesmo resultado, ocasião em que leva esse método a ser duramente criticável. Porém, como o autor afirma, o sopesamento não pode ser considerado como irracional, porque ele segue uma lógica. A lógica de que, a máxima da proporcionalidade em seu sentido estrito⁴, ou seja, a ponderação, para se realizar, exige um sopesamento, que decorre justamente da relativização em face das possibilidades jurídicas que os pedidos, devido a sua natureza, podem proporcionar.

Isso ocorre porque os princípios, diferente das regras, não são absolutos nem são tudo ou nada, eles devem servir ao máximo de satisfação possível diante da possibilidade jurídica em que se encontram. Por este motivo, sopesar é estabelecer um peso abstrato aos princípios para que seja possível atingir um fim satisfatório.

Alexy afirma que a ponderação é o objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, ou seja, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com isso o autor escreve:

Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. **Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”. Ele diz: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.** (ALEXY, 2005 - pág. 339 grifo nosso)

A ponderação, portanto, é um método de solução de conflitos, daqueles considerados difíceis, onde a norma constitucional, seguindo a estrutura de princípios fundamentais, entra em conflito com outros princípios. Este método, segundo Alexy, deve ser aplicado a partir do princípio da proporcionalidade, que só pode ser colocado em prática a partir do que o autor chama de “A lei da ponderação”. (ALEXY, 2006. p. 94). Diante disso ele nos explica como funciona a lei da ponderação:

⁴ A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2006 - pág. 118). As máximas de adequação e necessidade expressam a exigência de que a adequação deve buscar excluir meios inadequados para a obtenção de determinados resultados; enquanto a máxima da necessidade o deve é de se escolher o meio menos gravoso ao resultado final, este que advém do sopesar dos princípios. Por este motivo que a proporcionalidade em sentido estrito se preocupa com as possibilidades jurídicas, ou seja, com o resultado e a resposta final que pode se obter com o ponderar entre os princípios colidentes. Enquanto a necessidade e a adequação se preocupam com os meios que serão utilizados e as escolhas que serão feitas, respectivamente, para a obtenção do fim desejado.

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. **Em primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.** (ALEXY, 2005 - pág. 339 - 340. grifo nosso)

Dessa forma, através desses três passos, seria possível chegar a um resultado satisfatório, em que havendo a ponderação entre princípios, passaria a haver a possibilidade de apontar qual dos dois tem o maior peso abstrato e qual dos dois consegue atender melhor a necessidade que a situação jurídica ocasionou. Além disso, é importante verificar também qual dos princípios traz mais ou menos benefício ao ter precedência em face do outro, exercício que só se torna possível a partir da utilização do princípio da proporcionalidade.

Diante disso, é possível entender que o princípio da proporcionalidade pede que as colisões entre direitos fundamentais sejam resolvidos por meio da ponderação. O que o autor nos diz com relação a isso é que a ponderação trata-se de uma estrutura racional de argumentação jurídica-constitucional, bem como deve ser encaixada a uma "teoria geral do discurso jurídico racional e em uma teoria da jurisdição constitucional", porque ela desenvolve plenamente o seu caráter de racionalidade. (ALEXY. 2015 - p. 12).

Portanto, o que se entende é que Alexy busca demonstrar, através da sua obra, possibilidades de racionalização nos fundamentos das decisões que tratam de direitos e princípios fundamentais, mas não os positivando, tendo em vista que há a necessidade de ponderação a partir do caso concreto. Porém, ao criar um parâmetro para a solução de conflitos acerca dos princípios fundamentais, ou seja, decidindo de forma racionalmente fundamentada, se pautando na teoria do autor, proporcionaria decisões livres de ambiguidades, tornando possível a resolução da concepção *sui generis*, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao princípio da proporcionalidade. (SANTOS DE MORAIS - P. 15).

Diálogo entre teoria e prática: proporcionalidade e ponderação na jurisprudência do supremo tribunal federal na decisão do habeas-corpus 71.373/rs.

Neste momento, o que se busca expor nesta parte do trabalho se trata de uma análise a partir da decisão do HC 71.373/RS⁵, do Supremo Tribunal Federal que, diante da utilização do princípio da proporcionalidade e do método da ponderação para solução do conflito, pôde chegar a uma conclusão, que para alguns foi considerada satisfatória e para outros equivocada.

Porém, diante disso é importante ressaltar, como bem demonstra o autor Faustos Santos que, o Supremo Tribunal Federal não é obrigado a utilizar da teoria de Robert Alexy, todavia, sendo Alexy o autor que consolidou o princípio da proporcionalidade, seria coerente que a utilização por parte do STF seguisse os parâmetros daquilo que dispõe a teoria. Diante disso Faustos apresenta:

⁵ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA".

Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF - HC: 71373 RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704990/habeas-corpus-hc-71373-rs>> Acessado em: 02/04/2022.

Nota-se, assim, que o modelo a ser seguido é o da ponderação, balanceamento ou sopesamento de princípios jurídicos, sob a guarda do princípio da proporcionalidade, como grande referência teórica. **Contudo, a referência teórica é considerada? Robert Alexy é o autor que consolidou, sistematizou e desenvolveu teoricamente uma dogmática para lidar com a aplicação dos direitos fundamentais, na condição de regras e princípios, através do princípio da proporcionalidade. Assim, deveria ser natural o engajamento teórico do autor. Todavia, isso parece não ser visto na prática.** (SANTOS DE MORAIS, 2018 - pág. 19 - grifo nosso)

O engajamento ao qual se refere o autor se trata na verdade da essência deste trabalho, ou seja, se a aplicação prática do princípio da proporcionalidade e suas nuances pelo Supremo Tribunal Federal condiz com aquilo que a teoria desenvolvida pelo filósofo nos traz.

O trabalho que aqui se apresenta não busca o esgotamento deste tema, nem pode fazer uma análise a partir de diversas decisões, ou seja, não cabe aqui uma pesquisa exploratória e quantidade com delimitação temporal, porém é possível verificar, a partir de uma decisão específica, como o Supremo Tribunal Federal decidiu e como ele poderia ou não ter decidido.

Essa verificação é importante porque a racionalidade das decisões evitaria possíveis arbitrariedades e é nesse sentido que Faustos afirma que, “uma compreensão equivocada da aplicação da ponderação, ou do princípio da proporcionalidade teria como uma de suas consequências determinar arbitrariedades”. (SANTOS DE MORAIS, 2018 - pág. 19). Arbitrariedades causam insegurança jurídica e injustiça, que afetam a qualidade do Estado Democrático de Direito.

O habeas-corpus citado no primeiro parágrafo deste capítulo diz respeito a um caso antigo, porém famoso, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual fez uso da técnica da ponderação para solucionar o conflito existente entre o direito à integridade física versus o direito ao reconhecimento da paternidade. Nesse momento é possível observar que o STF se encontrou em meio a uma solução de um conflito considerado difícil, tendo que se utilizar da ponderação para solucioná-lo, mas apesar disso não deixou de caber críticas tanto favoráveis, quanto desfavoráveis.

O remédio constitucional em questão se tratou de uma ação declaratória, em rito ordinário, onde a decisão do juízo de primeira instância, na vara de família e sucessões da comarca do Rio Grande do Sul, determinou a realização de um exame de DNA, que fosse capaz de sanar a controvérsia existente quanto a suposta paternidade, irmãs gêmeas representadas por sua genitora, investigavam a sua paternidade e tinham um indivíduo como suspeito, que poderia ser ou não o seu pai. No entanto, apesar da determinação do juízo da vara, o suposto pai se negou a realizar o exame, com a justificativa de que seria uma violação a sua integridade física. Diante disso, o juízo da comarca do Rio Grande do Sul determinou uma execução forçada da ordem judicial, onde o suposto pai ficaria então obrigado a realizar a coleta de sangue para a referida análise.

Vislumbrando um suposto risco da coação em sua locomoção e da sua liberdade de ir e vir, diante da condução até o laboratório, foi impetrado então agravo de instrumento contra a decisão da juíza de primeira instância pelo suposto pai, que também foi negado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por dois votos a um. Após isso, o suposto pai ainda impetrou recurso especial, que também foi negado e recurso extraordinário, chegando o habeas-corpus ao Supremo Tribunal Federal onde a questão foi analisada, fazendo-se uso do princípio da proporcionalidade e do método da ponderação para finalmente solucionar o conflito, onde o resultado foi o deferimento do habeas-corpus.

A partir da análise desse caso, fica claro que se está diante de um suposto conflito entre direitos/princípios fundamentais. De um lado, a alegação de um indivíduo que afirma que a sua integridade física e o princípio da intangibilidade do corpo humano estão em risco e por este motivo se nega a colaborar para a realização de um exame de coleta de material genético que não é capaz de acarretar qualquer tipo de dano a sua saúde. De outro, o direito fundamental

de duas crianças, garantidos pela Constituição Federal Brasileira no seu art. 227⁶, crianças essas que necessitam do conhecimento de sua paternidade para que se torne possível a concretização de outros direitos fundamentais indisponíveis, que são devidos à elas pelo Estado de Direito. A falta de conhecimento da paternidade é uma afronta ao princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil⁷. Diante disso, Barroso afirma que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; e que é preciso interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2010. p. 292).

Ainda no que diz respeito ao princípio da dignidade humana, Gilmar Mendes afirma que:

Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que a priori não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada— porque fora de cotejo axiológico — **apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.** (MENDES - 2008, p. 58. grifo nosso)

É evidente que o princípio da dignidade humana pode ser invocado por ambos os lados da situação em conflito, porém é preciso atribuir a um destes um peso maior e isso não significa que a dignidade do lado contrário, aquele que recebeu um peso menor, é hierarquicamente inferior. Pois, como ficou claro a partir do estudo da teoria de Alexy, a partir do momento em que há um conflito entre direitos fundamentais, um não pode ser afastado enquanto o outro prevalece, porque não se tratam de regras. Mas é preciso que a um deles, ou a um dos lados, seja dado um peso maior, de acordo com as circunstâncias do caso e com os riscos que as partes sofrem diante de uma ponderação equivocada, seguindo aquilo que determina a teoria de Alexy.

Os princípios precisam ser cumpridos e respeitados no seu maior grau de satisfação, então diante de um caso complexo como esse, em que ambos os lados se sentem afetados de forma delicada, se faz necessário entender as consequências jurídicas que o cumprimento de um princípio em detrimento do outro podem ocasionar, pois de um lado temos o nível de intensidade e de satisfação ou não satisfação de um princípio e do outro lado, o grau de importância da satisfação do princípio colidente.

Na decisão do habeas-corpus aqui analisado, a corrente que não prevaleceu, argumentou que o direito ao conhecimento da real paternidade das crianças deveriam se sobrepor ao direito à integridade física do pai, ou seja, a garantia ao princípio da dignidade humana das crianças e de uma vida com o mínimo de direitos possíveis deveriam ter um peso maior diante da técnica da ponderação, uma vez que existe uma vida inteira de riscos e inseguranças a ser enfrentada pelas gêmeas e sua genitora, caso a paternidade não seja esclarecida.

Em contrapartida, a corrente vitoriosa, liderada pelo voto do Ministro Marco Aurélio Mello, entendeu que a dignidade humana do suposto pai sendo colocada em risco diante da exposição do seu corpo, não deveria ter um peso menor, ou seja, não poderia se submeter a coleta de seu material genético para realização do exame de DNA. Na decisão também se argumentou que, o que se ponderou não foi o direito ao reconhecimento da paternidade versus a intangibilidade do corpo do suposto pai, mas sim o que se julgou foi a possibilidade ou não se forçar alguém a dispor do seu próprio corpo para a realização do exame, ou seja, para a produção de prova judicial. Contudo a decisão, apesar de levantar esse argumento teórico, causa, em termos práticos, dano a qualidade de vida e dignidade humana de duas jovens crianças.

⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010);

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Cumprе ressaltar que, apesar de se tratar de um julgado considerado antigo, por uma composição do Tribunal que já mudou há muito tempo, tal entendimento segue em vigor sem que haja questionamento ou discussão por parte do Tribunal, tendo ocorrido inovações no âmbito da legislação infraconstitucional e da jurisprudência do STJ (inclusive com a edição de uma súmula⁸ e de uma lei específica⁹), mas sempre no sentido de encontrar outros caminhos para resolver a problemática da investigação de paternidade em casos onde o suposto pai se recusa a realizar o teste de DNA (o que não parou de acontecer, pelo contrário), mas sem jamais haver uma rediscussão da matéria e das teses originais.

No próprio voto, o ministro relator Francisco Rezek, aponta a importância do exame de sangue para testagem do DNA, uma vez que a margem de erro do exame é insignificante e que, a margem de acerto é de 99,99%. O que tornaria possível a verificação da verdade, ou para afirmar a paternidade do suposto genitor investigado, ou para comprovação da não verdade por parte da genitora. O resultado do exame serviria ao julgamento como uma ferramenta sólida para a construção da verdade¹⁰.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio traz os fundamentos para o deferimento do habeas-corpus e um deles é o respeito ao princípio da legalidade, positivado e garantido pela Constituição Federal Brasileira, onde afirma que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O ministro concorda e compreende com a importância da realização do exame de DNA, porém também defende e reconhece que há uma violência ímpar sofrida pelo paciente. Ele também entende que é certo que compete a todos os cidadãos colaborar com o poder judiciário, como forma de garantir alguns interesses e que no caso específico uma simples espetada “não é algo tão grande assim”, nas próprias palavras do Ministro¹¹.

Dessa forma, fica evidente que os mais simples questionamentos e debates sobre o caso aqui apresentado e estudado, dão margem para uma série de discussões e opiniões, tanto é que a votação do plenário deu de forma apertada, o que resultou até os dias atuais em munição para novos debates. Como já dito anteriormente, a decisão pode ser considerada antiga, mas a discussão nos dias atuais continua válida.

Conclusão

O presente trabalho buscou analisar e realizar um breve estudo acerca da teoria do filósofo alemão Robert Alexy, para então conseguir distinguir regras de princípios, com o entendimento de que regras são válidas ou não são, enquanto princípios são mandamentos de otimização e devem ser válidos na maior medida possível, no seu maior grau de abrangência e generalidade.

Também se fez possível a apreciação aprofundada do princípio da proporcionalidade e suas nuances, bem como do método da ponderação, para somente assim conseguir fazer uma análise crítica do julgamento do habeas-corpus 71.373/RS pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que levou ao deferimento do já citado remédio constitucional, o que para alguns foi entendido como uma decisão justa e para outros, como uma decisão equivocada.

Partindo de uma análise racional conforme se propõe a teoria, como sendo este justamente o fundamento da teoria desenvolvida por Alexy, ou seja, uma racionalização nas

⁸ SÚMULA N. 301 DO STJ - Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

⁹ Lei 12.004/09 Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, habeas-corpus 71.373 - inteiro teor - pág. 409. A construção da verdade também era positivada no antigo Código de Processo Civil, inclusive citado pelo Ministro relator do habeas-corpus. No atual Código de Processo Civil a construção da verdade encontra-se positivada no art. 379, onde afirma que: Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

¹¹ Supremo Tribunal Federal, habeas-corpus 71.373 - inteiro teor - pág. 419.

decisões a partir da ponderação, é possível afirmar, com a data maxima venia, que a decisão proferida pelos ministros foi equivocada, tendo em vista que existem dois direitos fundamentais em conflito, se faz necessário dar o maior peso àquele que, devido às circunstâncias, asseguram um bem maior a um dos lados e um prejuízo jurídico menor ao outro lado.

O deferimento do habeas-corpus resultou em um benefício supérfluo a uma das partes que decidiu não contribuir com o judiciário e que com construção da verdade, com a alegação de que, com uma simples espetada a sua integridade física estaria comprometida. Argumento acatado pelos ministros, diante dos fatos e dos fundamentos de direito já expostos na parte trêz deste trabalho.

Fato que acabou por negligenciar o direito ao reconhecimento de paternidade das irmãs gêmeas e sua genitora, que apesar de dispor de outros possíveis meios de prova, tinham com um exame de sangue uma garantia com maior nível de cientificidade, construindo uma verdade mais sólida. Além disso, o direito ao reconhecimento da paternidade significa para as crianças e para a genitora a garantia de efetivação de outros direitos, como o direito à pensão alimentícia, garantidos na Constituição Federal.

Por fim, sem o esgotamento do tema pois tal fato não seria possível, o trabalho buscou abordar a problemática da utilização da máxima da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não com a alegação de que este é obrigado a decidir de acordo com a teoria de Alexy, mas sim com a crítica de que se o tribunal decidiu fazer uso da ponderação alexyana, que a faça de forma correta e coerente. Para além disso, um outro objetivo do trabalho foi fazer uma contribuição significativa, não somente para o meio acadêmico, mas também para o campo profissional, se tal objetivo foi alcançado, cabe somente ao leitor decidir.

Referências

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, nº 24, out./dez. 2005.

_____, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4ª edição.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

_____, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

ÂMBITO JURÍDICO. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>> Acessado em 02/04/2022

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões Entre Princípios Constitucionais: Uma Abordagem a Partir da Teoria de Robert Alexy**. Dissertação - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ CURSO DE

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Consultor Jurídico, 2007. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras> Acessado em: 18/05/2021

LOPES, Karina Nathércia Sousa. **Princípio da Proporcionalidade: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do STF**. Dissertação (mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, p. 124, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/gilmar-mendes-curso-de-direito-constitucional.pdf>> Acessado em: 01/05/2022.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

MORAIS, Faustos Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF**/ Coordenador Lênio Luiz Streck, 2ª ed. rev. e atual, Salvador: Juspodivm, 2018. PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD. Florianópolis, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>> Acessado em: 02/05/2022.

SAPUCAIA. Rafael Vieira Figueiredo. **A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n 36, p. 193-204, Abril, 2013. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/368-1722-1-pb.pdf>> Acessado em: 02/04/2022.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. Cortez Editora. São Paulo, 2014.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Conteúdo Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro#:~:text=ao%20Estado%2dJuiz.-,A%20pondera%C3%A7%C3%A3o%20consiste%20no%20m%C3%A9todo%20necess%C3%A1rio%20ao%20equacionamento%20das%20colis%C3%B5es,%C3%A0%20salvaguarda%20do%20direito%20contraposto>> Acessado em: 05/04/2021.

UFRN, p. **colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327>> Acessado em: 25/05/2021

VASCONCELOS, Eneas Romero de. **O discurso de aplicação dos direitos fundamentais na teoria do Estado Democrático de Direito: o que pensa o Supremo Tribunal Federal?** Revista acadêmica da ESMP. Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/discurso_aplicacao_direito_fundamental.pdf> Acesso em: 25/05/2021.

Recebido: 20/07/2022

Aprovado: 10/08/2022