

A AUSÊNCIA DE SUBSTANCIALIDADE NA TEORIA ALEXYANA PARA OFERECER A RESPOSTA ADEQUADA FRENTE À REPERCUSSÃO GERAL N.990

Vinicius Ferrasso da Silva*

Resumo: O artigo faz uma análise da decisão proferida pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP. Buscou-se à luz da teoria da Máxima da Proporcionalidade estudar a colisão dos princípios da Inviolabilidade à Privacidade e da Supremacia do Interesse Público, identificando se a liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal, de fato, ao determinar a suspensão de todos os processos judiciais que tratam do Tema 990 da Repercussão Geral,¹ pode ser definida genuinamente democrática. Descreve-se a teoria da Máxima da Proporcionalidade, frisando o caráter de subsidiariedade das três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), assim como, a aporia em que a teoria se insere. Ao final, emite-se o parecer sobre se o voto do Ministro foi coerente com a teoria de Robert Alexy, e concomitantemente, sugere-se uma resposta conforme a Constituição Federal à luz da proteção insuficiente de garantias constitucionais (*Untermassverbot*).

Palavras-chave: Discricionariedade. Princípios Constitucionais. Ponderação. Máxima da Proporcionalidade. Informações Financeiras Globais. Informações Financeiras Específica.

1 O CASO CONCRETO

Importante se faz descrever o liame do caso concreto, uma vez que ele será o nosso ponto de partida de (re)construção do horizonte, desde que renunciemos à pretensão de encontrarmos uma verdade compreensível que possa ser válida para nós mesmo.² O caso oferece condições plausíveis para trabalharmos com a máxima da proporcionalidade discutindo-se dois grupos de princípios, de um lado, identificar os limites da garantia constitucional ao sigilo de dados bancários e fiscais dos investigados e,³ de outro, os limites de

* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

¹ O Tema 990 da Repercussão Geral trata da “possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário” (cf. leading case: RE nº1.055.941/SP RG, Relator: Min. Dias Toffoli, j. em 12/04/2018).

² Esse horizonte, a qual Gadamer se refere, não é um horizonte fechado,² muito menos consiste de dois horizontes diferentes – o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico para onde o sujeito pretende se deslocar. A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de ela não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014. p. 402.)

³ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (Art.5º da Constituição Federal do Brasil)

atuação do COAF e as possibilidades de utilização sem o crivo judicial, por parte das agências penais, das informações de inteligência produzidas por esse órgão de fiscalização,⁴ o que aponta para a colisão de dois princípios explícitos, o Princípio fundamental da Inviolabilidade à Privacidade versus o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Dito isso, debruçemo-nos diante sobre o caso. Em síntese apertada, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941 / São Paulo, realizado na data de 16 de julho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, mediante relatoria do Ministro Dias Toffoli, determinou a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento,⁵ inquéritos e procedimentos de investigação criminal, atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, que utilizaram dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, sem prévia autorização judicial.

O Ministro Dias Toffoli discorreu afirmando que, na hipótese que um cidadão diz que tem R\$ 1 milhão de patrimônio e teve R\$ 100 mil de renda no ano anterior, quando faz a sua declaração. Se o COAF identifica que esta pessoa movimentou, por exemplo, R\$ 10 milhões tendo só R\$ 1 milhão de patrimônio e R\$ 100 mil de renda, existe um desvio. Comunica-se o Ministério Público e o *Parquet*, pede a quebra de sigilo no judiciário, que faz a quebra. Firmando-se desse modo, um controle do judiciário democrático, esse é o ponto fulcral decisório.

1.1 O Recurso Extraordinário 1.055.941 do Estado de São Paulo

O Recurso Extraordinário 1.055.941 foi recebido, revisto, autuado e registrado no dia 21 de junho de 2017. Na mesma data o recurso foi entregue à relatoria do Ministro Dias Toffoli. Então, 13 de abril de 2018 o Plenário Virtual decidiu pela existência de Repercussão Geral,⁶

⁴ A permissão para que a Receita Federal, COAF e Banco Central, em prol do combate da criminalidade, realizem a parte mais relevante da investigação criminal (*aquela relacionada aos meios de prova mais invasivos, por envolverem a restrição de direitos fundamentais*) sem o crivo democrático e imparcial da autoridade judicial.

⁵ “Não convém, por conseguinte, manter a atuação cíclica da máquina judiciária no tocante a tais demandas que veiculam matéria semelhante, até que a Corte se pronuncie em definitivo sobre a questão, que, registro, já tem data definida para o seu julgamento pelo Plenário no calendário da Corte, a dizer, 21/11/19.” Recurso Extraordinário 1.055.941 São Paulo”. STF. 16 de julho de 2019.

⁶ Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. RE 1.055.941/SP

importante destacar que, no dia 26/02/2019 por meio da petição STF n.º 24.061, datada de 25 de abril de 2018, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) requereu, e teve o pedido deferido para o seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Ato processual contínuo, no dia 16 de julho de 2019, o então Ministro Dias Toffoli, no plantão forense de 2 a 31 de julho de 2019, decidiu monocraticamente no seguintes termos:

Determinada a Suspensão Nacional

Deve ficar consignado, contudo, que essa decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PICs), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização. Ante o exposto e observada a ressalva acima destacada : 1) determino, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral; 2) determino, com base no poder geral de cautela , a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria , julg. 24/2/16, DJe 21/10/16); Consigno que a contagem do prazo da prescrição nos aludidos processos judiciais e procedimentos ficará suspensa , consoante já decidido no RE nº 966.177-RG-QO, cuja ementa transcrevo, na parte que interessa: 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux , DJe de 1º/2/19 grifos nossos) À Secretaria, para que adote as providências cabíveis, mormente quanto à cientificação dos órgãos do sistema judicial pátrio e dos Ministérios Públicos Federal e estaduais. Oficiem-se, ainda, solicitando informações pormenorizadas a respeito do procedimento adotado em relação ao compartilhamento de dados e ao seu nível de detalhamento das informações aos seguintes órgãos: i) Procuradoria-Geral da República; ii) Tribunal de Contas da União; iii) Receita Federal do Brasil; iv) Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); v) Procuradorias-Gerais de Justiça; e vi) Conselho Nacional do Ministério Público; Dê-se ciência desta decisão às seguintes instituições: i) Advocacia Geral da União; ii) Defensoria Pública da União e dos estados; e iii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Cópia da presente decisão deverá acompanhar as missivas.

Desde já, a decisão do Presidente da Corte Máxima do país merece destaque: a decisão do Ministro, que concedeu o pedido de liminar em sede da Repercussão Geral n.990 ao Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, deve ser considerada, inexoravelmente, oportuna dentro de uma

verdadeira democracia, onde o direito individual do cidadão possui o mesmo peso que o poder coercitivo do Estado, uma vez que os direitos fundamentais são considerados trunfos contra a maioria, e justamente nesse ponto, exsurge a Corte Suprema com o papel fundamental de garantidora democrática.

Se por um lado, os órgãos acusadores sustentam que tal medida vai contra a prevenção e o combate de supostas atividades delituosas, como se dá no caso do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, do tráfico de armas e pessoas e da corrupção, com ênfase ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. Por outro lado, diversos doutrinadores e advogados criminalistas, sustentam que é preciso encontrar uma via intermediária entre os interesses da persecução penal e os direitos fundamentais dos cidadãos, estes de caráter irrenunciáveis, que vinham sendo esquecidos ultimamente com a promessa de redução da criminalidade de colarinho branco.

Portanto, o que se nota, evidentemente, no caso da Repercussão Geral n.990 oriunda do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP é uma colisão princípios, que deve ser enfrentada a partir da máxima da proporcionalidade, uma vez que diante de um caso que causa uma relevante efervescência midiática, sustentar que o Princípio A tem mais peso que o Princípio B, pode ser tão raso que uma formiga poderia caminhar com água pelos tornozelos.

Resulta afirmar que, indiscutivelmente, seria precipitado partirmos diretamente a ponderação de princípios, de um lado, o Princípio da Inviolabilidade à Privacidade, que conduz, *prima facie*, à garantia de direito fundamental ultimamente desprezado, na medida que, para qualquer observador médio atento à realidade nacional, consegue constatar que os órgãos do Ministério da Fazenda têm realizado, à margem da lei, verdadeiras investigações criminais secretas,⁷ e a partir da aplicação do referido princípio conduz, em tese, se estaria garantindo os direitos descritos no artigo 5º, Incisos X, XI da Constituição Federal. De outro lado, o princípio da Princípio da Supremacia do Interesse Público, na sua vertente subjetiva, que protege a

⁷ Segundo a doutrina, “*não cabe dúvida quanto ao procedimento investigatório conduzido pelos setores de inteligência da Receita Federal do Brasil possuir exatamente a mesma natureza jurídica de investigação policial, pois, além de ser procedimento administrativo onde não cabe a presença do contraditório, aquele também se caracteriza pela consecução de atos inquisitórios, sigilosos, e preparatórios da persecução penal e não visa exclusivamente a constituição de créditos tributários*”. Cf. PESSOA, Adriano Monte. A atividade de inteligência da Receita Federal no Combate aos Crimes contra a Ordem Tributária. In: *Revista Dialética de Direito Tributário (RDD)* n. 198, março de 2012, fls. 7 a 12.

confiança legítima dos órgãos públicos. Em um enfoque objetivo, estar-se-ia autorizando COAF a realizar a parte mais relevante da investigação criminal, isto é, a etapa referente aos meios de prova invasivos, que envolvem restrição absoluta de direitos fundamentais sem qualquer tipo de consulta judicial.

Assevera-se que há evidente relação de direta proporcionalidade entre a garantia do direito fundamental da inviolabilidade à privacidade e o fortalecimento da democracia, de maneira que, quanto maior a autonomia dos órgãos administrativos de controle, à exemplo do COAF, menor serão as expectativas dos cidadãos com relação a garantia da democracia do país onde vivem.

Notadamente, é importante destacar que a decisão em sede de liminar do Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli no RE 1.055.941/SP, afirmando que o envio de informações pelo COAF diretamente ao Ministério Público para fins de investigação penal precisa de autorização judicial e o divergente entendimento das Promotorias de Justiça, que insistem que o intercâmbio de relatórios informações financeiros é trivial, e que uma eventual suspensão das investigações poderia prejudicar o combate a corrupção, se mostram suficientes para analisarmos as antagônicas posições à luz da Teoria Alexyana, e, assim, oferecer a resposta adequada ao caso concreto.

2 A TEORIA ALEXYANA: A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A LEI DO SOPESAMENTO

O caso concreto mostra-nos que estamos diante da oposição de uma princípio constitucional, precisamente o Princípio da Inviolabilidade à Privacidade⁸, por intermédio da

⁸ O termo direito à intimidade é considerado como tipificação dos chamados “direitos da personalidade”, que são inerentes ao próprio homem e têm por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana. (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, t. VII, p. 5 e ss.; DE CUPIS, Adriano. I diritti della personalità; DE-MATTIA, Fabio Maria. Direito da personalidade. *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 28, p. 155 e ss; e AMARAL, Francisco. Direito civil – introdução, p. 283 e ss. Por sua vez, KAYSER, Pierre, Protection de la vie privée, classifica os direitos de personalidade em: direito de se opor à divulgação da vida privada, direito de se opor a uma investigação na vida privada e, ainda, direito de resposta.) Surgem como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, além de outros documentos internacionais. Vale ressaltar que a matéria é objeto tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 ao 21), o que provocou o seu tratamento mais aprofundado e amplo pela doutrina nacional. Ainda, a Constituição Federal de 1988, à semelhança do texto constitucional de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969, atribui às figuras da intimidade e da vida privada tipificação diversa. (O art. 5º, X, da CF 1988 considera “invioláveis a intimidade, a vida privada,

decisão em sede de liminar do Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli no RE 1.055.941/SP. Evidenciou-se, no teor da decisão liminar do ministro, diversos meios que fomentaram a finalidade perseguida em graus distintos, o que implica, *a priori*, a necessidade de um sopesamento (*Abwägung*), mas que deve ocorrer tomando-se como critério a máxima da proporcionalidade e suas três submáximas.⁹

No entanto, desde já deve ser destacado que essa engenharia proposta por Alexy, no fundo, diz que as normas constitucionais não obrigam nem proíbem, sendo elas abarcadas pela discricionariedade estrutural do legislador. E, considerando a dificuldade de identificação das margens de liberdade do legislador, Alexy estabelece três tipos de discricionariedade estrutural: para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar. Diante de um direito fundamental, o legislador tem discricionariedade para definir *objetivos* se esse direito contiver uma autorização de intervenção ou deixe em aberto as razões para tal intervenção, permitindo-se a escolher os objetivos que justificarão essa intervenção. Já a discricionariedade para escolher os *meios* aparece quando normas de direitos fundamentais não proíbem intervenções, mas também exigem ações positivas e prestacionais. Nesse ponto, não se verificam maiores problemas se os diferentes meios utilizados para alcançar determinada finalidade forem aproximadamente adequados e não tiverem nenhum efeito prejudicial na consecução de outros princípios.¹⁰

Conforme as circunstâncias do caso concreto, se o referido Princípio da Inviolabilidade à Privacidade (artigo 5º. Inc. X, XI da CF/88), na visão do ministro, se mostrasse (des)proporcional, por ser inadequado ou pelo fato de o meio não ser o necessário para a resolução do conflito, não precisaríamos, necessariamente, partir para a Lei do Sopesamento.

No caso concreto, o Princípio da Inviolabilidade à Privacidade poderia vir a ser afastado diante de uma superveniente desproporcionalidade (desnecessidade ou inadequação), e acabaria preponderando da Princípio da Supremacia do Interesse Público, isto é, poder-se-ia resolver o caso pela via da necessidade ou adequação, o que nos distanciaria do sopesamento.

a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.)

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.117.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 884-587.

Diante disso, não estaríamos realizando ponderação. Mas isso, verdadeiramente, é o que se constata nos tribunais. Grande parte dos juristas entendem – e assim é na doutrina, que inexistem subsidiariedades entre as três submáximas. Muitas vezes, a regra é vista no tudo ou nada, e o princípio é visto na ponderação.¹¹ Isso, indiscutivelmente, fere a própria Lei do Sopesamento de Alexy, pois princípio não necessariamente deve ser analisado na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Dito isso, pode-se afirmar que a máxima da proporcionalidade se desenvolve em três etapas: adequação¹², necessidade¹³ e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, não se trata de *subprincípios*, mas de *submáximas*, quais sejam: a submáxima da adequação, a submáxima da necessidade e a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da proporcionalidade seria exatamente o critério para avaliar os princípios que estão em colisão. Mas alerta-se, no modelo alexyano, que nunca haverá um princípio a avaliar outros princípios, pois diante desse erro, o princípio, por si mesmo, seria otimizado. Há um critério não otimizável para poder avaliar os princípios em colisão. O próprio autor não utiliza o termo *principia*, uma vez que os princípios são os objetos da máxima da proporcionalidade.¹⁴

¹¹ Não é correto o modo de pensar segundo o qual as três submáximas da proporcionalidade devam ser analisadas conjuntamente. Ressalva-se que é justamente na relação de subsidiariedade que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade, quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 35-36.)

¹² A primeira submáxima é a *adequação*, devendo-se verificar, no caso concreto, se a decisão é apta e útil para alcançar o fim colimado. Trata-se de uma relação entre meio e fim; é avaliado se um meio é adequado para que se atinja determinado fim.

¹³ Já a submáxima da *necessidade*, também conhecida como princípio da exigibilidade ou da intervenção mínima, significa que se deve escolher, dentre vários meios idôneos, o menos gravoso ao exercício do direito fundamental. Conforme alega Wilson Antonio Steinmetz, “pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado”. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139-207.)

¹⁴ Afonso da Silva destaca o subsequente: “Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy” (AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 27.)

Convém destacar que as referidas submáximas não serão aplicadas conjuntamente, isto é, em bloco, mas serão, na verdade, aplicadas através de uma relação de subsidiariedade. Primeiramente, avaliamos a adequação dos meios empregados pelo legislador para proteger aquele direito fundamental, depois analisamos a necessidade. Somente depois de superadas as submáximas da adequação e da necessidade, e ainda permanecendo a colisão principiológica, é chegado o momento de ingressar-se na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse terceiro estágio é que residirá a Lei do Sopesamento, designando a otimização quanto aos princípios em colisão. Segundo Alexy, 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.¹⁵

Com relação à primeira etapa, a submáxima da *adequação*, devemos pensar se os meios utilizados para tutelar determinado direito fundamental (M1) podem estar restringindo frontalmente um ou outros direitos fundamentais, construído por um meio (M2). A submáxima da *adequação* é compatível com a Constituição enquanto *ordem marco*, porque estabelece um limite negativo ao legislador, apresentando quais meios não são idôneos.¹⁶ Adequação significa utilizar-se do meio idôneo e correto para a finalidade pretendida. Exemplo: em todo time de futebol que está perdendo, o meio adequado tentar fazer gols, indiscutivelmente, será por meio da substituição do zagueiro por um atacante. Caso o técnico venha a substituir um atacante por um zagueiro, conseqüentemente, a torcida repudiará o meio não adequado para virar o placar. Já Alexy utiliza o exemplo do cabeleireiro, que decidiu instalar uma máquina de vender cigarros em seu salão de beleza sem obter a permissão explícita da Administração. Devido a esse ato,

¹⁵ Para o caso de regra extremamente injusta, deve-se debruçar-se sobre a dogmática dos direitos fundamentais, que abarca toda a questão de regras e princípios. E, assim, destaca que a *Grundgesetz* alemã, tal como podemos concluir em relação à Constituição brasileira, demonstra uma semântica aberta dos direitos fundamentais - *liberdade, responsabilidade, solidariedade, liberdade de expressão* -, ao passo que podemos realizar a subsunção de muitas hipóteses dentro da semântica *liberdade*. Então, Alexy conclui que é necessária outra metodologia à subsunção, para determinar se aquela conduta X viola ou não direitos fundamentais. Logo, conclui que direitos fundamentais não têm natureza de regra jurídica (ex.: roubo, furto, receptação, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas), mas de princípios, de mandamentos; não têm natureza de definição (subsunção), que se aplica no tudo ou nada, mas, sim, de otimização, uma vez que os direitos serão aplicados num peso maior ou menor. Se partimos do pressuposto de que são mandamentos de otimização, a exemplo, o direito de liberdade de expressão, este deve ser o mais amplo possível, mas, por outro lado, o direito fundamental à honra da pessoa que recebe as ofensas, também deve ser interpretado da maneira mais ampla possível. Isso implica afirmar, sendo mandamentos de otimização, deve-se identificar o peso de cada um dos princípios em colisão. Não se trata de subsunção, de ponderação, mas, sim, da máxima da proporcionalidade. Enfim, é proporcional punir o agressor das ofensas. Alexy afirma que se o legislador positivou os crimes de calúnia-difamação-injúria foi porque houve a ponderação na fase de construção da lei. Logo, diante de um conflito desta regra com um princípio, deve-se cumprir o critério da máxima da proporcionalidade em três máximas parciais. No entanto, caso não haja uma regra para o caso concreto, havendo somente dois princípios em colisão, poder-se-á partir diretamente para a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 41.

acabou recebendo uma multa por inobservância à lei de comércio local. Todavia, esta permissão só poderia ser obtida se o cabeleireiro demonstrasse possuir o conhecimento necessário para exercer a atividade comercial, por experiência comprovada como cabelereiro ou por meio de um exame. O exemplo acima fornece-nos uma ideia de *otimização*, uma vez que a tal finalidade da vedação ao cabeleireiro de vender cigarros no interior do seu comércio visava unicamente proteger a saúde do povo. Isso acabava colocando o princípio da “*liberdade profissional*” do cabeleireiro (P1) em *colisão* com o princípio da “*proteção dos consumidores*” (P2). A comprovação de conhecimentos específicos é considerada um meio (M) inadequado, pois, além de não favorecer a (P2), impede a realização de (P1).¹⁷ Nesse sentido, seguindo o critério da máxima da proporcionalidade, o *Bundesverfassungsgericht*, ainda dentro da submáxima da adequação, declarou que a exigência de comprovação de conhecimento específico para o manuseio de máquinas de cigarro, que vai contra o princípio da liberdade de profissão (artigo 12 da *Grundgesetz*), assim como a substituição de um atacante por um zagueiro em time que está perdendo, não era adequada para promover a proteção aos consumidores nem em termos econômicos nem com relação à sua saúde. Tal exigência estava então proibida, de acordo com o princípio da idoneidade, por vulnerar o princípio da liberdade profissional.

No entanto, se ambos os princípios fundamentais forem construídos com base em meios adequados pelo legislador infraconstitucional, neste caso, eu, intérprete, estarei autorizado a ingressar na segunda etapa, a submáxima da *necessidade*, tendo que escolher, a partir de agora, aquele princípio que menos interferir em outros princípios considerados também fundamentais. A submáxima da necessidade procurará, entre meios igualmente adequados, o princípio mais benigno ou mais suave. Trata-se também da *otimização*, pois, conforme Alexy, na existência de um meio mais brando e igualmente idôneo, pode-se melhorar uma posição sem que isso represente custo para a outra.¹⁸ Eventualmente, quando o legislador, na ideia de tutelar direitos fundamentais por meios igualmente adequados, mas quando confrontados os dois princípios que instrumentalizam a tutela desses direitos fundamentais, um dos princípios venha a interferir sobremaneira diante outros princípios que tratam de garantias fundamentais, a jurisdição

¹⁷ Diante do caso concreto, o *Bundesverfassungsgericht* entendeu que a exigência de comprovação de conhecimento específico para o manuseio de máquinas de cigarro lesava a liberdade de profissão garantida pelo art. 12 da LF, mas não era adequada para promover a proteção aos consumidores nem em termos econômicos nem com relação à sua saúde. Tal exigência estava então proibida, de acordo com o princípio da idoneidade, por vulnerar o princípio da liberdade profissional. (ALEXY, Robert. “Postscript”. In: **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press. 2002. p. 398.)

¹⁸ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 43.

constitucional necessariamente deve afastar este princípio, ainda que construído por meios considerados adequados, tratando o princípio como inconstitucional.

Isso quer dizer que caso o legislador infraconstitucional tenha se valido de um meio adequado para construção de um princípio a tutelar direito fundamental e que, apesar de construído esse direito por meio adequado, tenha, ao mesmo tempo, infringido outros princípios fundamentais, então, não há necessidade de ingresso na terceira máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pois na submáxima da necessidade, já teríamos encontrado a resposta adequada para o caso.

Para exemplificar, usamos novamente o futebol. Caso o técnico opte adequadamente em substituir o zagueiro por um atacante, porém, dispondo de dois atacantes no banco de reservas, a escolha do técnico deve recair sobre o atacante que emplaca maior números de gols nos treinamentos, isto é, cuja probabilidade de fazer gols para reverter o placar seja maior. Tal como se nota, assim como no critério da submáxima da adequação, o que se estará fazendo é uma eleição de meios otimizáveis, na qual se busca um equilíbrio, para que os princípios possam se manifestar na maior medida possível. É importante salientar que não se trata de um procedimento de exclusão, mas, efetivamente, um processo que resulte no meio mais eficaz ou menos gravoso, de modo a *otimizar* a aplicação dos princípios em colisão.

Nesse sentido, podemos utilizar o mesmo direito fundamental utilizado por Alexy no caso dos flocos de arroz.¹⁹ Uma regra do Ministério Federal da Saúde, Família e Juventude proibia a venda de chocolate em pó que consistisse substancialmente de flocos de arroz. A finalidade da lei era evitar que os consumidores adquirissem o produto erradamente, pensando que estavam adquirindo cacau. Neste exemplo, temos a *colisão* entre a liberdade de profissão (P1) e a proteção ao consumidor (P2) e dois meios igualmente idôneos para resolvê-la, a saber: a proibição de venda (M1) e a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Com relação ao (P2), é indiferente a escolha entre os meios (M1) e (M2), mas, para (P1), a escolha do meio impõe uma *otimização* das *possibilidades fáticas*.²⁰ Isso se dá porque a

¹⁹ Idem. Ibidem. p. 398.

²⁰ Alexy constrói uma racionalidade a partir do conceito de princípios como mandamentos de otimização em face das diversas possibilidades fáticas e jurídicas, as máximas da necessidade e da adequação que decorrem da natureza dos princípios como *mandamentos de otimização* em face das *possibilidades fáticas*, enquanto que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem *mandamentos de otimização* em face das *possibilidades jurídicas*. Tal divisão analítica da proporcionalidade em três submáximas, que implica na segmentação da apreciação das possibilidades fáticas e jurídicas, tem seu fundamento no fato de a submáxima da

eleição de (M2) permitirá a realização em uma maior medida de (P1) do que aquela resultante da escolha de (M1), que, no princípio, interfere de modo muito intenso. A partir desta análise, a proibição de venda (M1), apesar de adequada, revela-se muito severa ao caso. É possível adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando, qual seja, a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Tal tarja já é suficiente para promover a proteção ao consumidor e permite, em contrapartida, que a liberdade de profissão seja realizada na maior medida possível. O consumidor estaria sendo previamente informado de que os chocolates tinham sido fabricados com flocos de arroz e, assim, não incorreria em erro ao pensar que está adquirindo um produto composto por cacau. Em contrapartida, a colocação de um aviso informando a composição do produto constitui uma intervenção mais suave à liberdade profissional que resta otimizada na *ponderação*.

Assim, diante de tal caso, cumprindo a máxima da proporcionalidade alexyana, em observância com a submáxima da necessidade, já poderíamos identificar que os meios utilizados pelo legislador para a construção dos princípios da liberdade de profissão (P1) e da proteção ao consumidor (P2) foram idôneos. Todavia, embora adequada, a norma reguladora revelou-se extremamente severa ao caso concreto, sendo que é possível adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando à atividade profissional da empresa. A medida impedia o funcionamento da empresa, ao invés de obrigá-la a manter a compatibilidade do produto com a tarja da embalagem, infringindo, desta maneira, com maior peso, o direito fundamental da liberdade profissional.

O terceiro exemplo utilizado por Alexy é o caso sobre o testamento, em que a norma de Direito Civil pretendia impedir os mudos analfabetos de testar. A finalidade da norma era garantir a segurança jurídica e a proteção das pessoas sem capacidade de autodeterminação da vontade. Todavia, a *Grundgesetz* argumentou que a proibição era um meio muito severo, pois haveria meio mais brando de se garantir tal proteção. A *Grundgesetz* sugeriu, então, a autorização notarial, sem que se retirasse a capacidade testamentária dos mudos analfabetos, uma vez que a deficiência física e o analfabetismo não caracterizam, por si só, a ausência de capacidade para os atos da vida civil dos mudos analfabetos.²¹

proporcionalidade, em sentido estrito, fazer a exigência de um *sopesamento* em face da relativização das possibilidades jurídicas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.)

²¹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 399.

De certa forma, as interpretações equivocadas da Teoria da Máxima da Proporcionalidade, que passam diretamente à submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, sem observarem as submáximas da *adequação e necessidade*, podem surgir da observação que Alexy faz das duas primeiras submáximas, em que ele adverte que nem sempre os critérios da *adequação* e da *necessidade* conduzem com tanta facilidade a um resultado.

Para Alexy, há duas hipóteses que devem ser configuradas. A primeira hipótese do autor consiste da ideia de que o *espaço para jogo*²² não é de *ordem estrutural*²³, mas, sim, de ordem *epistêmica*²⁴. Os critérios da *necessidade* e da *adequação* envolvem questões empíricas que

²² Segundo Alexy, uma Constituição deve apresentar um equilíbrio em sua normatividade, no sentido de que ela não deve conter a resposta para todos os casos nem deve deixar todos os temas em aberto, regulando basicamente só a forma, como se fosse uma mera moldura. Este meio-termo é alcançado em Alexy através de uma combinação de dois critérios de classificação das constituições. Assim, Alexy sugere uma espécie de equilíbrio entre dois tipos de ordem, a saber: *marco e fundamental*. Esses dois tipos de ordem se encontram: 1) na identificação do *espaço para jogo* e 2) na capacidade de se ponderá-los racionalmente, ou seja, de se fechar racionalmente a abertura. A identificação do *espaço para jogo* consiste em limitar o *espaço para jogo* da *ponderação de princípios*. Alerta o autor que a *ponderação* só deve ser usada em alguns momentos especiais, tornando-se inadequada em outras horas. Esta tarefa de identificação dos *espaços* é possível através da sistematização das situações em que tais *espaços* se configuram, entendendo-se que as demais situações se encontram na *moldura*, conformando o *marco*, e que, por conseguinte, estão reguladas pela Constituição e dispensam a *ponderação*. Este primeiro movimento consiste na organização dos *espaços* em dois tipos: os *espaços estruturais* e os *espaços epistêmicos*, ambos comportando subdivisões. Já a capacidade racional de ponderação de um espaço para jogo consiste em reforçar a racionalidade do 'procedimento da ponderação'. Esses reforços são alcançados com a introdução da *fórmula do peso* [*Gewichtsformel*] e da *teoria de escalas*. Ambos os conceitos serão apresentados entremeados à exposição dos tipos de *espaços para jogo*, justamente por estarem intimamente relacionados à sua compreensão sendo deles indissociáveis. Com a adoção da *fórmula do peso* [*Gewichtsformel*] e da *teoria de escalas*, Alexy aperfeiçoa o *procedimento da ponderação*, alcançando os lindes da *ponderação racional dos espaços para jogo*. São as chamadas *situações de empate* [*Pattfalle*]. Nos casos de empate, fatores políticos, sociais e/ou subjetivos resolverão a abertura. Todos estes fatores são extrajurídicos e arbitrários por excelência. (ALEXY, Robert. Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária. In: _____. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 53 e ss.

²³ O *espaço estrutural* se constitui na possibilidade de ação legislativa, em face de ausência de uma proibição ou obrigação constitucional. Neste caso, fica ao arbítrio do legislador se quer intervir e em que medida; é, portanto, o que se encontra no interior da moldura de uma *ordem constitucional marcofundamental*, e se caracteriza pelo que é constitucionalmente possível, por não estar nem proibido, nem ordenado. (ALEXY, Robert. Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária. In: _____. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p.59)

²⁴ Já o espaço epistêmico existe quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionariedade. Segundo Alexy, o *espaço cognitivo*, se origina a partir dos limites da capacidade para conhecer os limites da Constituição. Tal desconhecimento pode se dar devido a incertezas sobre as premissas de ordem empírica ou de ordem normativa. Nos *espaços epistêmicos*, os princípios formais ganham uma maior relevância. Poderíamos afirmar que, diante da incerteza das premissas, os princípios fundamentais deveriam prevalecer, a símile do brocardo *in dubio pro reu*, ou seja, em caso de incerteza, deve-se optar sempre pela premissa mais favorável aos direitos fundamentais. Porém, se assim se procedesse, estar-se-ia vedando totalmente a ação do legislador, o que feriria o princípio da democracia e da separação dos poderes. O poder legislativo é eleito para representar os interesses do povo e não pode ver sua função ordinária limitada por um freio e contrapeso não legítimo. Portanto, esses princípios formais da democracia e da separação de poderes alicerçam a existência dos

nem sempre estarão seguramente delimitadas, o que acaba acarretando o desconhecimento sobre o *grau de interferência* nos direitos fundamentais. No caso de haver essa interferência, estaremos diante de um *espaço epistêmico*. Isso fica nítido na análise do caso do uso da *cannabis*,²⁵ uma vez que a falta de conhecimento científico quanto aos malefícios da erva implica a linha decisória do Tribunal, que justifica a sanção penal pela existência de uma *discricionariedade epistêmica empírica*.

Importa frisar que caso as duas primeiras etapas da Máxima da Proporcionalidade – *necessidade e adequação* – alcancem o limite de otimização sem resultarem no fim da colisão principiológica do caso concreto, ou seja, quando qualquer dos meios brandos elencados impedir que seja feita uma otimização. Nas palavras de Alexy:

Frequentemente aparecem meios mais benignos ao direito fundamental afetado, que a sua vez favorecem efetivamente em igual medida o fim perseguido pelo legislador, mas que também implicam a desvantagem de restringir um terceiro princípio ou fim.

Isso significa que, quando temos colisões de princípios fundamentais (Princípio fundamental da Inviolabilidade à Privacidade colidindo com o Princípio da Supremacia do Interesse Público), diferente daquilo que se vê nos tribunais, não deve ocorrer diretamente a aplicação da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, não se deve pular diretamente para o terceiro estágio e, de maneira rasa, realizar o *sopesamento*.

Torna-se sempre importante destacarmos que podemos verificar colisões de princípios, construídos adequadamente, que tratam de direitos fundamentais, e podem ainda ser resolvidos por meio da submáxima da *necessidade*, sem precisarmos adentrar no terreno de areia movediça da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. Repisa-se, podemos estar diante de um

‘espaços epistêmicos’. (ALEXY, Robert. Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária. In: _____. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 83)
²⁵ O *espaço epistêmico de tipo empírico* pode ser visualizado no caso *cannabis*. Saber se a proibição penal dos derivados de *cannabis* é legítima requer averiguar se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é *adequada e necessária* para diminuir os perigos associados a esta droga e a *contrario sensu*. Se não for *adequada* ou *necessária*, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas, mas a sua decisão é no sentido inverso, isto é, “não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou outra alternativa”. Com isto, deixa-se uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente. (ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 83.)

caso em que há adequação dos meios empregados pelo legislador para proteger os direitos fundamentais,²⁶ mas, que diante da necessidade,²⁷ poder-se-ia encontrar o princípio preponderante, respeitando as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional.²⁸ Caso o intérprete suprima as etapas, seja a da adequação, seja a

²⁶ Se um meio M, adotado para fomentar o princípio P₁ não é ADEQUADO a esse fim e obstrui a realização de outro princípio P₂, podemos afirmar que não haverá prejuízo para P₁ ou P₂ caso M seja omitido, mas haverá prejuízo para P₂ se M for adotado. Então, P₁ e P₂, tomados conjuntamente, podem ser realizados em seu maior grau em relação ao que é factualmente possível se M é abandonado. P₁ e P₂, se considerados conjuntamente, proibem o uso de M. (DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da Argumentação**. A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 75.) Como se pode notar, a submáxima da adequação não mostra o(s) meio(s) (M) idôneo(s) para se atingir determinada finalidade que deverá prevalecer. Todavia, demonstra somente se um determinado (M) é ou não idôneo ou apropriado. (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139-207.)

²⁷ Com relação à submáxima da necessidade, requer-se que, havendo dois meios de promover o mesmo princípio, a decisão recaia sobre aquele meio menos gravoso, ou seja, que interfira o menos intensamente nos demais princípios em colisão. Segundo Alexy, devem ser aplicados os meios com menor intensidade e que sejam igualmente adequados, capazes de melhorar a posição de uma das partes sem qualquer custo para as demais. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150).

²⁸ A teoria da argumentação jurídica guarda relação com a teoria do discurso. Procura demonstrar a viabilidade de uma fundamentação racional do discurso, calcada em uma série de regras. Desse modo, as normas de decisão expressam o acordo que melhor satisfaz racionalmente os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando-se a autonomia de cada um. Alexy, influenciado pela escola de Erlangen e pela filosofia analítica inglesa de Hare, adota, para o desenvolvimento de uma teoria do discurso moral, um método construtivista de racionalidade pragmática, fundada na justificação das assertivas propostas. Disto, resulta que uma proposição imperativa moral bem justificada, dentro de uma visão racionalista pragmática, significa pressupor idealizações de base, principalmente de natureza linguística em um partilhado entre os falantes, possibilitador da fusão de horizontes e, por consequência, gerador de consenso sobre certas verdades parcialmente obtidas num processo dialético. A construção da racionalidade prática se dá pela estruturação discursiva em torno da pragmaticidade. (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005, p. 163-179). O discurso geral racional prático, que consiste na estruturação de uma série de formas e regras, que servem de baliza à construção de um discurso prático racional geral, capaz de atingir à pretensão de correção, sendo aceito como válido perante um auditório universal. A partir desta teoria geral do discurso moral, Alexy desenvolve a sua teoria da argumentação jurídica, como um caso especial deste, limitado pela lei, dogmática e precedentes, podendo incluímos também, as súmulas vinculantes. Dito isso, destaca-se que as regras do discurso prático em geral estão partilhadas dentre as regras fundamentais: regras de razão; regras sobre a carga da argumentação; regras de fundamentação e as regras de transição. (Idem, ibidem p. 190-208.). As regras fundamentais são as seguintes: 1) nenhum falante pode contradizer-se (princípio da não-contradição); 2) todo orador só pode afirmar aquilo em que acredita (princípio da sinceridade); 3) todo orador que aplicar um predicado a um objeto tem de estar preparado para aplicar o mesmo predicado a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes (princípio da universalidade); 4) todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes; 5) oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados (princípio da comunidade). (Idem, ibidem p. 191-193.). As regras da razão devem nortear o discurso prático racional geral; são as que seguem: 1) todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação; 2) qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); 3) nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item 2, por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso. As regras de carga da argumentação são as seguintes: 1) quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente está obrigado a justificar. 2) quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso; 3) quem apresentar um argumento está obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários; 4) quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades

da necessidade, partindo diretamente para a terceira submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, sua fundamentação, na visão de Alexy, será, inexoravelmente, (ir)racional.

De outra banda, ainda que ultrapassemos os exames de *adequação e necessidade*, cumpridas as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional²⁹ e ainda que as duas primeiras etapas sejam incapazes de resolver a *colisão* de princípios, como mandamentos de *otimização* em face das *possibilidades fáticas*, nas quais há diversos meios que fomentam a finalidade perseguida em graus distintos, devemos ingressar na terceira etapa da *ponderação*, a *proporcionalidade em sentido estrito*. Nela, os princípios passarão a vigorar como mandamentos de *otimização* em face das *possibilidades jurídicas*.

Sabemos que um dos problemas que acompanha o homem desde o início das primeiras décadas do século XX é o conflito de princípios que tutelam direitos fundamentais. Dito de outra forma, quando há regras construídas por meios adequados pelo legislativo, e já superamos, na interpretação do caso concreto, a submáxima da *adequação e necessidade*, isto é, quando nos depararmos com casos em que persiste o conflito principiológico,³⁰ devido ao fato de o arcabouço normativo não oferecer o regramento adequado.

num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, precisa justificar tal intervenção quando lhe for pedido. Alexy desenvolveu, ainda, as regras de fundamentação: 1) toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética de que esteja na posição dessas pessoas; 2) as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo têm de ser aceitas por todos; 3) toda regra tem de ser clara e poder ser ensinada de forma aberta e geral; 4) As regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode suportar esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim, a regra tenha perdido sua justificação, ou b) não era originalmente passível de justificação racional e se não foram descobertas novas razões para ela durante o ínterim; 5) as regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização; 6) os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta. Alexy descreve as regras de transição (passagem da argumentação jurídica para a argumentação prática ou analítica) da seguinte maneira: 1) é possível para cada orador a qualquer tempo fazer transição para o discurso empírico; 2) é possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso linguístico analítico; 3) é possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso prático sob o qual está operando. A proposta de Alexy das regras do discurso prático em geral, partilhadas dentre as regras fundamentais, foram formuladas com o intuito de construir um método através do qual se possa transitar com segurança na busca da pretensão de correção por meio de uma construção argumentativa do discurso prático racional geral (aplicável às regras morais). Tais regras, entretanto, são plenamente aplicáveis, ainda que por aproximação, ao discurso jurídico, com o suplemento, entretanto, de outras específicas, como as de justificação interna e externa, formuladas para adequar a sistemática argumentativa especial do discurso jurídico.

²⁹ As submáximas da proporcionalidade decorrem do caráter principiológico dos direitos fundamentais, que funcionam como elementos que definem o que Alexy definiu com o termo “otimização” na sua teoria dos princípios. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 587).

³⁰ Laurence Tribe e Michael Dorf, em *On Reading the Constitution*, também criticam a distinção dos casos jurídicos entre fáceis e difíceis: “É um erro supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos

Nesse caso, em regra, o que se nota é a mais rasa aplicação de princípios constitucionais na tentativa de resolução de casos considerados atípicos, nos quais há nítido conflito principiológico. Mas como os princípios operam numa dimensão de peso e, portanto, colidem, Alexy perguntaria como que iremos estipular a regra precisa para utilização nesse caso, qual teria maior peso. Nesse momento, Alexy sugeriria a submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois, mais uma vez, no sentido amplo da proporcionalidade, já operamos com as submáximas da *adequação e necessidade* de maneira prévia.

Logo, é somente na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito que o julgador poderá operar a partir do *sopesamento* (ponderação). Alexy destaca que, quanto maior for o grau de intervenção de um princípio (P1), menor será a intervenção ou o grau de satisfação do outro princípio (P2). Para exemplificarmos mais uma vez, quanto maior for o peso do princípio da liberdade de profissão (P1), menor será o caso do princípio da proteção ao consumidor (P2). Em síntese rasa, esta é a lei material da ponderação sugerida por Alexy, o que resulta em afirmar que não se trata do modo com que os tribunais – assim como parte considerável da doutrina – recepcionaram a teoria alexyana.³¹

Esta fórmula revela que a *ponderação* se realiza em três etapas: primeiro, define-se a necessidade de *intervenção*; em segundo lugar, estabelece-se a importância dos *fundamentos justificadores da intervenção* e, na terceira etapa, acontece, efetivamente, a *ponderação*, quando então os dois primeiros planos, *intervenção* e *importância*, são abordados de forma relacionada.³²

A primeira etapa, da *ponderação em sentido estrito*, é o estabelecimento do *grau de não satisfação* ou de *afetação* de um princípio. A *proporcionalidade em sentido estrito* consiste em uma relação na estrutura jurídica dos princípios em *colisão*. Em uma *colisão*, temos dois

casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da *Supreme Court*, que apontam as discórdias entre os juizes como se quisessem dizer: vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 306-309).

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais. 1997. p. 161.

³² ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar- Fundação Getúlio Vargas. v. 17. jul.-dez. 1999. p. 78.

princípios que, tomados isoladamente, levam a *juízos reciprocamente contraditórios*. Por exemplo, no caso de uma *colisão* entre (P1) e (P2), se optarmos por utilizar (P1) algo se tornar obrigatório e se optarmos por utilizar (P2) este mesmo algo se tornar proibido.

A existência destes *juízos reciprocamente contraditórios* revela que os princípios possuem *pesos relativos* que não são atribuídos isoladamente, mas dependem de seu choque com o outro princípio em *colisão*. Há, portanto, na *colisão*, uma zona de interpenetração mútua, na qual a efetivação de um princípio *interfere* na efetivação do outro. Por esta razão, falar em *não satisfação* é o mesmo que falar de *interferência*. E ainda podemos usar a notação (IPi) para representar a *interferência* em (Pi), por exemplo, no primeiro caso, do *cabeleireiro*, a liberdade de profissão. É importante frisar que as *interferências* são sempre grandezas concretas, que só devem ser estabelecidas nas situações *in concreto*. Inclusive, a notação utilizada por Alexy é bastante elucidativa: (IPiC). Essa notação atrela a *interferência* à análise do caso concreto (C). Cabe por derradeiro mencionar que a *interferência* de (Pi) será graduada segundo a *escala triádica* em (l, m ou s).³³

A segunda etapa da ponderação consiste no estabelecimento do grau de *importância* do outro princípio em *colisão*. A *importância* é vista como uma grandeza integrada, composta por uma parcela hipotética e por uma concreta. A notação que expressa a *importância concreta* [*Wichtigkeit*] é (WPjC), em que (W) corresponde à *importância* e (C), ao caso concreto. No entanto, a medição do conceito de *importância* não é dada mais pelos argumentos que sustentam a *precedência do princípio*³⁴, mas pelo resultado que adviria, se houvesse uma *omissão de interferência* do princípio oposto, se o princípio oposto não fosse limitado e perfizesse todos os efeitos no mundo jurídico. Para Alexy, esse conceito adquire a seguinte formulação: *a importância concreta de (Pj) se mede segundo o grau de intensidade da intervenção em (Pj) que é produzida pela não intervenção em (Pi)*. Um detalhe interessante é que, ao tratarmos da *importância* através da *intensidade de interferência*, podemos equiparar as grandezas, pois a *importância* de um princípio é o mesmo que a *interferência* do outro. A contrapartida de (IPiC)

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.601.

³⁴ Em 1986, *importância* era definida como o peso das razões que justificavam a *precedência* e consequente *interferência* no princípio precedido. A partir de 2002 o conceito se tornou mais sofisticado. Havendo uma relação entre *interferência* e *importância*. A *importância* passa a ser vista como uma grandeza integrada, composta por uma parcela hipotética e por uma concreta.

é (WPjC), isto é, quando nos referimos à *importância* de (Pj), estamos nos referindo à *interferência* de (Pi).³⁵

A terceira etapa da *ponderação* consiste em uma comparação entre as grandezas *interferência* e *importância*; o que ocorre, na verdade, é uma relação entre as *interferências*, em que nove situações são possíveis.³⁶ Após ultrapassar a análise das três etapas, Alexy, acrescentando outros aspectos nos casos em que os pesos abstratos de cada princípio são diferentes, simbolizando-os por (GPiA) e (GPjA), resultando na seguinte expressão: $GP_{i,jC} = IP_{iC} \cdot GP_{iA} / WP_{jC} \cdot GP_{jA}$. Todavia, a fórmula do peso recebe novos elementos, para quando a colisão envolve mais de um princípio em favor de uma intervenção em determinado direito fundamental, da seguinte maneira: $GP_{i,jC} = IP_{iC} \cdot GP_{iA} / WP_{jC} \cdot GP_{jA} + WP_{nC} \cdot GP_{nA}$.³⁷

Sendo dedicado os seguintes pesos, para (l, 1), (m,2) e (s, 4). O peso concreto de (Pi) surge da seguinte atribuição de valores: 1, 2 e 4 a (IPiC) e (WPjC), dependendo da valoração da *intensidade* da *intervenção* e também do grau de importância (leve – mediano – alto). Em todos os casos nos quais (Pi) terá precedência diante de (Pj), o valor do primeiro será maior que 1, e os três valores no caso de sua primazia serão os seguintes: $l/s = 1/4$. $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$. O mesmo serve para os casos de primazia de (Pj) sobre (Pi).³⁸ A discricionariedade do legislador exsurge nos casos de equivalência de valores, mas não é ilimitada. Ele só está autorizado a agir dentro dos limites do empate (l/l).³⁹ A exemplo do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, se protegermos o *interesse individual do investigado*, conseqüentemente, a interferência no *interesse público* de fazer-se respeitar a regra do artigo 5º, Inc.X e XI da Constituição Federal também aumenta. No entanto, a solução só estará justificada se paralelamente ao aumento da *interferência no interesse público* o *interesse do investigado* do também aumentar.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.604.

³⁶ Há três constelações nas quais a interferência em Pi é mais intensiva do que em Pj, ou seja, onde Pi precede a Pj, de acordo com a *lei de colisão* (Pi PPj)C: (1) IPiC: s / IPjC: l - (2) IPiC: s / IPjC: m - (3) IPiC: m / IPjC: l. A estes três casos de precedência de Pi correspondem três casos de precedência de Pj, ou seja, (Pj PPi)C: (4) IPiC: l / IPjC: s - (5) IPiC: m / IPjC: s - (6) IPiC: l / IPjC: m. Além destes seis casos, há três *casos de empate*. Nestas situações, de *empate*, estamos diante do limite do *procedimento da ponderação*, configurando-se o *espaço estrutural*. Nestas hipóteses, há ausência de uma solução racional, que se torna discricionária, a ser decidida de acordo com a vontade do legislador: (7) IPiC: l / IPjC: l - (8) IPiC: m / IPjC: m - (9) IPiC: s / IPjC: s.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 604-605.

³⁸ Idem. Ibedem.

³⁹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.75

O próprio Alexy, quando se refere diretamente aos *direitos fundamentais*, destaca que eles não são um objeto possível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais, isto é, impasses reais no *sopesamento*, de forma a torná-los praticamente sem importância.⁴⁰ Neste caso, reconhece Alexy, inclusive, a possibilidade da existência de uma *discricionarietà para sopesar*, tanto uma discricionarietà estrutural do legislativo, quanto a mais danosa de todas elas, a do judiciário. Tal fragilidade teórica tem suas origens na discricionarietà epistêmica, que surge quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador. Paira a dúvida sobre se existe uma proibição ou ordem, ou se há a discricionarietà.

Conforme Alexy, a *discricionarietà epistêmica empírica* relaciona-se com a cognição do legislador sobre os fatos empíricos e das suposições empíricas que fundamentam a intervenção em direitos fundamentais.⁴¹ Para exemplificar isso, tomamos como exemplo o caso da *cannabis*, utilizado por Alexy: saber se a proibição penal dos derivados de *cannabis* se legitima depende da averiguação de se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é *adequada e necessária* para *diminuir os perigos associados a esta droga*. *A contrario sensu*, se não for *adequada e necessária*, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas, mas a sua decisão é no sentido inverso: “não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou outra alternativa”. Com isso, deixa-se uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente.⁴²

Já a discricionarietà *epistêmica de tipo normativo* caracteriza-se pela incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais envolvidos. Nas palavras de Alexy:

Quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração.⁴³

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.

⁴¹ Idem. Ibidem p.612.

⁴² ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.83.

⁴³ Idem. Ibidem. p.84

Por fim, a referida incerteza normativa que paira sobre os direitos fundamentais reside no *sopesamento*, uma vez que o ponto fulcral é decidir como deve ser definida a relação entre a discricionariedade estrutural e a epistêmica para *sopesar*. Por estarmos tratando de direitos fundamentais, a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção deve ser tão maior quanto for a intervenção. Este fato leva Alexy a uma segunda lei do *sopesamento*.⁴⁴ Na verdade, os direitos fundamentais, por um lado, podem permitir, assim como, de outro lado, podem proibir, o que, em um determinado caso, pode tornar extremamente difícil a identificação de quais os lados são mais bem fundamentados, ocorrendo um *impasse epistêmico*, em se torna impossível sair de tal aporia sem o amparo da discricionariedade.

Realizada uma síntese apertada, de maneira alguma exaustiva, sobre a Máxima da Proporcionalidade de Robert Alexy, debruçemo-nos sobre o caso concreto do Recurso Extraordinário 1.055.941 / São Paulo, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal democraticamente defendeu, em sede de liminar, suspender todas as investigações e ações penais instruídas com informações repassadas por órgãos de controle ao Ministério Público sem autorização judicial, mesmo diante da alarde na ala punitivista do Ministério Pública e o moralistas de *terra brasilis*.

Momento que, inexoravelmente, poder-se-ia realizar a abordagem da tese central da máxima da proporcionalidade, por meio da observância das três submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Isso no Recurso Extraordinário 1.055.941 / São Paulo, inexoravelmente, poderia ocorrer concretamente, observando as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional, de modo a demonstrar uma harmonização entre o interesse público na atividade fiscalizatória desempenhada pelo COAF e o interesse particular dos investigados na preservação do sigilo constitucional que recai sobre seus dados bancários e fiscais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CRITÉRIO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941 DO ESTADO DE SÃO PAULO

⁴⁴ Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617).

Inicialmente, convém observar que a sugestão da Máxima da Proporcionalidade alexyana para oferecer uma resposta adequada ao caso do REExt 1.055.941/SP surgiu da contestação da ala inquisitorial do Ministério Público, que repudiou a decisão democrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral n.990, uma vez que pode ser afirmado que, o referido antagonismo, tido como argumentos conflitantes, exatamente, enseja a colisão entre os princípios, de um lado o Princípio fundamental da Inviolabilidade à Privacidade, que assegura os limites da garantia constitucional ao sigilo de dados bancários do cidadão e doutro lado, o princípio da Supremacia do Interesse Público, que baliza os horizontes de atuação do COAF e as possibilidades de utilização, por parte das agências penais, das informações de inteligência produzidas por esse órgão de fiscalização.

Evidente no caso concreto, evidencia-se a presença do conflito entre o *Princípio fundamental da Inviolabilidade à Privacidade* do investigado manter os seus dados financeiros específicos sob sigilo, direito este por hora, mantido por força de liminar, e o *Princípio da Supremacia do Interesse Público* de dar seguimento às investigações que tiveram origem no compartilhamento global do investigado.

Adequadamente, partindo da primeira submáxima da *adequação*, temos que os meios utilizados para tutelar o *Princípio da Supremacia do Interesse Público* (M1), isto é, fornecer poderes ao COAF, nos termos da Lei nº 9.613, de 1998, por meio de um corpo técnico próprio, sendo constituído por servidores de diferentes órgãos da administração pública,⁴⁵ para que investigue dados pessoais específicos de pessoas com movimentações financeiras suspeitas sem a devida autorização judicial, indiscutivelmente, restringe frontalmente o *Princípio fundamental da Inviolabilidade à Privacidade*, construído por um meio (M2), o que evidencia a permanência da colisão principiológica.

A submáxima da *adequação* deve ser compatível com a Constituição Federal enquanto *ordem marco*, porque estabelece um limite negativo ao legislador, e notadamente, se um

⁴⁵ Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Economia dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Economia, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Economia, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, da Agência Brasileira de Inteligência do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar do Ministério da Economia e da Controladoria-Geral da União, indicados pelos respectivos Ministros de Estado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 886, de 2019)

princípio que não fundamental (*Supremacia do Interesse Público*) persiste em colidir com um princípio fundamental (*Inviolabilidade à Privacidade*), e aparentemente, tendo forças para sustentar que ambos os meios foram adequadamente constituídos pelo legislador. Nesse caso, o intérprete está autorizado a ingressar na segunda etapa da submáxima da *necessidade*, tendo que escolher, a partir de agora, aquele princípio que menos interferir em outros princípios considerados também fundamentais. Tal como visto, a submáxima da necessidade procurará, entre meios igualmente adequados, o princípio mais benigno ou mais suave.

No que tange a submáxima da necessidade, inexoravelmente, conclui-se que considerado como meio igualmente adequado, o princípio mais benigno ou mais suave aponta para aquele que protege direito fundamental no caso concreto, isto é, o Princípio que assegura o direito à intimidade, este assegurado pelo artigo 5º, Inc. X, XI da CF/88. Sem muitas delongas, trata-se daquilo que Alexy denomina de *otimização*, pois, na existência do meio mais brando, ou seja, possibilitar tão somente o compartilhamento de dados “globais” entre o COAF e o órgãos inquisitoriais, melhoraria a posição de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*) sem que isso represente custo para M1 (*Supremacia do Interesse Público*).⁴⁶ Agora, de outra banda, caso a Suprema Corte venha a decidir pelo compartilhamento de dados “específicos” entre o COAF e o órgãos inquisitoriais, inexoravelmente, melhoraria sobremaneira a posição de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*) com um custo exponencial para M1 (*Supremacia do Interesse Público*).

Nessa senda, nota-se que uma solução principiológica, adequada e coerente, repousaria nos termos da liminar do Ministro Dias Toffoli no RE 1.055.941/SP, pois não se pode interpretar o direito moralmente, o direito deriva da moral no legislativo à luz da teoria dworkniana,⁴⁷ mas não deve subsistir no judiciário preso às amarras morais.⁴⁸

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 43.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁴⁸ O intérprete do Direito é um eterno Ulisses. Como é sabido, na Odisséia, *Ulisses*, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações era o "canto das sereias" que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, *Ulisses* ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, *Ulisses* sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois.

O resultado desse itinerário argumentativo é um só: passa-se a defender que esses órgãos administrativos subordinados – *e.g.* Receita Federal, COAF e Banco Central – possam realizar a parte mais relevante da investigação criminal (aquela relacionada aos meios de prova mais invasivos, por envolverem a restrição de direitos fundamentais) sem o constrangimento de se submeter ao controle judicial. Depois, compartilha-se o material probatório com o Ministério Público e estaria tudo resolvido. Para quê instaurar procedimento de investigação preliminar, buscar elementos indiciários da prática delitiva e justificar os pedidos de afastamento de sigilo perante um juiz se é possível chegar ao mesmo resultado enviando ofícios à órgãos administrativos cujos integrantes sequer gozam de independência técnica e funcional?

Notadamente, nesse ponto os graus de *afetação e importância*, os níveis das grandezas de *importância* dos princípios em colisão deverá apontar a prevalência absoluta de um conjunto de interesses e princípios em detrimento do outro. À exemplo, de um lado, a atividade fiscalizatória do COAF como órgãos independente, sem necessidade de autorização judicial para compartilhamento de informações financeiras específicas, inviabilizaria doutro extremo, as garantias constitucionais das pessoas investigadas. Por isso a importância de compatibilizá-los dentro da submáxima da necessidade.

E vale lembrar, exatamente nessa *otimização* que a Corte Suprema se debruçará quando colocar em pauta a discussão central da Repercussão Geral n.990. Aqui, resultar afirmar, que a decisão proferida pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941 antecipa aquilo que, adequadamente, poderíamos considerar como a compatibilização entre ambos os princípios em rota de colisão na segunda etapa da necessidade, sem necessidade de ingressar na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito alexyana.

Nota-se que, no caso concreto, que M1 (*Supremacia do Interesse Público*) e M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*) foram constituídos pelo legislador através de meios adequados, mas indiscutivelmente, utilizando-se de meio mais brando – compartilhamento de dados “globais” entre o COAF e o órgãos inquisitoriais – melhoraria a posição de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*) sem que isso representasse um custo para M1 (*Supremacia do Interesse Público*), ou seja, a *otimização* adequadamente realizada colocaria fim à presente colisão principiológica em questão.

Assim, o avanço à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito alexyana, será realizada somente à título ilustrativo para demonstrar a mácula discricionária alexyana, no caso concreto, posto que se mostra desnecessária no presente caso. Pois, inexoravelmente, não se pode assumir a postura ingênua de que os órgãos de persecução criminal escolherão se submeter ao crivo judicial para a obtenção de dados específicos acobertados por sigilo quando existem atalhos mais simples (art.15 da Lei 9613/98) – embora às custas das garantias fundamentais dos investigados – para se chegar ao mesmo resultado.

No entanto, hipoteticamente, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que as duas primeiras etapas da Máxima da Proporcionalidade – *necessidade* e *adequação* – alcancem o limite de otimização sem resultarem no fim da colisão principiológica, isto é, se a Corte identificar que os meios brandos elencados impedirem que seja feita uma otimização, e assim, cumpridas as etapas discursivas e argumentativas propostas por Alexy para uma fundamentação racional, a Corte ingressará na terceira etapa da *ponderação*, a *proporcionalidade em sentido estrito*, onde os princípios passarão a vigorar como mandamentos de *otimização* em face das *possibilidades jurídicas*.

Na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito que a Corte Suprema poderá operar a partir do *sopesamento* (ponderação). Aqui, quanto maior for o grau de *intervenção* de M1 (*Supremacia do Interesse Público*), menor será a *intervenção* ou o grau de satisfação de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*). Da mesma forma, quanto maior for o *peso* do princípio M1 (*Supremacia do Interesse Público*), menor será o *peso* do princípio da proteção ao M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*). A *ponderação* será realizada em três etapas: necessidade de *intervenção*; a importância dos *fundamentos justificadores da intervenção* e, por fim, a *ponderação*, quando então os dois primeiros planos, *intervenção* e *importância*, são abordados de forma relacionada.

A primeira etapa, da *ponderação em sentido estrito*, é o estabelecimento do *grau de não satisfação* ou de *afetação* de um princípio. A *proporcionalidade em sentido estrito* consiste em uma relação na estrutura jurídica dos princípios em *colisão*. Em uma *colisão*, temos M1 (*Supremacia do Interesse Público*) e M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*), tomados isoladamente, que ora conduzem à *juízos reciprocamente contraditórios*. Por exemplo, no caso de uma *colisão* entre (M1) e (M2), quando o julgador optar por utilizar (M1) algo se tornará obrigatório e se optar por utilizar (M2) este mesmo algo se tornará proibido.

A existência destes *juízos reciprocamente contraditórios* revela que os princípios (M1) e (M2) possuem *pesos relativos* que não são atribuídos isoladamente, mas dependem de seu choque com o outro princípio em *colisão*. Há, portanto, na *colisão*, uma zona de interpenetração mútua, na qual a efetivação de um princípio *interfere* na efetivação do outro. Por esta razão, tal como visto anteriormente, evidencia-se uma *não satisfação*, ou seja, uma *interferência*, e a notação (IPi) para representar a *interferência* em (Pi). No caso concreto, o *investigado*, a *Inviolabilidade à Privacidade*. É importante frisar que as *interferências* são sempre grandezas concretas, que só devem ser estabelecidas nas situações *in concreto*, e a *interferência* de (Pi) será graduada segundo a *escala triádica* em (l, m ou s).⁴⁹

Agora na segunda etapa da ponderação, será estabelecido o grau de *importância* de M1 (*Supremacia do Interesse Público*) em *colisão*. Tal como referenciado, a *importância* será vista como uma grandeza integrada, *a importância concreta de (Pj) se mede segundo o grau de intensidade da intervenção em (Pj) que é produzida pela não intervenção em (Pi)*. A *importância* de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*) é o mesmo que a *interferência* de M1 (*Supremacia do Interesse Público*). Logo, quando nos referimos à *importância* de (Pj), estamos nos referindo à *interferência* de (Pi).

Por fim, na terceira etapa da *ponderação* haverá a comparação entre as grandezas *interferência* e *importância* da segunda etapa; numa relação entre as *interferências*, em que nove situações são possíveis. Agora analisa-se os pesos abstratos de cada princípio, na expressão: $GP_{i,jC} = IP_{iC} \cdot GP_{iA} / WP_{jC} \cdot GP_{jA}$. Como visto, a fórmula do peso receberá novos elementos, para quando a colisão envolve mais de um princípio em favor de uma intervenção em determinado direito fundamental, da seguinte maneira: $GP_{i,jC} = IP_{iC} \cdot GP_{iA} / WP_{jC} \cdot GP_{jA} + WP_{nC} \cdot GP_{nA}$.⁵⁰

A atribuição de pesos exsurge aqui, para (l, 1), (m,2) e (s, 4). Já o peso concreto de (Pi) surge da seguinte atribuição de valores: 1, 2 e 4 a (IPiC) e (WPjC), dependendo da valoração da *intensidade* da *intervenção* e também do grau de importância (leve – mediano – alto). No

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.601.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 604-605.

caso do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, se protegermos o *interesse individual do investigado*, conseqüentemente, a interferência no *interesse público* de fazer-se respeitar a regra do artigo 5º, Inc.X e XI da Constituição Federal também aumenta. A solução para o caso, justifica-se posto que o aumento da *interferência no interesse público* faz aumentar do *interesse do investigado* também aumentar.

Dito isso, alerta-se que na *Máxima da Proporcionalidade*, caso não seja realizada a devida suspensão dos *pré-juízos* dos julgadores, isto é, se o Supremo Tribunal Federal não atuar com autonomia para livrar-se das amarras dos predadores do direito,⁵¹ a teoria *alexiana*, apesar de sofisticada, ao fim ao cabo, *poderá oferecer ambas as respostas*, tanto a preponderância do princípio M1 (*Supremacia do Interesse Público*), quanto do princípio M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*). Por isso, importante se faz destacar, que a resposta da *Máxima da Proporcionalidade alexiana* poderá depender, única e exclusivamente, do controle racional intersubjetivo do intérprete, ou seja, da repudiada arbitrariedade no momento de gradação dos “*graus e pesos*”.⁵²

Enfim, a teoria da *Máxima da Proporcionalidade alexiana*, assim como outras tantas teorias, tem o propósito de enfrentamento da indeterminação do Direito, em particular, diante das decisões tomadas pelo *Bundesverfassungsgericht*. A teoria da *Máxima da Proporcionalidade alexiana* é procedimental, e, buscando a todo momento sanar a indeterminação do Direito, utiliza-se da discricionariedade, sem a qual a própria teoria subsistiria, e talvez essa seja a mácula teórica *alexiana*, muito assemelhada à moldura kelseniana do Capítulo 8 da Teoria Pura do Direito.⁵³

A condição de possibilidade para o intérprete, no nível do *sopesamento*, conceder o *peso* a determinado princípio em conflito já parte do pressuposto de um arbitramento. Não obstante,

⁵¹ O Direito precisa de autonomia para não ser predado por seus inimigos. Há dois tipos de predadores: os exógenos (moral, economia e política) e os endógenos (subjetivismo, decisionismo, ativismo, panprincipiologismo, ponderação, entre outros). STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵² Segundo Warat, os seguidores de Alexy apostam nas possibilidades de construir uma teoria da argumentação que tenha como objeto resolver racionalmente os problemas centrais da doutrina do método jurídico para a interpretação da lei e fundamentação de sentenças. O controle racional intersubjetivo em lugar da compreensão dos modos e usos persuasivos, apoiados por certo magma de referentes ideológicos que criam os efeitos de verossimilitude como se fossem efeitos de verdade. (WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 62).

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

nos níveis anteriores da *adequação e necessidade*, o autor também não apresenta o modo de dizer se é adequado ou não. Há somente uma pergunta: se o *meio* é adequado ou necessário, seguindo os critérios propostos pelo autor.

Diante disso, se a resposta for *sim* ou *não*, não faz nenhuma diferença,⁵⁴ pois a maioria dos argumentos utilizados por Alexy pode ser utilizada como o velho critério de verificabilidade semântica do *neopositivismo lógico*. Da mesma forma, na submáxima da *proporcionalidade em sentido estrito*, tanto no critério utilizado para a atribuição de valores ao *peso* concreto dos princípios em coalisão (1, 2 e 4), quanto na valoração da *intensidade de intervenção* em grau de importância (leve – mediano – alto), podemos inserir a palavra “não” antes da valoração “leve”, pois a teoria alexyana não oferece condições procedimentais para resolver, de modo efetivo, os conflitos de princípios, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.⁵⁵

Nesse diapasão, ou se ingressa no teor da *substância*,⁵⁶ para que se busquem as condições de possibilidades, de modo a afirmar que algo é *verdadeiro*, ou permaneceremos na *aporia alexyana*.⁵⁷ A coerência e integridade nos conduz a (re)construção do chão linguístico

⁵⁴ Convém destacar o problema do *neopositivismo lógico*. A condição semântica de sentido pode ser refutada com a oposição da palavra “*não*”. Lenio Streck utiliza o exemplo do “caso do touro Osborne” para apontar tal refutação. Em 1988, foi aprovada, na Espanha, a *Ley General de Carreteras*, que, em um dos seus dispositivos (art. 24) proibiu a colocação de publicidade nas zonas vizinhas e visíveis da estrada. A pena era uma pesada multa. A empresa Osborne, antes da entrada em vigor da lei, retirou a palavra “*veterano*” dos imensos touros negros à beira da estrada (eram imensos *outdoors*, contendo, ao centro, a marca do conhaque “*veterano*”). Entrando em vigor a lei, a empresa fabricante do conhaque foi multada. A querela chegou ao TS. A discussão: o que é publicidade. O “imenso touro negro” é publicidade, mesmo sem a palavra “*veterano*”? O Tribunal Supremo deu ganho de causa ao fabricante do conhaque, utilizando argumentos como “o touro já não transmite qualquer mensagem aos espectadores, na medida em que a palavra ‘*veterano*’ fora apagada”; “para a generalidade dos cidadãos, o touro se transformou em algo decorativo, que já faz parte da paisagem”; “a presença da expressão ‘*veterano*’ não faz com que aumentassem o consumo do conhaque”; “o touro é esteticamente bonito”; “o touro é como uma escultura e não como um *outdoor*”. O Tribunal decidiu, sem qualquer respeito à integridade e à coerência do Direito, além de não ser uma decisão de princípio. Por exemplo, como saber o modo como as pessoas veem os grandes touros negros à beira das autopistas? Está-se diante de um enunciado empírico, em que o “*sim*” e o “*não*” são absolutamente arbitrários. (STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 261.)

⁵⁵ Ver nota 36, quando o próprio Alexy deixa claro que: “quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração”.

⁵⁶ Diante disso, a tradição fenomenológica de Heidegger ocupa, na história da filosofia, um lugar importante, pois trouxe, através da analítica existencial, consequências inovadoras para a filosofia no século XX. Mas isso não significa uma nova teoria filosófica como se apresentavam as teorias metafísicas da tradição. Quando se refere à hermenêutica filosófica, afirma-se o desenvolvimento de uma ideia que pretende dar conta da historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido, isto é, uma nova referência à “*substância*” de Hegel utilizada por Gadamer para expressar a história enquanto tradição. (STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23.)

⁵⁷ Partimos de uma teoria sumamente abstrata e quase formal do conceito de verdade – o máximo sucesso na investigação, por exemplo. Quando aplicamos essa teoria quase formal da verdade a domínios específicos,

em que está assentada a tradição, de modo a possibilitar o aparecimento do fenômeno, onde a partir disso, conseguimos nos aproximar da *coisa*. Uma vez que a coisa tem importância, porque é nela que eu bato, pois, quando estou falando da coisa mesma, estou falando de um texto e, quando falo em texto, estou, ao mesmo tempo, falando de tradição, de uma tradição autêntica, uma tradição testada que me foi entregue por alguém. Então, esse é o modo pelo qual temos substancialmente de fazer testes, da distância temporal. Porém, se eu sou *procedimentalista*, assim como é Alexy, partimos inserindo números de maneira puramente *arbitrária*, sem guardar qualquer relação com a *substancialidade*, colocando números e graus no nível do *sopesamento*.⁵⁸

Esse erro se torna fulcral no interior de uma teoria procedimental. Eu posso perguntar o critério semântico de verdade. É importante, se eu disser “chove lá fora”, e se alguém me contestar e disser “não chove lá fora”, tudo estará bem, porque não chove lá fora, uma vez que eu posso demonstrar isso.⁵⁹ Mas se eu disser que é alta a *intensidade da intervenção* de M1

produzimos teorias mais concretas. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 274). Também convém destacar a importante observação de Streck, para quem o indivíduo, no seu cotidiano, sofre um conjunto de constrangimentos decorrentes da linguagem pública construída na intersubjetividade. Por isso, não estabelece sentidos arbitrários. No plano dos discursos científicos e no âmbito do discurso jurídico e das práticas cotidianas que são descritas e prescritas por aquilo que chamamos de doutrina jurídica, também não podemos “trocar o nome das coisas”, tampouco agir como nominalistas. Aqui assume importância o “constrangimento epistemológico”. Observemos a relevância do estabelecimento de constrangimentos epistemológicos quando levamos em conta que, no âmbito de Direito, o Supremo Tribunal Federal possui a “última palavra” sobre as controvérsias e a interpretação das leis e da Constituição. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 42.)

⁵⁸ Colocar esta questão implica admitir a peculiaridade da situação na qual a compreensão se converte em tarefa científica a admitir que é necessário chegar a elaborar esta situação como hermenêutica. *Todo encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesma a relação de tensão entre texto e presente*. A tarefa hermenêutica consiste, então, explica Hans-Georg Gadamer, em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, e, sim, em desenvolvê-la conscientemente. Por esta razão é que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte histórico que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria lateralidade e por isto destaca o horizonte da tradição com respeito a si próprio. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 82.)

⁵⁹ A hermenêutica não recusa o nível lógico-epistêmico. A compreensão deve ser sempre ser explícita em um nível apofântico. O que não podemos fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos e pensar, por exemplo, que um enunciado já contenha todas as suas hipóteses de sentido ou que este seja meramente performativo. A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos e dispensar o âmbito ôntico. Isto é, são os elementos objetivos (ônticos) que podem, de plano, afastar incongruências, contradições e falácias linguístico-discursivas presentes nas decisões judiciais. Portanto, esta ferramenta/critério pode ser útil para afastar as respostas incorretas, inadequadas e/ou falsas. Streck destaca o seguinte exemplo: Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. [...] Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos. Observe-se: não se trata de simplesmente apelar para uma verificação empírica *stricto sensu*. No plano hermenêutico, trata-se de buscar na tradição autêntica. (Idem. Ibidem p.260.)

(*Supremacia do Interesse Público*) ou, de outro modo, se eu sustentar que é leve a *intensidade* de M2 (*Inviolabilidade à Privacidade*), indiscutivelmente, eu necessitaria de uma substancialidade para suspender os juízos morais e discricionários do julgador.

E aqui está o desmonte da teoria de Alexy. Se eu arbitro a *intensidade da intervenção* do Princípio do interesse individual como *leve*, e outro intérprete a arbitra como *mediana*, não há certo ou errado, pois o critério utilizado por Alexy se coloca em aporia neste caso, pois arbitramento sem substância não resiste nem mesmo a opiniões morais diferentes das minhas.⁶⁰ Assim, se eu tenho que recorrer à *substância*, inexoravelmente, cai por terra a teoria alexyana.

A própria teoria da argumentação,⁶¹ ainda que bem estruturada, deixa um espaço, e, inclusive, Alexy reconhece que é o espaço do “discursivamente possível”, no qual, muito embora eu esteja observando as regras, eu tenho condições de justificar a decisão “A” ou “B”.⁶²

Ainda, convém destacar que, tecnicamente, o COAF constitui típica Unidade de Inteligência Financeira (UIF) administrativa.⁶³ A Lei nº 9.613, de 1998 subordinou-o ao Poder Executivo. E, as razões que levaram os representantes políticos a situar o COAF fora dos órgãos tipicamente responsáveis pela persecução penal no Brasil estão intimamente conectadas à consolidada orientação jurisprudencial do STF no sentido de que o afastamento do sigilo

⁶⁰ Aqui, convém observar o que Dworkin destacou quando tratou do tema sobre responsabilidade moral na obra *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Disse ele: “quando estou diante de um indivíduo cujas opiniões morais diferem radicalmente das minhas, não posso ter a esperança de encontrar em meu conjunto de razões e argumentos algo que ele possa aceitar sem ser, a seus próprios olhos, irracional”. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 151).

⁶¹ Idem. *Ibidem* p. 21.

⁶² O discurso jurídico é prático, por se constituir de enunciados normativos. É racional por se submeter à pretensão de correção discursivamente obtida. É especial, por se subordinar a condições limitadoras ausentes no discurso prático racional geral, a saber – a lei, a dogmática e os precedentes. Essas condições, que institucionalizam o discurso jurídico, reduzem consideravelmente seu campo do discursivamente possível, na medida em que delimitam mais precisamente de quais premissas devem partir os participantes do discurso, fixando ainda as etapas da argumentação jurídica, mediante as formas e regras dos argumentos jurídicos. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schikd Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39).

⁶³ A experiência comparada fornece quatro modelos básicos de estruturação das UIFs, que são marcados por características próprias influenciadas pelas peculiaridades dos ordenamentos jurídicos de cada país: as UIFs persecutórias, as UIFs coercitivas, as UIFs administrativas e as UIFs mistas.⁶³ As UIFs do primeiro tipo, persecutórias, são instaladas no âmbito do próprio Poder Judiciário. Nesses casos, as informações são recebidas e processadas diretamente pelas autoridades responsáveis pela persecução penal. Esse tipo de UIF é mais comum nos países em que o Ministério Público integra o Poder Judiciário e é responsável por conduzir as investigações, como Luxemburgo. As UIFs coercitivas constituem órgãos de inteligência aos quais são atribuídos poderes coercitivos próprios. São dotadas de autoexecutoriedade. Assim, podem realizar o sequestro de ativos e promover investigações de operações suspeitas. O Reino Unido adota esse modelo. Já as UIFs mistas reúnem características dos diferentes modelos existentes. O mais importante, para a compreensão do regime jurídico brasileiro de inteligência financeira, é modelo denominado administrativo. (FATF (2012-2019), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France. Disponível em: <www.fatf-gafi.org/recommendations.html>. Acesso em: 27 de julho de 2019.)

bancário exige prévia autorização judicial devidamente fundamentada, especialmente quando as informações decorrentes da quebra de sigilo bancário forem destinadas a promover a persecução penal, logo seria irracional a Corte Suprema decidir contrariamente com relação ao COAF, pois com coerência e integridade, espera-se que o STF decida que o COAF não possa compartilhar movimentações específicas de possíveis investigados sem autorização judicial devidamente fundamentada.

Por fim, diante do espaço de mobilidade do intérprete deixado por Alexy discursivamente possível, no qual, ainda que observando as regras, há condições de justificar a decisão “A” ou “B”, permanecendo assim, a indeterminação do direito, sugere-se a necessária observância ao princípio da proporcionalidade, que apresenta duas vertentes, quais sejam, a vedação de excessos (*Übermassverbot*) e a vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*), numa espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais, a proteção negativa, que tutela as ações excessivas, e a proteção positiva contra omissões estatais,⁶⁴ a necessária observância ao princípio da proporcionalidade, de origem alemã, que apresenta duas vertentes, quais sejam, a vedação de excessos (*Übermassverbot*) e a vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Por fim, conclui-se que, a decisão liminar do Presidente do Supremo Tribunal Federal nos autos RE 1.055.941/SP se adequa ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), considerando que o COAF nos termos do artigo 15 da Lei 9.613/98, encontra-se autorizado somente a prestar informações financeiras aos órgãos acusadores de dados “globais”, e precipuamente, posto que a liminar corrige a proteção insuficiente que o Princípio da Intimidade preconizado no 5º, Inc.X e XI da Constituição Federal vinha sofrendo diante das costumadas investigações instauradas a partir do compartilhamento de informações financeiras específicas do COAF entre autoridade policial e Ministério Público, sem a devida autorização judicial fundamentada.

REFERÊNCIAS

⁶⁴ - STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em: 27 de julho de 2019.

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schikd Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana, 2004.

_____. Derecho Constitucional e Derecho Ordinário- Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinária. In: _____. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. "Postcript". In: **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press. 2002.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar – Fundação Getúlio Vargas. v. 17, p. 267-279, jul.-dez. 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 julho. 2019.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da Argumentação**. A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 14ª. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2014.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.