

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

RUI DECIO MARTINS

THIAGO LOPES DECAT

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

REGRAS DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY E REFLEXÕES SOBRE A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ANÁLISE DE CONFLITO DE DIREITOS EM CASO CONCRETO DE INFANTICÍDIO EM ALDEIAS INDÍGENAS

ROBERT ALEXY'S RULES PONDERATION AND NARCISO BAEZ'S THEORY OF DOUBLE SIZE OF HUMAN RIGHTS IN ANALYSIS OF RIGHTS IN CONFLICT INFANTICIDE CONCRETE CASE IN INDIGENOUS VILLAGES

Rogério Gesta Leal
Fabio Biasi Pavão

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o tema da colisão de princípios e direitos fundamentais sob o prisma da teoria de Robert Alexy e de reflexões sobre a dupla dimensão dos direitos humanos de Narciso Leandro Xavier Baez. Para tanto, propõe uma análise dos conceitos elaborados por Robert Alexy sobre normas e princípios e situações de conflitos entre direitos. Alexy propõe regras de ponderação como alternativa à solução de conflitos entre princípios, proporcionando a prevalência de um sobre outro no caso concreto por meio da aplicação de uma fórmula. Baez apresenta a teoria da dupla dimensão dos direitos humanos como alternativa à solução de casos nos quais ocorre violação dos direitos humanos, servindo de ferramenta para a solução de aparente conflito entre direitos nessas situações. No artigo, expõe-se o caso de infanticídio em aldeias do norte do Brasil, onde os aspectos culturais daqueles povos conflitam-se com o direito à vida das crianças assassinadas. A aplicação da teoria de Alexy e a tese de Baez conduzem a resultado similar, demonstrando efetividade no uso de ambas para a interpretação de casos de conflitos entre princípios e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ponderação, Conflitos entre princípios, Dimensões da dignidade humana, Infanticídio indígena

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the issue of the collision of fundamental principles and rights in the light of the theories of Robert Alexy and the theory of the double dimension of the human rights Narciso Leandro Xavier Baez. It proposes an analysis of the concepts developed by Robert Alexy on norms and principles and situations of conflicts between rights. Alexy proposes weighting rules as an alternative to resolving conflicts between principles, providing the prevalence of one over the other in this case by applying a formula. Baez presents the theory of the double dimension of human rights as an alternative to the solution of cases in which there is violation of human rights, serving as a tool for resolving apparent conflicts between rights in these situations. In the article, exposes the case of infanticide in northern villages of Brazil, where cultural aspects of those people are in conflict with the right to life of the murdered children. The application of Alexy and Baez theories lead to

similar results, demonstrating effective use of both for the interpretation of cases of conflicts between fundamental principles and rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ponderation, Conflicts between principles, Dimensions of human dignity, Indigenous infanticide

1. Introdução

Objetiva-se nesse artigo analisar o tema da colisão de princípios e direitos fundamentais sob o escopo das teorias de Robert Alexy, bem como sob o olhar da análise da dupla dimensão dos direitos humanos, de Narciso Baez.

A relevância do tema decorre da evolução da interpretação do direito, quando se abdicou de simplesmente utilizar os princípios constitucionais como recomendações morais, e passou a interpretá-los na plenitude de seu caráter normativo.

Surgem dúvidas quando os princípios, após aceitos como normas, representam interpretações distintas na análise de um caso concreto e findam por colidirem entre si. Qual direito deve prevalecer no caso de conflito? Qual método utilizar objetivando a decisão mais acertada ?

Robert Alexy apresenta a ponderação como a forma mais capaz de resolver problemas entre conflitos eventuais entre princípios, por meio da análise do valor abstrato do direito em conflito, sua relevância no caso prático e afetação com a aplicação do outro direito conflitante.

Por outro lado, Narciso Xavier Baez apresenta uma visão sobre a dupla dimensão dos direitos humanos, a qual considera ser uma ferramenta para solução prática em situações de violação de direitos humanos, bem como análise de qual direito deva prevalecer em situação de conflito nos casos concretos.

Para tanto, faz-se necessário compreender o conceito de normas de direitos fundamentais desenvolvidos por Alexy, a diferença entre regras e princípios e o estudo sobre a colisão dessas espécies entre si.

Quanto a dupla dimensão dos direitos humanos, necessário também estudar a construção do conceito ético dos direitos fundamentais, baseado na dignidade humana ao nível cultural, quando se evidencia a existência de duas dimensões de direitos.

O estudo proposto por Narciso Xavier Baez quer servir de ferramenta para *a defesa da universalidade dos direitos humanos fundamentais em um contexto multicultural*.

Após a análise dos conceitos e teorias estudadas pelos dois autores, cumpre utilizá-las na prática, tomando por base um caso concreto, consistente da prática indígena de infanticídio em algumas aldeias do Brasil.

Por meio dessas reflexões vai-se tentar encontrar uma solução diante do impasse

existente entre a preservação do direito à expressão cultural daqueles povos e o direito à vida dos membros daquelas aldeias.

Intenta-se verificar se as ferramentas propostas pelos autores como ferramentas para solução de conflitos entre princípios ou direitos conduzem a um mesmo resultado final ou se apresentam diferenças relevantes, que possam proporcionar interpretações diferentes.

Para tanto, far-se-á uso nessa pesquisa do método científico hipotético-dedutivo, caracterizado pela possibilidade de se eleger proposições hipotéticas possivelmente viáveis como ferramentas para abordagem do objeto concreto. A partir do método, essas ferramentas tendem a ter sua viabilidade testada e seus resultados comparados.

2. Exposição do caso concreto a ser analisado

Entre as tribos indígenas mais isoladas, como os suruwahas, ianomâmis e kamaiurás, as crianças que são filhas de mães solteiras ou apresentam deficiência física ou intelectual, são vítimas de um ritual que, apesar de representar uma tradição desse povo, gera atritos entre os próprios membros da aldeia.

Crianças recém-nascidas nas quais são detectados os parâmetros para que sejam excluídas da convivência, são enterradas vivas ou mortas por afogamento.

Em algumas tribos, quando uma índia está prestes a dar à luz um filho, vai até à floresta sozinha. Se a criança é perfeita e do sexo desejado, voltará com ela para a tribo. Caso contrário, se não for do sexo desejado ou tiver algum defeito ou suposição de defeito, como lábio leporino, marca de nascença, forem gêmeos ou outra circunstância que considerem anormal, ela é afogada, estrangulada ou enterrada viva, quando não simplesmente deixada para morrer. Segundo Souza, (p. 08, 2010):

“Ninguém fala do assunto. O único som capaz de quebrar o silêncio e o choro da criança na mata. Mas o silêncio logo volta quando a criança morre, comida por algum animal ou vitimada por alguém da tribo que, farto com o barulho, acabou com o “problema” através de um golpe de tacape ou do estrangulamento.”

Estima-se que essa prática aconteça em pelo menos 13 etnias indígenas no Brasil.

Em algumas aldeias, localizadas no estado do Roraima, a mãe é compelida a levar seu filho recém-nascido, portador de alguma deficiência, para um lugar afastado, e lá, distante de testemunhas e sem qualquer auxílio, mata a criança.

O antropólogo Mércio Pereira Gomes ensina que o índio só enxerga o seu

semelhante como tal, como uma pessoa, quando é recebido pela sociedade. O índio ao matar a criança não a considera como um ser completo, como um indivíduo. Sob o ponto de vista antropológico, no prisma dessa lógica cultural, isso não se trata de um caso de desumanidade.

Denis Lerrer Rosenfield (apud SOUZA, p. 12, 2010), entretanto, afirma:

“A política indigenista aí enraizada, com apoio explícito de movimentos ditos sociais, termina por pactuar com comportamentos que atentam diretamente contra a própria Constituição. Em nome do relativismo moral, da igualdade entre todas as culturas, comportamentos dos mais inusitados, para não dizer bárbaros, são admitidos.”

Entre os Yanomami, o infanticídio é a maior causa de morte de crianças menores de 1 ano. Demonstrou que em 2004 foram mortas 68 crianças. Já no ano de 2005, o número havia subido para 98 mortes. (Souza, 2010)

Segundo Erwin Frank (apud SOUZA, p. 15, 2010), essa tradição é a expressão da autonomia da mulher decidir entre a vida e morte de seu filho, com objetivo de evitar malformações e escolha do sexo das crianças. Afirma o autor que “Isso explica a quase inexistência de malformações congênicas, deformidades e anomalias cromossômicas como a Síndrome de Down entre os Yanomami”.

Hoje não existem números oficiais no Brasil que exponham com precisão o número de crianças mortas por questões culturais entre indígenas, mas por certo não são menos do que centenas (Souza, 2010)

As mais conhecidas e praticadas formas de infanticídio são por asfixia, pela prática de enterrar a criança viva, envenenamento ou abandono no matagal. Acredita-se também, entre os índios, que uma criança nascida com malformação seria incapaz de suportar a vida na mata.

A questão que deriva da exposição do caso concreto é a colisão existente entre o direito à expressão da cultura desses povos indígenas e o direito à vida dos membros da aldeia. A resposta pode parecer simples quando decorrente da valoração subjetiva do intérprete. No entanto, solucionar esse conflito de forma racional, sem que estejam a frente da análise do caso valores pessoais, requer o uso de ferramentas adequadas.

Para tanto, objetiva-se nesse artigo utilizar as ferramentas propostas por Robert Alexy, por meio da reprodução de sua fórmula para solução de conflitos entre direitos fundamentais, como também a teoria da dupla dimensão dos direitos humanos, proposta pelo Prof. Narciso Baez.

3. Conceito de normas de direitos fundamentais por Robert Alexy

Ensina o autor que existe uma relação bastante estreita entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental propriamente. Para que se possa ter um direito fundamental, faz-se necessário que uma norma o garanta. (Alexy, 2006)

Fica claro então que, segundo o autor, existe a necessidade de que o direito fundamental seja positivado para que esteja reconhecido como tal.

Entende, no entanto, que a recíproca não é verdadeira, pois pode existir norma de direito fundamental que não outorgue direito subjetivo

Segundo Alexy, o conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito é inesgotável, vez que a sua definição depende de decisões sobre o objeto e o método da disciplina, o que faz renovar as definições de acordo com cada posição que é tomada.

A conceituação de normas de direitos fundamentais partilha de todas as dificuldades existentes no intento de se conceituar qualquer norma.

As normas de direitos fundamentais seriam aquelas normas que estão inclusas no rol de direitos fundamentais do texto constitucional. Faz-se necessário também que a designação dessa norma, ou sua inserção no texto constitucional, como direito fundamental, seja correta, vez que meramente estar inclusa no texto, sem que devesse estar, não faz dela uma norma de direito fundamental. (Alexy, 2006)

Também são normas de direitos fundamentais aquelas atribuídas, decorrentes da jurisprudência que as sustenta em normas de direitos fundamentais abertas.

A conceituação trabalhada por Alexy aplica-se com facilidade à Constituição Federal brasileira, vez que o Título Princípios Fundamentais dispõe de rol de direitos que são indispensáveis, bem como os Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais e o art. 5º parágrafo 2º da Constituição estabelecem que os direitos e garantias expressas na Constituição não excluem aqueles que, apesar de não expressos, forem compatíveis com o regime e os princípios existentes. (Sobral, 2012)

4. A Estrutura das normas de direitos fundamentais

A mais importante diferenciação para a análise da estrutura de normas de direitos

fundamentais é realizar a distinção entre regras e princípios. Fazê-lo pode ser a chave para solução de problemas sobre direitos fundamentais. Entende o autor que pode levar inclusive a melhor compreensão da diferença de competências entre a corte constitucional e o legislativo, bem como os efeitos dos direitos fundamentais diante de terceiros. (Alexy, 2003)

A princípio, esclarece o autor que tanto regras quanto princípios são normas, pela simples razão de expressarem “o que deve ser”. Podem ser formulados com o uso de “expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. (Alexy, 2003)

Sob o ponto de vista do critério da generalidade, princípios são normas com grau de generalidade alto e as regras são normas com grau de generalidade baixo. (Alexy, 2003)

O critério da generalidade pauta a tese daqueles autores que consideram que regras e princípios possam ser divididos entre si de forma consistente e relevante, mas entendem que a diferenciação decorre apenas do grau.

Os princípios também contam com a característica de serem razões para que as regras existam, o que não impedem que façam vezes de regras em determinados casos.

Alexy, por sua vez, compreende que regras e princípios possam ser diferenciados entre si, mas essa diferença não é meramente gradual. Existe também uma diferença qualitativa. (Alexy, 2006)

Conclui o autor a análise da diferenciação entre regras e princípios com uma característica que julga bastante precisa para que se realize a distinção: *princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, razão pela qual são considerados mandamentos de otimização. Já as regras, ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Não há gradação. Cumpre-se a exigência ou não.

A respeito da diferenciação entre normas de direitos fundamentais e disposições de direitos fundamentais, ensina Alexy que não podem ser confundidas. Uma única disposição sobre direitos fundamentais pode ser a expressão de diversas normas. Existem também normas que não são derivadas de disposições jusfundamentais. As normas são expressas ou implícitas nas disposições sobre direitos fundamentais. Resta considerar que as normas são resultados do exercício interpretativo de disposições, razão pela qual o número de normas é tal quantas forem interpretações viáveis das interpretações de disposições de direitos fundamentais.

5. Colisões entre princípios e conflitos entre regras

A possibilidade de satisfação ou não, sem meios termos, existentes entre as regras, implica que na hipótese de conflitos entre regras, uma delas necessariamente precise ser declarada inválida ou que seja inserida uma cláusula de exceção que possa solucionar o conflito.

Trata-se do princípio da especialidade, que resulta na aplicação da regra mais específica em detrimento da regra geral.

Quando o conflito existente decorre de colisão de princípios, um deles necessariamente terá de ceder. No entanto, não há que se falar nesse caso de extirpação de um deles do ordenamento jurídico. O que ocorre é uma prevalência de um sobre outro.

Quando dois direitos ou garantias fundamentais entram em conflito, a interpretação do caso deve ser pautada pelo uso do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, otimizando os benefícios e evitando *sacrifício total de uns em relação aos outros*. Ocorre então uma redução proporcional no alcance de cada princípio ou direito. (Moraes, 2002)

Sobre a lei de colisão, Alexy ensina que no conflito de princípios, nenhum deles deve gozar, por si só, de prioridade. Sugere então que seja feito o que chama de *sopesamento* entre interesses conflitantes, objetivando definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto, ainda que, abstratamente, tenham o mesmo valor.

Nesse artigo, será feita análise de caso prático envolvendo homicídio de aldeões indígenas que nasceram com incapacidades físicas ou intelectuais, fato que decorre da tradição e cultura daquele povo.

Notoriamente, há uma colisão entre princípios. O que resta claro, desde já, pelo ensinamento de Alexy, é que se não houvesse qualquer princípio envolvido (dignidade da pessoa humana ou direito à vida), além do direito à preservação das práticas culturais daquele grupo, não existiria qualquer discussão. O mesmo ocorreria se apenas o direito à vida estivesse presente na interpretação do caso concreto.

Quer se demonstrar, portanto, que os princípios analisados por si só, ignorando o outro que conflita, levam a conclusões distintas. A tentativa de introduzir uma exceção a um ou outro princípio, como poderia ser feito no caso das regras, não traz solução ao impasse.

Havendo então conflito entre os princípios, sugere Alexy que seja utilizada uma *relação de precedência* entre eles, com o fim de fixar condições nas quais um princípio tem

precedência em face do outro.

Considerados isoladamente, o direito à vida levaria a um juízo concreto de *dever-ser* contraditório em face do direito à cultura. Estabelecendo então uma relação de precedência, condicionada ou incondicionada, Alexy propõe solução para a referida colisão.

O direito à cultura tem previsão inicialmente no art. 5º da Constituição Federal, no rol de direitos e garantias fundamentais. No inciso LXXIII, a Constituição dispõe:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

No art. 210 da Constituição Federal, é expresso que “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”.

No entanto, é na Seção II, Da Cultura, que a Constituição Federal protege de forma completa o princípio que ora analisamos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Quanto à proteção da vida, o art. 5º da Constituição Federal dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Resta portanto claro, que no caso específico, estão em jogo dois princípios oriundos do texto constitucional. Para esse tipo de questão, Alexy explica que não deve haver relação de precedência entre um e outro, ensinando que essa previsão deve valer para todos os princípios que derivarem do texto constitucional. (Alexy, 2006)

A precedência, no entanto, deve ocorrer de forma condicionada ao caso concreto. Resta então apurar quais dos princípios tem mais peso na situação específica analisada. Os pesos não são quantificáveis, mas sugere o autor que deva ser *manifesta* a diferença de peso entre um princípio e outro para o caso concreto.

Se a ação de violar a vida de membros da aldeia resulta em violação ao direito

fundamental à vida, ela é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Então, se essa ação preenche as condições de precedência, ela é proibida.

Alexy, (p. 99, 2006) sobre isso, explica que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

Define então o parágrafo supracitado como *lei de colisão*, fundamento para teoria de princípios que defende.

Os princípios representam conteúdo que pode ser afastado por razões contrárias. Para o autor, “[...] a forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio”. (Alexy, 2006, p. 104)

6. Modelo de Ponderação

Para Alexy, um maior aprofundamento sobre o método anteriormente explicitado pode ser feito para que seja contemplada de forma mais ampla a necessidade de racionalidade na utilização de seu método.

Criticado por possível falta de racionalidade em seu método, Alexy buscou a fórmula de ponderação como saída para uma solução racional na colisão entre princípios. Com o uso de uma “fórmula peso”.

O método requer a valoração de princípios de forma abstrata, uma etapa que dificilmente terá consenso, na medida em que se espera que o intérprete valora princípios diferentes sem a aplicação do caso prático.

Em diferentes etapas, o intérprete tem a tarefa de definir o grau de não cumprimento ou prejuízo gerado pelo cumprimento de um princípio e do outro colidente. Para tanto, estabelece-se graus de 1, 2 ou 4.

Analisa-se a importância também dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, por meio da definição da importância da satisfação do princípio oposto.

Por fim, resta realizar a tarefa de ponderação em sentido específico, quando se analisa se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro no caso concreto.

Por mais que não consiga racionalizar por completo a tarefa de solução de conflitos entre princípios, de forma incontestável Alexy consegue expor ao intérprete do direito o que

realmente precisa ser considerado na análise de colisão de princípios.

A ponderação trata-se de um método, de certa forma, ainda subjetivo, pois requer a análise do intérprete que, por sua vez, certamente utilizará a fórmula com influência de sua opinião pessoal.

Ao destinar ao intérprete a tarefa de atribuir valores 1, 2 ou 4 aos fatores em sua fórmula de sopesamento, Alexy frustra a expectativa de aplicação absolutamente racional da fórmula, vez que os valores não podem ser justificados sem que se verifique a utilização do juízo subjetivo do intérprete.

No intento de otimizar a racionalização e diminuir a carga de subjetivismo, Alexy propõe a fórmula abaixo, para solução de conflitos de princípios em casos concretos:

$$G_{i,j} = I_i \cdot G_i \cdot S_i$$

$$I_j \cdot G_j \cdot S_j$$

A utilização consiste em separar os dois princípios que estão em colisão no caso examinado e colocá-los de forma oposta na fórmula.

A letra “i” e letra “j” representam os direitos fundamentais que estão em conflito.

“G” trata-se do peso abstrato de cada princípio, ou seja, o valor que cada um tem independentemente do caso analisado.

“S” é a importância do cumprimento do princípio no caso concreto.

Por fim, “I” é o grau de intensidade da intervenção, ou seja, a insatisfação ou afetação de um dos princípios e o quanto um princípio ser escolhido influenciará em termos de insatisfação do outro.

6.1. Aplicação no caso concreto

No caso em questão, considera-se a colisão entre o direito à vida e o direito à expressão cultural ou exercício das tradições indígenas.

A princípio, cumpre analisar o valor abstrato de cada princípio, de forma isenta à análise do caso concreto em si. De um lado vê-se o direito à vida, um princípio fundamental. De outro, o direito ao exercício da cultura indígena, também um princípio fundamental.

Comparar o valor de uma vida, de forma abstrata, a toda cultura de um povo, abstratamente falando também, não é uma tarefa de grande facilidade.

É sabido, já de antemão, que na análise desse caso encontraremos maior clareza na diferença de valoração nas etapas seguintes. Considere-se portanto que o direito à vida tenha o mesmo valor abstrato que o direito à cultura indígena. Atribui-se o valor de 4, para ambos os direitos colidentes.

Após, passa a ser considerada a importância do direito no caso concreto, sob análise das provas disponíveis.

Cumpra aqui analisar que a proteção à vida resultaria no descumprimento de apenas um costume dentre os inúmeros que compõem a tradição daqueles grupos. Proteger de forma absoluta o direito à vida, impedindo que sejam mortas as crianças descritas na explicação do caso concreto, resulta em uma mudança de um único aspecto da tradição como um todo.

Entre evitar mortes na aldeia e a tradição ser respeitada nesse sentido, pode ser atribuído o valor máximo à proteção a vida e o mínimo ao respeito a essa tradição específica, resultando em 4 e 1. Isso decorre da baixa intervenção da proteção à vida diante de toda cultura indígena que continuaria preservada em caso de intervenção.

Quanto à análise da importância do direito fundamental justificador da intervenção, faz-se necessária a análise da ponderação em sentido específico, avaliando se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro. Considerando o caso concreto, a proteção ao direito à vida representa a salvação de centenas de crianças, razão que claramente justifica a parcial não satisfação do direito à expressão cultural indígena. Atribui-se então o valor de 4 e 1, mais uma vez, máximo e mínimo.

O resultado final seria então:

$$G_{i,j} = \frac{G_i 4 \cdot S_i 4}{G_j 4 \cdot S_j 1} = \frac{16}{4}$$

Com a utilização da fórmula, chega-se à conclusão de que, no caso concreto, deve ser preponderante o direito à vida sobre o direito à expressão cultural.

7. O conceito ético de direitos humanos fundamentais e as reflexões da dupla

dimensão dos direitos humanos

O conceito ético de direitos humanos fundamentais propõe a conciliação entre teses relativistas e teses universalistas de direitos humanos.

As teses relativistas caracterizam-se por considerar os direitos humanos como *resultado de um processo histórico, variável e relativo*, que tem forte dependência do contexto cultural existente na sociedade. (Baez, Orides, p. 30, 2012)

Entende-se com as teses relativistas que os direitos humanos estão sujeitos a variações de acordo com a sociedade na qual estão inseridos. Para tanto, faz-se necessário respeitar os costumes, as crenças e os valores da sociedade onde ocorre o caso concreto para que seja analisada a possível violação ou não de direitos humanos.

As teses universalistas marcam-se pelo entendimento de que a proteção aos Direitos Humanos não pode se submeter e limitar às especificidades culturais, sociais e de soberania de cada Estado. Baseia-se na ideia de que os seres humanos usufruem de direitos desde o seu nascimento.

Os universalistas defendem que os Direitos Humanos não devem ser dependentes de raça, gênero, religião, cultura ou ideologia, pois a sua natureza não decorre dessas condições ou dos limites do Estado.

Definir um conceito ético para os direitos humanos objetiva conciliar as visões relativistas e universalistas sobre o tema. Há certo consenso que os direitos humanos são formas de realização da dignidade humana, sendo este o *elemento ético nuclear* desses direitos. (KANT, 1980)

Segundo Kant (1980), a dignidade humana é característica pertencente a todos os seres humanos, a qual permite a autodeterminação dos indivíduos e impede que sejam tratados como meros objetos.

A dignidade humana não necessita estar positivada no ordenamento jurídico para existir, porque como um bem *inato e ético*, posicionado além de especificidades culturais e morais, deve ser respeitada mesmo em sociedades que não a reconhecem. (Baez, Orides, 2012)

Baez ensina que a dignidade humana deve ser considerada em dois níveis distintos: a dimensão básica, onde a teoria de Kant se enquadra, vez que se trata dos bens jurídicos básicos para a existência humana e autodeterminação do indivíduo, evitando que sejam

considerados objetos; a dimensão cultural, onde estão considerados os valores sociais, econômicos, políticos e culturais. (2012)

Baez então conceitua os direitos humanos (p. 18, 2012):

“são um conjunto de valores éticos, positivados ou não, que tem por objetivo realizar a dignidade humana em suas dimensões: básica (protegendo os indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos) e cultural (protegendo a diversidade moral, representada pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana).”

O conceito apresentado é capaz de conciliar as duas dimensões da dignidade humana, viabilizando uma forma não-conflituosa entre teorias universalistas e relativistas.

7.1 Análise do caso concreto por meio da dupla dimensão dos direitos humanos

Analisando o caso concreto utilizado anteriormente nesse trabalho sob o prisma das duas dimensões da dignidade humana estabelecidas na teoria da dupla dimensão, vê-se que o ato de a tribo impor a pena de morte aos membros portadores de deficiência faz com que sejam reduzidos à condição de objeto, retirando dos mesmos o *status* de pessoa como sujeito de direitos.

Sob o aspecto cultural, inerente à segunda dimensão da dignidade humana, a prática realizada na referida aldeia impõe um ritual cultural que desrespeita de forma absoluta a dignidade humana dos indivíduos que são assassinados e de seus familiares.

Não há uma escolha para o indivíduo portador de necessidade especial e sua família quanto aos valores morais e culturais que possam seguir, vez que a imposição da aldeia é absoluta, resultando, no caso de resistência, na necessidade de se fugir daquele meio para evitar a morte.

A prática cultural não pode ser uma exigência que prive o sujeito de escolhas e da adoção livre de valores morais, sob pena de ser violada a dignidade da pessoa humana.

A dimensão cultural da dignidade humana consiste na forma sob a qual as condições da dignidade humana em sua dimensão básica são implementadas no grupo. Não abre, portanto, espaço para que haja uma escolha entre a preservação da primeira dimensão em detrimento da segunda, ou vice-versa.

É possível proteger os direitos humanos fundamentais sem que haja desrespeito à cultura de cada povo. Entretanto, a preservação da diversidade cultural deve ser expressada

por meio da realização da proteção da dignidade humana de um modo característico inerente à cultura de cada povo.

Essas tradições têm como limite para suas diversidades a barreira de não poder violar *o traço universal básico que distingue o ser humano de um objeto*. Trata-se da preservação da dignidade humana em sua dimensão básica.

Conclui-se portanto que por meio da aplicação da teoria da dupla dimensão dos direitos humanos constata-se violação à dignidade humana dos membros da tribo e de seus familiares que tem o direito à vida desrespeitado pela prática cultural existente naquele meio.

Apesar de serem utilizados parâmetros para análise de caso concreto diferentes daqueles ensinados por Alexy, por meio da ferramenta da teoria da dupla dimensão dos direitos humanos obteve-se o mesmo resultado prático no estudo do caso fático da colisão de princípios fundamentais, qual seja a prevalência do direito à vida sobre o direito à expressão cultural.

Importante observar que a conclusão similar obtida através das duas ferramentas reforça a segurança da solução do caso como ambas apontaram, bem como traz um forte indicativo de que as duas teorias são olhares diferentes que conduzem a conclusões similares a respeito do tema.

8. Considerações finais

Alexy define, na parte preliminar de sua exposição teórica, normas fundamentais como aquelas constantes do texto constitucional e lá denominadas como fundamentais. Fica claro que para o autor a norma precisa ter recebido essa titulação de forma adequada para que possa assim ser considerada.

Tal conceituação é bastante compatível com a Constituição Federal brasileira, que separa Título dedicado a direitos e garantias fundamentais. Importante a conclusão de Sobral, que salienta que mesmo normas não expressas no texto constitucional podem ser consideradas como fundamentais se forem compatíveis com os princípios expressos na constituição.

Sobre a diferenciação entre princípios e regras, Alexy ensina que os princípios são normas que buscam ser satisfeitas na maior medida possível, vez que regras caracterizam-se por serem ou não satisfeitas, incabível a parcialidade.

Sobre os conflitos entre princípios, fica demonstrada que não se deve buscar a

precedência de um sobre outro de maneira abstrata no texto constitucional. O status de estar lançado ao texto constitucional posiciona os princípios sob situação de igualdade. Entretanto, quando da análise do caso concreto, faz-se necessário buscar a precedência de um sobre outro quanto as especificidades observadas no caso específico, como meio de solução do conflito entre os princípios.

Buscando racionalizar a equação de solução de conflitos entre princípios, Alexy estabelece as regras de ponderação por meio de uma fórmula, na qual são lançadas valorações sobre os princípios de forma abstrata, sob suas relevâncias quanto ao caso concreto e a forma de afetação de um sobre o outro.

Tal regramento conduz a interpretação de uma situação conflituosa a caminhos mais claros na análise do caso concreto.

Sobre a dupla dimensão dos direitos humanos, tem-se que os direitos humanos são valores éticos que podem ou não constar no ordenamento do Estado e que visam proteger a dignidade humana na dimensão básica (evitando a coisificação) e na dimensão cultural (proteção da diversidade moral em cada meio social diverso em que é implementada a dignidade humana).

Na análise do caso concreto, qual seja os episódios de infanticídios costumeiramente realizados em aldeias indígenas do norte do país, seja por meio das regras de sopesamento de Robert Alexy ou pelas reflexões sobre a dupla dimensão dos direitos humanos de Baez, constatou-se que o direito à vida deve preponderar sob a proteção às expressões culturais verificadas naquelas tribos que resultam em infanticídios.

9. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. Ed. Malheiros. São Paulo, 2006.

_____. **Constitucional Rights, Balancing and Rationality**. Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos** In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Desafios da

Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias, 19, 2010, Florianópolis. Anais... Florianópolis, 2010, p. 7120-7134.

_____. **Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos e sua utilidade prática para a solução de *hard cases* envolvendo a violação de direitos fundamentais.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>. Acesso em 07/06/2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MEZZARROBA, Orides. **A Proibição do uso da burca na França sob a ótica dos direitos humanos fundamentais: proteção da dignidade humana ou imposição de um imperialismo cultural?** - Revista de Direito UNISC, p .01-30, Santa Cruz do Sul, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** In: Os pensadores – Kant (II). Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002

SOBRAL, Jeana Silva, **Teoria dos direitos Fundamentais por Robert Alexy: Norma Jurídica e Princípio da Proporcionalidade. Aplicação no Direito do trabalhos.**

Publicado em 2012.

Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2271> . Acesso em 05.06.2015

SOUZA, Raymon de Souza. **Infanticídio indígena no Brasil: a tragédia silenciada.**

Disponível em <http://saintgabriel-international.com/infanticidio.htm>

Acesso em 07.06.2015.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012 – Crianças e Adolescentes do Brasil.** 1ª ed. Rio de Janeiro, RJ, 2012. Disponível em: Acesso em 10 abr. 2013.