



UMA CRÍTICA AO “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE: REVISITANDO O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N.º 82.424/RS

Gilson Santiago Macedo Júnior¹

RESUMO

Este artigo objetiva a discussão, no campo da hermenêutica jurídica, sobre o uso da máxima da proporcionalidade pelos tribunais brasileiros a partir do julgamento do Caso Ellwanger (Habeas Corpus n.º 82.424/RS). Para melhor compreensão do tema, o artigo recupera a conceituação da teoria dos direitos fundamentais, da lei da ponderação e da teoria da argumentação jurídica. Trata-se de estudo qualitativo que, amparado em pesquisa bibliográfica, investiga as vantagens do uso da máxima da proporcionalidade, apresentando as principais críticas doutrinárias ao uso desse método de solução de colisão de princípios, concluindo que o uso da máxima da ponderação, além de constituir um artifício retórico, representa um perigoso espaço de discricionariedade do intérprete.

Palavras-chave: Caso Ellwanger. Discricionariedade. Princípio da proporcionalidade. Robert Alexy.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG). E-mail: academico@gilsonsantiago.com.



1 INTRODUÇÃO

O julgamento do Habeas Corpus n.º 84.244/RS (Caso Ellwanger) é um marco jurisprudencial incontornável na nossa história jurídica. Quase duas décadas após a fixação do entendimento de que raça é um conceito político-social, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da tese do Caso Ellwanger, por exemplo, para o julgamento do Mandado de Injunção n.º 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, responsáveis pelo enquadramento da homotransfobia nos tipos penais da Lei n.º 7.716/89. Revistá-lo permite, portanto, compreender aspectos essenciais da postura hermenêutica dos nossos tribunais, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, mais do que sua relevância em termos jurisprudenciais, o Caso Ellwanger é um bom exemplo dos limites de aplicação da teoria dos princípios e da máxima da proporcionalidade (chamada, de forma inadequada, de princípio da proporcionalidade²) para a solução de colisão entre direitos fundamentais. Essa recepção equivocada (STRECK, 2019) da ponderação alexyana é que nos interessa analisar. Portanto, valendo-nos de estudo qualitativo amparado em pesquisa bibliográfica, objetivamos, nesse artigo, contribuir para uma leitura crítica, a partir da hermenêutica jurídica, da lei da ponderação e da máxima da proporcionalidade, tomando como *corpus* de pesquisa o julgamento do Caso Ellwanger.

Em primeiro momento, o artigo ocupa-se em assentar as bases da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, estabelecendo o funcionamento da relação entre princípios e regras, as soluções para o conflito de regras e para a colisão de princípios, com enfoque na demonstração do raciocínio por trás da máxima da proporcionalidade e da lei da ponderação.

Posteriormente, busca-se revisitar o julgamento do HC n.º 82.424/RS para analisar brevemente o uso da máxima da proporcionalidade nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, valendo-se do substrato teórico delimitado no primeiro tópico para demonstrar as falhas no raciocínio jurídico dos ministros e as implicações do mau uso desse recurso de solução de colisão de direitos fundamentais. Por fim, o artigo encerra a discussão sistematizando as principais críticas à adoção da teoria dos princípios e da teoria da argumentação jurídica, expondo que a ponderação leva, necessariamente, à discricionariedade do intérprete.

² Alexy faz uso do termo “*Grundsatz*” para referir-se à proporcionalidade, evitando o uso do termo “*prinzip*”. Essa distinção terminológica proposital afasta a proporcionalidade do conceito de princípio (em contraposição à regra) para Alexy. A colisão de princípios implica, para o autor, em uma necessária ponderação sobre os valores colidentes, sendo que o resultado formará uma regra de aplicação aos casos idênticos; a consideração da proporcionalidade como princípio é capaz de conduzir à confusão terminológica e conceitual optada pelo autor, de modo que a tradução feita por Virgílio Afonso da Silva como máxima ou regra da proporcionalidade parece mais adequada.



2 O “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO ROBERT ALEXY

Para uma adequada compreensão da máxima da proporcionalidade, é necessária uma digressão breve sobre a teoria dos princípios, que diferencia princípios e regras, uma vez que essa cisão é considerada a coluna-mestra da teoria dos direitos fundamentais, ou simplesmente “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 85). Em linhas gerais, princípios e regras são espécies do gênero norma e possuem, entre si, o que o autor chama de uma *diferença qualitativa*:

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. [...] 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 (ALEXY, 2015, p. 90-1).

Assim, regras devem conter uma cláusula de exceção para evitar antinomias; em não sendo possível a inserção dessas cláusulas, faz-se necessário que a contradição seja solucionada pela extirpação de uma das regras do mundo jurídico, isto é, uma das normas em conflito cederá e deverá ser declarada inválida no ordenamento jurídico. Desse modo, o conflito de regras envolve uma decisão sobre validade da norma jurídica (ALEXY, 2015) e pode ser resolvido mediante o uso de critérios clássicos: hierárquico, cronológico e da especialidade (SOARES, 2019).

A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumental metodológico para aplicação do direito: a ponderação. Com efeito, a ponderação consiste numa técnica jurídica de interpretação e decisão, aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção figura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas que sinalizam soluções diferenciadas (SOARES, 2019, p. 136).

Em consequência direta, Alexy (2011, p. 64) defende que os princípios são a face normativa da ponderação, que se ocupa do aspecto metodológico. Essa relação simbiótica implica em uma necessidade de efetivar a ponderação sempre que o intérprete estiver diante de uma colisão de princípios. Sendo os princípios verdadeiros mandados de otimização, como pretende o autor, não estão sujeitos ao *all-in*, isto é, ao jogo tudo-ou-nada, uma vez que



podem ser realizados aquém da sua completude sem maior compromisso da coerência do ordenamento jurídico – diferentemente das regras em que se aplicam a subsunção normativa.

Assim, propõe Alexy, os princípios gozariam de *pesos* diferentes e aqueles que, em uma colisão, possuam peso maior deverão prevalecer sobre aqueles de menor peso. Ou seja, se os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, a colisão de princípios se estabelece na dimensão do peso³, apresentando a *lei da colisão*⁴ e a *lei do sopesamento*⁵.

Em linhas gerais, a máxima da proporcionalidade possui três sub-regras (ou submáximas) que deverão ser seguidas pelo intérprete na ordem em que são apresentadas: i) adequação; ii) necessidade e iii) proporcionalidade em sentido estrito. O intérprete que se propõe a seguir a máxima da proporcionalidade deve apresentar a fundamentação das sub-regras, e não apenas a sua descrição, interrompendo a análise apenas quando não conseguir ultrapassar a filtragem (ou seja, não se procede a um exame automático de todas as sub-regras, apenas se pode seguir para a próxima sub-regra quando a anterior autorizar).

Pela lei da ponderação alexyana, “quanto mais intensiva e uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam” (ALEXY, 2011, p. 68). Essa ponderação deve se dar em três graus: análise da intensidade da intervenção, relevância dos fundamentos que justificam a intervenção e, por fim, a ponderação propriamente dita.

Alexy (2011, p. 146) apresenta a *fórmula do peso*⁶ como a expressão matemática do problema: $P_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$, em que I_i representa a intensidade da intervenção no princípio P_i ; e I_j representa a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, representado por P_j , de modo que $G_{i,j}$ é o peso concreto de P_i e sendo que a primazia de P_i é representada pelo peso concreto maior que 1 e a primazia de P_j pelo peso concreto menor do que 1.

A fórmula do peso deve ser complementada pela escala triádica, que estabelece

³ Dworkin (2002, p. 42-3) também define a dimensão do peso ou da importância como característica dos princípios: “Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”.

⁴ A formulação da lei da colisão, segundo Alexy, diz que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2015, p. 99).

⁵ A lei do sopesamento define que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 594).

⁶ “A fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente” (ALEXY, 2015, p. 604).



intensidades e graus para que “se possa alcançar um resultado racional por meio de um sopesamento” (ALEXY, 2015, p. 595). A escala triádica alexyana possui os seguintes níveis: leve (peso 1), moderado (peso 2) ou sério (peso 4), de modo que cabe ao intérprete a consideração de tais níveis, tendo em mente, ainda, que “o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” (ALEXY, 2015, p. 594). Definidos os principais pontos da teoria de Robert Alexy, é possível avançar para as análises desse princípio no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus n.º 82.424/RS.

3 AS PROPORCIONALIDADES DO CASO ELLWANGER: QUANTO PODE O INTÉRPRETE?

A Constituição da República estabelece, de forma expressa, que a República brasileira tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e sem preconceitos de qualquer tipo, comprometendo-se – interna e domesticamente – com o repúdio ao racismo. Há, ainda no texto constitucional, a afirmação do princípio da igualdade formal (art. 5º, *caput*) e a imposição de mandado criminalizador às condutas que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI), compreendendo o racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, inciso XLII). A Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, meses após a promulgação da Constituição, estabeleceu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (BRASIL, 1989, *on-line*).

Nesse contexto, se situa o caso de Siegfried Ellwanger Castan, negador do Holocausto, que editava e publicava livros revisionistas e de cunho antissemita por meio da sua Editora Revisão no final dos anos 1980. Denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul como incurso no art. 20, da Lei n.º 7.716/1989, que pune a prática, a incitação e o induzimento à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, Ellwanger foi absolvido em primeira instância e condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em grau recursal. No Superior Tribunal de Justiça, a condenação foi mantida por considerar a imprescritibilidade ordenada pela Constituição da República (BRASIL, 1988, *on-line*).

No Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus impetrado pela defesa de Ellwanger recebeu o número 82.424/RS e foi submetido ao Plenário em 12 de dezembro de 2002, pelo relator Ministro Moreira Alves. O julgamento foi concluído após nove meses, sendo considerado um *hard case* (e, portanto, merecedor de ponderação) na história do STF,



resultando na denegação do habeas corpus por sete votos a três, vencido o relator. Para a defesa de Ellwanger, era impossível se falar em imprescritibilidade, uma vez que as ofensas eram dirigidas aos judeus e que estes não constituiriam raça, logo, não seria possível falar em crime de racismo e, não sendo crime imprescritível, conseqüentemente teria operado a prescrição da pretensão punitiva.

Desse modo, o ponto central da discussão na Suprema Corte não era analisar o caráter discriminatório das publicações por Ellwanger, mas se a discriminação contra judeus constituiria discriminação racial ou de origem nacional e, sendo considerada discriminação por procedência nacional – como pleiteava a defesa do paciente Ellwanger – se incidiria a imprescritibilidade determinada pelo art. 5º, inciso XLII, da Constituição da República – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988, *on-line*). Assim, o STF se viu obrigado a esclarecer os limites constitucionais do conceito de racismo. O Habeas Corpus n.º 82.424/RS, portanto, marca o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o conceito de “raça” (e, por seqüência, de “racismo”), previsto na Constituição da República e na Lei n.º 7.716/89, como uma construção política e sociocultural de preconceito.

Para o STF, portanto, não é apenas a divisão de cor (aspecto fenotípico) que está inserta no conceito de racismo, mas o processo demarcatório de suposta superioridade e inferioridade (especialmente discursiva) de grupos sociais, vez que “[n]ão há diferenças biológicas entre os seres humanos. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. [...] Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” (BRASIL, 2003, p. 524).

O julgamento do HC n.º 82.424/RS, além de constituir um ponto de reflexão importante para a garantia de direitos fundamentais, foi marcado por compreensões distintas sobre o objeto a partir do uso de uma mesma teoria: a teoria da argumentação jurídica e a tese da ponderação de Robert Alexy. Aqui, importam os votos do ministro Gilmar Mendes e do ministro Marco Aurélio Mello como paradigmas da ponderação no Supremo Tribunal Federal e seus riscos.

Em seu voto que acompanha a divergência inaugurada pelo ministro Maurício Corrêa, o ministro Gilmar Mendes entende que “o próprio caráter aberto – diria inevitavelmente aberto – da definição do tipo [penal de racismo], na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2003, p. 655). Para ele, “o princípio ou máxima da



proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental” (BRASIL, 2003, p. 658).

A proporcionalidade, no voto do ministro Gilmar Mendes, é o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – o que também é defendido por Alexy (2011, p. 110): “o princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade [ou adequação], da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito”.

O voto do ministro Gilmar, contudo, traz algumas apropriações inadequadas do pensamento de Alexy, a começar pela definição da adequação como referência à aptidão do ato impugnado para a produção do resultado esperado, o que não é de todo coerente com a propositura de Alexy (2011, p. 110), para quem a adequação “[...] exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”. Não é necessário que o ato impugnado alcance o objetivo pretendido, podendo somente fomentá-lo, de modo que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, 2002, p. 37).

Em relação à sub-regra da adequação, o pronunciamento do ministro Gilmar Mendes assenta que “é evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância” (BRASIL, 2003, p. 669). Ou seja, para esse ministro, o fim pretendido pela sanção é a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Sobre a segunda sub-regra, o exame da necessidade, o voto define como preenchida, “sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional” (BRASIL, 2003, p. 670). Contudo, o ministro não realiza nenhuma comparação para afirmar que o meio é realmente menos gravoso, apenas se dá por satisfeito. Por fim, ao analisar a última sub-regra, o ministro Gilmar Mendes faz uma ponderação em abstrato, ignorando a lei da ponderação alexyana, entendendo simplesmente que

[a] decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório (BRASIL, 2003, p. 670).



Valendo-se da mesma técnica, o ministro Marco Aurélio chega a conclusões diferentes e parte de princípios distintos também. Para ele, o objetivo pretendido pela sanção seria o fim da discriminação contra o povo judeu e, nesse ponto, a medida não poderia ser considerada adequada a essa finalidade, “uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus” (BRASIL, 2003, p. 896). O mau uso da técnica incide, no voto do ministro Marco Aurélio, na continuidade da análise das sub-regras.

Com esse subprincípio [da necessidade], o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. [...] Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu. [...] Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito [...], também conhecido como "lei da ponderação". O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à coativo-interventiva dessa medida. [...] Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. [...] Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - por sinal, a reformar sentença do Juízo - não foi o meio mais adequado, necessário e razoável (BRASIL, 2003, p. 897-901).

Como dito anteriormente, o intérprete não deve proceder às sub-regras da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito se julgou a medida como inadequada na primeira fase da máxima da proporcionalidade, sob risco de contradição. O voto, além dessa impropriedade, falha no uso da máxima da proporcionalidade ao fazer uma análise abstrata, como no voto do ministro Gilmar Mendes, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em suma, os votos evidenciam a falta de domínio do conteúdo da máxima da proporcionalidade e a utilização da proporcionalidade como mero artifício retórico (SAPUCAIA, 2013), sem qualquer contribuição efetiva para a solução da colisão entre direitos fundamentais.

4 POR QUE NÃO PONDERAR? CRÍTICAS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E À PONDERAÇÃO



O Caso Ellwanger, além da compreensão contemporânea do racismo definida, possibilita uma reflexão sobre as limitações próprias da máxima da proporcionalidade e sobre o seu uso inadequado – veja-se, além das confusões desse caso, as confusões doutrinárias do trabalho de Mendes (1994) sobre a proporcionalidade no STF, erroneamente assimilada como razoabilidade.

Antes de prosseguir neste tópico que reúne algumas críticas à ponderação, é preciso registrar, com justiça, que o pensamento de Robert Alexy é vasto, bem articulado e complexo. Suas principais obras dialogam entre si e em aspecto circular, chamado de *trialismo* (GEREMBERG, 2006), de modo que a compreensão do pensamento alexyano passa “por três pontos: (1) estabelecer um conceito de Direito relacionado à moral, (2) construir uma ‘teoria dos direitos fundamentais’ (3) e elaborar uma ‘teoria da argumentação jurídica’” (GEREMBERG, 2006, p. 15). Para que não se perca a linha argumentativa deste trabalho, manteremos a conexão entre o segundo e o terceiro elementos do trialismo alexyano. O primeiro e o segundo tópicos podem ter a relação assim sintetizada:

Alexy percebeu na noção de ‘textura aberta’ trabalhada por L. A. Hart, zonas de abertura jurídica, que se entrelaçavam à moral, mas que, segundo Hart, seriam preenchidas de modo arbitrário e externo ao Direito. Porém, quando se trabalha com um Direito conectado necessariamente à moral, nestes espaços de abertura, os princípios, constituem uma válvula de escape, uma área intersticial, que permite esta articulação de modo racional. Os princípios passam a integrar o Direito enquanto normas e possuem um modo de aplicação através dos conceitos de ‘ponderação’ e ‘otimização’, que lhes confere um patamar razoável de racionalidade. Por esta razão é que, apesar de ser denominada uma ‘teoria dos direitos fundamentais’, Alexy se preocupa em apresentar um conceito estrutural de princípio e seu peculiar modo de aplicação. Isto é possível porque a relação entre direitos fundamentais e princípios é de articulação. Tal interface é necessária em casos complexos, para os quais a subsunção não proporciona uma solução satisfatória e a abordagem principiológica dos direitos fundamentais possibilita uma conexão do Direito com a moral através da aplicação da ‘ponderação’ para solução do conflito (GEREMBERG, 2006, p. 25).

A teoria da argumentação jurídica sustenta que os discursos jurídicos têm a ver com “a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos” (ALEXY, 2001, p. 218) e que essa justificação se dá em dois planos: uma justificação interna e uma justificação externa. A primeira é a organização lógica do argumento ou, em apertada síntese, a identificação das premissas discursivas. A justificação externa se dá no nível de justificativa das premissas usadas anteriormente, ou seja, um segundo plano que seguirá três tipos: i) premissas de regras da lei positivada; ii) afirmações empíricas e iii) aquelas premissas que não são nem do primeiro, nem do segundo tipo.

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo



de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito (ALEXY, 2011, p. 36).

Alexy entende, portanto, que a pretensão de correção dessa vagueza do Direito se dá por uma interpretação não positivista, que se desenvolveria pelo argumento de princípio (já mencionado) e pela tese do caso especial – isto é, a tese pela qual se tem que “o ‘discurso jurídico’ é uma espécie do ‘discurso prático racional geral’, limitada por condições peculiares” (GEREMBERG, 2006, p. 26).

De tudo que se expôs aqui, é possível dizer com Streck (2019, p. 21) que as teorias da argumentação “[...] se preocupam em justificar o que o juiz decidiu de forma discricionária. As teorias argumentativas não se importam se o juiz decide de forma discricionária ou até mesmo, arbitrária, desde que bem argumente”. Em outras palavras, estão presas ao paradigma da subjetividade porque a teoria da argumentação necessita da ponderação e a ponderação é marcada pela escolha arbitrária do intérprete, que escolherá quais os valores que irá ponderar (STRECK, 2019). O julgamento do HC n.º 82.424/RS é extremamente didático nesse sentido, porque desvela a discricionariedade por trás do método.

Coelho (2021, p. 38-9) sustenta, por sua vez, que a diferenciação proposta pela teoria dos princípios não é capaz de resolver o problema da interpretação “[...] ou como se quer mostrar, não supera a relação sujeito-objeto, já que se mantém preso ao normativismo e, portanto, permite um subjetivismo que não é salutar para a segurança jurídica”. Para o autor, que concorda com Streck (2011), é a distinção inadequada entre *hard cases* e *easy cases* que está na origem da cisão doutrinária entre princípios e regras, determinando que àqueles se aplicam a ponderação e a estes se opera a subsunção normativa. O problema, como temos sustentado aqui, reside “[n]a ausência metodológica nos critérios acerca da sua aplicação [que] torna o próprio direito vulnerável no que se refere à segurança jurídica” (COELHO, 2021, p. 43).

É possível apontar, ainda, que a definição de princípios enquanto mandados de otimização “[...] portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, [...] chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete” (STRECK, 2017, p. 28). Marin e Ramos Neto (2020) apontam, de forma adequada e na esteira do pensamento de Streck (2011; 2019), que os princípios não dão abertura interpretativa, ao contrário: os princípios são responsáveis por dar sentido à regra (aberta), fechando-a ao apontar a resposta correta.



É Alexy quem reconhecerá, em resposta aos críticos, que há uma discricionariedade⁷ do intérprete ao realizar o sopesamento de dois princípios colidentes:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais - ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário. Mas por trás dessa constatação há um problema latente. Como é possível diferenciar, nos sopesamentos, entre os impasses que decorrem da estrutura normativa dos direitos fundamentais e os impasses que somente surgem porque as possibilidades cognitivas são limitadas? Apenas os primeiros fundamentam uma discricionariedade estrutural. Os últimos podem ser, quando muito, objeto de uma discricionariedade epistêmica (ALEXY, 2015, p. 611).

Essa discricionariedade, que faz parte da essência da ponderação entre princípios colidentes, é uma discricionariedade dupla, segundo Grau (2014), porque dá ao intérprete a liberdade de hierarquizar os princípios em questão e ainda permite que o juiz altere o valor de comparação desses mesmos princípios ao julgar outro caso. Alexy (2015) dirá que essa discricionariedade não é dupla, mas tripla: a discricionariedade de definir objetivos, a discricionariedade de escolher meios e a discricionariedade de sopesamento.

Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar (ALEXY, 2015, p. 543).

Assim, embora dê ares de um procedimento racional, “se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o ‘intérprete ponderador’ e o ‘intérprete do positivismo’, que, discricionariamente, escolhe qual a ‘melhor’ interpretação?” (STRECK, 2019, p. 36). Aparentemente, nenhuma diferença existe.

Carvalho (2003) aponta ainda que a tese da ponderação camufla a existência de um antagonismo, mas não é capaz de eliminá-lo. Tampouco permite a discussão da própria concepção de princípios como mandados de otimização que implica, necessariamente, em valer-se da máxima da proporcionalidade para sua realização máxima. Na tentativa de dar ares de racionalidade à atividade interpretativa, “a teoria da argumentação jurídica camufla, portanto, tal decisão hegemônica, por meio de um método de fornecimento de razões que

⁷ No original, a palavra utilizada por Alexy é “*Spielraum*”, que tem por significado literal *margin de manobra*. O tradutor de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva, enfatiza, em sua nota do tradutor, que optou por traduzir como discricionariedade, entendida “em um sentido amplo, como simples sinônimo de ‘liberdade de decisão’” (ALEXY, 2004, p. 12).



justificaria a correção de tal decisão e lhe serviria de fonte de legitimidade” (CARVALHO, 2003, p. 703).

Por fim, entendemos que se a utilização de um método que invoca uma pretensa racionalidade admite que há espaço para a decisão do intérprete manifestar sua vontade (discricionariedade) na escolha dos princípios em jogo, isto é, dá margem de manobra para a seleção e valoração de princípios, de modo a permitir resultados discrepantes – como no Caso Ellwanger –, é preciso dizer, então, que não há nada de efetivamente racional aí (STRECK, 2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem avançado na análise de temas decorrentes do julgamento do Caso Ellwanger, que avança para completar duas décadas. Apesar da compreensão moderna sobre o racismo adotada nesse habeas corpus, o interesse deste artigo foi utilizar o julgamento como aparato crítico-discursivo sobre a máxima da proporcionalidade.

Como buscamos expor, a máxima da proporcionalidade é bastante usada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente ao julgar matérias sensíveis e/ou polêmicas, ou aquilo que comumente se considera, de forma inadequada, um *hard case*. Isso não significa, contudo, que seu uso segue a forma adequada e a estrutura definida por Robert Alexy em suas obras. Muitas vezes a proporcionalidade se constitui, na verdade, em mero uso retórico para disfarçar a discricionariedade do intérprete.

O uso da proporcionalidade no caso Ellwanger nos faz questionar os limites da interpretação judicial por meio desse método, afinal, o estabelecimento de uma formulação lógica, como quis Alexy, deveria proporcionar maior racionalidade à decisão judicial. Servindo como aporte teórico, a argumentação jurídica que sustenta a ponderação de princípios teria, como função, que proporcionar maior clareza e racionalidade ao discurso dos juízes. A máxima da proporcionalidade não é um exercício obrigatório diante de colisão de princípios, como quer crer a importação truncada feita pelos tribunais brasileiros; contudo, ao fazer uso desse recurso, é necessário comprometimento do intérprete com os cânones estabelecidos pela teoria dos direitos fundamentais, de modo a fazer uso correto do método e evitando o uso para conferir ares de racionalidade à decisão discricionária.

Por um lado, é possível concluir que a teoria dos direitos fundamentais alexyana, ao considerar os princípios como mandados de otimização vê uma abertura interpretativa que



permitirá ao intérprete decidir, por meio da discricionariedade do método dito racional, a resposta que considera a mais adequada, isto é, a melhor interpretação. Carrega, ainda, a cisão entre interpretação e aplicação. Dentre as críticas feitas, destaca-se a ausência de fechamento principiológico necessário à adoção de uma resposta correta, o que permite que o intérprete chegue a qualquer resultado – especialmente em se considerando o uso distorcido do raciocínio prescrito por Alexy. Por outro lado, o problema se estrutura em termos de mau uso da máxima da proporcionalidade, que goza de aceitação e aplicação exageradas pelos tribunais brasileiros. Assim, além das falhas decorrentes da teoria, identificam-se falhas metodológicas na tradução e aplicação das submáximas propostas pela teoria alexyana.

Ao revisitarmos o caso Ellwanger, podemos concluir que a aplicação da máxima da proporcionalidade não é corretamente utilizada no Brasil. Conclusões díspares ao ponderar princípios refletem o espaço de discricionariedade do intérprete, o que vai de encontro à necessidade de segurança jurídica e de delimitação racional do problema. A proporcionalidade não pode ser considerada um mero artifício retórico, servindo como fundamentação posterior de uma decisão já formada. Dessa forma, vê-se que a discricionariedade que acompanha a ponderação não resolve a colisão de direitos fundamentais e apresenta, do ponto de vista hermenêutico, mais problemas do que soluções.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed., rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. D.O.U de 05/01/1989. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. D.O.U de 05/10/1988, pág. nº 1. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2/RS. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. 2003. **Diário da Justiça**. Brasília, 19 mar. 2004. p. 524-1011.



Disponível

em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 20 mai. 2023.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Sobre os limites da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 649-710, jul./dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria compreensiva de Robert Alexy**: a proposta do ‘trialismo’. 180 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARIN, Jeferson Dytz; RAMOS NETO, Nelson Gularte. Por que não ponderar ou subsumir? **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 01, e253, p. 1-27, jan./jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, n. 23, p. 475–469, 1. quin. dez., 1994. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/A-PROPORCIONALIDADE-NA-JURISPRUDÊNCIA-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2023.

RODRIGUES, Renato do Espírito Santo. **Casos difíceis no Supremo Tribunal Federal**: tipos de argumentos numa corte constitucional. 146 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 193-204, abr. 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento; Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.



A CRITIQUE OF THE PROPORTIONALITY "PRINCIPLE": REVISITING THE JUDGMENT OF HABEAS CORPUS NO. 82.424/RS

ABSTRACT

This article aims to discuss, in the field of legal hermeneutics, the use of the maxim of proportionality by Brazilian courts based on the judgment of the Ellwanger case (Habeas Corpus No. 82.424/RS). For a better understanding of the theme, the article recovers the conceptualization of the theory of fundamental rights, the law of weighting, and the theory of legal argumentation. This is a qualitative study that, supported by bibliographical research, investigates the advantages of using the maximum of proportionality, presenting the main doctrinal criticisms to the use of this method of solving collisions of principles, concluding that the use of the maximum of weighting, besides being a rhetorical artifice, represents a dangerous space of discretion for the interpreter.

Keywords: Ellwanger case. Discretion. Principle of proportionality. Robert Alexy.

