

CRÍTICA À IDEIA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

CRITICISM OF THE IDEA OF BALANCING PRINCIPLES

*André Gustavo Corrêa de Andrade*¹

RESUMO

O texto discute a função da hermenêutica jurídica, a partir de uma crítica ao princípio (ou método) da ponderação, que ganhou popularidade na doutrina e na jurisprudência nacionais a partir da obra de Robert Alexy. Crítica a ideia de discricionariedade no exercício do labor hermenêutico, necessariamente presente no método da ponderação de princípios e das visões positivistas e pragmatistas de direito. Indica que a discricionariedade é característica típica das atividades legislativa e administrativa, mas é incompatível com a atividade jurisdicional, por antidemocrática. Na origem do problema está a indevida e artificiosa cisão estrutural dos casos submetidos ao Judiciário em casos fáceis e casos difíceis, como observado nos julgamentos do caso Ellwanger e do caso envolvendo o filme “A Primeira Tentação de Cristo”, nos quais os julgadores introduziram juízos de valor subjetivos e morais em suas razões de decidir. A partir de uma concepção de direito formado por regras e princípios, interpretados com observância dos imperativos de *coerência* e *integridade*, sustenta o texto a existência de um direito fundamental a um julgamento com base exclusivamente em regras e princípios.

PALAVRAS-CHAVE:

Hermenêutica; Interpretação; Ponderação; Princípios; Discricionariedade judicial; Moral; Direito; Coerência; Integridade; Segurança jurídica.

ABSTRACT

The text discusses the role of legal hermeneutics based on a critique of the principle (or method) of balancing, which gained popularity in national doctrine and jurisprudence from the work of Robert Alexy. It criticizes the idea of discretion in the exercise of hermeneutic work, necessarily present in the method of balancing principles and in positivist and pragmatist views of the law. It indicates that discretion is a typical characteristic of legislative and administrative activities but is incompatible with jurisdictional activity, as it is undemocratic. The origin of the problem lies in the undue and artificial structural division of the cases submitted to the Judiciary in easy and hard cases, as observed in the trials of the Ellwanger case and the one involving the movie “The First Temptation of Christ”, in which the judges introduced judgments of subjective values and moral judgments in their reasonings. From a conception of law formed by rules and principles, interpreted with observance of the imperatives of coherence and integrity, the text supports the existence of a fundamental right to a judgment exclusively based on rules and principles.

KEYWORDS:

Hermeneutics; Interpretation; weighting; Principles; Judicial discretion; Moral; Law; Coherence; Integrity; Legal certainty.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Professor do PPGD da UNESA, Professor da EMERJ e Presidente do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da EMERJ, Coordenar do NUPELEIMS – Núcleo de Pesquisas em Liberdade de Expressão e de Imprensa e Mídias Sociais da EMERJ, Desembargador do TJRJ.

INTRODUÇÃO

É indisputável que o labor hermenêutico se reveste de imprecisão. Não há “método” ou teoria que dê conta de conferir precisão ou uniformidade à interpretação jurídica. O próprio verbo “interpretar”, que, na sua origem etimológica, remete à ideia de mediação entre um sujeito e um objeto, é sugestivo da considerável carga de subjetividade que envolve esse labor. Mas essa subjetividade não significa que o intérprete seja livre para indicar o sentido de um enunciado normativo, *escolhendo* dentre possíveis interpretações cabíveis.

Interpretar, em âmbito jurídico, não constitui uma “arte”, no sentido de uma atividade livre, que depende da criatividade ou do subjetivismo do intérprete, que atuaria como uma espécie de “artista ou artesão da interpretação”.

A interpretação de um texto normativo, diferentemente do que ocorre em relação a outros tipos de texto (como o texto religioso, histórico ou literário), implica sempre um ato de decisão, não um ato de escolha.

Antes de tudo, há que respeitar o texto, deixando que este diga algo. Os enunciados normativos, símbolos linguísticos que são, nos dizem alguma coisa. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

A partir daí, haverá de considerar uma série de circunstâncias, tais como a história, a tradição, a existência de outros textos normativos que se integrem com aquele que é objeto direto de exame, a jurisprudência, o conjunto da doutrina existente. Tudo isso deve ser levado em conta pelo intérprete na sua tarefa de atribuir sentido a um enunciado normativo.

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO CARACTERÍSTICA NÃO DEMOCRÁTICA

Uma concepção de direito que verdadeiramente se coaduna com o estado democrático de direito se contrapõe à ideia de discricionariedade judicial, que subordina a indicação da norma que irá regular o caso concreto à vontade do julgador.

É por isso que, em primeiro lugar, devem ser rejeitadas todas as formas de enxergar o direito que apostam na discricionariedade do julgador, como se dá com o positivismo jurídico, desde o positivismo “primevo”, “exegético” ou “legalista”, assentado na tese da separação conceitual entre Direito e Moral, com pretensões frustradas de objetividade na interpretação dos textos legais, até suas versões posteriores, pós-exegéticas, que tiveram início com Kelsen, quando o elemento subjetivo passou a ser “considerado inexorável na realização concreta do Direito”,² passando-se, a partir de então, a apostar na discricionariedade do intérprete, presente na metáfora kelseniana da “moldura da norma”, que faz alusão à “escolha” feita pelo juiz dentre as possibilidades existentes dentro da “moldura da norma geral”.³

A ideia de discricionariedade, aqui repudiada, se encontra presente, também, no positivismo de Herbert Hart, para quem o direito é formado por padrões de comportamento (seja o precedente, seja a legislação) que têm o que ele chamava de “textura aberta”.⁴ Para Hart, nos “casos difíceis”, em que os padrões legislativos ou jurisprudenciais são vagos e imprecisos, o julgador “deve evidentemente exercer sua discricionariedade”.⁵

A ideia de escolher decidir dessa ou daquela maneira, de acordo com a conveniência e a oportunidade, é própria da atividade legislativa e, em menor medida, da atividade administrativa. O legislador sim tem liberdade de agir na criação desta ou daquela regra de conduta. E mesmo ele encontra freios na Constituição. O administrador também pode agir discricionariamente, dentro dos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais e pelas

² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, p. 178.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976, p. 470.

⁴ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

⁵ *Ibidem*, p. 171 e 176.

normas jurídicas e administrativas. Há toda uma gama de atos discricionários cabíveis ao administrador.

Já o julgador, no exercício de sua função tipicamente jurisdicional, de interpretar o direito, age de forma sempre vinculada à Constituição e aos enunciados normativos infraconstitucionais, sem margem para discricionariedade. Por isso, a discricionariedade, quando decorre da atividade judicante, se transforma em discricionarismo.

O PRAGMATISMO JURÍDICO

Pelas mesmas razões, deve ser rejeitada também toda a ideia de “pragmatismo jurídico”, pelo qual os juízes tomam as “decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”.⁶

O juiz pragmatista, no exercício da busca da “melhor” regra para o futuro poderia recorrer à “interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica”.⁷ É, na sua essência, uma concepção anti-hermenêutica e não democrática de direito, porque, sob a ideia de bem-estar comunitário, coloca as regras e princípios em segundo plano, causando um constante enfraquecimento da perspectiva interna do Direito.⁸

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, p. 119.

⁷ *Ibidem*, p. 272.

⁸ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, p. 224.

A IDEIA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A aplicação da ponderação no Brasil se deve, em grande medida, à obra de Robert Alexy.⁹ No arcabouço teórico criado pelo autor alemão, regras e princípios são espécies normativas: “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”¹⁰ A distinção entre ambas as espécies seria de natureza qualitativa. As regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, de modo que, se uma regra vale deve ser feito exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos.

Por sua vez, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Os princípios constituiriam “*mandamentos de otimização*”, que têm por característica “poderem ser satisfeitos em graus variados”, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas dos princípios, segundo Alexy, se dá pelos “princípios e regras colidentes”.¹¹

Essa diferença entre regras e princípios ficaria mais clara quando comparados os conflitos entre regras com as colisões de princípios. Quando duas regras entram em conflito, a solução é encontrada ou através de uma regra de exceção que elimine o conflito, ou através da invalidação de uma das regras.

Já no caso de colisão entre princípios a solução é outra. Havendo a colisão, um dos princípios deverá ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será considerado inválido, nem que deva ser introduzida uma cláusula de exceção para dirimir o conflito. O que ocorre é o reconhecimento de que, em um caso concreto, um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Ou seja, o conflito entre regras é decidido no plano da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.¹²

Alexy estabelece, a partir dessa diferença, um dos fundamentos da teoria dos princípios que defende: a chamada “lei de colisão”. Segundo esta: “As condições sob as quais um princípio

⁹ Em especial, à sua “*Teoria dos Direitos fundamentais*” (São Paulo: Malheiros, 2008).

¹⁰ *Ibidem*, p. 87.

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² *Ibidem*, p. 94.

tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica que tem precedência”.¹³ Estabelecido, portanto, que no plano abstrato os princípios estão no mesmo nível, cabe definir qual terá maior peso no caso concreto.

Esse sopesamento se dá através do emprego da “máxima da proporcionalidade”, com suas três “máximas parciais”: da *adequação*, da *necessidade* (meio menos gravoso) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (no qual ocorre o sopesamento propriamente dito).¹⁴ As duas primeiras máximas parciais (adequação e necessidade) se referem às possibilidades fáticas, enquanto a terceira e última (proporcionalidade em sentido estrito) se refere às possibilidades jurídicas.

CRÍTICAS À TÉCNICA OU AO MÉTODO DA PONDERAÇÃO

A técnica da ponderação não escapou de críticas, na própria doutrina alemã, quanto à sua racionalidade e controlabilidade. Alexy tenta justificar a racionalidade do modelo de sopesamento por ele proposto com a aplicação do que ele chama de “modelo fundamentado”, argumentando que o sopesamento é racional na medida em que o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.¹⁵

Aduz que, para sua fundamentação, “podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional.”¹⁶ Admite que sejam utilizados “cânones de interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas empíricas de argumentação jurídica”.¹⁷

Além de todos esses argumentos gerais, Alexy, com base em formulações extraídas do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, propõe uma regra a que denominou de “*lei do sopesamento*”, que valeria para todos os tipos de ponderação de princípios. A essa regra deu a

¹³ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁵ *Ibidem*, p. 165.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 166.

seguinte formulação: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”¹⁸

Todos esses argumentos, em seu conjunto, segundo o autor alemão, seriam suficientes para conferir racionalidade ao processo de sopesamento.

O problema na defesa que Alexy faz da racionalidade do seu método de sopesamento reside justamente no fato de que ele se baseia nos mesmos cânones interpretativos sempre utilizados pela dogmática jurídica,¹⁹ acrescidos, é verdade, de mais um, a chamada “lei do sopesamento”, que seria própria do modelo de ponderação de princípios.

O modelo de sopesamento pouco ou nada se diferencia da hermenêutica tradicional, incorrendo nos mesmos problemas desta. Na verdade, o modelo proposto por Alexy traz algumas dificuldades adicionais.

A primeira dificuldade consiste na aplicação da chamada “lei de colisão”, ou, em outras palavras, na própria identificação dos princípios que devem ser submetidos ao sopesamento, partindo da premissa teórica de que os princípios constitucionais constituem “mandados de otimização”, a serem cumpridos na maior extensão possível em relação às possibilidades fáticas. Essa premissa está intimamente relacionada à *teoria externa* dos limites dos direitos fundamentais, que cinde, artificialmente, a forma como devem ser interpretados os (enunciados de) direitos fundamentais, vistos, em um primeiro momento, como direitos *prima facie*, compreensivos de todas as situações que pudessem se inserir em seu *âmbito temático*, na perspectiva de um suporte *fático amplo*, e com um campo de proteção alargado.

A posteriori, em um segundo momento (teórico), seria encontrado o âmbito de proteção definitivo desse (enunciado de) direito fundamental, a partir do sopesamento de todos os bens jurídicos em jogo, com base na máxima da proporcionalidade.

Essa cisão no processo hermenêutico dos enunciados de direitos fundamentais, longe de trazer maior transparência e racionalidade ao processo de decisão constitucional, como sustentado pelos adeptos da teoria externa e da aplicação da técnica da ponderação, cria

¹⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹⁹ Segundo Alexy (*op. cit.*, p. 171): “Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica.”

“colisões” artificiais entre princípios e encontra tensões principiológicas onde muitas vezes não há.

A segunda dificuldade trazida pela modelo principiológico alexyano se refere à falta de critérios ou argumentos que justifiquem a atribuição de maior peso a um princípio em relação ao outro, o que, ao final, tornaria a ponderação um juízo discricionário.

Sobre a discricionariedade, o próprio Alexy reconhece que os direitos fundamentais não são passíveis de serem divididos ou mensurados de uma forma tão refinada que exclua “impasses estruturais”, ou seja, “impasses reais no sopesamento”. Nesse caso, diz o autor alemão: “de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quando do Judiciário.”²⁰

Habermas apresenta uma crítica contundente à metodologia alexyana, por “interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização de maior ou menor intensidade”. Argumenta que princípios são normas, e, como tal, possuem um sentido deontológico, obrigando os seus destinatários, enquanto os valores têm um sentido teleológico, expressando preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades.

A validade deontológica das normas constitui uma obrigação incondicional e universal, de modo que o que deve ser supõe-se ser igualmente bom para todos, ao passo que os valores se referem a “uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura”. À luz das normas é possível decidir “o que deve ser feito”, enquanto que no horizonte dos valores é possível saber “qual comportamento é recomendável”.²¹

Habermas adverte que uma jurisprudência voltada para valores faz crescer o perigo dos juízos irracionais, porque os “argumentos funcionalistas” prevalecem sobre os “argumentos normativos”. Além disso, levanta o problema da legitimidade, pois implica um tipo de concretização de normas que coloca o julgador constitucional na posição de “legislador concorrente”. Em suas palavras: “Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores

²⁰ *Ibidem*, p. 611.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. 1, p. 316.

materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.”²²

Lenio Streck faz eco às críticas de Habermas, observando que o caso Ellwanger “dá boas mostras da discricionariedade da ponderação, sobretudo na forma como é invocada no Brasil”.²³ Aponta para o problema de compreender os princípios como “mandados de otimização”, que promovem uma “abertura interpretativa”, deixando escancarada a porta para a subjetividade do intérprete. Com isso, a teoria de Alexy se distancia da hermenêutica, sob a ótica da Crítica Hermenêutica ao Direito, “que parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete.”²⁴

A INDEVIDA CISÃO ENTRE CASOS FÁCEIS (*EASY CASES*) E CASOS DIFÍCEIS (*HARD CASES*)

Na origem do problema está a indevida cisão entre *easy cases* e *hard cases*, a ensejar a criação de procedimentos interpretativos distintos para uns e outros: para os casos jurídicos fáceis, o raciocínio subsuntivo-dedutivo; para os casos difíceis, o uso da ponderação. Streck rechaça essa diferença estrutural entre *easy cases* e *hard cases*, que parte da crença de que o direito se insere em uma “suficiência ôntica”, que possibilita a resolução de casos fáceis, e que não estaria presente nos casos difíceis, que exigiriam “o algo mais” para superar a “falta de sentido”.

Ocorre que os sentidos não estão nas coisas ou nos textos, do mesmo modo que “textos não nos aparecem ‘desnudos’ para, neles, aplicarmos capas de sentido”.²⁵ Como observa Streck:

²² *Ibidem*, p. 317.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, p. 154.

²⁴ *Ibidem*, p. 155.

²⁵ *Ibidem*, p. 229.

“Antes de qualquer raciocínio subsuntivo-dedutivo, ocorre a pré-compreensão, em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido”.²⁶

A pré-compreensão, aponta Gadamer, é “a primeira de todas as condições hermenêuticas”. Significa que estamos inseridos em uma tradição, que nos controla, nos determina, nos guia e nos permite, através de juízos prévios, compreender as coisas e os textos.²⁷

Nunca se interpreta com um “grau zero de sentido”, o que significa que sempre partimos de algum lugar e de um conjunto de concepções prévias, preconceitos ou “pré-juízos”, que constituem a “condição de possibilidade da compreensão” de um objeto ou de um texto.²⁸ Por isso, como diz Gadamer: “Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos”.²⁹ Isso significa que no processo de compreensão já chegamos com algo antecipado, com uma pré-compreensão que está sempre conosco, em um *círculo hermenêutico*, pelo qual a antecipação de sentido que temos das coisas é que nos garante um primeiro acesso de intelecção.³⁰

Cabe ao intérprete identificar e suspender os pré-juízos inautênticos ou ilegítimos para evitar que a atribuição de sentido a um texto normativo seja fruto de uma escolha pessoal e arbitrária, sem consideração para com o texto.

Além de todos os problemas apontados, a ponderação de valores incorre em um outro. Parte da ideia de princípios contrapostos, que se chocam ou colidem, quando, na verdade, à luz de uma interpretação do direito como integridade, essa ideia de princípios adversários ou colidentes não faz sentido. As regras e princípios constitucionais são partes de um conjunto, um todo que compõe uma teia inconsútil e devem ser interpretados harmonicamente.

²⁶ *Idem. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. Ed., rev., mod. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 311.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, Vol. 2, p. 80.

²⁸ *Ibidem*, p. 233.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 416.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, p. 30.

O USO DA PONDERAÇÃO NO CASO ELLWANGER

O paradigmático caso Ellwanger, que tratou da questão da condenação de um autor de livros de conteúdo antissemita, foi tratado como um *hard case*, de modo que a ponderação foi invocada como forma de solução para uma suposta colisão entre o princípio da liberdade de expressão, de um lado, e outros princípios ou “valores” expressos na Constituição, em especial os da igualdade e da dignidade humana. É interessante notar que, naquele julgamento, tanto julgadores integrantes da maioria quanto da minoria fizeram uso da ponderação, chegando, no entanto, a resultados diametralmente opostos.³¹

O Ministro Gilmar Mendes, que votou com a maioria, considerou que a condenação de Siegfried Ellwanger, pela publicação de obras com conteúdo discriminatório contra o povo judeu, era adequada à finalidade da Constituição, no que tange à salvaguarda de uma sociedade pluralista, além de necessária, em razão da ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz.

Acrescentou o Ministro Gilmar que a condenação atendia à proporcionalidade em sentido estrito, pois as mensagens de intolerância racial e o estímulo à violência não estariam abrigados pela liberdade de expressão, na medida em que outros bens jurídicos de base constitucional não podem ser sacrificados para conferir a essa liberdade amplitude irrestrita.

O Ministro Marco Aurélio também tratou do caso como um problema de colisão de princípios constitucionais, a ser solucionado através do sopesamento dos referidos princípios. Partindo da ideia de ponderação, argumentou que a condenação de Ellwanger constituía medida inadequada e excessivamente gravosa, incapaz de proteger a dignidade do povo judeu.

Essa contradição percebida no julgamento do caso Ellwanger, mais do que representar alguma falha ou algum equívoco no processo de sopesamento dos princípios em jogo, constitui uma demonstração da fragilidade ou inconsistência da própria ideia de ponderação, que não consegue se livrar do problema da discricionariedade judicial.

³¹ Para um exame mais detalhado do caso Ellwanger e da decisão do STF, veja-se: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de Expressão em Tempos de Cólera*. Rio de Janeiro: GZ Editora, p. 257 e seguintes.

O CASO ENVOLVENDO O FILME “A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

O caso envolvendo filme satírico ou humorístico do grupo Porta dos Fundos constitui exemplo claro da (tentativa de) transformação de um *easy case* em um *hard case*, de modo a propiciar raciocínios ponderativos.

O referido filme, intitulado “A Primeira Tentação de Cristo” (2019), exibido no canal de filmes por assinatura Netflix, faz uma sátira com figuras caras à religião cristã. Muitos seguidores da religião, quando do lançamento do filme, próximo ao Natal, deram declarações indignadas e raivosas, sugerindo um boicote à Netflix e até um abaixo assinado pela exclusão do filme. Na véspera de Natal, duas bombas, do tipo “coquetel molotov”, foram atiradas na porta do prédio da produtora do grupo humorístico.

Uma entidade religiosa reagiu propondo uma ação civil pública, na qual pedia a suspensão da exibição do filme. Indeferido em primeiro grau, o pedido de suspensão veio a ser acolhido, em caráter liminar, em grau de recurso, por decisão monocrática de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.³²

Da decisão liminar, de 40 laudas, se depreende, de forma inequívoca, a ideia de que, na apreciação do caso, deveria ser considerado não apenas o que dispõe a Constituição Federal, mas, também, “princípios morais” e considerações não jurídicas.

Dela se extrai que as liberdades de expressão e artística não podem “servir de desculpa ou respaldo para toda e qualquer manifestação, quando há dúvidas sobre se tratar de crítica, debate ou achincalhe.” Daí porque, conforme indicado na decisão: “O que se pretende, nos autos, é apurar, dentro dos princípios morais, constitucionais e legais como caracterizar o procedimento da primeira Agravada com sua “obra de arte”.” Observe-se que a expressão obra de arte foi colocada entre aspas pela própria decisão.

Logo adiante, a decisão, ressaltando que a liberdade de expressão não é absoluta (o que, de resto, é uma obviedade), aponta para a necessidade de realizar uma “ponderação”: “Entendo,

³² TJRJ, AI nº 83896-72.2019.8.19.0000.

sim, que deve haver ponderação para que excessos não ocorram, evitando-se consequências nefastas para muitos, por eventual insensatez de poucos.”

Os trechos transcritos são representativos da argumentação geral exposta na decisão. Deixa claro que o julgador acredita que possa julgar com base em juízos morais, apesar de estes não terem força normativa e serem sempre pessoais, subjetivos e despidos de qualquer objetividade. Equipara juízos morais, de natureza axiológica, sem força jurídica, a princípios constitucionais, de natureza deontológica, revestidos de força jurídica.

A partir dessa crença, o julgador pode tudo, de acordo com a sua régua e sua moral pessoal e subjetiva, inclusive afastar um princípio constitucional. O constituir ou não o filme um “achincalhe” à religião cristã passa a ser relevante, como indicado na decisão. O sentimento religioso é alçado a categoria de elemento jurídico.

Mas a fé e o sentimento religioso, componentes subjetivos, integrantes da consciência individual, não podem servir de fundamento para censurar quem quer que seja de expressar sua opinião sobre uma religião.

Nunca é demais lembrar que só faz sentido falar em liberdade de expressão quando se trata de assuntos polêmicos, opiniões controvertidas e temas delicados, inclusive religiosos, que sempre trazem o risco de ofender. Esse risco é inerente à liberdade, e não pode servir-lhe de freio jurídico.

Não há temas ou assuntos vedados aprioristicamente ao humor, que, como legítima e tradicional forma de expressão humana, somente pode ser restringido nos casos de violação de direitos de outrem. E sentimentos não se confundem com direitos.

É própria essência da manifestação humorística fazer rir através de situações absurdas, ridículas, grotescas e, até, ofensivas às convicções, morais ou religiosas, de algumas pessoas. Rimos daquilo que parece ir contra as convenções sociais, violando nossas expectativas acerca dos padrões comportamentais.

No caso aqui mencionado, o STF, apreciando reclamação constitucional com pedido de tutela de urgência, em menos de 24h suspendeu a referida decisão, ao fundamento de que a

decisão de suspensão do filme satírico violou a liberdade de manifestação de pensamento.³³ Não havia nenhuma “colisão de princípios”, mas flagrante violação do princípio garantidor da liberdade de expressão, na modalidade de expressão artística.

O que se viu, em suma, foi um *easy case* artificialmente transformado em um *hard case*.

O DIREITO FUNDAMENTAL A UM JULGAMENTO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

O direito é um conjunto normativo formado por regras e princípios,³⁴ interpretados com observância dos imperativos de *coerência* e *integridade*, no sentido atribuído a essas expressões por Ronald Dworkin, para quem os juízes devem identificar direitos e deveres “a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.³⁵

A *integridade*, assim considerada, impõe aos juízes que “construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito”, enquanto a *coerência* “liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si”.³⁶

O direito, tal como hoje é não pode ser algo que dependa de preferências pessoais do juiz, nem a decisão constitui uma opção a ser feita entre uma ou mais teses jurídicas. Sentenças e acórdãos, como já se disse, “são atos de decisão e não de escolha”.³⁷ Por constituírem atos de decisão, devem estar fundados não em preferências pessoais, mas em argumentos, que haverão

³³ STF, Rcl 38782 MC/RJ, de 09.01.2020.

³⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev., mod. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 602.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

³⁶ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 34.

³⁷ *Ibidem*, p. 253

de ser argumentos de princípio (jurídico) e não de moralidade (sempre subjetiva) ou de política.³⁸

Parte-se da ideia de que o Direito é um sistema composto não apenas por regras, aplicáveis através de um processo de simples subsunção do fato ao texto normativo, mas por regras e princípios.

É na Constituição e nos princípios nela inscritos que a sociedade encontra a garantia dos seus direitos. Os princípios são padrões normativos (portanto deontológicos), de estatura constitucional, que “instituem o mundo prático no direito”.³⁹

É importante observar que os princípios não constituem um “álibi teórico”, a justificar uma espécie de “abertura interpretativa”, que dá margem a todo tipo de voluntarismo, ativismo ou decisionismo. Os verdadeiros princípios devem ser vistos como um “fechamento interpretativo”, criador de uma “blindagem hermenêutica” contra discricionarismos judiciais.

Por isso, importante é denunciar e combater o fenômeno nomeado por Streck de “pamprincipiologismo”, caracterizado pela criação *ad hoc* de princípios para justificar a solução de casos.⁴⁰ Os princípios não podem ser inventados ou criados pelo julgador; eles são encontrados explícita ou implicitamente no texto constitucional, como “manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum.”⁴¹

Tomando como ponto de partida a premissa dworkiana da existência de uma resposta certa para cada questão de direito, impõe-se afastar a ideia de ponderação ou sopesamento de princípios, assim como concepções pragmatistas e outras que apostam no discricionarismo judicial ou no emprego de juízos de valor pessoais e morais, para reconhecer a existência de um direito fundamental a um julgamento com base exclusivamente em princípios e regras

³⁸ Dworkin identifica os *argumentos de política* como aqueles que: “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Já os *argumentos de princípio*: “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Coleção Justiça e Direito. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129).

³⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev., mod. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁴⁰ Sobre o problema do “pamprincipiologismo”, veja-se: STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017

⁴¹ *Ibidem*, p. 242.

jurídicas, interpretados com coerência e integridade, ou, como já foi bem sintetizado, a existência de um *direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição*.⁴²

Data de Submissão: 04/04/2022

Data de Aceite: 08/04/2022

⁴² Idem. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2014, p. 656.