



A TEORIA DA PONDERAÇÃO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N. 494.601/RS: DA CONSTITUCIONALIDADE DA SACRALIZAÇÃO DE ANIMAIS EM CULTOS DE MATRIZ AFRICANA

THE THEORY OF WEIGHTING AND THE EXTRAORDINARY APPEAL WITH GENERAL REPERCUSSION N. 494.601/RS: OF THE CONSTITUTIONALITY OF ANIMALS SACRALIZATION IN CULT OF AFRICAN MATRIX

Eliziane Fardin de Vargas¹

Victória Scherer de Oliveira²

RESUMO: Em um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal é responsável por comportar a pluralidade da sociedade, e, portanto, a Constituição passa a prever interesses, valores e direitos variados, o que pode, eventualmente, ocasionar uma colisão entre esses diversos direitos (BARROSO, 2011, p. 352). O fenômeno da colisão de direitos fundamentais decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, já que esses geralmente são enunciados através de princípios, princípios esses que, por sua vez, são compreendidos como mandamentos de otimização, estabelecendo obrigações que podem ser atendidas de diversas formas (MARMELSTEIN, 2014, p. 366). Porém, diferentemente do que ocorre com as normas, para as quais o modelo de subsunção basta para solucionar eventuais conflitos, por ocasião da colisão de princípios ou de direitos fundamentais é necessária a aplicação da ponderação, isso quer dizer que o caráter de princípio implica na máxima da

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", coordenado pela professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X>. E-mail: <elizianefvargas@mx2.unisc.br>.

² Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PIBIC de Iniciação Científica pelo CNPq. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", coordenado pela professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Email: <scherer.vivi@hotmail.com>. Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8672944D6>>.



proporcionalidade e essa implica aquela, sendo que a máxima da proporcionalidade será aplicada em suas três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1993, p. 111-112). Com isso, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Repercussão geral n. 494.601/RS, a qual tratou da colisão dos direitos fundamentais de liberdade religiosa e da proteção da fauna e flora, levanta-se o seguinte problema de pesquisa: a teoria da ponderação foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do Recurso Extraordinário 494.601/RS para solucionar o conflito entre os direitos fundamentais à liberdade religiosa e o direito à proteção da fauna e flora? Para tanto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise bibliográfica conceitual a respeito da teoria da ponderação e, em seguida, partindo para a análise jurisprudencial do Recurso Extraordinário 494.601/RS. Tem-se como método procedimental o método analítico, através do qual busca-se averiguar se o Supremo Tribunal Federal utiliza da teoria da ponderação no caso supramencionado. Como técnica de pesquisa, utiliza-se da documentação indireta, servindo-se dos aportes doutrinários como embasamento para a análise jurisprudencial a ser desenvolvida. A fim de responder ao problema de pesquisa proposto, objetiva-se, inicialmente, desenvolver uma conceituação sobre a teoria da ponderação e o contexto do seu surgimento na doutrina alemã, abordando a natureza principiológica dos direitos fundamentais, a ineficiência da utilização da subsunção para fins de resolução do conflito entre direitos fundamentais e a necessidade da aplicação e desenvolvimento da teoria da ponderação - através de suas máximas da adequação, necessidade e sopesamento - para que seja possível obter a solução desses casos. A partir disso, em seguida, averigua-se se o Supremo Tribunal Federal utilizou da ponderação na decisão do Recurso Extraordinário 494.601/RS para solucionar o conflito entre direito fundamental à liberdade religiosa e o direito fundamental à preservação da fauna e flora. Preliminarmente, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal não mencionou no acórdão a teoria da ponderação, assim como, inexistente qualquer elucidação à adequação, necessidade e sopesamento a fim de justificar a



relação meio-fim da medida adotada, percebe-se apenas a presença de argumentos desacompanhados da técnica ponderacionista explicitada na doutrina de Robert Alexy.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão de direitos fundamentais; ponderação; proteção de minorias religiosas; Recurso Extraordinário 494.601/RS; sacralização; Supremo Tribunal Federal

KEY-WORDS: Collision of fundamental rights; weighting; religious minorities protection; Extraordinary Appeal n. 494.601/RS; sacralization; Brazilian Federal Supreme Court

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. IN: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamento Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 295-304.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

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

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.