

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

FAGNER SOARES GROHS

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DA TOERIA DA ARGUMENTAÇÃO DE
ROBERT ALEXY NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS**

**CURITIBA
2018**

FAGNER SOARES GROHS

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DA TOERIA DA ARGUMENTAÇÃO DE
ROBERT ALEXY NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Roosevelt Arraes.

**CURITIBA
2018**

FAGNER SOARES GROHS

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DA TOERIA DA ARGUMENTAÇÃO DE
ROBERT ALEXY NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Roosevelt Arraes

Prof. Membro da banca

Curitiba, de de 2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Airton e Denise, por sempre me apoiarem em minhas escolhas e também por serem a minha estrutura, meus exemplos, e por servirem como espelho para quem um dia quero ser. Agradeço aos meus irmãos, Jerry, Jhean e Vinicius, pela parceria e amizade.

Falando de amizade, não posso me esquecer de uma pessoa que já se mostrou muito companheira e vem demonstrando isto cada dia mais, Victória. Sem dúvidas, é uma das amizades que mais me orgulho e que tenho enorme consideração. Espero poder levar sua simpatia para vida.

Agradeço ainda, por todas as amizades conquistadas ao longo de minha graduação, sendo os principais expoentes Tiago, Rodrigo e Bruno. Não foram poucas as dificuldades e problemas que enfrentamos juntos, bem como os momentos de felicidade e alegria. Sem margem para erro, sempre com lema de parceria.

Dentre meus amigos, há um que se destaca e que também merece especial agradecimento, refiro-me a João Rodrigo, que, além de nobre amigo, dia após dia se mostra uma pessoa com dedicação memorável e em que me espelho profissionalmente. Sinceramente, obrigado por todos os ensinamentos.

Merece também meus cumprimentos, Alessandra, ícone de sarcasmo e de imprevisibilidade, mas que, apesar de tudo, vem me mostrando o real significado de persistência.

Por fim, agradeço ao meu orientador e amigo Roosevelt. Pessoa de poucas palavras, mas de conhecimento e dedicação notáveis, digno de inveja boa. Sem dúvidas, se não fosse sua enorme compreensão, não estaria onde estou e, dedicar este espaço a ele, é o mínimo que posso fazer no momento.

RESUMO

A colisão normativa é um dos problemas centrais da teoria dogmática dos direitos fundamentais. Partindo desta premissa, o presente estudo visa apresentar a teoria da argumentação proposta pelo jus-filósofo Robert Alexy e verificar se é possível utilizá-la para fundamentar a resolução de conflitos normativos de forma adequada e racional, dando enfoque especial no conflito de normas com estrutura de princípios. Por fim, analisar-se-á uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal onde fora supostamente constada a colisão de direitos fundamentais, utilizando-se, para tanto, a ótica proposta pela teoria defendida por Alexy, a fim de verificar a possibilidade de sua aplicação em casos concretos.

Palavras-chave: Robert Alexy; teoria da argumentação; conflito de normas; ponderação de princípios; direitos fundamentais.

LISTA DE SIGLAS

BA	– Bahia
BverfGE	– <i>Bundesverfassungsgerichts</i>
CF	– Constituição da República Federativa do Brasil
HC	– <i>Habeas corpus</i>
LINDB	– Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	– Ministro
Rel.	– Relator
RHC	– Recurso ordinário em <i>habeas corpus</i>
RJ	– Rio de Janeiro
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	NORMAS JURÍDICAS E SUAS POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES.....	9
2.1	TEORIAS NORMATIVA-ESTRUTURAS E A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS EM REGRAS E PRINCÍPIOS.....	11
3	COLISÃO DE NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY.	16
3.1	LEI DE COLISÃO	18
3.2	MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	26
3.2.1	Contornos da Máxima da Proporcionalidade em Sentido Estrito Após Posfácio de 2002.	29
4	APLICABILIDADE CONCRETA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	34
4.1	PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	35
4.2	ANÁLISE DO ACÓDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 134.682/RJ.....	39
5	CONCLUSÃO.....	51
	REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

Constitui o tema da presente monografia analisar a aplicação da teoria da argumentação proposta pelo jus-filósofo Robert Alexy para solucionar os conflitos que surgem entre os direitos fundamentais, em especial, quando se trata do conflito de princípios.

Tal pesquisa se mostra relevante, vez que as normas jurídicas de direitos fundamentais, tanto regras quanto princípios, se encontram em constantes aparentes conflitos e, dentro de um ordenamento coeso, não podem ser admitidas antinomias. A resolução de conflitos normativos é uma problemática enfrentada diariamente pelo Poder Judiciário e, este problema, se agrava quando as normas colidentes tem estrutura de princípios, conforme será apresentado. Assim, é necessário a busca por uma teoria que solucione os conflitos de forma racional e adequada.

Neste viés, será analisado na presente pesquisa se há a possibilidade de utilizar a teoria da argumentação proposta por Alexy para resolver o conflito de normas de direitos fundamentais, bem como se é possível interpretar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sob a ótica desta teoria.

Neste sentido, analisar-se-á quais são as soluções que a teoria da argumentação sugerida por Robert Alexy proporciona para os conflitos normativos e, após, buscar-se-á interpretar uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sob a ótica da teoria de Alexy, a qual envolve suposta colisão de princípios de direitos fundamentais.

Para tanto, num primeiro momento se fará uma breve exposição a respeito das normas jurídicas e o seu caráter imperativo, bem como apresentar-se-ão quais são os critérios de diferenciação utilizados pela doutrina para classificar as normas em regras e princípios. Em um segundo momento, pretende-se apresentar a teoria da argumentação de Robert Alexy, dando-se enfoque na possível solução ofertada para a colisão de princípios de direitos fundamentais. Por fim, apresentar-se-á uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde fora supostamente constatado o conflito de normas de direitos fundamentais, após o que far-se-á a análise do caso concreto sob a ótica da teoria proposta por Alexy.

2 NORMAS JURÍDICAS E SUAS POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES.

É certo que nas ciências sociais, dentre as quais se inclui o Direito, o estudo não é somente descritivo — tal como ocorre nas ciências naturais, como, por exemplo, a física e biologia, que se limitam a descrever algo que já existe — senão também voltado a elaborações de sistemas ideais, ou melhor, estudos de prescrição de um dever-ser¹. Desta forma, não se limita o Direito a descrever as ocorrências do mundo dos fatos, mas visa também a criação normativa “ordenando princípios concebidos abstratamente na suposição de que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeito benéfico e aperfeiçoador”².

É lógico que a definição desse sistema ideal não é uma decisão jurídica, mas sim política. No entanto, uma vez exteriorizada pelos Poderes competentes, a decisão política se torna norma jurídica, que, em conjunto com as demais normas jurídicas, pode ser entendida como direito objetivo³.

Em sua obra, Barroso limitou propositadamente a norma jurídica ao ato jurídico emanado do Estado. Embora haja controvérsia doutrinária a respeito do conceito de norma jurídica, não é relevante para este estudo abordar os mais variados conceitos a respeito do que é a norma jurídica. Todavia, o que se mostra de grande relevância para este estudo é destacar o caráter imperativo que a norma jurídica tem.

De acordo com a teoria moderna da norma jurídica, o seu elemento essencial consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Melhor explicando, nas palavras de Barcellos:

O direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização da pacificação, da justiça e de determinados valores escolhidos pela sociedade. A norma jurídica, portanto, pretende produzir algum efeito no mundo dos fatos; deseja moldar a realidade, alterá-la, modificá-la em alguma medida. Por evidente, não há necessidade de norma alguma para dizer o que já é ou o que não pode ser diferente.⁴

¹BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

²Id.

³Ibid., p. 76.

⁴BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade Humana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

Ainda, acrescentando à explicação, a característica de juridicidade da norma decorre da capacidade de ser imposta pela força, isto é, mesmo que a contragosto do seu destinatário, e com a cominação de alguma consequência ao seu descumprimento, com a finalidade de que se realize os efeitos nela pretendidos⁵.

Na nomenclatura moderna, dá-se o nome de eficácia jurídica a esta possibilidade de exigir a imposição coativa dos efeitos previstos pela norma — ou sua consequência, caso não seja possível impor esses efeitos —, e isto requer, necessariamente, um aparato estatal capaz de realizar esta imposição coativa, manifestada no direito brasileiro no Poder Judiciário⁶.

Portanto, conclui-se que uma vez posta a norma jurídica, seu cumprimento passa a ser obrigatório por todos, inclusive pelo Poder Público. Todavia, se desrespeitada, poderá ser exigido ao Judiciário a sua imposição coativa.

É indiscutível que as normas constitucionais são normas jurídicas e, portanto, compartilham o elemento essencial da normatividade, assim, buscam a realização dos seus efeitos no mundo dos fatos, podendo, no caso de violação da norma por atos comissivos ou omissivos, ser requerido ao Poder Judiciário a sua imposição por meio de um mecanismo judicial adequado.

Ocorre que as normas jurídicas não possuem uma única estrutura-normativa e nem sempre possibilitam a identificação, *prima facie*, de seus efeitos ou de sua forma de aplicação. Em outras palavras, as normas jurídicas possuem estruturas diferentes e, em razão disto, exigem tratamento diferenciado quando da sua imposição no mundo dos fatos, assim, a fim de estruturar racionalmente o ordenamento jurídico, as teorias estruturais buscam diferenciar as espécies de norma e identificar suas peculiaridades.

A seguir, far-se-á análise de algumas teorias estruturais que defendem a classificação das normas em regras e princípios.

⁵BARCELLOS, 2002, p. 32.

⁶Ibid., p. 35.

2.1 TEORIAS NORMATIVA-ESTRUTURAIS E A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS EM REGRAS E PRINCÍPIOS.

Na doutrina brasileira existem várias classificações quanto a capacidade de as normas constitucionais produzirem efeitos de forma autônoma, utilizando-se como critério a densidade, normatividade ou completude da norma jurídica constitucional. Dentre as várias classificações, a título de exemplo, faz-se menção a classificação tripartite clássica de José Afonso da Silva, que divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida ou limitada⁷.

Embora exista ampla classificação e discussão a respeito da efetividade autônoma das normas constitucionais, é entendimento majoritário na doutrina que, ainda, é possível a classificação das normas jurídicas constitucionais quanto a sua estrutura.

Segundo Alexy, a estrutura de uma norma de direito fundamental é questão crucial para a teoria dos direitos fundamentais. Existem diversas teorias que se propunham a analisar a estrutura de uma norma de direito fundamental, no entanto, de acordo com o autor a principal teoria é aquela que prega a divisão das normas em regras e princípios. Sendo assim, norma pode ser entendida com gênero e as regras e os princípios como espécies. É esta diferenciação que permite a resolução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais e que se revela “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁸.

Alexy assinala que a distinção das normas em princípios e regras não é nova, bem como há problemas no emprego da terminologia, sendo que, por vezes, pode se encontrar em doutrinas a divisão entre “normas e princípios” ou “normas e máximas”. Todavia, o referido autor optou por unir as regras e princípios sob o conceito único de norma⁹.

Há diversas teorias estruturais que buscam estabelecer os critérios de distinção entre regras e princípios, no entanto, algumas têm mais notoriedade doutrinária.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.82.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª edição, 4ª triagem. São Paulo. Malheiros Editores: 2015. p. 87.

⁹ Id.

Dentre elas, destacam-se três: uma que defende a existência de diferentes graus de generalidade entre princípios e regras; outra que aduz haver diferentes graus de determinabilidade dos casos de aplicação; e uma terceira que defende uma classificação conforme os efeitos pretendidos pelas normas.

Com relação ao critério da generalidade, Branco assevera que “os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras”¹⁰. Para ilustrar, cita-se como exemplo de norma com teor mais aberto, aquela estabelecida no art. 3º, I, da CF¹¹, segundo a qual constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Já uma norma com teor de generalidade baixo, pode-se citar o inciso II do art. 5º da Constituição¹², o qual assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Pelo critério da generalidade, a primeira norma seria um princípio e a segunda uma regra.

Já pelo critério da determinabilidade dos casos de aplicação, segundo Branco, “Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata”¹³.

Ainda, pode-se classificar as normas jurídicas de acordo com seus efeitos pretendidos e os meios aptos a alcançar estes efeitos. Neste sentido, defende Barcellos que, as normas jurídicas buscam realizar algo no mundo dos fatos, caso esta realização não se verifique por algum motivo, se poderá requerer ao Estado-juiz a sua imposição coativa¹⁴.

Quando se utiliza deste critério para classificação das normas, duas diferenças entre princípios e regras podem ser apontadas de imediato: uma quanto a relativa indeterminação dos efeitos pretendidos e outra quanto a multiplicidade de meios para atingi-los¹⁵.

Ou seja, os efeitos previstos pelos princípios, ao contrário do que ocorre com

¹⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo. Saraiva: 2016. p. 72.

¹¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Lex: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995. art. 3º, I.

¹² Ibid., art. 5º, II.

¹³ MENDES; BRANCO, op. cit., p.72

¹⁴ BARCELLOS, 2002. pp. 51-52.

¹⁵ Ibid., p. 52.

as regras, são relativamente indeterminados. Quer-se dizer com isso que não se consegue extrair todos os efeitos pretendidos pela norma-princípio a partir de seu enunciado. Sabe-se que existe um núcleo, mas não se sabe todos os efeitos que gravitam em torno desse núcleo.

Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja pretensão é ver realizado no mundo dos fatos uma existência humana digna. No entanto, definir o que é uma existência digna é um trabalho dificultoso e pode variar devido a várias determinantes, como, por exemplo, concepções políticas, ideológicas e até mesmo religiosas.

Nesse sentido, Barcellos afirma que:

[...]os efeitos que um princípio pretende produzir irradiam-se a partir de um núcleo básico determinado, semelhante nesse particular, às regras. A partir desse núcleo, todavia, esses efeitos vão tornando-se indeterminados, seja porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas etc., seja porque há uma infinidade de situações não prescritas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar.¹⁶

Fora isso, percebe-se que há uma multiplicidade de formas para garantir a realização desses efeitos pretendidos pelo princípio. Voltando ao exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se garantir a existência digna de inúmeras formas, tais como, por exemplo, educação, saúde, emprego, saneamento básico, etc.

Sendo assim, os princípios se diferenciam pelo seu conteúdo relativamente indeterminado e pelos diversos meios de atingi-los.

Embora estas teorias normativa-estruturais definam um critério de diferenciação entre regras e princípios, elas não dão arcabouço teórico para uma solução sólida e concreta para os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, já que não permitem “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”¹⁷. De acordo com Alexy, o problema destes critérios, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, é perceptível quando há a possibilidade de combiná-los da

¹⁶ BARCELLOS, 2002. p. 53.

¹⁷ ALEXY, 2015, p. 86.

maneira que se desejar. Neste sentido, ele assenta que:

Assim, não é difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como critério para a avaliação de argumentos jurídicos.¹⁸

Diante disto, Alexy entende que não é possível a adoção de nenhum destes critérios para estruturar a teoria dos direitos fundamentais e, para ele, a única teoria que permite a diferenciação precisa entre as espécies de norma, é aquela que defende a existência de diferença *qualitativa* entre elas, e não apenas uma diferença gradual¹⁹.

Explica-se. De acordo com Alexy, os princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁰. Isto é, são “mandamentos de otimização”²¹..

Sendo assim, a caracterização de uma norma como princípio decorre da possibilidade de ser satisfeita 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”²², sendo esta última determinada pela colisão com outras normas.

Por sua vez, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”²³. Ou seja, não comportam variações de grau de aplicabilidade. As regras quando válidas devem ser respeitadas exatamente naquilo que determinam, nem mais, nem menos. Alexy, portanto, conclui que as regras contêm as “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”²⁴.

Assim, conclui-se que para Alexy a resolução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais só é possível por meio de uma teoria que

¹⁸ ALEXY, 2015, p. 89.

¹⁹ *Ibid.*, p.90.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Ibid.*, p. 91.

²⁴ *Id.*

normativa-estrutural que reconheça a distinção entre regras e princípios. Entretanto, dentre as teorias estruturais, apenas aquela que defende a existência de diferentes graus qualitativos entre as espécies de norma é suficiente a estruturar uma teoria dos direitos fundamentais. A fim de demonstrar isto, no capítulo seguinte se apresentará a solução dada por Alexy para o problema de colisões entre normas de direitos.

3 COLISÃO DE NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY.

Para Alexy, a estrutura de uma norma é questão crucial para a teoria dos direitos fundamentais, pois somente ela pode fornecer soluções para os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, dentre eles, a colisão entre normas.

Conforme abordado no capítulo anterior, para Alexy a teoria normativa-estrutural acertada é aquela que defende que as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”²⁵ e que os princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”²⁶. Segundo este doutrinador, a diferenciação entre princípios e regras fica mais claramente perceptível nos casos de colisões entre normas.

De acordo com Alexy, é possível solucionar o conflito entre duas regras de duas formas, sendo uma delas subsidiária à outra. A primeira medida diz respeito a possibilidade de introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou, não sendo possível fazer isto, dever-se-á adotar uma segunda medida, a qual estabelece que uma das regras deverá ser declarada inválida e, assim, excluí-la do ordenamento jurídico²⁷.

Para explicar a cláusula de exceção, ALEXY utiliza a seguinte situação:

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 incêndio²⁸.

Porém, não sendo possível a inclusão de uma regra de exceção, a invalidade de uma das regras deverá ser declarada através critérios de solução de antinomias,

²⁵ ALEXY, 2015, p. 91.

²⁶ Ibid., p.90.

²⁷ Ibid., p. 92.

²⁸ Id.

como, por exemplo, as regras que sustentam que a lei especial deve prevalecer sobre a geral ou que a lei posterior revoga a anterior, dependendo dos critérios previamente estabelecidos no ordenamento jurídico onde há o conflito de normas.

No Brasil, as antinomias reais, também conhecidas como lacunas de conflito, são solucionadas por meio da utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito, conforme prega o artigo 4º da LINDB²⁹. Já as antinomias aparentes podem ser solucionadas através da aplicação dos critérios hierárquico, cronológico e especialidade. O critério hierárquico aduz que não há o que se falar em norma jurídica inferior contrária à superior, pois “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”³⁰. O critério cronológico, fundamentado no artigo 2º, §1º da LINDB³¹, prega que norma posterior revoga a anterior. E por último, o critério da especialidade prescreve que a norma especial prevalece sobre a geral, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º da LINDB³².

Quanto à colisão entre princípios, esta deve ser resolvida de forma totalmente diversa. Os princípios como mandamentos de otimização podem ser satisfeitos em graus variados e, caso haja conflito com um ou mais princípios, um deles deverá ceder em favor do outro. Todavia, isto não significa que o princípio cedente deverá ser declarado inválido ou que estará sujeito a uma cláusula de exceção, mas significa apenas que um dos princípios terá precedência sobre o outro sob determinadas condições fáticas³³. Caso haja alterações das condições, a precedência dos princípios poderá se inverter.

Em síntese quer-se dizer que os princípios têm pesos diferentes quando analisados no caso concreto e, aquele que tiver maior peso, terá a precedência sobre o outro. O conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, enquanto a dos princípios é resolvida na dimensão do peso³⁴.

Para justificar a precedência de um princípio sobre outro, Alexy se utiliza da

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 set 1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

³¹ Art. 2º [...] § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

³² Art. 2º [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

³³ ALEXY, 2015, p. 93.

³⁴ Ibid., p.94.

máxima proporcionalidade, a qual é aplicável de acordo com suas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Desde já, esclarece-se que para auxiliar a resolução dos conflitos entre princípios, Alexy desenvolveu um instrumento que denominou de “Lei de Colisão”³⁵, sendo esta um desdobramento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No livro a Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy se preocupa em explicar primeiro a “Lei de Colisão” e, somente então, a relaciona à máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Para não correr o risco de se deturpar a teoria de Alexy, adotar-se-á a mesma ordem de explicação, embora seja mais lógico explicar a lei de colisão quando da análise da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo assim, a seguir se fará análise da “Lei de Colisão”, após o que se explicará a máxima da proporcionalidade e seus desdobramentos.

3.1 LEI DE COLISÃO

Conforme dito, os princípios para Alexy são mandamentos de otimização e, havendo dois princípios antagônicos, eles restringem as possibilidades jurídicas de realização mutuamente. Este impasse criado não pode ser resolvido pela simples invalidação de uns dos princípios ou pela criação de uma cláusula de exceção a um dos princípios³⁶. Neste caso:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro³⁷.

Para melhor explicar a aplicação da lei de colisão, Alexy se utiliza de decisões

³⁵ ALEXY, 2015, p. 94.

³⁶ Ibid., p. 96.

³⁷ Id.

proferidas pela Corte Constitucional Alemã como exemplo.

Em uma das decisões utilizadas, o acusado em uma ação penal tinha uma incapacidade de participar de uma audiência processual por correr o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto, em razão da tensão deste tipo de ato processual³⁸.

No referido caso, a Corte Alemã verificou que se encontravam em conflito o dever estatal de assegurar uma aplicação adequada do direito penal e os direitos à integridade física e saúde do acusado. As normas em colisão têm amparo constitucional na Alemanha e, portanto, seu respeito é obrigatório pelo Estado. O conflito gerado não poderia ser resolvido através da inclusão de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das normas, motivo pelo qual é necessário fazer o sopesamento entre os interesses conflitantes.

[...] a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala de um lado, do dever de garantir, na maior medida do possível, a operacionalidade do direito penal e, do outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida do possível, a vida e integridade física do acusado³⁹.

No exemplo utilizado, se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória ou, ao menos, permitida⁴⁰. Por outro lado, se existisse apenas os princípios de proteção à integridade física e da saúde, a realização da audiência seria terminantemente proibida⁴¹. Neste cenário, observa-se que se isoladamente fossem consideradas cada uma das normas, elas levariam a juízos contraditórios entre si, e isto não é admitido num ordenamento jurídico coeso.

Por se tratarem de princípios, a solução da colisão das normas deve ser feita por meio de estabelecimento de precedência condicionada⁴². Em outras palavras, deve-se estabelecer em quais condições os princípios terão precedência sobre o outro.

³⁸ BVerfGE 51, 324, apud ALEXY, 2015, p. 94. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>>. Acesso em 08 abr. 2018.

³⁹ Ibid., p. 95.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Ibid., p. 96.

⁴² Id.

Para Alexy, a relação de precedência condicionada é de extrema importância para compreensão das colisões entre princípios e, conseqüentemente, para a teoria dos princípios⁴³.

Para poder explicá-lo com mais detalhes, os princípios colidentes no caso da incapacidade para participar da audiência processual serão chamados de P1 (direito à vida e à integridade física) e P2 (operacionalidade do direito penal). Isoladamente considerados, P1 e P2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si: P1 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 incondicionada 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 C⁴⁴.

Com estes elementos, Alexy conclui que no presente caso são possíveis quatro soluções para a colisão das normas principiológica⁴⁵:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$.
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$.
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.

As soluções (1) e (2) decorrem de relações incondicionadas de precedência, ao passo que as soluções (3) e (4) são frutos de relações condicionadas de precedência.

No tocante as relações incondicionadas, no conflito narrado, o Tribunal Constitucional Federal alemão concluiu que seria impossível a aplicação de tais soluções, vez que nenhum dos princípios goza de precedência absoluta sobre o outro⁴⁶. Esse tipo de solução, Alexy também denomina de relações de precedência

⁴³ ALEXY, 2016, p. 96.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Ibid., p. 97.

⁴⁶ BVerfGE 51, 324, apud ALEXY, 2015, p. 97.

“absolutas” ou “abstratas”, no entanto, ele é contundente em asseverar que diante de princípios constitucionais, a afirmação da Corte Constitucional vale como regra para todas as colisões de normas principiológica⁴⁷.

Da colocação acima, dá para se concluir que, portanto, sempre que houver o conflito de princípios, a solução a ser dada para o embate deverá sempre estabelecer quais são as condições em que determinado princípio terá relação de precedência sobre o outro.

Feita esta consideração, no caso concreto sob análise, Alexy assevera que as soluções possíveis serão as dos itens (3) e (4), todavia, o ponto nodal é estabelecer quais são as condições que ensejarão a precedência dos princípios conflitantes⁴⁸. Neste contexto, o referido autor aduz que o Tribunal Constitucional alemão se utiliza da metáfora do peso e que, para o caso, é importante saber se os “Interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir”⁴⁹.

Com relação à metáfora dos pesos dos princípios, para dar uma explicação jurídica, Alexy utiliza o conceito de relação condicionada de precedência e, no caso concreto, “o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C ”⁵⁰.

Isto significa que, na visão do Tribunal Constitucional alemão, o sopesamento dos princípios consiste na observação das condições de precedência (C) e na fundamentação dada a estas condições⁵¹.

No julgamento do caso concreto, a Corte Constitucional alemã entendeu que a condição de precedência de P_1 sobre P_2 , se daria em sua formulação mais geral no seguinte enunciado.

Se a realização da audiência implica em risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §2º, 1, da Constituição⁵².

⁴⁷ ALEXY, op. cit., p. 97.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ BVerfGE 51, 324 (346), apud ALEXY, op. cit., p. 97.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id.

⁵² BVerfGE 51, 324, apud ALEXY, op. cit., p. 98.

Do enunciado acima, Alexy destaca que o Tribunal Constitucional não faz menção à precedência de um princípio sobre outro, mas sim sob quais condições um dos direitos fundamentais em colisão seria violado⁵³. Sendo assim, o referido autor conclui que “Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”⁵⁴.

Em outras palavras, é possível afirmar que as condições de precedência (C) implicam na formulação de uma regra que teria o seguinte teor: “Se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”⁵⁵.

Esta assertiva é de grande importância para a “Lei de Colisão”, pois as condições de precedência de um princípio sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa o dever-ser almejado, no caso concreto, pelo princípio que tem precedência⁵⁶. Isto é, de uma forma mais técnica:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C: $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$, e se o princípio P_1 , sob as condições C, decorre de consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ⁵⁷.

Enfim, esta é a “Lei de Colisão” e é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Alexy. Ainda, o referido autor destaca que lei reflete a natureza dos princípios como mandamento de otimização dos princípios, vez que ela evidencia não existir o princípio absoluto que sempre tem precedência sobre os demais princípios e também porque se refere a ações e situações não quantificáveis⁵⁸.

Noutro exemplo utilizado por Alexy para ilustrar a aplicação da lei de colisões, relata-se outro julgado da Corte Constitucional alemã onde se tinha a seguinte situação: uma emissora de televisão pretendia exibir documentário a respeito de um crime conhecido como “O assassinato de soldados em Lebach”. No referido

⁵³ ALEXY, 2015, p. 98.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Ibid., p. 99.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id.

documentário relatava-se o assassinato de soldados do exército alemão, que guardavam um depósito de munições localizado na cidade de Lebach, para a subtração do armamento para cometimento de outros crimes. Um dos condenados como cúmplice do crime estava prestes a ser libertado do cárcere a época da pretensa exibição do documentário, o qual citava ele nominalmente e apresentava fotos. Entendia o condenado que a exibição do documentário lesionava o seu direito de personalidade, em especial por colocar em risco a sua ressocialização⁵⁹.

A medida cautelar ajuizada pelo condenado fora julgada improcedente pelo Tribunal Estadual e, posteriormente, seu recurso fora improvido no Tribunal Superior Estadual, motivo pelo qual as decisões foram desafiadas por meio de uma reclamação constitucional⁶⁰.

O Tribunal Constitucional alemão percebeu que havia o conflito dos princípios constitucionais da proteção da personalidade (P1) e o da liberdade de informar por meio de radiodifusão (P2). Como não se poderia adicionar uma regra de exceção ou invalidar um dos princípios, era necessário a realização do sopesamento entre eles, já que cada princípio levava, se isoladamente considerados, a juízos de dever-ser contraditórios entre si⁶¹.

Após a constatação do conflito dos princípios, a Corte alemã sinalizou pela existência de uma precedência geral do direito de informar (P2) nos casos onde há “informação atual sobre atos criminosos” (C1). Isto é, de forma técnica: (P2 **P** P1) C1⁶².

Todavia, a Corte Constitucional verificou que no caso narrado existiam quatro atributos de suporte fático (T) que ensejariam outra condição de precedência (C2), sendo elas: “uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4)”⁶³.

Diante desta condição de precedência, concluiu-se que o princípio da proteção da personalidade (P1) teria precedência (**P**) sobre a liberdade de informação (P2), o que implica, no caso concreto, na vedação de veiculação do documentário. Enfim,

⁵⁹ ALEXY, 2015, p. 100.

⁶⁰ Id.

⁶¹ Ibid., p. 101.

⁶² Ibid., p. 102.

⁶³ Id.

tem-se a seguinte estrutura como resultado da relação: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$ ⁶⁴.

Do exposto até agora, poder-se-ia dizer que a ideia de sopesamento apresentado até o momento não é um modelo aberto a um controle racional, inclusive esta é uma das críticas enfrentadas por Alexy, já que a aplicação dos princípios, ou seja, estabelecimento das condições de precedência, ficaria ao arbítrio daquele que sopesa, permitindo assim subjetivismo e decisionismo dos julgadores⁶⁵. Ainda, se assim fosse, não se poderia falar em sopesamentos corretos ou sopesamentos equivocados⁶⁶.

No entanto, Alexy defende que o processo de sopesamento deve ser feito conforme um modelo *fundamentado*, o qual permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação, permitindo formular a seguinte afirmação:

Um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes⁶⁷.

E para realizar a fundamentação do enunciado de precedência, Alexy elabora a seguinte regra: “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”⁶⁸.

Essa regra, de acordo com Alexy, revela-se uma lei que é válida para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser denominada de *lei do sopesamento*, segundo a qual a medida de não-satisfação ou afetação de um princípio dependerá do grau de importância da satisfação do outro. Assim, resta claro que o peso dos princípios no caso concreto não depende unicamente do seu enunciado, não podendo se falar em peso absoluto de um princípio sobre outro⁶⁹.

A lei do sopesamento, contudo, não é capaz de determinar quando se está diante de afetações muito intensas ou quando há o alto grau de importância de

⁶⁴ ALEXY, 2015, p. 102.

⁶⁵ Ibid., p. 164.

⁶⁶ Ibid., p. 165.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Ibid., p. 167.

⁶⁹ Id.

satisfação de um princípio. Todavia, ela estabelece o que se deve fundamentar para justificar a decisão sobre o enunciado de precedência⁷⁰.

Para fundamentar as condições de precedência, podem ser utilizados todo e qualquer argumento admitido na argumentação jurídica e, para ilustrar isto, Alexy menciona que no caso Labach a Corte Constitucional utilizou os seguintes argumentos para fundamentar a precedência do princípio da proteção a personalidade:

Alcance das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário, ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público, à ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade e outras características do documentário, e ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade de informação⁷¹.

Em contrapartida, a Corte verificou que, no tocante a realização do princípio de liberdade de radiodifusão, a repetição de uma notícia sobre um crime grave não era medida suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação noutra princípio⁷².

Destaca-se que a análise de um conjunto de razões, inclusive de valoração sobre eles, é algo que caracteriza a fundamentação jurídica. Assim, a ideia de que valores exercem influência sobre o sopesamento não é algo que retira a racionalidade da fundamentação adotada em uma decisão, a não ser que se aceite como premissa que a argumentação jurídica se torna sempre irracional quando adentre ao âmbito das valorações não definidas de forma cogente⁷³. No entanto, Alexy destaca que tal concepção qualificaria como não-racional muito daquilo que a Ciência do Direito, desde sempre, encara como sua tarefa⁷⁴.

Concluindo, a lei de colisão é um procedimento que evidencia, de forma racional, qual é o princípio colidente que deverá ter precedência no caso concreto, já que há fundamentação em argumentos jurídicos.

⁷⁰ ALEXY, 2015, p. 171.

⁷¹ *Ibid.*, p. 172.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

3.2 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Alexy aduz que há uma estreita conexão entre a máxima da proporcionalidade e a sua teoria dos princípios. Nas suas exatas palavras “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”⁷⁵. Isto significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), decorre logicamente da natureza dos princípios.

Alexy desenvolve sua teoria a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão e, sobre a máxima da proporcionalidade, a Corte Constitucional Alemã afirmou que esta decorre “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”⁷⁶. Todavia, Alexy entende que a máxima da proporcionalidade tem aplicabilidade mais estrita quando as normas de direitos fundamentais têm natureza de princípios⁷⁷.

Importante destacar que o autor não encara a máxima da proporcionalidade como um princípio, pois a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Assim, a máxima da proporcionalidade aqui tratada não é um mandamento de otimização, pelo contrário, as suas máximas parciais são regras que devem ser satisfeitas ou não, sendo que, quando não satisfeitas, ter-se-á a ilegalidade como consequência⁷⁸. Posto isto, passa-se a explicar de maneira pormenorizada a máxima da proporcionalidade.

Como já dito, os princípios de direitos fundamentais são mandamentos de otimização para a realização das possibilidades jurídicas e fáticas, sendo que, as possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e necessidade.

No tocante à máxima da adequação, esta consiste na análise das medidas eleitas para o atingimento de um objetivo, verificando-se se elas são realmente adequadas a cumpri-lo⁷⁹.

⁷⁵ALEXY, 2015, p. 116.

⁷⁶BVerfGE 19, 342 (348-349); 65, 1 (44), apud ALEXY, op.cit., p. 117.

⁷⁷Ibid., p. 117.

⁷⁸Id.

⁷⁹Ibid., p. 119.

O aspecto da otimização ligada à máxima da adequação não aponta para a otimização máxima dos princípios⁸⁰. Segundo Alexy “Esta máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo”⁸¹. Isto é, ela elimina os meios que não são adequados a fomentar os princípios em conflito. Sendo assim, este critério negativo não determina tudo, mas tão somente exclui medidas que não são adequadas.

Algo parecido ocorre com a máxima da necessidade, vez que ela determina que, dentre dois meios aparentemente adequados, deve-se eleger aquele que cause uma intervenção menos intensa⁸².

No tocante à máxima da necessidade, a Corte Constitucional alemã entende deve se analisar se “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”⁸³.

Considerando isto, Alexy entende que uma relação jurídica, em que há a presença de dois sujeitos de direito (Estado/cidadão) e que há o confronto entre apenas dois princípios antagônicos (relação que o autor denomina de “constelação simples”⁸⁴) é estruturada da seguinte forma:

o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P¹ (ou Z é simplesmente idêntico a P¹). Há pelo menos duas medidas, M¹ e M², para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M² afeta menos intensamente que M¹ – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P² – exige. Sob essas condições, para P¹ é indiferente se se escolhe M¹ ou M². Nesse sentido, P¹ não exige que se escolha M¹ em vez de M², nem que escolha M² em vez de M¹. Para P², no entanto, a escolha entre M¹ e M² não é indiferente. Na qualidade de princípio, P² exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P² pode ser realizado em maior medida se se escolhe M² em vez de M¹. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob condições de que tanto P¹ quanto P² sejam válidos, apenas M² é permitida e M¹ é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos ou medidas⁸⁵.

Para ilustrar a aplicação da máxima da necessidade, Alexy cita como exemplo um julgado da Corte Constitucional alemã, onde havia o conflito dos princípios

⁸⁰ALEXY, 2015, p. 590.

⁸¹Id.

⁸²Id.

⁸³BverfGE 38, 281 (302), apud ALEDY, op. cit. p 119.

⁸⁴Ibid, p. 118.

⁸⁵Ibid. p. 119.

constitucionais da liberdade profissional e da proteção do consumidor. No exemplo utilizado, o Ministério para Juventude, Família e Saúde editou um ato normativo proibindo a comercialização de doces que, embora contivessem adição de chocolate em pó, eram feitos de flocos de arroz e, portanto, não eram doces feitos genuinamente de chocolate⁸⁶. O objetivo era proteger os consumidores de compras equivocadas, no entanto, quando a matéria fora submetida ao Tribunal Constitucional Federal, observou-se que, apesar de tal medida ser adequada para proteger o consumidor, ela não era necessária, pois haveria uma medida igualmente adequada à proteção do consumidor que era menos invasiva. Uma simples identificação no rótulo do produto poderia evitar a confusão entre os consumidores, sendo esta a medida a ser imposta no caso narrado⁸⁷.

A ideia de otimização segundo a máxima da necessidade no caso relatado é evidente, pois:

O princípio da proteção do consumidor (P_2) é satisfeito de forma similar pelo dever de identificação no rótulo (M_1) e pela proibição de comercialização (M_2). Assim, para P_2 é indiferente se se adota M_1 ou M_2 . Mas isso não é assim para o caso da liberdade profissional (P_1). M_2 intervém em P_1 de forma muito mais intensa que M_1 . Em face das possibilidades fáticas (M_1 ou M_2), P_1 é satisfeito em grau maior com escolha de M_1 que com a escolha de M_2 sem que, com isso, surjam custos para P_2 . Por isso, a otimização de P_1 e P_2 veda a utilização de M_2 ⁸⁸.

Assim, verifica-se que enquanto a máxima da adequação elimina os meios que não são capazes de otimizar princípios, a máxima da necessidade busca privilegiar o meio que menos intervém em outro princípio e é igualmente adequado⁸⁹.

Importante destacar que a máxima da necessidade também não indica máxima otimização dos princípios, mas tão somente veda sacrifícios desnecessários dos direitos fundamentais⁹⁰.

Alexy destaca ainda que o exame das máximas da adequação e da necessidade no caso concreto nem sempre é tão simples quanto pode parecer,

⁸⁶ ALEXY, 2015, p. 590.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Ibid., p. 591.

⁹⁰ Id.

podendo ser encontrados vários problemas durante a sua análise⁹¹. Como problema principal, Alexy salienta um voltado à máxima da necessidade que, em síntese, é verificado quando elege-se o meio mais suave e que fomenta o objetivo perseguido, mas que acaba impactando num terceiro princípio⁹².

Diante desta situação, Alexy aduz que o confronto entre princípios não encontrará uma resposta no âmbito das possibilidades fáticas, já que nem todos os princípios envolvidos serão otimizados com a medida menos intensa para um ou outro princípio. Nesta situação de conflito, Alexy aponta que a solução deverá ser verificada no âmbito das possibilidades jurídicas, a qual é verificada na terceira etapa da máxima da proporcionalidade⁹³.

As possibilidades jurídicas decorrem da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual nada mais é do que a exigência de sopesamento dos princípios de direitos fundamentais conforme a Lei de Colisão e, conseqüentemente, conforme a lei de sopesamento. Isto é, as possibilidades jurídicas num caso concreto são o produto do sopesamento entre princípios antagônicos, destacando-se que se os princípios são válidos no ordenamento jurídico, a sua aplicação é obrigatória⁹⁴.

Embora já fora explicado como funciona a aplicação da lei de colisão, há que se mencionar que em 2002 Alexy publicou um posfácio em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, onde aprofundou sua teoria e revelou novos desdobramentos, conforme a seguir exposto.

3.2.1 Contornos da Máxima da Proporcionalidade em Sentido Estrito Após Posfácio de 2002.

Conforme exposto ao longo desta monografia, os princípios para Alexy são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo esta última resulta da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual é idêntica à

⁹¹ ALEXY, 2015, p. 591.

⁹² Ibid., p. 592.

⁹³ Id.

⁹⁴ Ibid., p. 117.

lei do sopesamento. Vale lembrar que a lei de sopesamento possui o seguinte enunciado: “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”⁹⁵.

Estabelecida estas premissas, Alexy aduz que a lei do sopesamento pode ser dividida em três passos. No primeiro, busca-se avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Em seguida, o segundo passo revela-se na avaliação da importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio⁹⁶.

As etapas do sopesamento só são possíveis porque é “possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos”⁹⁷.

Alexy aceita que sua teoria não seja capaz de resolver de forma racional todos os conflitos existentes entre princípios, até porque este nunca fora seu objetivo, pelo contrário, sua teoria dos princípios “sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”⁹⁸. No entanto, Alexy destaca que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isto é possível em alguns casos, e o conjunto destes casos se mostra suficientemente interessante para justificar o sopesamento como método⁹⁹.

Para dar aplicabilidade a lei do sopesamento, Alexy defende a existência de uma escala de três níveis de categorias para classificar a intensidade de intervenção de um princípio ou de sua satisfação, sendo elas: leve, moderada e séria¹⁰⁰. Para os juízos de classificação, Alexy pressupõe a existência de parâmetros que não estão contidos na lei do sopesamento, mas isto não significa que a classificação é feita de forma arbitrária¹⁰¹. Ele esclarece que estes parâmetros são obtidos por meio de razões plausíveis, as quais decorrem da argumentação apresentada¹⁰². Nas palavras

⁹⁵ Alexy, 2015, p. 593.

⁹⁶ Ibid., p. 594.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Ibid., p. 596.

¹⁰¹ Ibid., p. 598.

¹⁰² Ibid., p. 599.

de Alexy, “Os argumentos são a expressão pública da reflexão”.

Para facilitar a identificação dos níveis de classificação do sistema triádico, assim denominado por ele, utilizará as letras “*l*”, “*m*” e “*s*” para representar os termos “leve”, “moderado” e “sério”¹⁰³.

Ainda, o “grau de não-satisfação” ou “de afetação de um princípio” pode ser entendido também como “intensidade de intervenção”, assim, “se se utiliza “ P_i ” como variável para princípio cuja violação está sendo examinada, então é possível simbolizar a intensidade da intervenção em P_i por meio de “ IP_i ”¹⁰⁴. Importante destacar que as intervenções nos princípios sempre são concretas, assim, a intensidade de intervenção é uma grandeza concreta e, portanto, diferencia-se do peso abstrato de P_i ¹⁰⁵. Alexy destaca que

Por razões de clareza, é sempre importante deixar claro se se está falando de uma grandeza abstrata ou de uma grandeza concreta. No caso de IP_i isso não é necessário, porque intensidades de intervenções são sempre grandezas concretas. Mas não há prejuízo em se explicitar a concretude de “ IP_i ” por meio de aposição de “ C ”, que expressa as circunstâncias relevantes para a decisão do caso. Na lei do sopesamento “ C ” desempenha um papel central. Para deixar clara essa conexão, a intensidade da intervenção (I) em P_i no caso em questão (C) será simbolizada por “ IP_iC ”.¹⁰⁶

A importância de satisfação do outro princípio também se revela uma grandeza para a lei do sopesamento. Alexy atribui a letra “ W ” para representação da importância de satisfação, assim, para simbolizar a importância (W) concreta (C) de um princípio (P_j), utiliza-se a formulação “ WP_jC ”¹⁰⁷.

No entanto, há que se mencionar que, diferente da intensidade de intervenção, o grau de importância não precisa necessariamente ser compreendido como uma grandeza concreta, pois, Alexy admite haver a possibilidade de “construir um conceito de importância que seja a reunião de uma grandeza concreta e uma grandeza abstrata”¹⁰⁸. Porém, tal possibilidade não se mostra muito útil quando os princípios colidentes são de direitos fundamentais. Isso por que o peso abstrato do princípio só

¹⁰³ ALEXY, 2015, p. 599.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 600.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *id.*

¹⁰⁸ *Id.*

tem influência na decisão do caso concreto quando os pesos são diferentes e, no caso dos direitos fundamentais, eles têm mesmo peso abstrato. Assim, para os direitos fundamentais, o que importa é a grandeza concreta de satisfação¹⁰⁹.

Alexy menciona que o contraposto de “IPiC” é “WPjC” e, agora que já se definiu os objetos de classificação, é possível observar os três passos da lei do sopesamento, sendo que os dois primeiros são realizados conforme o modelo triádico apresentado (classificação de “IPiC” e “WPjC” em “l”, “m” e “s”) e o terceiro é a análise do relacionamento das avaliações entre si¹¹⁰. Nos casos que Pi terá precedência sobre Pj, se terá as seguintes constelações:

- (1) IPiC: s/WPjC: l
- (2) IPiC: s/WPjC: m
- (3) IPiC: m/WPjC: l

Nestas três hipóteses, de acordo com a lei de colisão, se terá a seguinte estrutura de precedência: (Pi **P** Pj) C. Já o oposto destas constelações, se terá as seguintes estruturas onde Pj terá preferência:

- (4) IPiC: l/WPjC: s
- (5) IPiC: m/WPjC: s
- (6) IPiC: l/WPjC: m

Assim, nos termos da lei de colisão, vale o seguinte enunciado de precedência: (Pj **P** Pi) C. Nestas seis hipóteses apresentadas, o escalonamento triádico apresentado até o momento é suficiente para resolver o conflito, no entanto, haverá três hipóteses onde ele não será suficiente e necessitará ser aprofundado:

¹⁰⁹ ALEXY, 2015, p. 601.

¹¹⁰ Ibid.. p. 602.

- (7) IPiC: I/WPjC: I
- (8) IPiC: m/WPjC: m
- (9) IPiC: s/WPjC: s

Como já dito, Alexy entende como plausível a existência de conflitos onde a lei do sopesamento não revele qual princípio deverá prevalecer, no entanto, a fim de diminuir ao máximo estas possibilidades, ele defende que o escalonamento poderá ser refinado ainda mais no que ele chama de classificação “duplo triádica”, sendo tal escala composta por nove níveis: (1) II, (2) Im, (3) Is, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, e (9) ss¹¹¹. A classificação apresentada demonstra que não há somente situações de intervenções leve, moderada ou séria, mas que também existem:

[...] seriíssimas (ss), moderadamente sérias (sm) e levemente sérias (sl); intervenções moderadas quase sérias (ms), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas tendendo para o leve (ml); e intervenções leves quase moderadas (ls), moderadamente leves (lm) e levíssimas (ll)¹¹².

No entanto, Alexy reconhece que “já não é fácil, no âmbito do modelo triádico simples, responder à questão sobre se uma intervenção é leve, moderada ou séria”¹¹³ e que, portanto, a aplicação dos nove níveis é de enorme dificuldade. Assim, conclui que embora o refinamento possibilite diminuir as situações de impasse, ele ainda não elimina tal possibilidade e, diante da situação de impasse, “neste caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário”¹¹⁴.

Com isso, fecha-se a ideia de sopesamento de Alexy e, para a presente monografia, adota-se no capítulo adiante tal metodologia para resolução de conflito entre princípios de direitos fundamentais, a fim de demonstrar a aplicabilidade da teoria aqui apresentada.

¹¹¹ ALEXY, 2015, p. 609.

¹¹² Id.

¹¹³ Ibid., p. 610.

¹¹⁴ Ibid. p. 611.

4 APLICABILIDADE CONCRETA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Apresentada a teoria dos princípios proposta por Alexy, bem como demonstrado a forma de aplicação no caso concreto, adiante pretende-se demonstrar a aplicabilidade prática da máxima da proporcionalidade com foco, em especial, na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, utilizar-se-á um acórdão do STF como objeto de análise.

A discussão sobre intolerância religiosa tomou a atenção do Supremo Tribunal Federal recentemente quando do julgamento do recurso ordinário em habeas corpus nº 146.303/RJ, o qual ocorreu em 06/03/2018¹¹⁵. Discussão parecida já havia sido apreciada pelo Supremo quando do julgamento do recurso ordinário em habeas corpus nº 134.682/BA, que teve publicação do acórdão em 29/08/2017 no Diário de Justiça Eletrônico de nº 191¹¹⁶. Em ambos os recursos fora travada discussão envolvendo o embate entre regras e princípios de direitos fundamentais que versam sobre discriminação, repúdio ao racismo, liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Por ser um tema recente e relevante a ponto de tomar atenção do Supremo Tribunal Federal, na presente monografia analisar-se-á um acórdão envolvendo o tema “intolerância religiosa”, esclarecendo-se que se optou por analisar o acórdão proferido no RHC nº 134.682/BA em razão de ainda não ter sido publicado no Diário de Justiça o acórdão da decisão proferida no RHC nº 146.303/RJ quando da elaboração do presente trabalho monográfico. Assim, por ser necessário um objeto sólido de análise, optou-se por aquele.

Antes de adentrar à discussão travada no acórdão, é importante estabelecer as premissas de proteção constitucional e a abrangência reconhecida ao princípio da liberdade religiosa. Neste intento, a seguir far-se-á considerações a respeito deste princípio constitucional, conforme entendimento doutrinário brasileiro.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n 895. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

¹¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas-Corpus: RHC 134.682/BA. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. J. 29/11/2016. DJe: 29/08/2017.

4.1 PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, VI, que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”¹¹⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro dá proteção constitucional, inclusive como cláusula pétrea, à liberdade religiosa. Sobre o tema, Moraes aduz que a conquista constitucional da liberdade religiosa é “verdadeira consagração de maturidade um povo”¹¹⁸.

O reconhecimento explícito da liberdade religiosa pela Constituição e suas variadas formas de expressão, de acordo com Branco, “revela haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado”¹¹⁹.

De acordo com Moraes,

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.¹²⁰

O direito fundamental à liberdade religiosa, segundo Tavares, compreende a liberdade:

i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de

¹¹⁷ BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, VI.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. P.47

¹¹⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, p. 319.

¹²⁰ MORAES, op. cit., p. 47.

qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada.¹²¹

Tavares ainda assevera que estas liberdades são classificadas como direitos negativos que exigem a devida atenção e contenção por parte do Estado¹²², mas além disto, ele também destaca que a liberdade de crença também possui uma dimensão positiva, segundo a qual

[...] o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas confissões religiosas. Cumpre ao Estado empreender esforços e zelar para que haja essa condição estrutural propícia ao desenvolvimento pluralístico das convicções pessoais sobre religião e fé.¹²³

Já para Silva, a liberdade religiosa é a exteriorização de uma forma de manifestação de pensamento que compreende três formas de expressão: (1) liberdade de crença; (2) liberdade de culto; e (3) liberdade de organização religiosa. Sobre liberdade de crença, ele assevera que a Constituição Federal ampara a

[...] liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.¹²⁴

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Neto aduz que a liberdade de crença permite ao indivíduo crer no que quiser e, quando conjugada à liberdade de consciência, também permite “a liberdade de não crer em absolutamente nada, assim

¹²¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 496.

¹²² Id.

¹²³ Ibid. p. 497.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 248.

como de utilizar meios para a divulgação de seu agnosticismo”¹²⁵.

Quanto à liberdade de culto, Silva salienta que a religião não se exterioriza tão somente pela contemplação do ente sagrado ou simples adoração de Deus, pelo contrário, “ao lado de corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática de ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião”¹²⁶.

Neste mesmo intento, Agra assevera que

O direito de culto garante a manifestação religiosa dos cidadãos – ele é o ato de cultuar, de externar a religiosidade perante o credo adotado, na manifestação da crença aceita. Como consequência do direito de culto há o direito de liturgia, que são os atos que externam a forma como os cidadãos entram em contato com a religiosidade. Seria a procedimentalização dos atos do culto.¹²⁷

Ainda, sobre liberdade de culto, asseveram Motta e Barchet que este não é absoluto, vez que o exercício de cultos deve ser compatível com demais direitos individuais. Neste sentido, admitem ser possível a restrição de horário para a sua realização¹²⁸, a fim de se evitar a perturbação do repouso noturno, ou mesmo “impedir sua realização em áreas com restrições a barulho, como as próximas a hospitais e asilos”¹²⁹.

Por fim, Silva aduz que a liberdade de organização religiosa diz respeito à “possibilidade de estabelecimento de organização das igrejas e suas relações com o Estado”¹³⁰.

Uma das facetas da liberdade de organização, de acordo com Branco, “impede que certas questões sejam dirimidas pelo Judiciário”¹³¹, neste sentido, entende que não é permitido ao Estado intervir na economia interna das associações religiosas,

¹²⁵ NETO, Manoel Jorge Silva e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 670.

¹²⁶ SILVA, 2002, p. 248.

¹²⁷ AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [Minha Biblioteca]. Tópico 9.10.7.

¹²⁸ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 109.

¹²⁹ Id.

¹³⁰ SILVA, op. cit., p. 249.

¹³¹ MENDES, BRANCO, 2016, p. 318.

bem como “Não pode, por exemplo, impor a igualdade de sexos na entidade ligada a uma religião que não a acolha”¹³².

Sem dúvidas, há ampla proteção constitucional à liberdade religiosa e suas formas de expressão, inclusive, “Para evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião, o constituinte estabelece a imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto”¹³³, porém, assim como as demais liberdades, a liberdade religiosa possui limites. Neste sentido, assevera Moraes que a liberdade religiosa não atinge “grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilização civil e criminal”¹³⁴.

Neste mesmo viés, assenta Branco que a liberdade religiosa não pode ser utilizada como “pretexto para a prática de atos que se caracterizam como ilícitos penais. Nessa linha, o STF decidiu que o curandeirismo não se inclui no âmbito da liberdade religiosa”¹³⁵.

Ainda complementado a ideia de limites, Dantas ensina que

A liberdade religiosa somente será mitigada, num dado caso concreto, quando estiver em conflito com outros direitos fundamentais, ou quando contrariar a lei, o sossego público, ou a moral e os bons costumes. Portanto, não há dúvida de que a liberdade religiosa não se coaduna, por exemplo, com a prática do curandeirismo ou outros fatos tipificados no Código Penal.¹³⁶

Em linha de pensamento parecida, Agra destaca que limites da liberdade religiosa residem nos direitos fundamentais da pessoa e na lei de proteção aos animais. Com isso, ele quis dizer que “pretende-se evitar o sacrifício de pessoas humanas, atos que possam denegri-las e maus-tratos contra os animais”¹³⁷.

Assim, conclui-se que, embora a proteção dada pela Constituição à liberdade religiosa seja ampla, não é, contudo, uma liberdade ilimitada, vez que não pode ser utilizada para justificar a prática de crimes e deve respeitar, sobre tudo, os direitos

¹³² MENDES; BRANCO, 2016, p. 316.

¹³³ Id.

¹³⁴ MORAES, 2017, p. 49.

¹³⁵ MENDES; BRANCO, op. cit. , p. 318.

¹³⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 322.

¹³⁷ AGRA, 2014, tópico 9.10.7.

fundamentais.

Feitas estas considerações a respeito da liberdade religiosa, a seguir será analisado um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal onde há a discussão a respeito dos limites de exercício da liberdade de expressão religiosa, após o que, será analisado sob a ótica da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy.

4.2 ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 134.682/RJ.

No recurso ordinário em habeas corpus nº 134.682¹³⁸, que teve seu trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, o paciente do HC, Sr. Jonas Abib, o qual é sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, buscava o trancamento da ação penal onde fora acusado pelo suposto cometimento de crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei 7.716/89.

A acusação ofertada pelo Ministério Público descreve que o paciente teria manifestado conteúdo discriminatório que atingiria a doutrina espírita no livro de sua autoria, denominado “Sim, Sim, Não, Não! Reflexos de cura e libertação”, publicado pela editora Canção Nova. De acordo com as informações constantes no acórdão proferido pelo STF, as passagens do livro que supostamente seriam discriminatórias são as seguintes:

“O demônio, dizem muitos, “não é nada criativo”. Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, **hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo**. Todas essas formas de espiritismo têm em comum a consulta aos espíritos e a reencarnação.” (págs. 29/30)

“Os próprios pais e mães-de-santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: são instrumentalizados por Satanás. (...) A doutrina espírita é maligna, vem do maligno. (...)” (pág. 16)

“O espiritismo não é uma coisa qualquer como alguns pensam. Em vez de viver no Espírito santo, de depender dele e ser conduzida por Ele, a pessoa acaba sendo conduzida por espíritos malignos. (...) **O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O**

¹³⁸ STF. RHC 134.682/BA.

espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida. Não é preciso ser cristão e ser espírita, (...) Limpe-se totalmente! " (págs. 17/18)

"Há pessoas que já leram muitos livros do chamado "espiritismo de mesa branca", de um kardecista muito intelectual que realmente fascina - as coisas do inimigo fascinam. **Desfaça-se de tudo. Queime tudo. Não fique com nenhum desses livros.** (...)" (pág.43 – grifos originais).¹³⁹

No voto do relator Min. Luiz Edson Fachin, o qual sagrou-se vencedor, identificou-se que os trechos acima citados do livro, num primeiro momento, davam azo ao conflito entre os princípios constitucionais de liberdades de expressão e religiosa e o repúdio ao racismo.

A respeito das liberdades de expressão e religiosa, o acórdão assentou que

[...] a liberdade de expressão funciona como condição de tutela efetiva da liberdade religiosa, assegurando-se, em tal medida, a explicitação de compreensões religiosas do indivíduo e atuações conforme a crença. Caso contrário, ao invés de verdadeira liberdade, ter-se-ia mera indiferença religiosa, o que não se conforma com a envergadura constitucional da matéria¹⁴⁰.

No entanto, no acórdão também constou que o exercício dos direitos assegurados pelos princípios em questão não é absoluto, vez que há uma barreira delimitada pela própria Constituição, em especial, ao caso, o "Princípio da Convivência das Liberdades Públicas"¹⁴¹ e o princípio¹⁴² do repúdio ao racismo, o qual tem amparo nos artigos 3º, IV, 4º, VII, e 5º, XLII, da Lei Maior. Assim, entendeu o STF que, no caso, ter-se-ia que verificar se as opiniões exaradas no livro do paciente do HC haviam ultrapassado os limites do exercício das liberdades constitucionais.

Num primeiro momento, o STF ressaltou que mensagens religiosas merecem tratamento diferenciado em relação aquelas não religiosas, pois os limites de expressão religiosa são mais extensos que os da liberdade de expressão em relação a discursos de outras naturezas, isto porque diversas religiões ostentam o caráter universalista. Isto é, buscam converter o maior número de pessoas possíveis e no caso do catolicismo, religião adotada pelo paciente do HC, tal característica é

¹³⁹ STF. RHC 134.682/BA. p. 22.

¹⁴⁰ Ibid., p. 13.

¹⁴¹ Ibid., p. 14.

¹⁴² O termo princípio empregado pelo STF não tem o mesmo significado defendido por Alexy.

marcante e não pode ser desprezada, vez que “tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa”¹⁴³. Neste viés, o acórdão cita a doutrina de TAVARES:

Uma teoria de primeira ordem carrega em seu bojo a concepção de que é a única e adequada, sendo as demais inválidas ou equivocadas; esta rejeição é, invariavelmente, intrínseca, quer dizer, acaba assumindo uma conotação religiosa; em outras palavras, não é apenas um afastar-se de outras religiões, mas sim um enxergar nelas conotações contra-religiosas.

(...)

Portanto, é pacífico o entendimento segundo o qual o proselitismo religioso, mesmo com os elementos que indubitavelmente o marcam, quais sejam, a negação e a desconsideração das demais religiões, gerando, em certo grau, uma animosidade é, em realidade, compreensível, como elemento integrante da liberdade religiosa (tecnicamente, está alocado em seu núcleo essencial). (...) é natural do discurso religioso praticado pelas Igrejas, em especial pelas instituições daquelas religiões de pretensão universalista, pregar o rechaço às demais religiões. Esta postura integra o núcleo central da própria liberdade de religião.¹⁴⁴

Assim, conclui-se que o proselitismo faz parte do núcleo essencial de algumas religiões, de modo que possui a proteção dada pela constituição a liberdade religiosa. Desta forma, “eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação”¹⁴⁵.

Porém, como já mencionado anteriormente, a liberdade religiosa tem limites como todas as liberdades públicas e, portanto, o STF decidiu que dever-se-ia estabelecer quais são os limites do proselitismo.

Para estabelecer as fronteiras da liberdade de expressão religiosa e o racismo, o STF entendeu que dever-se-ia analisar três etapas cumulativas que, de acordo com Norberto Bobbio, revelariam se está diante de atos discriminatórios. O primeiro passo consiste em avaliar se há um juízo cognitivo de diferenciação entre os indivíduos, fazendo, o STF, a seguinte citação:

¹⁴³ STF. RHC 134.682/BA. p. 16.

¹⁴⁴ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Comunidade de Juristas da Língua Portuguesa. 2009. Disponível em: <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>. Acesso em: 1 abr. 2018 apud STF. RHC 134.682/BA. p. 16.

¹⁴⁵ Ibid., p. 17.

(...) isto é, **na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo**. Num juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: **os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante**. (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, grifos originais)¹⁴⁶.

Num segundo momento, dever-se-ia analisar a existência de um juízo valorativo de superioridade ou hierarquização:

O juízo discriminante necessita de um **juízo ulterior**, desta vez, não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, **dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais, etc) e o outro inferior**. Compreende-se muito bem que uma coisa é dizer que dois indivíduos ou grupos são diferentes, tratando-se de uma mera constatação de fato que pode ser sustentada por dados objetivos, **outra coisa é dizer que o primeiro é superior ao segundo**. (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, grifos originais)¹⁴⁷.

O STF consignou que estas duas etapas são comuns ao proselitismo religioso e que são permitidas pelo núcleo essencial da liberdade religiosa, motivo pelo qual elas não geram qualquer embaraço aos demais direitos fundamentais, no entanto, o mesmo não ocorre em relação a terceira etapa, visto que esta exige que o indivíduo pregue a exploração, escravização ou eliminação daqueles que julga serem inferiores, neste sentido o STF cita BOBBIO:

Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo. (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108)¹⁴⁸.

Nesta terceira etapa, o indivíduo entende ter o dever e a prerrogativa de

¹⁴⁶ STF. RHC 134.682/BA. p. 18.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ Ibid., p. 19.

subjugar os tidos por inferiores, motivo pelo qual o Supremo entende que há a violação da dignidade humana dos integrantes de certa religião, o que é incompatível com um dos fundamentos da República (art.1º, II, CF), e, portanto, há a necessidade de reprimenda penal:

Assim, não apenas a finalidade de eliminação, mas também o intuito de supressão ou redução de direitos fundamentais sob razões religiosas já configura, em si, conduta discriminatória e, nessa medida, não albergada pela Constituição e sujeita, em tese, à censura penal¹⁴⁹.

Por fim, o STF entende que o discurso proselitista que prega o auxílio de quem é superior a aqueles que se encontram em nível inferior para que consigam, desta forma, alcançarem o mesmo nível moral dos supostamente superiores, não se qualifica como discriminatório quando é exercido por meio da persuasão, e não da imposição.

Estabelecidas estas premissas, no caso concreto o STF entendeu que deveria haver o trancamento da ação penal, pelos seguintes motivos: 1) o paciente do HC era sacerdote da Igreja Apostólica Romana desde 1964 e, sem dúvidas, dedicou sua vida a fé católica, e por isso deteria um público específico (católicos)¹⁵⁰; 2) no livro o paciente deixa claro que não pretendia ofender as pessoas devotas ao espiritismo, mas sim orientar os católicos acerca da incompatibilidade das religiões, inclusive o STF transcreveu trechos do livro que demonstram isto¹⁵¹; 3) a vinculação entre o espiritismo e características malignas demonstra apenas discurso de superioridade da religião do paciente, não se tratando de subjugação dos devotos ao espiritismo¹⁵²; 4) a incitação à incineração de livros espiritas, embora preconceituosa, fora direcionada somente aos de propriedade de católicos e sob sua livre escolha¹⁵³; e 5) o paciente prega que os líderes religiosos do espiritismos também são vítimas de sua religião, portanto, mereciam ser “resgatados”, de modo que isto revela apenas discurso de desigualação religiosa, e não discriminação suficiente para se adequar ao

¹⁴⁹ STF. RHC 134.682/BA. p. 19.

¹⁵⁰ Ibid., p. 22.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Ibid., p. 23.

¹⁵³ Id.

tipo penal¹⁵⁴.

Assim, concluiu o Supremo Tribunal Federal que as passagens do livro, embora fossem preconceituosas, intolerantes, pedantes e prepotentes, não configurariam discriminação a ensejar reprimenda penal e, portanto, estariam tuteladas pela liberdade religiosa, motivo pelo qual o fato imputado ao paciente do HC é atípico¹⁵⁵.

Feita estas explanações, passa-se analisar o acórdão apresentado sob a ótica da teoria da argumentação proposta por Alexy, a qual é objeto da presente monografia.

O caso apresentado relata uma hipótese de aplicação ou não da lei penal, vez que se estava analisando se os fatos imputados ao paciente do HC se enquadravam nas hipóteses previstas no artigo 20 da Lei 7.716/89¹⁵⁶: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”.

Sendo o tipo penal uma norma que delimita de imediato as possibilidades fáticas e jurídicas e, em razão disto, não comporta graus de aplicabilidade, ela se enquadra no conceito de regra defendido por Alexy.

No entanto, no caso em tela o STF entendeu que esta regra deveria ser interpretada segundo princípios de direitos fundamentais, vez que o seu conteúdo, hipoteticamente, poderia restringir o conteúdo de princípios constitucionais. Neste sentido, o STF entendeu que “A questão que ora se coloca, em apertada síntese, diz respeito à possível colisão entre as liberdades de expressão e religiosa e o repúdio ao racismo”¹⁵⁷ e, portanto, “A característica plural da Constituição impõe que interesses de tal jaez, na hipótese em que colidentes, sejam contrastados a fim de alcançar a máxima efetividade de ambos”¹⁵⁸.

Embora o STF não tenha enfrentado a discussão do ponto de vista exclusivamente principiológico, vez que também há uma regra penal sob análise, o acórdão proferido é de extrema valia para a análise da aplicabilidade da teoria dos princípios de Alexy, mesmo que para isto seja necessário traçar algumas questões de

¹⁵⁴ STF. RHC 134.682/BA. p. 24.

¹⁵⁵ Ibid., p. 22.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 jan 1989.

¹⁵⁷ STF. RHC 134.682/BA. p. 14.

¹⁵⁸ Ibid., p. 15.

forma hipotética e abstrata.

A seguir serão apresentados argumentos, em nível principiológico, para além da regra penal que proíbe o racismo e que funciona sob a forma de aplicação “tudo ou nada”. Ou seja, far-se-á à abstração sobre a discussão a respeito da regra que proíbe o racismo para focar a discussão sobre os princípios que estavam em colisão no referido caso concreto, quais sejam, de um lado tem-se a liberdade religiosa, tutelada a partir do ponto de vista da religião católica e do outro a liberdade religiosa do ponto de vista das religiões espíritas¹⁵⁹.

Ainda que o STF não tenha mencionado a lesão ao princípio da liberdade religiosa de modo a tutelar a fé espírita, é nítido que tal princípio fora violado, vez que os postulados da religião espírita foram denegridos pelas frases apostas no livro de autoria do paciente do *habeas corpus*. Conforme explicitado no subtítulo 4.1, a liberdade religiosa tutela

[...] o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.¹⁶⁰

Assim, visto que o discurso proferido pelo sacerdote católico aduziu que as religiões espíritas são epidemias que deveriam ser combatidas, que o demônio estaria por trás dos rituais espíritas de matriz africana, bem como seriam os líderes religiosos instrumentos de Satanás e que a religião espírita é algo maligno, houve a lesão à moral, à liturgia e aos dogmas da religião espírita. Portanto, violado, *prima facie*, a liberdade religiosa dos devotos desta religião.

Ainda, cumpre destacar que o “princípio do repúdio ao racismo”, mencionado pelo STF, não se adequa ao conceito de princípio defendido por Alexy, vez que não se pode falar em graus de aceitabilidade do racismo. Não há como otimizar o racismo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, uma conduta é ou não racista,

¹⁵⁹ Está-se analisando o acórdão do STF num âmbito abstrato, para além das regras penais. Isto é necessário para se permitir a análise conforme a máxima da proporcionalidade, e suas máximas parciais, nos termos propostos por Alexy.

¹⁶⁰ MORAES, 2017. p. 47

tanto é que no acórdão o STF estabeleceu de forma objetiva e fundamentada os critérios que devem ser utilizados para classificar uma conduta como discriminatória ou não, sendo eles: a) juízo de diferenciação entre pessoas ou grupos; b) juízo valorativo de superioridade ou de hierarquização; e 3) manifestação de ânimo de dominação, eliminação, exploração ou escravização. Posto isto, percebe-se que o repúdio ao racismo é uma norma que tem estrutura de regra, e não de princípio.

Lançadas tais premissas, adiante se fará a análise da colisão entre os princípios na forma proposta por Alexy, a fim de estabelecer a relação de precedência, bem como quais condições ensejaram isto e, para tanto, utilizará somente os dados fáticos fornecidos pelo acórdão proferido pelo STF, a fim de ter um objeto de análise delimitado. Com isto, quer se dizer que fatos não abordados pelo STF, ainda que existentes no caso concreto, serão dispensados para a análise da aplicação da lei de colisão.

Primeiramente, destaca-se ser inviável a resolução do caso apresentado sob a ótica das submáximas da adequação e da necessidade, visto os princípios em colisão (liberdade religiosa católica x liberdade religiosa espírita), se isoladamente considerados, levam a juízos concretos do dever-ser contraditórios entre si, portanto, é inevitável a realização da ponderação dos princípios conforme a lei do sopesamento.

Utilizando a mesma sistemática adotada por Alexy, adiante se referirá ao princípio da liberdade religiosa católica como “P₁” e à liberdade religiosa espírita como “P₂”.

Vale lembrar que a relação de preferência é determinada conforme a lei de sopesamento, segundo a qual “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” (RA, p 593). Isto é, no caso sob análise, ter-se-á que analisar se o grau de satisfação de P₁ justifica a não satisfação ou de afetação de P₂.

Para tanto, deve-se utilizar dos três passos da lei de sopesamento, quais sejam: 1) avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; 2) avaliar a importância da satisfação do princípio colidente; e 3) avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Antes de atribuir pesos concretos aos princípios, salienta-se que ambos os princípios em colisão derivam do princípio de direito fundamental da liberdade

religiosa e, portanto, têm peso abstrato idêntico, o que legitima analisar o peso concreto de cada um no caso prático. Ademais, desde já se esclarece que será utilizado o procedimento duplo triádico para classificação do grau de intervenção e satisfação dos princípios, vez que ambas podem ser consideradas como sérias (s), conforme adiante exposto.

No caso concreto, o primeiro passo consiste em avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de P₂ (liberdade religiosa espírita). Conforme já mencionado, o discurso proferido pelo sacerdote católico aduziu que as religiões espíritas são epidemias que deveriam ser combatidas, que o demônio estaria por trás dos rituais espíritas de matriz africana, bem como seriam os líderes religiosos instrumentos de Satanás e que a religião é algo maligno, assim, houve a grave lesão à moral, à liturgia e aos dogmas das religiões espíritas.

Nitidamente as alegações do paciente do HC negam totalmente a religião espírita e faltam com respeito à religião. Nas palavras utilizadas no acórdão pelo STF¹⁶¹, as colocações são preconceituosas, intolerantes, pedantes e prepotentes. Em razão disto, conclui-se que a intervenção afeta **seriamente** (s) a liberdade religiosa espírita (P₂). No entanto, para definir se a intervenção é seriíssima (ss), moderadamente séria (sm) ou levemente seria (sl), é necessário analisar algumas questões abordadas pelo Supremo no acórdão.

O acórdão transcreve o seguinte trecho do livro, onde o sacerdote católico deixa claro que seu público alvo são os católicos, e não os devotos ao espiritismo:

Não estou falando contra as pessoas espíritas, contra as pessoas que frequentam umbanda, candomblé, mas estou falando aos cristãos que são inocentes úteis: sem saber dos fatos, vão e fazem tudo isso, só para conseguir o que desejam e do jeito que desejam¹⁶².

Assim, percebe-se que embora as colocações sejam preconceituosas em relação a religião espírita, o sacerdote não pretende angariar fieis do espiritismo ou profetizar o fim da religião protegida por P₂, mas tão somente busca “proteger” os devotos do catolicismo através da persuasão, e não da imposição de seu pensamento.

¹⁶¹ STF. RHC 134.682/BA, p. 24.

¹⁶² Ibid., p. 23.

Desta forma, percebe-se que não há uma afetação seriíssima da religião espírita.

Ainda neste sentido, o STF esclarece que as passagens do livro não pregam a exploração, escravização ou eliminação dos espíritas, portanto, não se pretende acabar com a religião protegida por P₂.

A incitação à incineração de livros da doutrina espírita fora dirigida a católicos que detinham livros desta índole, e facultava aos fiéis católicos tal possibilidade, não era uma imposição. Neste viés, o sacerdote buscava somente alertar sobre a incompatibilidade das religiões.

Ante o exposto, conclui-se que, embora as manifestações violem o P₂ de forma séria por lesionar moral, liturgia e os dogmas da religião espírita, tais manifestações não foram expressadas da pior forma possível. Portanto, não se está diante de uma afetação seriíssima (ss), ainda, embora sejam preconceituosas as manifestações, elas não geram grande impacto no cotidiano dos adeptos do espiritismo. Sendo assim, acredita-se que o princípio P₂ fora afetado de forma levemente séria (s/). Assim, nos termos propostos por Alexy, vale o seguinte enunciado: IP₂C: s/.

O segundo passo da lei de sopesamento consiste na avaliação do grau de satisfação de P₁. Para tanto, as colocações feitas pelo STF a respeito do núcleo essencial da liberdade das religiões universalistas são válidas.

Explica-se. A religião católica, protegida por P₁, tem como um de seus fundamentos estruturantes a universalidade da religião, neste sentido, o STF faz menção a seguinte passagem bíblica: Marcos 16.15, “Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura”¹⁶³.

Ainda neste sentido, esclarece o STF que “o vocábulo “catolicismo” provém do grego e significa “geral ou universal”, a denotar que a máxima profusão de seus ideais constitui característica marcante da religião católica”, neste sentido, conclui o Supremo que

Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa¹⁶⁴.

¹⁶³ STF. RHC 134.682/BA, p. 15.

¹⁶⁴ STF. RHC 134.682/BA, p. 16.

Vale ressaltar que o proselitismo religioso, via de regra, utiliza-se de discursos de hierarquização ou de superioridade das crenças defendidas, pois entende-se que aquela religião seria a única adequada e as demais equivocadas. É comum entre as religiões que se pretendem universalistas enxergar em outras religiões conotações contra religiosas. Neste sentido, o STF cita a doutrina de TAVARES:

[...] é natural do discurso religioso praticado pelas Igrejas, em especial pelas instituições daquelas religiões de pretensão universalista, pregar o rechaço às demais religiões. Esta postura integra o núcleo central da própria liberdade de religião.¹⁶⁵

Assim, o proselitismo “constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais”¹⁶⁶.

Contudo, a liberdade de expressão religiosa não é ilimitada. Conforme já mencionado quando do resumo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, os limites da expressão religiosa são ultrapassados quando há a discriminação, a qual pode ser aferida objetivamente por meio de três passos apontados por BOBBIO. No caso concreto, O STF verificou que os juízos de diferenciação e valorativos não são suficientes a ensejar discriminação, sendo necessário que haja a violação da dignidade humana, o que não fora verificado no discurso do sacerdote católico. Assim, as manifestações do sacerdote estão agasalhadas pela liberdade religiosa.

Feitas estas considerações, verifica-se que não houve a ultrapassagem dos limites da liberdade religiosa e que, portanto, o proselitismo religioso manifestado pelo sacerdote está protegido por P_1 .

Assim, vez que o proselitismo religioso manifestado no livro do paciente do HC integra o núcleo essencial de sua religião, conclui-se que a satisfação de P_1 no caso em tela é moderadamente séria (*sm*), ou até mesmo seríssima (*ss*). Desta forma, vale o seguinte enunciado: WP_1C : *sm*.

Estabelecido os pesos concretos dos princípios, passa-se a avaliar se a

¹⁶⁵ TAVARES, 2009 apud STF. RHC 134.682/BA. p. 16.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 17.

importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Nos termos propostos por Alexy, tem-se no caso concreto a seguinte constelação: $IP_2C: s/ / WP_1C: sm$. Isto significa, que a importância de satisfação do princípio P_1 (moderadamente séria) justifica a intervenção no princípio P_2 (levemente séria), valendo o seguinte enunciado de precedência: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.

A condição de precedência, conforme fundamentação apresentada, tem os seguintes atributos de suporte fático: (T_1) os espíritas não são público alvo da obra literária; (T_2) o sacerdote católico não pretendia ofender a religião, mas tão somente advertir católicos a respeito da incompatibilidade das religiões; (T_3) o discurso não é discriminatório, visto que não prega a exploração, eliminação ou escravização dos espíritas; (T_4) A incitação à incineração de livros da doutrina espírita fora dirigida à católicos que detinham livros desta índole, e facultava aos fiéis católicos tal possibilidade. Isto é, não era uma imposição; (T_5) o proselitismo religioso é núcleo essencial da religião católica; (T_6) foram respeitados os limites da liberdade de expressão religiosa.

Assim, de forma sintética, vale dizer que T_1, T_2, T_3, T_4, T_5 , e T_6 são o suporte fático da condição de precedência (C) da liberdade religiosa católica (P_1) sobre a liberdade religiosa espírita (P_2) .

Assenta-se ainda que C é o suporte fático para a norma “ R ”, a qual dispõe sobre a impossibilidade de haver precedência de pretensões baseadas em P em face de P_1 , neste caso.

Sendo assim, conclui-se que a lei do sopesamento proposta por Alexy tem aplicabilidade prática e possibilita, em alguns casos, a resolução de conflitos entre normas principiológicas constitucionais de forma racional. Desta forma, a teoria da argumentação de Alexy se mostra apta a resolver a colisão entre normas principiológicas e, conseqüentemente, resolver um dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

A colisão entre normas de um mesmo ordenamento jurídico é um problema enfrentado diariamente pelos aplicadores do Direito e que necessita de solução racional e fundamentada. Buscando encontrar uma solução, analisou-se neste trabalho monográfico a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy e a solução que ela apresenta para a colisão entre normas. Ainda, buscou-se demonstrar a aplicação prática da teoria proposta por ele através da análise de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Para permitir a análise da teoria de Alexy, fez-se uma breve exposição a respeito das normas jurídicas e suas possíveis classificações quanto a sua estrutura, demonstrando que dentre as teorias que se propunham a classificar as normas em regras e princípios, apenas aquela que defende a existência da diferença de graus qualitativos é capaz de dar solução para problemas da dogmática dos direitos fundamentais.

Nos termos propostos por Alexy, viu-se que as regras são normas que não comportam graus de aplicabilidade, incluindo na forma “tudo ou nada”, ao passo que os princípios são “mandamentos de otimização”, que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

No tocante ao conflito de normas, demonstrou-se que as regras, quando conflitantes, devem ser declaradas inválidas ou afastadas por meio de uma cláusula de exceção, ao passo que os princípios devem ser sopesados conforme a Lei de Colisão proposta por Alexy.

No âmbito da colisão de princípios, demonstrou-se a necessidade de estabelecer as condições de ensejam na precedência de um princípio sobre outro e, para tanto, é necessário se utilizar de argumentos racionais, os quais afastam possibilidade de haver discricionariedade nas decisões de precedência.

Ainda, visando demonstrar a aplicabilidade da teoria de Alexy, apresentou-se uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que trata da colisão entre direitos fundamentais ligados à liberdade religiosa, e fez-se sua análise conforme a teoria defendida por ele, verificando-se ao fim que é possível haver um resultado

racional e concreto a respeito de colisão de princípios de direitos fundamentais, nos termos da Lei de Colisão.

Enfim, conclui-se que, para a solução satisfatória de um dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy se mostra apta, vez que permite a resolução de conflitos normativos de forma racional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade Humana**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BVerfGE 51, 324, apud ALEXY, 2015, p. 94. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>>. Acesso em 08 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. **Lex**: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set 1942.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jan 1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas-Corpus*: RHC 134.682/BA. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. J. 29/11/2016. DJe: 29/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma nega recurso de pastor condenado por discriminação religiosa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371511>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo Semanal n 895. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo++crime&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. Atlas, 2017.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NETO, Manoel Jorge Silva e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. **O direito fundamental ao discurso religioso:** divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Comunidade de Juristas da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>. Acesso em: 1 abr. 2018.