

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE DOUTORADO**

**FABIANO HARTMANN PEIXOTO**

**A DECISÃO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL  
E A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY: A  
PONDERAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**BRASÍLIA  
2015**

**Fabiano Hartmann Peixoto**

**A DECISÃO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL  
E A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY: a  
ponderação como estratégia de argumentação jurídica**

Tese apresentada ao  
Curso de Doutorado, do  
Programa de Pós-  
Graduação da  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília  
como requisito a  
obtenção do título de  
Doutor em Direito.

**Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler**

**Brasília  
2015**

Fabiano Hartmann Peixoto

A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica

Tese apresentada ao Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito a obtenção do título de Doutora em Direito, sendo submetida à Banca Examinadora em 30 de Março de 2015.

---

Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler  
Professor Orientador

---

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes  
Membro externo da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho  
Membro externo da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Membro da Banca Examinadora

## AGRADECIMENTOS

O momento de conclusão desse texto é também um instante de reflexão pessoal. E o pensamento é de gratidão. Gratidão aos meus Pais, Noé e Leoni, que sempre me ensinaram que o estudo realiza uma pessoa. As dificuldades que surgem em nossa vida acadêmica são compensadas pela satisfação de conquistar algo que nunca se perderá. Gratidão aos meus professores, para quem eu devo muito do que sou. Pelo que eles fizeram por mim pude escolher o que gosto e pretendo fazer por muito tempo: ser professor.

Nesse caminho tenho por referência minha Orientadora, Claudia Roesler. Não tenho dúvidas que ela sabe o respeito e admiração que tenho por sua trajetória acadêmica. Como exemplo que é para mim, reitero, que a melhor forma de retribuir a dedicação, cuidado e atenção com a minha orientação é buscar ser assim também na relação com meus alunos.

Nesse momento de reflexão outro bom sentimento aparece. Não poderia deixar de perceber que fui abençoado pela felicidade. Tive e tenho a companhia de Debora Bonat. São 15 anos felizes, muito felizes! Tivemos o prêmio de termos sido aprovados juntos no Doutorado da UnB. Estudamos e batalhamos juntos. Há um ano e dez meses, em maio de 2013, mais um prêmio..... que prêmio... Vieram Pedro e Miguel, nossos filhos gêmeos. Descobri... que a felicidade pode ser ainda mais feliz! Só tenho a agradecer.

Institucionalmente gostaria de registrar o privilégio que me foi oferecido pela Universidade de Brasília de ser seu aluno. Sempre serei grato e repleto de orgulho. Igualmente gostaria de agradecer o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundamental.

## RESUMO

A temática da justificação e da correção das decisões judiciais colocou um interesse ainda maior na compreensão das conexões entre decidir e argumentar. A partir da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy desenvolveram-se a ponderação e o sopesamento, direcionados à contribuição aos que buscam uma forma de racionalidade das opções decisórias. O Supremo Tribunal Federal, em especial, é frequentemente associado à ponderação e a Alexy quando enfrenta questões em que há colisão de princípios. A presente tese foi desenvolvida nesse cenário e tem como preocupação reunir, analisar e avaliar as decisões do Supremo Tribunal Federal que fizeram menção à ponderação e às teses de Robert Alexy. O objetivo foi compreender se a ponderação foi utilizada como mecanismo de solução das colisões de princípios, tal qual a matriz teorizada, ou se a ponderação estava associada a alguma estratégia retórica pragmática. Para tanto, no primeiro capítulo da pesquisa, o autor dedicou-se à análise teórica da argumentação jurídica e sua inter-relação com o Direito contemporâneo. No segundo capítulo, ainda com matriz eminentemente teórica, o estudo debruçou-se sobre a teoria desenvolvida por Robert Alexy acerca da argumentação jurídica, da ponderação e do sopesamento de princípios. Os três últimos capítulos trouxeram (além da necessária teorização) a aproximação do objeto estudado às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de um processo de investigação dos argumentos e da forma de construção dos mesmos para aferir a racionalidade das suas decisões.

Palavras-chaves: Princípios. Ponderação. Argumentação Jurídica. Colisão. Racionalidade. Supremo Tribunal Federal. Robert Alexy.

## ABSTRACT

The theme of justification and correction of judicial decisions placed an even greater interest in understanding the connections between deciding and arguing. From the theory of juridical argumentation and the theory of the fundamental rights of Robert Alexy, pondering and weighing were developed, in order to contribute to those who seek the rationale of decision-making options. The Federal Supreme Court, in particular, is often associated with pondering and Alexy when facing issues where there is collision of principles. This thesis was developed in this scenario and its concern is to gather, analyse and evaluate the decisions of the Federal Supreme Court that mentioned pondering and the theses of Robert Alexy. The objective was to understand whether pondering was used as a solution mechanism of the collisions of principles, such as the theorized matrix, or if pondering was associated with some pragmatic rhetorical strategy. To do so, in the first chapter of the research, the author devoted himself to theoretical analysis of juridical argumentation and its interrelationship with the contemporary Law. In the second chapter, yet considering an eminently theoretical matrix, the study focused on the theory developed by Robert Alexy on the juridical argumentation, pondering and weighing of principles. The last three chapters brought (in addition to the necessary theorization) the approach of the studied object to decisions handed down by the Federal Supreme Court, from a research process of the arguments and the way of their construction in order to gauge the rationale of its decisions.

Keywords: Principles. Pondering. Juridical Argument. Collision. Rationale. Federal Supreme Court. Robert Alexy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 DECIDIR E ARGUMENTAR: A FUNÇÃO CENTRAL DO ARGUMENTO NA DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>12</b>
2.1 Direito e Argumentação Jurídica .....	13
2.2 Direito e casuísmo: o problema da irracionalidade na solução dos conflitos.....	32
2.2.1 Regras do jogo pré-estabelecidas e a Argumentação Jurídica.....	37
2.3 O argumento e a argumentação como base para afastar a irracionalidade .....	40
<b>3 A JUSTIFICAÇÃO E A PONDERAÇÃO.....</b>	<b>45</b>
3.1 A justificação das decisões: a teoria da Argumentação Jurídica de Alexy e a tese do caso especial.....	46
3.2 Ponderação: a Teoria dos Princípios de Alexy e o sopesamento.....	70
3.3 Justificação coerência e racionalidade.....	82
<b>4 DESENVOLVENDO UM ESQUEMA, COM BASE NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, DE ORGANIZAÇÃO, ANÁLISE E AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS DECISÓRIOS.....</b>	<b>99</b>
4.1 Construindo um modelo de análise das decisões judiciais.....	100
4.2 Construindo um modelo de avaliação das decisões judiciais.....	110
4.3 Delimitando o objeto de trabalho: apresentação do catálogo de decisões do STF.....	115
<b>5 O ARGUMENTO INTENSO DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>119</b>
5.1 Aplicação do modelo de análise para o CONJUNTO 1.....	119
5.2 O uso da ponderação: avaliação do conjunto.....	186
<b>6 O ARGUMENTO PERIFÉRICO DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>190</b>
6.1 Aplicação do modelo de análise para o CONJUNTO 2.....	190
6.2 O uso da ponderação: avaliação do conjunto.....	258
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>263</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>268</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o processo de sublimação do positivismo jurídico, tendo como marco filosófico o pós-positivismo, houve, e ainda há, uma complexa demanda colocada à Teoria do Direito sobre as decisões judiciais: as exigências argumentativas. Muito disso, certamente pelo incremento das nuances plurais e polivalorativas da sociedade e a incidência, cada vez mais frequente, de normas-fim na atividade do julgador. Tal imposição coloca à prova a necessidade de justificação por argumentos das decisões.

Da década de 70 do Século passado, desenvolveu-se de forma mais estruturada, no âmbito de matrizes ocidentais do Direito, modelos teóricos que identificam os princípios na centralidade da estrutura do Direito: seu próprio fundamento denso de validade e vetor interpretativo. Diferentemente de uma estrutura modelada por regras, baseadas predominantemente na operação da subsunção, princípios seguem uma outra lógica, em determinado momento, preponderando um sobre outro, fundamentalmente segundo condições fáticas ou jurídicas apresentadas pelos casos complexos.

Nesse cenário, com a apresentação feita por Robert Alexy, de uma Teoria da Argumentação Jurídica e uma Teoria de Direitos Fundamentais (com uma abordagem sobre Teoria dos Princípios e Teoria dos Valores), muitas decisões judiciais, desde então, têm se apoiado nas regras e etapas argumentativas e na ponderação de princípios indicando referência na teoria de Alexy.

A ponderação, especialmente, vem sendo invocada com interessante frequência. No Supremo Tribunal Federal, de 2003 até 2014, 19 decisões, em temas variados, indexaram e fundamentaram passagens importantes de sua estrutura argumentativa na ponderação.

Entretanto, há uma interrogação: a invocada aplicação da ponderação segue efetivamente a matriz teórica desenvolvida? Há uma



dúvida se tal invocação não se apresenta como mais um tipo de argumento de uma construção retórica distorcida.

Da conclusão sobre essa interrogação, poder-se-á reforçar ainda mais o interesse pela aferição de uma base racional das decisões judiciais. Aliás, as teorias de Direito que transitam no espaço de construção argumentativa axiológica própria do pós-positivismo sofrem mais esse risco ao se *tropicalizar*. Esse processo pode afastar pressupostos democráticos, prejudicar a concretização de direitos fundamentais e os valores em construção próprios a nossa sociedade, provocando o reforço de estruturas de poder, tais como o alegado monopólio interpretativo avocado pelo Supremo Tribunal Federal em recente fundamentação de decisão<sup>1</sup>. Com isso, pode ser pavimentado o caminho para um incremento do ativismo judicial casuísta.

Verificando-se elementos da Argumentação Jurídica e a estruturação de argumentos feitas na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal, onde há colisão de princípios, será possível identificar a proximidade ou distanciamento com o modelo teórico desenvolvido e, portanto, a proximidade com um compromisso de coerência e justificação do conjunto decisório.

Dentro da relevância dos princípios para o Direito, e notada a frequência do uso da ponderação proposta e desenvolvida na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, as decisões do Supremo Tribunal Federal estariam aplicando a ponderação dentro do padrão teórico de justificação argumentativa, ou apenas fazendo uma afirmação retórica pragmática em sentido próximo a um argumento de autoridade?

Compreendendo as etapas (regras e formas) da Argumentação Jurídica e analisando a estruturação de argumentos feita na construção de decisões do Supremo Tribunal Federal, onde há colisão de princípios, será possível identificar a proximidade ou distanciamento com o modelo teórico desenvolvido para a ponderação e, portanto, a proximidade com um

---

<sup>1</sup> Decisão que deliberou sobre extensão dos efeitos da união civil a união homoafetiva.

compromisso de coerência e justificação desse conjunto decisório. A ausência de tal compromisso, com as conseqüentes escolhas justificadas de forma inconsistente, permitirá a sugestão de que tais decisões refletem a opção puramente pessoal do julgador, e o recurso à ponderação é feito apenas para um reforço retórico, passo largo para o ativismo e o casuísmo.

Seguindo os parâmetros da Argumentação Jurídica e da Teoria dos Princípios, analisar e avaliar se as decisões do Supremo Tribunal Federal, que argumentam pela ponderação de princípios, o fazem com coerência e justificação, conforme recomendado pelo modelo teórico.

Assim, com o presente trabalho buscar-se-á especificamente: 1) Demonstrar o argumento, teoricamente compreendido e estruturado, como atributo da decisão judicial; 2) Compreender o modelo teórico de Argumentação Jurídica e o papel da ponderação na Teoria dos Princípios desenvolvidos por Robert Alexy; 3) Desenvolver um esquema, com base na Teoria da Argumentação, de organização, análise e avaliação dos argumentos decisórios e 4) Analisar e avaliar os argumentos para a ponderação apresentados nas decisões do Supremo Tribunal Federal e verificar sua correspondência com o modelo teórico.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo analítico; na fase de Tratamento dos Dados, será analítico-avaliativo, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra mais indicada. Além da pesquisa jurisprudencial indexada, serão acionadas as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

O trabalho será estruturado em cinco capítulos. O primeiro Capítulo será dedicado à compreensão da função central do argumento na decisão judicial. Para tanto, inicialmente, serão abordadas as relações entre Direito e Argumentação Jurídica, destacando-se as fontes precursoras da Teoria da Argumentação Jurídica. Buscar-se-á também uma compreensão sobre o problema da irracionalidade na decisão sobre conflitos e o encaminhamento sugerido por Manuel Atienza, bem como a compatibilidade

entre alguns limites institucionais reconhecidos ao Direito e a oportuna importância da Argumentação Jurídica na solução de conflitos complexos.

No segundo Capítulo, buscar-se-á uma compreensão sobre a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, especialmente da chamada tese do caso especial, do papel da justificação interna e externa da decisão e da ponderação como terceiro elemento da máxima da proporcionalidade. Desse capítulo, serão retirados os parâmetros de análise e avaliação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Pela constatação da dificuldade de se fazer uma análise e, principalmente, uma avaliação em decisões que frequentemente ultrapassam 500 páginas de argumentação e deliberação, estruturou-se um terceiro Capítulo, no qual será desenvolvido um esquema de organização para análise e uma tabulação de avaliação, intentando evidenciar parâmetros e passagens das construções argumentativas. Nesse capítulo, também serão feitos a identificação e o agrupamento do catálogo de decisões do Supremo Tribunal.

Após a identificação de dois grandes Conjuntos de decisões, o primeiro com aquelas em que a ponderação apresenta-se de forma mais marcante, e o segundo, em que a ponderação se apresenta no inteiro teor da decisão, de forma mais moderada ou periférica, optou-se pela construção de dois capítulos distintos. Assim, o quarto Capítulo destina-se a organização, análise e avaliação de 11 decisões do STF, em que a ponderação é feita de forma mais marcante. Será efetuada a avaliação isolada da decisão, a fim de verificar seu grau de (des)atendimento do modelo teórico de referência, mas também, aproveitando-se a ideia de conjunto, algumas avaliações sobre o eventual papel retórico pragmático da ponderação, bem como a proximidade ou distanciamento de alguns Ministros do STF à técnica do sopesamento.

No último Capítulo, serão analisadas e avaliadas as decisões em que a ponderação é mais tênue. Será também feita uma avaliação coletiva, indicando-se algumas tendências ou observações diversas sobre o

papel argumentativo destinado à ponderação.

Com essa estrutura, acredita-se, será possível responder com mais detalhes à aplicação da ponderação nos votos do Supremo Tribunal Federal e, eventualmente, sua associação a uma estratégia argumentativa retórica.

## 2 DECIDIR E ARGUMENTAR: A FUNÇÃO CENTRAL DO ARGUMENTO NA DECISÃO JUDICIAL

Neste capítulo, pretende-se compreender as interrelações entre a Argumentação Jurídica e o Direito, especialmente no aspecto argumentativo da decisão judicial. Dentro das opções teóricas<sup>2</sup>, acredita-se na possibilidade de construção racional das opções decisórias, bem como na estruturação procedimental de tal construção. Com isso, é possível verificar um problema: as opções casuísticas<sup>3</sup> com o uso de estratégias para conferir uma aparência de racionalidade a escolha. Por outro lado, também é possível verificar a compatibilidade teórica da Argumentação Jurídica com o Estado Democrático de Direito e, nesse particular, com possibilidades de se enfrentar a irracionalidade nas relações decorrentes do conflito, no qual há demanda deliberativa, e sua estruturação pelo Direito.

Para o desenvolvimento das opções teóricas dessa seção, serão citados como base autores que visualizam problemas e até limitações nas teorias chamadas institucionais. Assim, haveria espaço para convivência complementar nas teorias institucionais conscientes da tensão entre universal e local, do conflito de facções e dos próprios limites do constitucionalismo, que demandam (ao menos em situações limite) uma atividade deliberativa, com a Argumentação Jurídica.

O objetivo da tese e, especialmente, dessa seção não é um enfrentamento de outras propostas teóricas, o que importaria num desvio de

---

<sup>2</sup> Partindo-se de uma identificação proposta por Atienza (2013), uma concepção de Direito vem a ser um conjunto de respostas a questões básicas, tais como: quais seriam seus componentes básicos, como se determinaria o Direito válido, quais as relações mantidas com a moral e com a política e em que consistiria as operações de interpretação e aplicação do Direito. Do século XX para hoje, dentro de uma cultura jurídica ocidental, podem-se agrupar as concepções nos seguintes termos: normativismo positivista, realismo jurídico, jusnaturalismo, as chamadas teorias críticas do Direito e pós-positivismo.

<sup>3</sup> Embora se saiba que o marco teórico do presente trabalho considere as peculiaridades do caso concreto, por opção casuística não se entende o resultado de uma ação que buscaria a resolução do problema de uma certa e determinada pessoa (o que seria um aspecto positivo), mas a uma opção que não suportaria o exercício/teste argumentativo, uma opção arbitrária baseada em uma opinião não suportada no exercício de racionalidade (aspecto negativo).

rumo do marco teórico, mas o reconhecimento das possibilidades apresentadas pela Argumentação Jurídica. Com esse referente, é importante a compreensão das relações entre Direito e Argumentação Jurídica.

## 2.1 Direito e Argumentação Jurídica.

O recurso a uma analogia matemática é útil para compreender a relação entre Direito e Argumentação Jurídica, ou melhor, o espaço que existe para a Argumentação Jurídica na compreensão do Direito. Dentro da lógica matemática, têm-se as chamadas condições necessárias e suficientes. As condições necessárias e suficientes impõem uma obrigatoriedade lógica, conferem um elevado grau de segurança e permitem o estabelecimento de relações de identidade. É possível identificar que algumas definições (D) têm certas características necessárias (CN) e que algumas características são próprias e exclusivas de algumas definições, isto é, são suficientes (CS). A matemática explica se CN é condição necessária para que algo (X) seja uma definição (D), então se (X) não for (CN), necessariamente não será (D) e se (X) for (D), necessariamente (X) será (CN). Dentro do mesmo raciocínio se (CS) é condição suficiente para que algo (X) seja uma definição (D), então se (X) for (CS) será (D). Esse raciocínio é fundamental para a compreensão da existência de uma relação de identidade. Assim, **ter a assinatura de um advogado é condição necessária para algo ser uma petição**. Se pretendo verificar **se algum texto é uma petição, posso iniciar minha pesquisa verificando se possui assinatura de um advogado**. Mas, ao verificar a existência de um texto assinado por um advogado, não teria a certeza de se tratar de uma petição, pela ausência de suficiência. Assim, para se definir algo ou orientar o raciocínio para compreensão dos fenômenos de uma maneira geral, também é importante a condição suficiente. Isso pode ser ilustrado na seguinte proposição hipotética: - **se o tempo nesta semana estiver nublado, então a apresentação será no ginásio coberto**. Tendo, nesse raciocínio, que a proposição ('p') - se o tempo nesta semana estiver

nublado e ('q') – a apresentação será no ginásio coberto. Assim 'p' é condição suficiente para 'q' (nesta semana é suficiente que esteja nublado para a apresentação ser no ginásio coberto):  $p \rightarrow q$ . Assim, tal raciocínio é inegavelmente útil para a construção de definições e identidades, mas consideravelmente limitado em seu alcance, **posto que nem tudo que é assinado por advogado é uma petição, ou a apresentação pode se dar com o ginásio coberto por outros motivos**. Essa relação matemática de suficiência e necessidade não encontraria facilidade para explicação do Direito; contudo, ela pode ser muito útil para demonstrar limitações na identificação do Direito por modelos teóricos que buscam atribuir uma explicação necessária ou suficiente sobre o Direito.

Uma opção de divisão de perspectivas de compreensão sobre o Direito poderia ser a seguinte: entendê-lo pelo **estudo das normas** 'p1'; como **uma prática dos operadores do direito** 'p2' ou pelo **ideal de Direito/visão crítica** 'p3'.

Contudo, de pronto, haveria uma dificuldade a uma resposta a um exercício lógico de suficiência ou necessidade, onde 'q' seria: **permite-nos a compreensão do direito**. Tal exercício apresenta especiais dificuldades a uma precisão no seu conceito. Se, contemporaneamente, é consenso que as preocupações conceituais estão minimizadas, a simples aplicação da “prova real” desse raciocínio apontaria para uma dificuldade de delimitação do universo do Direito a ser compreendido (p1, p2 ou p3) – essa uma preocupação importante atualmente. A perspectiva da Argumentação Jurídica leva isso em conta, sem excluir as perspectivas apontadas acima e – igualmente – sem pretensão de identidade entre Direito e Argumentação Jurídica, mas certa de que há uma inegável demanda deliberativa ao Direito<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Atienza (2013) enumera cinco motivos do aumento da preocupação dos juristas com aspectos argumentativos da prática jurídica. São eles: 1) as teorias de Direito mais marcantes do século XX deixaram, por razões diversas, de cuidar dessa dimensão do Direito; 2) a prática do Direito parece consistir de modo relevante na argumentação (Atienza aponta para as imagens mais populares da prática jurídica, como o desenvolvimento dos julgamentos, nos quais é cada vez mais relevante a dimensão argumentativa); 3) a constitucionalização do Direito e outras mudanças nos sistemas jurídicos contemporâneos, que parecem levar a crescimento qualitativo e quantitativo em termos de exigência de fundamentação e argumentação das decisões dos órgãos públicos; 4) um ensino do Direito

De certa forma, uma série de aleatoriedades reforçou o que se pode agrupar como ressurgimento da Argumentação Jurídica e o papel relevante no desafio de se compreender melhor o Direito. Os chamados precursores do que posteriormente foi chamado de teoria *standard* da Argumentação Jurídica assim se tornaram sem uma combinação de esforços ou debate de ideias, mas eminentemente reagentes e reflexivos por fenômenos locais – alguns deles comuns é verdade - que impunham uma demanda prática e deliberativa na solução dos problemas jurídicos.

A retórica contemporânea desenvolveu-se, destacadamente, com Chaim Perelman (2005) e uma concentração no raciocínio dialético em distinção ao raciocínio analítico. Dessa forma, ainda precursora e fragmentária sob o ponto de vista teórico, a estrutura da Argumentação Jurídica voltou a ser estudada, pela análise dos raciocínios dos políticos, juízes ou advogados.

Houve, pela realidade temporal e histórica vivida por Perelman (2005), importantes constatações que são fundamentais para uma ideia de aproximação da Argumentação Jurídica com o Direito. A primeira é a extrema dificuldade (ou limitação) de se estabelecer o raciocínio jurídico baseado no encadeamento linear de ideias, cujo sucesso dependeria da resistência e consistência de toda a linha. O raciocínio jurídico também ocorre no campo do plausível e não necessariamente estruturado por elos de verdade. Dessa forma, o raciocínio jurídico é orientado para persuadir e não para demonstrar verdades (essa é uma conclusão importante da retórica que impõe inegavelmente desafios ao raciocínio jurídico). Retoma-se assim a referência à argumentação dirigida a um *auditório* para o qual se busca o convencimento.

Dessa maneira, estruturalmente, Perelman (2005) voltou a sua compreensão sobre argumentação em pressupostos, pontos de partida e

---

mais prático teria que estar voltado ao manejo essencialmente argumentativo do material jurídico e 5) na sociedade contemporânea, percebe-se uma perda da importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimidade do poder e, em seu lugar, impondo-se a aceitação e consentimento dos afetados; a democracia sobretudo a democracia deliberativa, exige cidadãos capazes de argumentar racionalmente e competentemente em relação a ações e decisões.



técnicas e distribuiu como elementos da argumentação o estudo do discurso, do orador e do auditório. Esse último elemento é fundamental para se perceber o quão íntima pode ser a relação entre Direito e Argumentação Jurídica. Para Perelman (2005), pelo uso da linguagem, a argumentação é um processo pelo qual se busca a adesão de um auditório. Nessa compreensão, Perelman avança no sentido de identificar no raciocínio jurídico limitações pela aplicação do silogismo e no sentido de necessidade de uma conclusão necessária para uma premissa identificada<sup>5</sup>. Isso será fundamental para a posterior ponderação.

Theodor Viehweg (1979) desenvolveu elementos teóricos clássicos, permitindo mais tarde o arranjo de uma teoria *standard* da Argumentação Jurídica. Apontou para a relevância dos costumes, das tradições e da amplitude do comportamento humano, da moralidade e para a insuficiência do enquadramento do raciocínio dedutivo. Destacadamente, apontou para um estilo de pensamento denominado *Tópica*, orientando um modo de pensar por problemas. Desse modo, o que naturalmente era estabelecido como axioma lógico deveria ser tratado como *topoi* argumentativos, isto é, estabelecidos como pontos de partida, mas sujeitos a variações de tempo e espaço e que dependeriam de uma construção para uma persuasiva conclusão. “No Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade.” (VIEHWEG, 1979, p. 4)

---

<sup>5</sup> A maior crítica que se faz a Perelman é o *deficit* de clareza de seus conceitos. Ele mesmo identificou que os conceitos não podem ser sempre precisos. Todavia a redação de uma teoria de argumentação exige a clareza de ideias, o que, segundo Atienza (2002), não se faz presente na obra de Perelman. Já em relação ao ponto de vista prático, o principal problema de Perelman, segundo Atienza (2002), é seu conservadorismo ideológico. Trata da noção de pluralismo, indicando que não haveria no Estado decisão absoluta ou perfeita, mas soluções aceitáveis e que poderiam ser modificadas ou aperfeiçoadas.

Já a razoabilidade possui um valor superior até mesmo à equidade e à justiça. Usa os conceitos de razoabilidade e racional de maneira paralela. O primeiro é definido pela função do auditório, que no Direito é particular. A decisão razoável é aquela obtida em dado momento histórico e que, portanto, pode ser alterada. Diante disso, para Perelman (2005), a decisão a ser tomada é aquela mais aceitável diante de todas as outras, devendo ser tomada de maneira imparcial. Tal proposta seria limitada diante dos casos difíceis, por exemplo, pois não proporciona critérios adequados.

Viehweg (1979) orientou seu raciocínio por um *insight* tido ao estudar uma preleção antiga de Gian Battista Vico<sup>6</sup>. A partir de Vico, desenvolveu suas ideias fundamentais: a dicotomia entre o método antigo - retórico, tópico, transmitido, sobretudo, pelos gregos e por Cícero e o método moderno – científico, cartesiano. Constatou as tentativas, na Era moderna, de se tentar desligar a Tópica da Jurisprudência, mediante um esforço de sistematização dedutiva e a consequente pressuposição de eliminação de seus problemas, com êxito muito restrito, restando a observação que essa postura pode não ser simplesmente aceita. Passou a entender a Jurisprudência como um procedimento de discussão de problemas, e, como tal, objeto da Ciência do Direito. Para isso, seria imprescindível ao menos levar-se em conta a Tópica. Apontou a uma conclusão: “[...]a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica” (VIEHWEG, 1979, p. 17)

Para a compreensão mais detida do que é a Tópica, Viehweg (1979) visita, primeiramente, as lições de Aristóteles, estruturador do tema. Verificou que a antiga arte da disputa encontra em Aristóteles uma reflexão mais profunda. Para tanto, localiza o campo apodítico, onde está a verdade pertencente aos filósofos e o campo dialético, campo do oponível (*endoxon*), atribuídos aos retóricos, onde está presente a Tópica.

Assim, apresentou a seguinte construção: partindo-se de proposições conforme as opiniões (*ex endoxon*), seria possível formar raciocínios sobre os problemas que se possam colocar e evitar contradições, sustentando-se um discurso, para atacar ou defender alguma posição. É uma construção dialética e não apodítica. Tal constatação seria fundamental para a futura argumentação jurídica.

Viehweg (1979) descreveu a distinção feita por Aristóteles sobre o raciocínio apodítico, de domínio particular da Filosofia e o raciocínio

---

<sup>6</sup> Gian Battista Vico, professor de eloquência, elaborou em 1708 uma preleção para a inauguração da Universidade Real de Nápolis, tratando de uma indagação sobre qual o melhor método de estudo: o de sua época ou o dos antigos.

dialético, da arte da argumentação, ambos, porém, formalmente corretos (no que se diferenciam das técnicas sofistas):

1) Uma *apodexis* existe quando se obtém um raciocínio partindo de proposições primeiras ou verdadeiras, ou daquelas cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições primeiras ou verdadeiras.

2) Um raciocínio dialético é o que se obtém partindo de proposições conforme as opiniões aceitas (*dialeticós de sellogismós o ex endoxon siloguisómenos*) (Top. I.1.4) (VIEHWEG, 1979, p. 24).

Dessa forma, após uma ordenação filosófica, como afirma Viehweg (1979), onde se estabelecem gêneros, categorias e destacam-se procedimentos instrumentais da indução e do silogismo a serviço da dialética, a expressão clássica de *topoi*, pode ser cunhada como: “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra, o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (VIEHWEG, 1979, p. 27)<sup>7</sup>.

Dentro de um estilo de raciocínio de pensar por problemas, a Tópica é muito útil, pois permite indicar um raciocínio frente a uma falta de caminho, dando razões a favor ou contra determinada opção. Assim, como procedimento de busca de premissas e orientação metodológica de raciocínio (não apenas de um simples ajuste a lógica) pode ser uma solução muito interessante as necessidades impostas ao raciocínio jurídico. A Tópica busca, portanto, não a demonstração ou a fundamentação de uma premissa, mas sua aceitação. Aquilo que em disputa procedimental foi aceito é admissível como premissa. Daí também decorre o distanciamento com a simples e arbitrária opinião. (É um procedimento mediato e dialético, muito próximo do saber dos melhores e mais famosos por depender de peso para aceitação das citações de nomes, experiências e conhecimentos humanos)

---

<sup>7</sup> Em Tópica e Jurisprudência, há também o tema da Tópica em sua retomada por Cícero, para o qual toda polêmica comportava a aplicação de algum *topoi*. Viehweg esclareceu ainda que Cícero entendeu a Tópica como uma *práxis* da argumentação, catalogando e esquematizando um sistema de *topoi*. Indica-se aí uma grande diferença entre Aristóteles, que buscava construir uma teoria, com *topoi* estruturados de forma flexível e Cícero, na aplicação do catálogo de *topoi* já pronto.

Viehweg (1979) ainda caracterizou a Tópica por três elementos, que aparecem estreitamente ligados entre si. Por um lado, a Tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a Tópica é uma *busca e exame de premissas*: o que a caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recaia nas premissas, e não nas conclusões.

A construção do parágrafo anterior reforça a ideia de que a Tópica permite encaminhar aspectos do raciocínio jurídico, que tem pontos de identidade com um raciocínio prático geral, frente a questões de difícil solução e que passariam despercebidos (sem uma tentativa de coerência ou discricionariamente resolvidos, pois baseados em simples opiniões) quando se aborda esse campo por uma vertente exclusivamente lógica. Basicamente poder-se-ia dizer que ela permite ver que não há apenas problemas de justificação interna<sup>8</sup>, o que, por certo, não deve levar tampouco a pensar que a lógica formal não tenha nenhum papel na justificação externa. Mas, obviamente, a Tópica por si só não pode fornecer uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica.

Assim, a obra de Viehweg (1979) apresenta algo fundamental: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados em uma perspectiva lógica.

Na mesma linha de raciocínio que estabeleceu a opção pelo marco teórico do presente trabalho, acordos são necessários para prosseguir pelo caminho da Argumentação Jurídica. Um deles é de que é possível

---

<sup>8</sup> O significado de justificação interna e externa e as diferenças entre ambas serão objeto a ser abordado em maior detalhamento em subseção do próximo capítulo deste trabalho. A justificação interna refere-se à aplicação de uma lógica dedutiva, isto é, se uma decisão segue logicamente as premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é o assunto para a justificação externa. Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica desenvolve o tema. É possível também verificar a explicação e distinção das justificações em Atienza, em sua obra *As Razões do Direito*.

buscar uma justificação interna e externa para decisões, e que elas podem seguir um procedimento racional. Na obra *The uses of argument*, de Toulmin (1958), litígios jurídicos, suas pretensões e argumentações são elementos comparativos para a construção de uma lógica, não balizada por critérios matemático-geométricos, mas como jurisprudência. Igualmente fragmentário como proposta teórica, o tributo que se faz ao pensamento de Toulmin é a associação de qualidade argumentativa a sua resistência às críticas da razão. Essa última conclusão tem importância na ponderação, que a testa em dois níveis: primeiro, no estabelecimento das condições de precedência e, segundo, na articulação das condições de precedência com os princípios em colisão. No pensamento de Toulmin, ao estabelecer razões para o que se faz, o que se diz e o que se pensa e quando se faz essa prática de forma argumentativa, condicionada a razões fundadas em argumentos, tais práticas são muito aproximadas com a própria *praxis* jurídica, isto é, decidir adequadamente sobre algo que se deva fazer, deixar de fazer ou que se possa ou não fazer.

Estruturalmente, a base de Toulmin (1958) permite compreender a argumentação como uma atividade voltada à propositura de pretensões e seus testes, colocando-as em xeque, respaldando-as, produzindo razões, questionando-as, refutando críticas e assim por diante. Assim, na base estão os argumentos, que possuem quatro elementos: a pretensão, as razões, a garantia e o respaldo. A pretensão é o ponto de partida e o ponto de chegada. As razões, os fatos específicos do caso. A garantia, estabelecida por enunciados gerais, o respaldo o elemento de reforço e ao questionamento a garantia.

Assim, de uma pretensão partem questionamentos que demandam razões a favor da pretensão. Ato contínuo podem ser demandadas garantias do argumento, que permitam ou autorizam a ida de um enunciado ao próximo. Pode haver a necessidade de se demonstrar que as garantias sejam válidas, relevantes e suficientes. Nesse caminho, também poder-se-á variar a força do argumento na medida que a pretensão puder ser qualificada com presumidamente, plausivelmente, provavelmente,

absolutamente, etc.. (ATIENZA, 2002, p. 137). Essa ideia de caminho, onde há passos a serem seguidos, é igualmente fundamental para a compreensão da Argumentação Jurídica.

O procedimento argumentativo e as relações entre a argumentação moral e a argumentação jurídica também foram objeto da obra Teoria da argumentação no direito e na moral, de Klaus Günther (2011), que aborda quatro grandes temáticas: 1) o problema da aplicação na ética do discurso, em que faz as relações da fundamentação e da aplicação e o problema do princípio da universalização no discurso; 2) o problema da aplicação de normas no desenvolvimento da consciência moral e os estágios no desenvolvimento de tipos de aplicação; 3) argumentações de adequação na moral, com o problema das normas *prima facie* e as normas definitivas; 4) argumentações de adequação no direito, inclusive sobre modelos hermenêuticos e a busca de uma melhor justificação.

Günther (2011, VII) apresenta como tese central que o caminho para a equidade não está só em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais existentes. Assim, para Günther “[...] não é possível abdicar da razão prática.”

No entender de Günther (2011, p. VIII-35), nas fundamentações intersubjetivas deve-se supor que as razões de ações são compostas por duas dimensões: de validade e da aplicação<sup>9</sup>, posto que não há normas que

---

<sup>9</sup> O dilema proposto por Kant (quando um perseguido pela polícia política se esconde em sua mesa e Kant é posto em um dilema: dizer a verdade e entregá-lo à truculenta polícia política ou mentir e proteger o fugitivo) faz Günther desenvolver um discurso de justificação e um discurso de aplicação. (MARTINS, 2006, p. 244)

O que é relevante para o discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma, dentro do objetivo de testá-lo dentro da universalidade da norma [norma que proíbe a mentira]. Ou seja, proibir a mentira, em termos universais é passível de aceitação. Particularidades podem não ser importantes antecipar nesse momento do discurso (MARTINS, 2006, p. 244)

Interesses das pessoas que participam do discurso são mutáveis, historicamente circunscritos, socialmente circunscritos, isto é, na justificação conhecimento e tempo não necessariamente se confirmaram na realidade. (MARTINS, 2006, p. 244)

A aplicação da norma a casos particulares é uma forma de discurso, pautado, portanto, pela ética do discurso. Princípios da não-contradição, da consistência semântica, da veracidade, da simetria na participação dos sujeitos do discurso, etc, prevalecendo, como objetivo, o melhor conjunto argumentativo. O discurso de aplicação busca avaliar, no caso particular, os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de

consigam regular todos os casos de sua aplicação. Assim, o princípio da universalização (“U”) precisa ser complementado pelo discurso<sup>10</sup> de aplicação, para se esgotar o sentido pleno da ideia de imparcialidade.

Como produto, a argumentação tem por finalidade a geração de razões com consistência, por meio das quais uma pretensão de validade poderia ser rechaçada ou resgatada e se estabelece nos níveis lógico e semânticos (ausência de contradição, consistência semântica na aplicação de predicados, identidades de significados entre falante e ouvinte, entre outros). (GÜNTHER, 2011, p. 35)

Günther (2011, p. 36) ainda sustenta que, como procedimento, argumentações são processos de entendimento, e os participantes ingressam em um discurso cooperativo em busca da verdade. Para ele,

parte-se da preposição de reconhecimento mútuo de iguais direitos aos participantes, sem pressão de agir, com franqueza, buscando um consenso racionalmente motivado entre os participantes. A simetria discursiva deve ser tal que evite qualquer coação “senão a do melhor argumento”. Para ele, discursos de aplicação são possíveis, porque a pretensão de validade se orienta dessa forma e, como discurso prático, está aberto a qualquer um.

O problema, ou como Günther (2011, p. 36) coloca, uma variante do problema é a observância geral de “U”, e como consequência, as normas que teriam validade para mais de uma situação (essa seria uma propriedade da própria norma) o problema seria perguntar: “[...] se a pretensão de validade se refere não só ao reconhecimento por todos os virtuais participantes do discurso, mas também a todas as circunstâncias em que a norma for aplicável.” Não podem ser previstas todas as situações de aplicação e todos os sinais relevantes para interesses presentes e futuros. Assim, não há possibilidade de estabelecimento de “U” como índice temporal e cognitivo vinculante da decisão. Como procedimento, a argumentação tem como característica uma progressão dialética ao infinito.

---

justificação. (MARTINS, 2006, p. 244-245)

<sup>10</sup> A expressão discursos é também utilizada no sentido da forma especializada em fundamentar pretensões válidas. “O sentido de validade da norma consiste, portanto, de um reconhecimento desta por todos, a saber, como participantes de um discurso prático.” (GÜNTHER, 2011, p. 35)

Assim, com uma visão de complementariedade ao sentido de “U”, Günther (2011, p. 37) propõe a possibilidade de concepção de um discurso de aplicação, que carregaria o sentido de imparcialidade, mas que tivesse como tema a “[...] adequação de uma norma a uma circunstância, em consideração a todos os sinais característicos da situação de aplicação.” Ocorreria um “entrecruzamento dialético” entre a validade geral e os contextos concretos, recontextualizando a norma<sup>11</sup>.

O discurso de aplicação para Günther (2011, p. 156-157) apresenta aplicação e validade se relacionando de forma estratificada. Assim, haverá uma progressiva conformação da aplicação, inicialmente relacional do que chama *ego e alter*, em que há apenas expectativas de identificação da distinção entre validade e aplicação ao se adotar a perspectiva do outro. A seguir, numa espécie de movimento centrífugo, a observação se dá de forma um pouco mais ampliada, com a visão de um terceiro (neutro), distante do contexto concreto, no plano de pessoas não afetadas ou atuantes (estágio de sistema de normas). Situação e norma já estão distintas, mas validade e adequação ainda não podem ser distinguidas. O terceiro estágio marca a ampliação do universo do outro generalizado (consciência coletiva) para o universo do discurso, no qual as avaliações não se dão mais em referência a membros ou grupos, mas a todos.

Segundo Günther (2011, p. 157),

[...] com a desvalorização da validade particular e contextualmente relacionada da norma, a seleção de sinais característicos relevantes não é mais predeterminada, tampouco fixada antes da aplicação de uma norma.[...] A partir desse momento, todos os sinais característicos que, segundo a pluralidade de pontos de vista normativos, carecedores de justificação, puderem ser identificados como relevantes, poderão ser examinados. Já que validade não garante automaticamente mais adequação, essa adequação de uma norma em uma situação precisa primeiramente ser estabelecida sob consideração de todos os sinais característicos relevantes. [...] fundamentação e aplicação imparciais se tornam mutuamente correlacionadas para constituir o sentido de um juízo moralmente correto (válido e adequado).

---

<sup>11</sup> “Só depois de olhar para todos os lados, cautelosamente, é que, então, cada um deverá mergulhar no caso concreto, aqui e agora”. (GÜNTHER, 2011, p. 38)



Ao compreender que a aplicação imparcial de normas válidas é uma atividade comum, Günther (2011, p. 239-243) apresenta diferenças entre a ética do discurso entre Direito e Moral. Assim, a fundamentação e aplicação, discursivamente construídas, apresentam o que é correto fazer, mas não garantem que aquilo que é correto fazer também se torne o que se quer fazer naquela situação, isto é, há o item da motivação ou o dever de efetivamente observar a norma:

[...] *alter* apenas se poderá demandar a observância de uma norma válida e situacionalmente adequada sob a condição de que, caso seja necessário por meio de recursos que produzam empiricamente uma decisão, ele possa postular que *ego* observe a norma.

Assim, “O Direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso cuja demanda mútua seja a observância efetiva das normas válidas.” Consequentemente, haverá o reconhecimento recíproco dos participantes como “sujeitos de direito”. A válida do princípio da reciprocidade será obtida por procedimentos em que há fixação de normas jurídicas que serão aplicadas por juízos orientados circunstancialmente e poderão ser impostas. Assim, haverá discursos de fundamentação e aplicação institucionalizados, que pressupõem recursos de poder organizados em modelos procedimentais e decisões estruturadas em procedimentos claros com diretrizes igualmente já estabelecidas. Esses discursos serão legítimos na medida da argumentação nele estabelecida produzir eficientemente as necessárias razões. (GÜNTHER, 2011, p. 239-243)

Um aprofundamento dessa compreensão pode ser feito mediante as próprias críticas. Existem críticas radicais a uma teoria do discurso. Uma objeção mais radical (entre eles Jacques Derrida e Jean-François Lyotard) rejeita a possibilidade de uma racionalidade. Para essa linha, a suposta racionalidade apenas encobriria o inevitável contextualismo ao se pretender justificar um princípio moral, isto é, expressões de variáveis da subjetividade tais como políticas, sociais, sexuais, etc. (MARTINS, 2006, p. 242)

Um segundo grupo de objeção, menos radical, aceita uma racionalidade limitada, mas apenas no nível do reconhecimento dos fatos. A racionalidade estaria no “[...] saber sobre fatos ou sobre a escolha estratégica dos meios necessários para realizar algum objetivo humano, porém objetivos e finalidades sociais não estão sujeitos a uma escolha racional.” (MARTINS, 2006, p. 242)

Uma objeção mais específica é a realizada à ética discursiva baseada no princípio da universalização, que **permitiria** a justificação de juízos morais. Para a linha crítica, em um mundo onde os sujeitos estão sempre limitados no tempo e no conhecimento, ainda que o princípio da universalização fosse aceito, não poderia estar presente adequadamente em uma disputa argumentativa moral. (MARTINS, 2006, p. 242)

A teoria do discurso admite que pode também ser racional a justificação de determinadas normas de comportamento. A tese de Günther, segundo Martins (2006, p. 242-243), é que a justificação e a aplicação de normas têm objetivos distintos e são orientadas por princípios específicos, e apenas a fundamentação de normas é orientada pelo princípio da universalização.

No plano da aplicação, pode surgir uma discordância fundamental entre Alexy<sup>12</sup> e Günther. Havendo, durante a aplicação de uma norma *prima facie* válida, em que há a constatação da possibilidade de existência de uma outra norma *prima facie* igualmente válida [caso da promessa de ir a uma festa, mas não comparecer porque outro amigo, no mesmo horário, estava precisando de ajuda, ou seja, em outras palavras: um comando estabelecendo que promessas devem ser cumpridas em oposição a outro comando que não se deve negar auxílio a um amigo em dificuldades] Günther não vê na ponderação um critério racionalmente verificável, pois para ele a ponderação indicaria apenas o que é melhor no caso e não o que é normativamente devido. “Auxiliar um amigo em necessidade é mais

---

<sup>12</sup> Embora fosse possível tratar da sua teoria da argumentação jurídica neste Capítulo, pelo objeto do presente trabalho optou-se por separar o estudo da teoria da argumentação jurídica e da ponderação de Alexy em Capítulo próprio (2. Capítulo).

importante do que comparecer a uma festa porque, axiologicamente, simplesmente é assim.” (MARTINS, 2006, p. 245)

A argumentação jurídica de Günther estabelece que obrigações definitivas apenas surgem após a consideração das circunstâncias relevantes, ou seja, após o resultado de um discurso de aplicação. Ao se buscar a máxima quantidade de possibilidades de se excepcionar uma norma relativamente precisa sobre algo podem surgir exceções normativas (o que não deixa de ser próximo ao caráter de exceção ao que o modelo de regras admite). Se essas normas estritas admitirem variações, a depender do caráter de cada caso concreto, isso parece muito próximo a admitir que na realidade tais normas estritas são desnecessárias (e uma base racional a isso igualmente parece desnecessária). Por outro lado, o discurso de aplicação está muito próximo a identificação de situações concretas e abstratas utilizadas no sopesamento e na fórmula do peso.

Neil MacCormick (2006) inicia sua obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* com a preocupação central que será objeto de reflexão até sua última obra, com publicação póstuma – a descrição e explicação de argumentos jurídicos, relacionando-os a teoria geral do direito, dentro de uma estrutura da teoria geral da razão prática. Busca, assim, a aplicação da razão pelo homem para decidir entre possíveis escolhas.

No percurso, por força própria e pela colaboração de teses críticas, mantém a centralidade do tema, alterando, entretanto, algumas conclusões, as quais aqui, sem intenção exaustiva (o próprio MacCormick reconhece que revisões e reflexões sobre suas ideias iniciais estão espalhadas em conferências, debates e outras discussões), vão-se buscar ressaltar.

De início, MacCormick (2006, IX) já define o que operará como argumentação prática, ou seja “[...] aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha.”

Da mesma forma, compreende argumentação jurídica como

uma forma ramificada da argumentação prática. Por reconhecer que os problemas de interpretação, de classificação e de pertinência, na argumentação a partir de normas, tem seus limites, e que o raciocínio dedutivo, portanto, não pode ser autossuficiente e autossustentável na justificação jurídica. MacCormick (2006) vê espaço para o desenvolvimento do raciocínio prático na solução desse problema.

Fazendo expressa concessão à teoria da argumentação jurídica de Alexy, MacCormick apresenta a argumentação como espécie do raciocínio prático, posto que algo que estabelece o que é correto fazer em situações de escolha tratará de justificação da escolha feita. Para isso, diferencia-se MacCormick de Alexy pela estratégia, posto que, em abordagem mais fenomenológica, debruça-se nas argumentações feitas pelos tribunais (especialmente Inglaterra e Escócia) – método da reconstrução racional, com marcante viés retórico .

Como marco filosófico, MacCormick, num primeiro momento, identificou-se com as teses do positivismo elaborado por H.L.A. Hart apresentada no livro: O conceito de Direito. Mas o próprio MacCormick (2006) confessa afastar-se do padrão positivista abrandado para o que ele chama de institucionalismo pós-positivista. Nesse caminho, reconhece as qualidades da lógica dos predicados, ao invés da lógica das proposições inicialmente proposta.

Antes (discorre MacCormick em 1978) havia o pensamento de que, se a concepção de justiça é ou não boa ou sólida, isso dizia respeito aos princípios gerais da filosofia normativa do direito ou filosofia moral (MacCormick, 2006, p.94), e esse seria um debate externo aos tribunais na maioria dos casos. Contudo, mesmo naquela época, MacCormick (2006, p. 127-129) já se inquietava com o problema da esgotabilidade normativa o que, não raro, envolve o que chama justificação de segunda ordem, isto é, justificação de escolhas entre possíveis deliberações rivais. As deliberações jurídicas fixam comportamentos e ordenam consequências face à verificação de determinadas condições. Apresentam um modelo para o mundo e não do mundo (MacCormick, 2006, p. 132). Disso, “Não pode estar em questão se

as deliberações jurídicas descrevem o mundo com precisão ou sustentam previsões verdadeiras sobre acontecimentos naturais”. (MacCormick, 2006, p. 131)

Também é conveniente destacar que, quanto ao exame de princípios e coerência, MacCormick resiste às críticas, mas mantém posição sobre as críticas feitas a Ronald Dworkin do conceito interpretativo do Direito, que muito se alinham à argumentação jurídica proposta por Klaus Günther.

Importante que MacCormick, assim como a teoria da argumentação de Robert Alexy, reconhecem a importância do discurso racional prático para uma justificação na argumentação jurídica, a partir, portanto, de exigências da razão geral prática, que submetem a argumentação jurídica aos princípios gerais da racionalidade prática. Entretanto, nuances de diferença são elaborados nesse aprimoramento reflexivo de MacCormick que o separam da teoria alexyana.

Para Atienza (2002), que apresentou crítica à teoria de MacCormick (visão de 1978) sobre o papel desempenhado pela lógica e a dedução, assim como a dependência da verdade reconhecida pelo juiz ou pela decisão judicial que a estabeleça, visualiza-se um aprimoramento reflexivo, notadamente no enfoque dado a questão da qualificação e os entraves submetidos a dedução nesse aspecto e a necessidade de argumentação retórica.

Para MacCormick, havendo problemas práticos, destacadamente existindo possibilidades decisórias justificáveis, os argumentos serão mais ou menos fortes, se atrelados a valores, que igualmente não têm lugar na arbitrariedade, pois dizem respeito a condições de existência social da mesma forma bons, posto que estruturados sobre a mesma base valorativa que se reflete na estruturação principiológica de todo o ordenamento. Para ele o Direito é capaz de expressar a vontade de toda a sociedade.

MacCormick reconhece a apresentação de Alexy da

argumentação jurídica como uma atividade linguística, que busca tratar da correção dos enunciados normativos. Há também expresse reconhecimento à tese do caso especial, isto é, a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática geral. (MACCORMICK, 2011, p. 172)

Dentro de uma teoria retórica da argumentação, MacCormick (2008) parte para a chamada justificação de segundo nível, que significa o atendimento de alguns requisitos: a universalização, a consistência narrativa, a consistência normativa e o consequencialismo; ou seja, a relação entre a decisão e a comunidade.

Também aí uma importante contribuição de MacCormick, referente ao problema (crítica) da possível falta de segurança jurídica fornecida pelas teorias da argumentação jurídica. Essa proposta de caminho é até mais compatível com a visão de segurança (ao menos em uma concepção mais atual), do que a exigência do caráter de universalidade do raciocínio, como forma de garantir a previsibilidade tão cara ao modelo de segurança jurídico histórico. MacCormick fundamenta, inclusive, a possibilidade de diálogo de fenômenos universais (constitucionalismo como fundamento de previsibilidade) com locais (constitucionalismo aplicado).

Segundo MacCormick (2006), a razão prática pode não ter a infalibilidade no fornecimento das justificativas. A ênfase justificadora, segundo ele, deve ser repensada, posto que processos de descoberta racional precisam tanto de processos de justificação racional quanto de pensamentos reflexivos.

Atienza (2006, p. 182) condensa:

Dito de forma resumida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos da consistência e da coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista).

Para MacCormick (2006, p. 131-133) as decisões jurídicas tratam do mundo real e, assim como as hipóteses científicas, elas devem fazer sentido não só no respectivo sistema como no mundo. Assim, além do sentido dentro do próprio sistema jurídico, pelo modo consequencialista de argumentar, devem ser consideradas as consequências de se adotar uma deliberação, examinando e verificando hipóteses em comparação com outras hipóteses em formato similar a testes científicos, isto é, exercícios de comparação e rejeição para verificação.

No modelo de MacCormick, Atienza (2006) também destaca que, dentro da coerência qualificada como normativa, existem dois importantes tipos de argumentos para a solução dos casos difíceis:

1) Os argumentos a partir dos princípios e os argumentos por analogia. Se uma norma pode ser subsumida por um princípio, significa que ela é valiosa para uma justificação. Sua força, por óbvio, não é absoluta e o seu caráter não é concludente, mas relevante e importante.

2) Os argumentos por analogia são semelhantes, sobretudo porque são construídos. Para MacCormick, na justificação de uma decisão, além desse dois argumentos, são decisivos (como mencionado acima) os argumentos consequencialistas, afastando as decisões cujas consequências forem mais inaceitáveis, avaliadas com relação a uma série de valores como o bem comum, o senso comum, a Justiça, a conveniência pública.

Ao estruturar uma teoria pelo uso de argumentos por princípios, assim como ampliando as exigências pela coerência, o resultado pretendido para que uma decisão seja considerada coerente ganha complexidade. Segundo Martins (2011, p.219), “[...]ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito que aparece na solução de cada caso concreto.” Com MacCormick, “Passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideias de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco” (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p.219).

No entender de Bustamante (2008, p.361-363), a argumentação

jurídica é um método de análise racional que abrange todos os aspectos relevantes dos argumentos trazidos para a justificação de uma decisão judicial: normas jurídicas, interpretações dos textos legislativos em geral, enunciados da dogmática, premissas empíricas, estrutura lógica das proposições normativas. Em relação à metodologia jurídica tradicional, as teorias da argumentação jurídica realizam uma ampliação do objeto de estudo em que os problemas de interpretação fazem parte do raciocínio jurídico. Basicamente, a teoria da argumentação tem uma finalidade, que é tornar a prática jurídica cada vez mais racional e criticamente controlável pela teoria do Direito, mas como toda e qualquer teoria da razão prática, pode atingi-la de forma limitada. (“[...] As pautas, diretivas ou regras de argumentação que essas teorias conseguem produzir são, por natureza, incapazes de garantir, sempre, uma única – ou, em alguns casos, pelo menos uma – resposta correta para as questões jurídico-aplicativas que venham a tratar.”)

Embora os autores de Argumentação Jurídica, com grande frequência, utilizem teoria(s) da argumentação jurídica, a palavra teoria não está associada ao oposto de prática. Percebe-se uma preocupação muito grande com a prática, frequentemente com a decisão judicial e a *práxis* do Direito de uma maneira geral. (BUSTAMANTE, 2008, p. 358)

O contraponto das teorias jurídico-argumentativas seria o positivismo metodológico, que em decorrência da subjetividade existente nas interpretações jurídicas, as valorações seriam arbitrárias, negando a possibilidade de uma racionalidade prática. Esse ceticismo constitui o ponto de arranque e o paradigma a ser combatido por uma teoria da argumentação jurídica. (BUSTAMANTE, 2008, p. 358)

Dessa forma, a busca por uma ciência do Direito que pretenda não só instrumentos para explicar como se forma uma decisão, mas sobretudo como justificá-la. Do “como” para “por que”? (BUSTAMANTE, 2008, p. 360)

Citado por Bustamante (2008, p. 360), Alexy, na Teoria da Argumentação Jurídica, vê uma ciência do direito em três dimensões: 1)



analítica, investigando a estrutura do sistema jurídico e de conceitos jurídicos fundamentais; 2) empírica, que se preocupa com o conhecimento do direito positivamente válido e com o uso de certas premissas empíricas e 3) normativa, para orientação e crítica a *práxis jurídica*, procurando no caso concreto qual a decisão correta baseada no direito válido.

Com isso, é possível associar à existência do Direito, na sua produção, interpretação, aplicação e compreensão, a solução de problemas práticos, que demandam opções e decisões, que por sua vez, para sua sustentação, demandam justificações internas e externas.

Também é importante e agora se buscará um posicionamento, pela ótica argumentativa, sobre o desafio imposto ao Direito de minimizar o casuísmo nas decisões judiciais.

## **2.2 Direito e casuísmo: o problema da irracionalidade na decisão sobre conflitos.**

Não é possível construir uma teoria da Argumentação Jurídica que cumpra suas funções teórica e prática, sem uma adequada análise estrutural do Direito (ATIENZA, 2006), especialmente compreendendo a vinculação dos processos argumentativos com o comportamento dos juízes. As relações entre o julgamento jurídico propriamente dito e os julgamentos de natureza moral ou política, bem como os elementos ideológicos e de poder certamente podem se manifestar no julgamento.

Nesta subseção abordar-se-á o risco da irracionalidade no processo da decisão judicial. Ao se projetar o processo decisório somente ao elemento íntimo do jurista julgador estar-se-ia contrariando toda a construção arquitetada ao Estado de Direito bem como, profundamente, arriscando um modelo constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Nesse mesmo caminho, parece clara também a intenção das teorias da decisão, teorias

procedimentais e substanciais, com forte relevância ao caso concreto, em não buscar fundamentar o casuísmo.

Tanto na produção como na aplicação do Direito, a Argumentação Jurídica tem um papel de destaque, cujo entendimento vai além de um exercício sobre a lógica jurídica<sup>13</sup>. Tendo isso em mente, é importante a constatação que a compreensão argumentativa possibilita o entendimento de muitos aspectos do próprio Direito dos Estados constitucionais. (ATIENZA, 2006, p. 11).

Também é importante fixar, de partida para o estudo proposto, que a compreensão teórica da Argumentação Jurídica e sua relação com o Direito estará voltada à decisão judicial. Isso tem diversas formas de se justificar. Elege-se como mais relevante o contexto atual de importância e centralidade que o conjunto de decisões judiciais tem dado na interpretação do Direito. A judicialização do Direito<sup>14</sup> pode ser descrita como um fenômeno real e, teleologicamente, para a compreensão do Direito, muito acentuado.

Dentro da compreensão da decisão judicial, destacam-se dois contextos: contexto de descoberta e contexto de justificação. O primeiro se refere a estágios de opção decisória [tomada de decisão], cuja compreensão facilmente se afastaria dos modelos teóricos aqui trabalhados. Fatores psicológico-existenciais, ideológicos, econômicos, religiosos, morais<sup>15</sup> podem levar a uma opção decisória.

O segundo demanda ao emissor da decisão a fundamentação

---

<sup>13</sup> É possível a verificação de inúmeros significados para lógica jurídica, inclusive a qualificação dada a algo juridicamente racional e fundamentado. Assim, pode-se abordar o tema por muitas formas. Por lógica, optou-se por entender argumentar com encadeamento de enunciados, que a partir de premissas chega-se a uma conclusão necessária. Não é nesse limite que se trabalhará com a teoria da argumentação jurídica.

<sup>14</sup> Werneck Vianna (1999) faz uma interessante distinção de dois eixos teóricos sobre o assunto: substancialistas e procedimentalistas. Ambos basicamente discordam sobre os efeitos da judicialização sob a ótica da *práxis* democrática e incremento da cidadania, mas deve ser feita a constatação que, boa ou ruim, a judicialização do Direito é um fenômeno. É possível também um distinção entre as expressões judicialização do Direito e judicialização da Política. Embora seja comum essa distinção entendo de pouca relevância dada a visão argumentativa do Direito. Assim, no campo do Direito e da Política [se é que poderíamos repartir o campo] há um exercício prático de argumentação em busca do convencimento, ambos com vistas a uma estabilização das opções decisórias.

<sup>15</sup> Aqui os fatores morais não são aqueles proceduralmente construídos dentro de um universo histórico e social.

da sua opção decisória. Nesse momento, é que buscar-se-á, pela compreensão das contribuições da Argumentação Jurídica, a possibilidade de, procedimentalmente, apontar as inconsistências [irracionalidades] da opção tomada.

Para se fazer conexão desses elementos e uma concepção dinâmica do Direito, deve-se partir da noção de conflito, posto que o conflito e a necessidade de seu encaminhamento podem explicar a importância do Direito. Nesse aspecto, o Direito pode ser visto como um instrumento de tratamento de problemas de certo tipo (obviamente nem sempre se chegando a uma solução). A tomada de decisão em relação aos conflitos tem que estar sustentada por razões de certo tipo, por argumentos. Assim, o Direito pode ser visto como uma complexa instituição voltada ao tratamento de conflitos por meio de argumentos. Um juiz encarregado de decidir um conflito argumenta. De uma maneira geral, a criação, a interpretação e a aplicação do Direito são experiências argumentativas.

Assim, parece, novamente, indissociável ao Direito seguir sua construção amparado em uma teoria da argumentação. Segundo Atienza, a argumentação é um procedimento de resolução de problemas, estabelecendo soluções para problemas e para tal apontando razões. Assim, a argumentação é uma atividade com forte caráter instrumental, pois faz a mediação entre dois extremos. De um lado um problema e de outro lado a solução. O final da argumentação é um enunciado diretivo. (ATIENZA, 2013 p. 643). E como se qualifica a racionalidade nessa relação?

Ao escrever *Practical Reason in Law and Morality* (PRLM) como parte do quarteto cujo tema é Direito, Estado e Razão prática, MacCormick (2008) dedicou-se a compreender questões sobre a autonomia de pessoas como agentes morais; a razão universal, frente ao particularismo dos julgamentos morais e a estrutura objetiva que atende às tentativas do homem apontar bons motivos para decidir o que fazer frente a sérios dilemas práticos.

MacCormick (2011) pergunta-se se a razão pode ser prática, e

afirma que a resposta de David Hume seria que a razão é escrava das paixões, e que toda motivação de ação para o homem vem da emoção e dos sentimentos. Se alguém se sente agradecido por algo recebido fará nascer o desejo de algo bom em retorno. O raciocínio sobre questões de fato podem ajudar a encontrar o melhor jeito de agradecer um favor recíproco. A razão, porém, entra apenas para preencher a vontade estabelecida, baseada no sentimento de gratidão.

MacCormick (2011) entende, por outro lado, que a conduta humana envolve razão e emoção. A boa e sábia ação se dá por meio de boas razões e o equilíbrio entre a natureza afetiva e intelectual. O tempero entre a linha do sentimentalismo e a racionalização sem sentido crítico, pode ser um campo muito importante para a estruturação de boas razões.

Para MacCormick (2011, p.2), - um ponto central no seu livro, está o objetivo de alcançar uma síntese acreditada do pensamento de Kant e de Adam Smith. Com isso seria possível resolver o enigma da razão prática. Esclarece que tanto o sistema de liberdade natural de Smith quanto as leis de liberdade de Kant são inadequadas para satisfazer completamente as demandas de justiça contemporâneas.

Instrumentalizando essa busca, MacCormick (2011, p.2) passa a analisar o que chama “o imperativo categórico de Smith”, isto é, uma reconstrução do princípio estrutural básico do pensamento moral, desenvolvido por Kant, em função da necessidade de dar a devida importância ao sentimento humano e emoção em qualquer juízo sobre como agir em impasses.

Como a ideia de razão prática também não pode estar dissociada da capacidade de autocomando ou autogoverno das pessoas, a reflexão sobre autonomia também é objeto de MacCormick (2011). Segundo ele, para Kant existe uma transcendental pressuposição de nossa capacidade para nos conduzirmos no mundo; o homem age subjetivamente, na medida em que de alguma forma encontra regras para nos conduzir. Contudo, o homem não age simplesmente, mas por alguma consequência.

“Como as marés são puxadas pela gravidade, ou animais selvagens pelo instinto, o homem também se vê envolvido em processos causais sobre os quais não tem muito controle”, sintetizou.

Se o homem é livre, surge para MacCormick (2011) a importância da discussão também sobre o bom uso da liberdade. Assim, se o homem é livre, quer fazer suas escolhas e, por isso, quer ter alguma ideia do que é o bom e sobre o que o fará virtuoso. Conclui que, a fim de cultivar o bem, deve-se buscar o que é bom.

Para tanto, MacCormick (2011 p.172) entende que o julgamento final sobre uma questão é certo ou errado, de acordo com o conjunto discursivo que se deu por completo. Tanto os chamados *legal judgements* quanto os *moral judgements* envolvem formas de razão prática (2011). Contudo, há nos primeiros um anteparo mais institucionalizado que nos últimos. Aí um elemento que demanda uma boa fundamentação para as decisões apoiadas em julgamentos morais.

MacCormick (2011, p. 194) alerta para as pessoas avocadas de autoridade e o risco de suas decisões. Ao relembrar o rei francês Luís XV a falar ao seu povo ‘Après moi le déluge’ ou Hobbes – ‘grant absolute sovereignty or put up with the war of all against all’, reafirma o papel central da razão em refutar o absolutismo da autoridade, a autoridade formalmente em si, como licença à arbitrariedade na imposição de condutas e pensamentos. As decisões moralmente orientadas devem ser produto de uma natureza humana madura e orientada. Pessoas que agem e vivem de acordo com a razão não ignoram, segundo ele, a dimensão sentimental da vida humana, mas passam através das paixões. Isso será fundamental para se enfrentarem alguns desafios postos à Argumentação Jurídica para a definição de condições de precedência em um sopesamento.

Segundo MacCormick (2011), desenvolve-se uma espécie de sentimentalismo casado com imparcialidade, em um ajuste metafórico da teoria moral sentimental de Adam Smith, ajustada a elementos de Kant.

Para ele, o Direito é uma disciplina retórica, mas não só

retórica, na medida da construção e estruturação de argumentos lógicos de persuasão. Pode existir um lado obscuro, na escolha em uma decisão judicial e, nesse momento, se há alguma possibilidade de proteção, está na análise das razões que justificaram a decisão.

No entender de Alexy (1988, p. 149-150) a racionalidade na fundamentação jurídica sempre encontrou dificuldades por raciocínios muito extremos. De um lado, variantes subjetivistas, relativistas, decisionistas ou irracionalistas, e, de outro, objetivistas, absolutistas, cognocativistas ou racionalistas, mas sempre na lógica do “tudo-ou-nada”. Afirma ainda que não são possíveis teorias morais materiais que, para cada questão prática, permitam extrair uma resposta, mas são possíveis teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições de argumentação para uma decisão prática racional. Assim, com um sistema de regras e princípios do discurso (propõe um conjunto de 28 regras), será assegurada a racionalidade da argumentação e de seu resultado.

Consequentemente, numa espécie de codificação de posturas, a razão prática pode ser complementada com regras específicas do discurso jurídico. Nisso está a base para a justificação e crítica das decisões e do sistema jurídico em seu conjunto (ALEXY, 1988, p. 150)

Esse estabelecimento procedimental visa garantir uma resposta ao problema sério do casuísmo nas decisões judiciais, algo grave que afeta o aspecto de correção a que o Direito não positivista deve estar conectado. Outro problema conceitual posto ao Direito é a sua relação com a Argumentação Jurídica e o modelo constitucional baseado nos pré-compromissos e regras pré-estabelecidas.

### 2.2.1 Regras do jogo pré-estabelecidas e a Argumentação Jurídica.

Os processos históricos revolucionários de uma forma geral

mostram (e o que estruturou o constitucionalismo não foi diferente) que: em um primeiro momento, a revolução e sua ideia vencedora vêem o futuro apenas como o momento de colheita dos “bons” frutos da semente revolucionária. Contudo, o Tempo muitas vezes é cruel! Um xeque foi feito ao constitucionalismo, isto é, nas palavras de Stephen Holmes (1999, p.217) “[...] Cómo se puede reconciliar ‘el consentimiento de los gobernados’ con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional?” Por que algo que foi elaborado por uma geração deve exercer tamanho poder sobre as próximas? Como fica a soberania popular? Não seria um paradoxo ver que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que se afastam certas decisões do processo democrático? Por que se deve conferir a uma geração a deliberação plena (compromissos constitucionais) e a outras uma deliberação restrita?

Os fundamentos para uma ideia de pré-compromisso constitucional autorizam que homens se permitam indiretamente comprometer outros por meio de obrigações, para que, em essência teleológica, alcancem os objetivos da sociedade e, em última análise, haja benefício para a própria sociedade ao longo do Tempo. Em resumo, “[...] al aceptar una Constitución preestablecida, un Pueblo se ata sus propias manos, pero también se libera de cargas considerables.” (HOLMES, 1999, p. 244)

Mas as justificativas do pré-compromisso prolongam o paradoxo, com uma contradição prática: a vontade de ceder à vontade. Disso vem a pergunta: para conservar a liberdade de vontade, deve se restringir a ela própria (vontade)? Embora o debate possa seguir em outra direção, essa redução quase molecular do problema do pré-compromisso constitucional permite identificar uma necessária preocupação, pois não se pode fugir da ideia de que esse dilema é uma construção humana e demanda uma deliberação. Assim, qual(is) a(s) forma(s) correta(s) de se comportar, já que as escolhas serão decisões complexas e como justificá-las?

Nesse sentido, o diálogo entre as teorias institucionalistas e a argumentação jurídica não só é possível como potencialmente rico, pois

enfrentam um problema semelhante. A tensão entre constitucionalismo e democracia, reconhecidamente um ponto de debate para os teóricos do pensamento político, é um ponto precioso, portanto, para o diálogo do constitucionalismo com a argumentação jurídica, posto que a linguagem apresenta possibilidades de interface com as alterações de características do homem e suas instituições sob efeito do tempo.

Dentro das opções institucionais, o neoconstitucionalismo<sup>16</sup> surge como termo diferenciador de um conjunto de movimentos que buscam uma Teoria do Direito capaz de refletir as transformações ocasionadas nas relações humanas pela constatação desse novo momento diferenciado de compreender o Direito.

Para Figueroa (2005, p. 165), em uma compreensão da visão constitucional concorreram alguns aspectos: material, estrutural, funcional e político. Pelo aspecto material, houve a recepção pelo sistema jurídico de demandas da moral crítica, com forte carga axiológica, levando o Direito a um processo de rematerialização. Tal aspecto material leva a considerar que, diferentemente do constitucionalismo erguido sobre uma ideologia, converteu-se em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico como método.

Enquanto isso, sob o aspecto estrutural, a constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais; já o aspecto funcional relaciona-se ao tipo de argumentação que essas fomentam, isto é, os princípios constitucionais. (FIGUEROA, 2005, p. 165)

Sob esse aspecto funcional está a ponderação, como forma de se aplicar o Direito, [afastando-se o casuísmo], sujeito à expansão do âmbito de influência que possuem os princípios constitucionais, que remete a uma teoria de Argumentação Jurídica, nas palavras de Figueroa: “[...] a conhecida

---

<sup>16</sup> Não se tem a pretensão no presente trabalho de se avaliar se o termo neoconstitucionalismo é adequado ou se é a melhor expressão de uma corrente institucionalista. Comanducci apresenta um duplo significado ao termo neoconstitucionalismo. Em um primeiro, o de uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do Direito. Um segundo, como alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: uma análise metateórica. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 75.



‘tese do caso especial’ [...].”<sup>17</sup>

De uma maneira geral, compromissos constitucionais estão estruturados e refletem tanto uma perspectiva axiológica quanto deontológica. Também, de uma maneira geral, as demandas deliberativas que possam afetar tais compromissos podem se apresentar de maneira complexa, e aqui a ética discursiva tem um papel como nas soluções de dilemas jurídico-morais, e o argumento posição relevante.

### **2.3 O argumento e a argumentação como base para afastar a irracionalidade.**

Pelas opções feitas, a preocupação com a racionalidade é relevante. Antes do seu desenvolvimento, no entanto, é adequado enfrentar um problema instrumental: a ambiguidade da palavra lógica. Nela se assentam algumas das principais críticas à Argumentação Jurídica e à imprestabilidade de uma orientação da racionalidade jurídica por meio de uma matemática. O caráter de relatividade e os limites da neutralidade até mesmo das ciências qualificadas como exatas são frequentemente lembrados para apontar uma fragilidade teórica da tentativa de condução racional do raciocínio jurídico. Ou seja, muitas das críticas ao modelo proposto por Alexy (algumas delas serão tratadas nesse trabalho) se fundam na própria essência ilógica do Direito. Atienza (2013) apresenta uma boa ideia do problema e aponta para um recorte. A Lógica, referida como lógica matemática é inclusive rechaçada pelas teorias da Argumentação Jurídica como apropriada para entender o raciocínio jurídico. Em linguagem própria da matemática a lógica formal seria um elemento da Argumentação Jurídica, mas nunca um elemento suficiente para ela. Contudo, a Lógica também pode ser utilizada em termos de orientação de um pensamento aceitável, fundamentado e racional, algo que parece ser muito apropriado.

---

<sup>17</sup> “[...] la conocida como ‘tesis del caso especial’ [...]” FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 166. Tradução nossa.

Nessa seção, com o estudo do argumento e da argumentação buscar-se-á compreender que uma teoria de premissas e exigências de articulação dessas premissas com coerência podem – ao menos – minimizar, já de início, a possibilidade de decisões fora de uma racionalidade (decisões nocivas aos Estados democráticos contemporâneos e a busca de potencialização na concretização de direitos fundamentais).

Para a compreensão do argumento jurídico e da Argumentação Jurídica, importa, inicialmente, fixar a concepção de Direito estabelecida como referencial ao presente trabalho. Não é a principal preocupação, neste momento, se a abordagem feita da Argumentação Jurídica se dará no viés teórico ou prático, pois a concepção de Direito reflete tanto na prática quanto na teoria. Como assevera Atienza (2013, p. 21-22), interessar-se pelas concepções de Direito obedece a um propósito teórico, mas também permite um melhor entendimento da prática e da cultura jurídica.

Algo feito por Atienza (2012, p. 3-4) sobre a cultura jurídica espanhola pode ser muito útil para a compreensão da Argumentação Jurídica. Para o filósofo, há na cultura espanhola um traço muito significativo e marcante de uma cultura jurídica formalista<sup>18</sup>, avessa a um grau profundo de indeterminação. A visão positivista, não purista nos moldes kelsenianos<sup>19</sup>,

---

<sup>18</sup> Não é incomum encontrarem-se muitas críticas à apresentação teórica do formalismo. No entanto, tanto na Espanha, quanto no Brasil, na prática [e se comentará nas decisões objeto do presente trabalho], o formalismo ainda é muito mais presente que na teoria. Atienza (2013, p. 22) menciona as características do formalismo jurídico. O formalismo, termo ambíguo, para a Argumentação Jurídica, poderia ser compreendido da seguinte forma: o raciocínio jurídico se dá com limites, estabelecidos institucionalmente ou por autoridade. Esses limites não existem, por exemplo, no âmbito da moral. Por outro lado, é muito criticável, uma argumentação formalista, que considere o Direito como uma sistema completo e coerente; que o papel dos juízes é o de descobrir o significado objetivo de um texto legislativo, sem inovar ou desenvolver o Direito; que busque assegurar primeiramente a certeza e previsibilidade como valores máximos teria muitas razões para oposição.

<sup>19</sup> Kelsen buscou, em sua Teoria (pura do Direito), uma maneira de realizar uma leitura jurídica sem a interferência de aspectos políticos, sociais, éticos, morais ou fatuais. Segundo Kelsen (1997): “La teoría pura del derecho quiere ser una *teoría general del derecho* de este tipo.” Para tanto, estruturou seu pensamento jurídico através da norma. Nesse pensamento, o conceito fundamental de todo conhecimento jurídico seria a norma que se traduziria pela afirmação, a mais exata, de como uma conduta humana deveria ser. A teoria pura do direito é uma teoria do que jurídica e positivamente deve ser, não do que naturalmente é. Seu objeto, segundo Kelsen (1997, p. 14) são normas, não realidades naturais. “Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta – mas também por uma forma negativa – na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta,

mas numa concepção de Hart é mais atraente, embora ainda assim tendendo ao enfraquecimento e requerendo algumas doses (muito homeopáticas) de realismo jurídico. O jusnaturalismo teria para si apenas um papel histórico, não fosse o de fornecer alguns elementos (não explícitos) que dariam uma feição de Direito Natural a Constituição, com princípios indiscutíveis, distantes da necessidade de uma filosofia moral e política.

De um modo geral, esse esquema compactado por Atienza não parece absurdo em um País de tradições latinas como o Brasil. Os traços marcantes das decisões a serem estudadas nesse trabalho de uma maneira geral se enquadram nas características da cultura jurídica ibérica acima descritos.

Ainda, especificamente sob o viés da Argumentação Jurídica, o formalismo jurídico entendido como fornecimento de parâmetros institucionais ou de autoridade para o raciocínio jurídico, os quais não se aplicariam ao raciocínio moral, não são de todo imprestáveis a uma Argumentação Jurídica.

Sem avançar em outras características da teoria de Kelsen, destaca-se em seu âmbito a interpretação normativa dissociada da razão, posto que se enquadraria numa etapa de descoberta, afastando qualquer discurso racional sobre valores. Na visão do positivismo jurídico de Hart, também não há muito espaço para a argumentação jurídica, exceto talvez na sua abordagem sobre discricionariedade judicial, na qual haveria a possibilidade de critérios extrajurídicos orientarem a construção judicial. (ATIENZA, 2012, p. 6)

Atienza (2012, p.6) faz bem uma síntese das dificuldades relacionais entre o positivismo normativista e a Argumentação Jurídica. A primeira estaria em ver o Direito como uma realidade já dada e não como uma atividade que segue no tempo. Assim, o Direito vai além de normas e enunciados, mas também se preenche nos momentos ao longo do tempo da

---

e assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta. Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida.” (KELSEN, 2000, p. 46)

atividade. O realismo jurídico também subscreve a tese das fontes sociais do direito e da separação conceitual entre Direito e Moral. Impõe algumas dificuldades à Argumentação Jurídica, posto que subtrai (ATIENZA, 2012, p. 7) a importância dos juízos de valor nas decisões jurídicas, não havendo espaço para a construção de um raciocínio justificativo propriamente dito, mas apenas persuasivo, retórico e puramente instrumental. A retórica teria um enfoque limitado, dado o caráter conducionista do enfoque realista, prestando-se a predizer ou explicar o comportamento e não justificá-lo. Por último, e muito consistente, está em entender que as decisões judiciais não estão determinadas por normas estabelecidas, mas são fruto de elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiossincráticos, marcando uma opção pela tese da indeterminação do Direito incompatível com um método jurídico ou com a Argumentação Jurídica.

Em sua obra *Conceito e validade do Direito*, Alexy (2011) faz uma distinção sobre o problema conceitual do Direito em perspectiva entre a moral e o Direito: a tese da separação (fundamental para as teses positivistas), na qual a preocupação está na conformidade com o ordenamento e na eficácia social, e a tese da vinculação (fundamental para as teses não positivistas), na qual o conceito de Direito deve levar em conta elementos morais. A tese da vinculação não exclui as duas preocupações da tese da separação (conformidade com o ordenamento e eficácia), mas observa-os a partir de uma ótica de correção.

Essa ótica de correção é ilustrada por Alexy (2011, p. 6-7) com o exemplo do “injusto legal – não direito” da decisão sobre cidadania do Tribunal Constitucional Federal. Nessa decisão, o Tribunal considerou uma lei racista alemã, que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados, uma lei nula *ab initio*. Tal decisão foi estabelecida em uma demanda individual (havia elementos para demonstrar tanto a legalidade, quanto a eficácia social para outros indivíduos), mas o Tribunal optou por considerar a nulidade total e *ab initio* da lei, sob o fundamento de que: “O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. [...] o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-

socialistas sua validade como direito.” Para o Tribunal “[...] uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça, de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

O valor justo é caro a todos, e, ao tratar as questões práticas, a Argumentação Jurídica permite que se destaque essa preocupação, posto que, seguindo algumas posturas e regras do discurso jurídico, consegue-se produzir uma base para a justificação ou para crítica pela sua falta e descompasso com o sistema como um todo. No próximo Capítulo, buscar-se-á compreender as teses de Alexy justamente sobre as possibilidades de justificação interna e externa das decisões e a aplicação da máxima da proporcionalidade quando as decisões envolverem a necessidade de opção entre princípios válidos colidentes.

### 3 A JUSTIFICAÇÃO E A PONDERAÇÃO

Neste capítulo, pretende-se dar cumprimento ao objetivo de compreender a teoria da Argumentação Jurídica e a tese do caso especial formuladas por Robert Alexy, bem como, em sua teoria dos direitos fundamentais, o sopesamento<sup>20</sup> para a ponderação. Tal objetivo permitirá na sequência do trabalho a confecção de um modelo de análise<sup>21</sup> de decisão judicial com ponderação e da técnica dos pesos.

Nessa seção, igualmente, ao longo do texto, serão identificadas algumas críticas/limitações/desafios impostos ao modelo teórico da Argumentação Jurídica e Ponderação de Princípios, bem como estruturação de entendimentos sobre tais:

- 1) como os juízos de valor, no âmbito das opções decisórias, podem ser racionalmente fundamentados ou justificados a partir de argumentos?
- 2) Como fica o problema da discricionariedade? Os controles pela via da Argumentação Jurídica são suficientes?
- 3) Como se conciliam, no campo da teoria da Argumentação Jurídica, as duas dimensões: institucional e ideal/discursiva?
- 4) Um dos pressupostos da ética do discurso é que seus participantes sejam capazes de distinguir entre bons ou maus fundamentos (condições ideais de fala). Existe, realmente, esse pressuposto na teoria de Alexy? Como definir os bons e maus fundamentos, e como isso se opera no campo de interpretação e aplicação do direito?

---

<sup>20</sup> Optou-se pela expressão sopesamento em virtude da utilização da expressão na tradução brasileira feita por Virgílio Afonso da Silva. Aderiu-se à expressão também por entender adequada a tradução feita para a máxima da proporcionalidade, diferenciando-a da ideia geral de princípio como mandamento de otimização.

<sup>21</sup> Há uma inegável dificuldade em se estruturar um modelo de análise, pois que o modelo teórico foi desenvolvido tendo como horizonte o Tribunal Constitucional Federal alemão, e a análise será feita de decisões do Supremo Tribunal Federal. Mas não há como fugir disso pelo objetivo da tese. Assim, na construção de tal modelo, buscar-se-á algo que permita identificar condições jurídicas e fáticas relevantes para o sopesamento, mesmo que não identificadas como tais nas premissas e razões.

5) O sopesamento envolve juízos de valor na atribuição do sentido da norma (relações de precedência). O sopesamento de normas pode questionar os parâmetros pré-estabelecidos?

7) A chamada escala triádica é suficiente para dar conta da complexidade de interpretação dos sistemas normativos?

Tais dificuldades podem ser enfrentadas por uma visão sistêmica das teses de Alexy, e a primeira delas é a Argumentação Jurídica como um caso especial da Argumentação prática geral.

### **3.1 A justificação das decisões: a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy e a tese do caso especial**

A natureza da Ciência do Direito, em um ponto de vista abrangente como de Alexy (2015, p. 37), é uma disciplina *prática*. Para ele, a ciência do Direito “[...] é, em primeira instância, uma disciplina prática, porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser” (permitido, obrigado ou proibido). Especificamente na Ciência jurídica, essa questão é formulada a partir de uma perspectiva correspondente à perspectiva do juiz. Para Alexy, não se afastam outras perspectivas, mas somente que a perspectiva do juiz é a perspectiva típica da Ciência do Direito, e que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de juízos concretos de dever-ser.

O caráter prático da Ciência do Direito é unificador das visões analítica, empírica e normativa, tornando-a uma disciplina integradora e multidimensional, na qual é possível buscar-se racionalidade. Alexy resume e esclarece: para uma resposta sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo válido, tarefa da dimensão empírica. Em casos mais problemáticos, em provável insuficiência dessa dimensão, haverá necessidade de juízos de valor adicionais trabalhados pela dimensão

normativa. Contudo, clareza conceitual, ausência de contradições, coerência, soluções de problemas sistemático-conceituais, que estão na base de qualquer busca de racionalidade, impõem uma importância à dimensão analítica. Dessa forma, o dogmático, o jurídico em sentido próprio é construído pela integração das três dimensões. (ALEXY, 2015, p. 37-38)

Com os novos paradigmas do Direito contemporâneo, muitas decisões judiciais não surgirão a partir de um simples processo de subsunção do fato na norma estampada. Alexy (2007, p. 23) destaca quatro razões para não haver espaço sempre para uma simples conclusão lógica:

[...] (1) a imprecisão da linguagem jurídica, (2) a possibilidade de conflitos de normas, (3) o fato de que são possíveis casos que necessitem de uma regulação jurídica, mas para cuja regulação não exista uma norma já vigente, e (4) a possibilidade, em casos especiais, de decidir inclusive contra o teor literal de uma norma.<sup>22</sup>

Segundo Alexy, quando um julgamento jurídico tem base lógica em normas de Direito e enunciados empíricos, ele é justificável. A questão se torna problemática, justamente quando não há a conexão lógica direta entre o julgamento jurídico, normas e axiomas, e existe a necessidade de regras ou procedimentos que possibilitem uma justificação. Para Alexy (2007, p. 24), comentando sobre os apontamentos teóricos existentes: “os candidatos mais discutidos para servir como regras ou procedimentos para a realização desta tarefa são os cânones da interpretação.”<sup>23</sup>

Alertando pela variação da quantidade de cânones de interpretação estabelecidos doutrinariamente, Alexy (2007, p. 25) ressalta:

Mais importante que o problema do número de cânones, é o problema de sua ordenação hierárquica. Diversos cânones podem conduzir a resultados

---

<sup>22</sup> “[...] (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.” (ALEXY, 2007, p. 23) Tradução nossa.

<sup>23</sup> “los candidatos más discutidos para servir como reglas o procedimientos para la realización de esta tarea son los cânones de la interpretación.” (ALEXY, 2007. p.24) Tradução nossa.



diferentes. Atendendo a este fato, só se pode considerar adequado para fundamentar com segurança um resultado, se for possível estabelecer critérios estritos para sua ordenação hierárquica. Isto não foi obtido, entretanto, até hoje.<sup>24</sup>

Assim, de acordo com Alexy (2007, p. 25), sem retirar o valor dos cânones, não se pode, sob pena de se obterem decisões contrapostas ou indeterminações, considerá-los como elementos suficientes para a fundamentação de uma decisão judicial.

Por outro lado, poderia se pensar em idealizar um sistema de enunciados, ou regras de fundamentação, das quais seria possível extrair premissas normativas. Alexy (2007, p. 26) entende que tal fundamentação só seria conclusiva caso o sistema fosse composto somente por enunciados dedutíveis de normas pressupostas, e neste sistema não se incluiria nenhum conteúdo valorativo além do já enunciado.

Se, diferentemente, entender-se o sistema acima como um sistema de princípios gerais de um ordenamento jurídico (axiológico-teleológico), surgiria, segundo Alexy (2007, p. 26), a questão de como obter tais princípios, já que não seguem logicamente as normas pressupostas. Pode-se afirmar que, de acordo com a natureza dos princípios, que não regem sem exceções, isto é, que “[...] não contém uma pretensão de exclusividade [...]”, haverá uma demanda para a concretização de valorações particulares com conteúdo material independente. Assim, conclui Alexy, “[...] não é possível uma argumentação a partir de um sistema axiológico-teleológico, ou de qualquer outro sistema”.<sup>25</sup>

Levantadas essas dificuldades iniciais, Alexy (2007, p. 28) estrutura seu pensamento a partir da constatação de como podem ser

---

<sup>24</sup> “Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy.” (ALEXY, 2007. p.25) Tradução nossa.

<sup>25</sup> “[...] no contienen una pretensión de exclusividad [...]” e “[...] no sea posible una argumentación a partir de un sistema axiológico-teleológico, o de cualquier otro sistema.” (ALEXY, 2007. p.26). Tradução nossa.

necessárias valorações, isto é, julgamentos de qual alternativa pode ser eleita como a melhor em algum sentido, como ocorre a relação dessas com os métodos de interpretação jurídica, com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e, finalmente, como elas podem ser racionalmente fundamentadas e justificadas.

Segundo Alexy (2007, p. 33), enfrentando algumas dificuldades postas a sua tese, seria também um erro deduzir que há um campo livre, no processo valorativo, para convicções morais dos aplicadores do Direito. As tentativas de buscar a forma de objetivação para a valoração são por ele agrupadas nas seguintes posturas<sup>26</sup>:

(1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim com em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; (2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores) e (3) recorrer a princípios suprapositivos. [...] (4) apelar a conhecimentos empíricos<sup>27</sup> [exceto os pressupostos em (1)].

Alexy (2007, p. 33) entende a insuficiência das condutas realizadas nas tentativas de objetivação, argumentando que, nas sociedades, há diferentes concepções para quase a totalidade de problemas práticos, assim como, os consensos práticos são raros. Considera que o amparo buscado na evidência e na ordem natural preexistente é extremamente duvidoso; assim como os juízos fáticos podem resultar em diferentes consequências normativas.

Dessa forma:

[...] o decisivo são as valorações, não comprováveis intersubjetivamente, de

---

<sup>26</sup> (1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas; (2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores) y (3) recurrir a principios suprapositivos. [...] (4) apelar a conocimientos empíricos<sup>26</sup> [excepto los presupuestos en (1)]. (ALEXY, 2007. p.33). Tradução nossa.

<sup>27</sup> Segundo Alexy: Tales conocimientos empíricos son de gran importancia en las fundamentaciones jurídicas, pero *sólo* de ellos no se pueden deducir premisas normativas.

quem decide, avaliações que talvez podem ser explicadas, mas não justificadas, sociológica ou psicologicamente? Esta conclusão seria pelo menos desejável em termos da legitimação da criação judicial do Direito, e quanto ao caráter científico da ciência jurídica (na medida em que esta se refere a questões). É verdade que isto não é uma razão para não extrair esta conclusão, mas é uma razão para buscar outros caminhos.<sup>28</sup>

Assim, a Argumentação Jurídica é uma atividade linguística e trata da correção dos enunciados normativos. Para ele, “Será conveniente designar tal atividade como ‘discurso’, e, por se tratar da correção de enunciados normativos, como ‘discurso prático’. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”.<sup>29</sup>

Ao buscar desenvolver uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico, Alexy (2007, p. 35) estabelece como ponto central a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

A sua teoria geral do discurso prático racional tem como núcleo cinco grupos que totalizam vinte e duas regras, assim como uma tábua de seis formas de argumentos, cujo objetivo principal é fazer aparecer mais claramente os defeitos sobre o conteúdo de uma regra, a incompletude de sua enumeração, o caráter supérfluo de algumas regras como também a imprecisão de sua formulação. (ALEXY, 2007, p. 36)

Assim, o discurso prático racional não informa de onde devem partir os participantes do discurso. Essa partida se dá através de convicções normativas, desejos, interpretações existentes faticamente, assim como informações empíricas dos participantes (ALEXY, 2007, p. 37). Percebe-se, pela enumeração, que os pontos de partida podem ser completamente

---

<sup>28</sup> [...] lo decisivo son las valoraciones, no comprobables intersubjetivamente, de quien decide, valoraciones que quizá puedan ser explicadas, pero no justificadas, sociológica o psicológicamente? Esta conclusión sería por lo menos no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica (en la medida en que ésta se refiere a cuestiones normativas). Es verdad que esto no es una razón para no extraer esta conclusión, pero es una razón para buscar otros caminos. (ALEXY, 2007. p.34). Tradução nossa.

<sup>29</sup> “Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso práctico’. El discurso jurídico<sup>29</sup> es un caso especial del discurso práctico general.” (ALEXY, 2007. p.34). Tradução nossa.

diferentes e têm um largo espectro de compreensão. Por outro lado, indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados por uma série de passos concretos cabíveis, inclusive, a pessoas com concepções normativas totalmente diferentes, mas que pela sua força, podem levar a ser qualificada como racional (ou irracional) a discussão realizada.

Para Alexy (2007, p. 177), uma teoria do discurso pode ser empírica, analítica ou normativa. Será empírica quando por ela se descrevem ou explicam as correlações entre determinados grupos de participantes de um discurso (falantes) e o emprego de determinados argumentos, as concepções predominantes em determinados grupos sobre a validade de determinados argumentos ou o efeito destes argumentos. Assim, para Alexy, será empírica a tarefa de descrever as regras que são tidas como válidas por indivíduos considerados isoladamente ou por determinados grupos. Contudo, com essa descrição, entende Alexy, não restam fundamentadas as regras. Será analítica, por sua vez, a teoria que tratar da estrutura lógica dos argumentos, sejam eles empregados ou possíveis.

Por último, será uma teoria normativa, quando por ela se estabelecem ou fundamentam critérios para a racionalidade do discurso. Na construção de uma teoria do discurso normativa, surge uma questão para Alexy: as regras do discurso prático racional podem ser consideradas como normas de fundamentação para as normas, ou seriam necessárias normas de terceiro, quarto, quinto níveis (sucessivamente ao infinito) nesse processo de justificação? E mais, seria possível encontrar regras do discurso? (ALEXY, 2007, p. 178)

Para essa questão, Alexy (2007, p. 178) levanta quatro possibilidades: a primeira seria considerar que as regras do discurso são regras técnicas, ou seja, regras que prescrevem meios para atingir determinados fins. Tal possibilidade traz consigo, como aponta Alexy, o vício da indeterminação e da generalidade extrema.

Uma segunda possibilidade consistiria em demonstrar que algumas regras são seguidas de maneira empírica, isto é, regem de fato e

produzem resultados correspondentes a convicções existentes. Nessa hipótese, há o problema da correspondência que se faz entre a fundamentação empírica e a derivação para sua racionalidade como consequente. Segundo Alexy (2007, p. 180), não é impossível que se demonstrem contradições ou incompatibilidades em uma determinada práxis.

A terceira possibilidade, denominada definitória, consistiria em considerar a questão sob a ótica de quem analisa o sistema de regras que definiria um jogo de linguagem, existente ou hipotético, propondo aceitá-lo como válido. Isto é, a apresentação de um sistema de regras que define uma *praxis* será considerada como o que motiva a decisão de aceitá-la. Embora permita a construção de um sistema de regras totalmente novo, tal possibilidade definidora encerra um certo grau de arbitrariedade. (ALEXY, 2007, p. 181)

Uma quarta possibilidade consistiria em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade de uma comunicação linguística. Tal possibilidade, chamada por Alexy de pragmática-universal, se processaria mediante pressupostos gerais e inevitáveis de possíveis processos de comunicação. O problema, segundo ele, é que determinadas regras dificilmente se demonstram como pressupostas de maneira geral, ou ainda que são necessárias à comunicação linguística. Portanto, para tal possibilidade, só seria possível fundamentar parcialmente as regras que compõem um discurso. (ALEXY, 2007, p. 182)

Com essa análise, Alexy (2007, p. 184) explica que as regras definitórias do discurso prático são de diferentes tipos. Existem obrigações, proibições e permissões. Algumas regras exigem o cumprimento preciso (estrito), outras só podem ser cumpridas de forma aproximada. Com esta constatação, Alexy passa a explicar e classificar tais regras.

Qualquer comunicação linguística que trate da verdade ou correção deve, segundo Alexy, seguir determinado grupo de regras, as quais denomina 'regras fundamentais':

1.1) Nenhum falante pode se contradizer.

- 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que realmente acredita.
- 1.3) Todo falante, que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.
- 1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.

Segundo Alexy (2007, p. 185-186), as regras de lógica também são aplicáveis às proposições normativas<sup>30</sup>. Das regras fundamentais segue-se à enumeração das chamadas ‘regras de razão’<sup>31</sup>, as quais definem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso.

No discurso prático, é tratada a justificação daquilo que é afirmado nos enunciados normativos. Quem afirma algo, não apenas deve crer naquilo que afirmou, como também que o afirmado pode ser fundamentado, que é verdadeiro ou correto. Alexy (2007, p.188) ressalva que é suficiente, no entanto, a capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis. Tal capacidade pode, inclusive, ser considerada também como elemento de fundamentação. Embora não se exija fundamentação permanente de tudo que se afirme, não há, entretanto, espaço para que o falante não esteja preparado para tal, ou que sustente que, em algum momento, alguém, simplesmente poderá fundamentar sua proposição. Tal construção é traduzida pela seguinte regra:

- 2) Todo falante deve, quando lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa apresentar razões que justifiquem afastar uma

---

<sup>30</sup> Nessa passagem, Alexy encaminha o seguinte raciocínio: se consideradas as regras de lógica aplicáveis às proposições normativas, não se pode esquecer que a lógica é a ‘ciência das leis mais gerais da verdade. Assim, se se entende que as proposições normativas não são susceptíveis da categoria verdade, se poderia concluir que as leis da lógica não valem para as proposições normativas. Alexy lembra que tal dilema é denominado de “dilema de Jorgensen”, cuja solução, aponta, pela eleição, para as proposições normativas de valores como válido ou lícito, ao invés de verdadeiro. Acrescenta que se existem expressões nos enunciados normativos, tais como “e” ou “se....então” e outras, elas apontam a existência de relações de lógica. Por último, acrescenta que existem construções semânticas (teorias de modelos), em que também enunciados normativos são avaliados como verdadeiros ou falsos. (ALEXY, 2007. p. 185-186)

<sup>31</sup> Atienza (2002) comenta sobre as regras de razão de Alexy: há as regras da razão, de natureza ideal: regra geral de fundamentação de que se deve fundamentar o que se afirma; regras que buscam uma situação ideal de fala, como a correção, a universalidade e a igualdade de direitos entre falante e ouvinte.

fundamentação.

Tal regra é denominada, segundo Alexy (2007, p. 189), de 'regra geral de fundamentação', cujo processo tem algumas implicações: a primeira é que, quem fundamenta algo, aceita o outro como parte desse processo de fundamentação. Disso derivam novas regras e exigências:

2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.

A segunda regra é subdividida em três consequentes exigências:

2.2.a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

2.2.b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

2.2.c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades, evitando que o processo de fundamentação transforme-se em coerção.

A terceira regra:

2.3) Nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos fixados nas regras 2.1 e 2.2, mediante coerção interna ou externa ao discurso.

Com a aplicação desse conjunto inicial de regras e exigências, é possível um juízo negativo sobre a correção das proposições normativas, isto é, não é possível considerá-las como válidas, mas já é possível, quando não forem cumpridas, que sejam consideradas como 'não válidas' (ALEXY, 2007, p. 190). Tal característica é marcante na opção pela Argumentação Jurídica: a possibilidade de identificação de inconsistências no discurso e, portanto, no processo de construção da opção decisória.

Se, de acordo com Alexy (2007, p. 191), segundo uma regra de razão, todos podem problematizar, a necessidade argumentativa estaria concentrada naquele que fala, isto é, a carga de argumentação estaria concentrada naquele polo discursivo, das asserções, porque para o polo das dúvidas ou perguntas bastaria o exercício repetido da pergunta "por quê?". Assim, Alexy destaca regras sobre a carga de argumentação, que tratarão da extensão e distribuição da carga argumentativa ou de fundamentação entre

os polos do discurso.

Surgem, pois, duas regras:

3.1) Quem pretende tratar uma pessoa de maneira distinta de outra deve estar obrigado a fundamentar tal pretensão.

3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não seja objeto da discussão deve apresentar uma razão para isso.

E ainda, para se evitar uma linha contínua da pergunta “por que...?”, estrutura-se uma terceira regra:

3.3) Quem já aduziu um argumento, só estará obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

Tal regra é acompanhada de uma quarta regra que busca organizar a carga argumentativa, tendo em vista regras de razão que permitem aos participantes do discurso asserções e comentários sobre suas opiniões, desejos e necessidades: (ALEXY, 2007, p. 193)

3.4) Quem introduz em um discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades, que não sejam argumentos para uma anterior manifestação, tem, se lhe for pedido, que fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.

De acordo com Alexy (2007, p. 193), é oportuno considerar as formas de argumento do discurso prático. Há duas maneiras de fundamentar uma proposição normativa singular (objeto imediato do discurso prático). A primeira toma por referência uma regra pressuposta como válida. Na segunda, anotam-se as consequências de se atender seu comando. Disso deriva um enunciado comum:

4.1 e 4.2) A noção de uma razão, como sempre, leva consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Para Alexy, regras distintas podem levar a resultados incompatíveis entre si. Nesses casos deverão ser utilizadas as chamadas ‘regras de prioridade’. Dentre tais regras, existem



Se com as formas de argumentos há um incremento de racionalidade no discurso prático (quando não se recorre a meios como adulações, acusações ou ameaças), há também a necessidade de seguir buscando regras para as fundamentações efetuadas com essas formas. (ALEXY, 2007, p. 197)

Ao desenvolver sua teoria, Alexy (2007, p. 197) faz apresentação de um primeiro grupo chamado “regras de fundamentação”, formadas pelas variantes do princípio da generabilidade.<sup>33</sup>

Pelo viés da universabilidade e da prescritibilidade, tem-se, segundo Alexy, a seguinte regra:

5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa pressupondo uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que ele se encontraria na situação daquelas pessoas. (ALEXY, 2007, p. 198)

Tal regra, segundo Alexy, não oferece garantia de um acordo racional, assim como permite partir de diferentes convicções normativas fáticas dos respectivos falantes. Pelo viés do princípio da generabilidade, tem-se a seguinte regra:

5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos. (ALEXY, 2007, p. 198)

Tal regra, para Alexy, compartilha o caráter ideal das regras de razão. Pelo viés da exigência de abertura e sinceridade que regem um discurso, tem-se a seguinte regra:

5.1.3 Toda regra deve poder explicada de forma aberta e geral.

Nesse momento, Alexy, além de questionar também a garantia

---

aquelas que indicaram prioridade em qualquer condição, outras, estão vinculadas a determinadas condições. Havendo conflito entre regras de prioridade, poderão ser utilizadas regras de prioridade de segundo nível (ALEXY, 2007, p. 194;196).

<sup>33</sup> No tocante às regras de fundamentação, é possível constatar influência em Alexy dos pensamentos de Habermas.

de um acordo racional, afirma que sua aplicação se dá somente a poucas regras morais. Assim, conclui não ser possível marcar um procedimento que leve cada caso a um acordo racional, mas é possível buscar algum procedimento que incremente a possibilidade de diminuir concepções incompatíveis. Formula, então, novas regras para o discurso: (ALEXY, 2007, p. 199)

5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem poder passar a prova de sua origem histórico-crítica. Isso não ocorre quando:

a) ainda que se possa originalmente justificar racionalmente, perdeu-se depois sua justificação<sup>34</sup>, ou

b) se originalmente não se pode justificar racionalmente, tampouco não se podem aduzir novas razões que sejam suficientes.<sup>35</sup>

Assim, as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem passar a prova de sua formação histórica individual. Não haveria semelhante prova se tais regras se estabelecessem baseadas em condições de socialização não justificáveis (ALEXY, 2007, p. 200).

Segundo Alexy (2007, p.200) a seguinte regra compõe esse conjunto de regras de fundamentação, responsável por determinar diretamente o conteúdo das proposições e regras a fundamentar:

5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.

Isso significa que a realização de uma norma deve ser inteiramente possível, bem como recair sobre um campo faticamente possível.

Ainda de acordo com Alexy (2007, p. 201), nos discursos práticos surgem muitos problemas que não podem ser resolvidos com os

<sup>34</sup> Expressamente “si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o [...]” (ALEXY, 2007. p. 199).

<sup>35</sup> Expressamente: “[...] No si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.” (ALEXY, 2007. p.199).

meios de argumentação prática. Questões de fato, problemas linguísticos ou questões que se refiram à mesma discussão prática podem demandar ou, ao menos necessitar a possibilidade, de passar a outras formas de discurso. Estruturam-se, assim, regras para essa transição:

6.1) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso teórico.

6.2) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de análise de linguagem.

6.3) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Alexy aborda, então, os limites do discurso prático geral. Segundo ele, o seguimento do conjunto de regras e a utilização das formas de argumento aumentam a probabilidade de se produzir um acordo nas questões práticas, porém não garantem que se obtenha um acordo para cada questão, e nem que o eventual acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. Se não há a obtenção de uma certeza definitiva, então, conclui: há a necessidade da possibilidade permanente de revisão. As regras apresentadas por Alexy são uma resposta a tal necessidade.

Pode ocorrer a hipótese, em um discurso prático, da existência de regras incompatíveis entre si. Daí decorrem regras que permitam decidir tais incompatibilidades. Alexy (2007, p. 202) cita o exemplo de regras de legislação parlamentar, pelas quais se podem alcançar soluções para um discurso prático sujeito a limitações. Assim, sintetiza, que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas que têm entre suas funções tornar possíveis soluções onde não se pode alcançar nenhum acordo discursivo. Inicia-se, então, o caminho para o discurso jurídico.

No entender de Alexy (2007, p. 206), dentro das mais variadas formas de discussões jurídicas é possível identificar um aspecto comum: em todas elas, mesmo que parcialmente, argumenta-se juridicamente. A

Argumentação Jurídica se caracteriza pela vinculação ao Direito vigente.<sup>36</sup>

Alexy (2007, p. 207) busca fundamentar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Segundo ele, isso se conclui, pois as discussões jurídicas se referem a questões práticas, tratam **do que deve se fazer ou se omitir ou sobre o que pode ser feito ou omitido**; ou ainda, são discutidas desde o ponto de vista da pretensão de correção; e por último, porque a discussão jurídica tem papel limitador do discurso geral.

Com a fundamentação acima, Alexy (2007, p. 213) refuta as críticas a sua teoria do caso especial, afirmando que as **decisões jurídicas são questões práticas e que nelas está a pretensão de correção**, com importância de fato. Segundo ele, o núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também está presente no discurso jurídico. Contudo, surge um diferencial significativo: a pretensão de correção se referiria às proposições normativas serem as mais racionais ou se a correção pode ser encontrada com um fundamento racional no ordenamento jurídico vigente?

Surge para Alexy (2007, p. 213) a pergunta inevitável: o que seria uma fundamentação racional no marco do ordenamento jurídico vigente? Para respondê-la, ele desenvolve uma teoria da argumentação jurídica. Segundo ele, nos discursos jurídicos se busca a justificação de uma decisão jurídica. Essa justificação tem seu aspecto interno e externo.

A justificação interna busca conferir o atendimento lógico das premissas utilizadas como fundamentação. Alexy (2007, p. 216-220) menciona que os problemas ligados a justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o rótulo do 'silogismo jurídico'. Destaca também as hipóteses que o esquema de fundamentação deve alcançar não só casos simples, cujo silogismo é direto, mas casos complicados, quando há necessidade de complemento com normas explicativas, limitadoras ou extensivas. Reforça que na justificação interna não está a análise da

---

<sup>36</sup> De acordo com Alexy, nas disputas jurídicas não se submetem todas as questões a discussão, há certas limitações, variáveis em seus tipos e amplitudes de acordo com a forma de discussão jurídica. (ALEXY, 2007. p.206)

correção de premissas, mas, com a incidência de cada uma das premissas, é possível desenvolver o discurso para obter uma norma mais concreta.

Para Alexy (2007, p. 221) na justificação interna deve ficar claro que premissas deverão ser justificadas externamente. Pressupostos que de outra forma ficariam escondidos, devem ser formulados explicitamente. Isso aumenta a possibilidade de reconhecer e criticar erros. Ao aduzir regras universais, facilita-se a consistência da decisão contribuindo, portanto, com a justiça e, em última análise, com a segurança jurídica.<sup>37</sup>

A justificação externa, por sua vez, diz respeito à correção das premissas utilizadas para a justificação interna. Alexy (2007, p. 222) distingue as premissas em determinados tipos: regras de Direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de Direito positivo. Para cada tipo de premissa, segundo ele, correspondem diferentes métodos de fundamentação.

A fundamentação de uma regra de Direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validez do ordenamento jurídico. A fundamentação de um enunciado empírico pode passar por métodos das ciências empíricas, máximas da presunção racional, regras de carga de provas. A fundamentação das premissas, que não são regras de Direito positivo, tampouco enunciados empíricos, pode se denominar, segundo Alexy (2007, p. 222), de Argumentação Jurídica. Os três procedimentos de fundamentação guardam entre si múltiplas relações.<sup>38</sup>

Identificados os tipos de premissas e os respectivos métodos de fundamentação e, especialmente, estabelecido o campo da Argumentação Jurídica, passa Alexy (2007, p. 224) a propor regras e formas de justificação externa para a fundamentação de premissas que não são regras de Direito

---

<sup>37</sup> En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica. (ALEXY, 2007. p.221). Tradução nossa.

<sup>38</sup> Alexy menciona o exemplo de uma regra de Direito positivo, fundamentável por um critério de validez estabelecidos no ordenamento jurídico, em que pode ser necessário interpretar uma regra que define um destes critérios de validez (ALEXY, 2007. p. 222).

positivo, nem enunciados empíricos, as quais formam seis grupos: regras e formas de interpretação, de argumentação dogmática, do uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos.<sup>39</sup>

Alexy (2007, p. 225-226) inicia sua análise, nessa etapa, com as regras e formas de interpretação. Nela, trata da estrutura lógica dos chamados cânones de interpretação. Assim, a partir de uma norma, aplicando-se as regras do uso de palavras, tem-se a expressão concreta dessa norma. Ao esclarecer que o assunto é objeto de discussões desde Savigny, Alexy afirma ser uma das mais importantes tarefas dos cânones a fundamentação de tal expressão interpretativa.<sup>40</sup>

De acordo com Alexy (2007, p. 235), os cânones têm o status de “esquemas de argumentos”, isto é, esquemas de enunciados de uma forma determinada, a partir dos quais se segue logicamente um enunciado; assim, pode-se atribuir a esse enunciado uma fundamentação de acordo com uma regra pressuposta. Por esse motivo, lhes designa como ‘formas de argumentos’. Como formas de argumentos, conclui, os cânones se caracterizam como a estrutura do ordenamento jurídico.<sup>41,42</sup>

---

<sup>39</sup> Alexy concentra o desenvolvimento de sua teoria da argumentação jurídica nas: regras e formas de interpretação, de argumentação dogmática, do uso dos precedentes e as formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2007. p.224)

<sup>40</sup> Alexy afirma que os cânones interpretativos podem agrupar-se em seis grandes grupos: os de interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. (ALEXY, 2007. p. 225-226).

<sup>41</sup> Alexy afirma que uma análise completa de todas as formas de argumento possíveis em um discurso jurídico daria em algo parecido com uma ‘gramática’ da argumentação jurídica. (ALEXY, 2007. p. 236)

<sup>42</sup> Um argumento será semântico, quando se justificar, criticar ou afirmar que uma interpretação é admissível, em face do uso da linguagem e quando não haja uma determinação da decisão. Será genético quando se justificar uma interpretação porque a própria é uma vontade do próprio legislador. Destaca Alexy que as formas de interpretação semântica incluem enunciados sobre a validade das regras semânticas, enquanto as formas de interpretação genética incluem enunciados sobre a vontade do legislador.

O argumento será histórico, quando se aduzem fatos referentes à história do problema jurídico discutido, indicando razões a favor ou contra determinada interpretação. Contudo, não basta o conhecimento, é preciso a capacidade também de fundamentar-se tal argumento. Muito semelhantes, contudo trazendo uma premissa normativa, são os argumentos comparativos, que tomam como balizamento um estado de coisas obtidos em uma outra sociedade.<sup>42</sup> Os argumentos sistemáticos, a seu turno, apresentam referência teleológica da situação de uma norma em relação a outras normas e servem para livrar de contradições o ordenamento jurídico (ALEXY, 2007. p.226-237).

Segundo Alexy (2007, p. 236), um argumento de determinada forma só seria completo se contivesse todas as premissas pertencentes a essa forma. A isto ele chama de 'requisito de saturação'. A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones, excluindo a simples afirmação de que um argumento é resultado de determinada interpretação.

Alexy aponta que um dos problemas mais sérios sobre os cânones é a busca de uma hierarquia ou um catálogo de graus entre os cânones. A teoria do discurso também não pode fornecer tal catálogo, contudo pode contribuir para o desfazimento deste problema ao mostrar de que maneira deve se usar oportunamente as distintas formas de argumentos. A teoria do discurso dá conta também da dimensão pragmática de uma fundamentação. Não pretende proporcionar critérios que possam determinar absolutamente um resultado, mas indica regras e formas, cujo cumprimento aumente a probabilidade de que uma discussão chegue a uma conclusão correta, racional.<sup>43</sup>

Assim, segundo Alexy (2007, p. 240), os cânones não oferecem uma garantia de se encontrar um único resultado correto, mas são formas que tem que se servir Argumentação Jurídica na sua a pretensão de correção.

Outro grupo de regras e formas de justificação externa enumerado é denominado dogmática jurídica. Segundo Alexy (2007, p. 240-242), adotando-se um conceito amplo para dogmática jurídica<sup>44</sup> podem-se distinguir três dimensões: uma empírico-descritiva, na qual está a descrição

---

<sup>43</sup> Segundo Alexy, para assegurar a vinculação de uma discussão com o Direito vigente, deve-se exigir que os argumentos que expressam essa vinculação tenha, *prima facie*, um maior peso. Isto expressa a seguinte regra: "Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos." Quando, por sua vez, os argumentos que expressem uma vinculação tem um menor peso, não há campo livre para a arbitrariedade. A regra aponta a solução: "La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación." (ALEXY, 2007. p. 238-239).

<sup>44</sup> Alexy apresenta um conceito operacional dominante de dogmática jurídica, com Ciência do Direito em seu sentido mais estrito e próprio, isto é, uma mescla da descrição do Direito vigente, sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Destaca também a importância de conceitos mais estritos, designados pelas expressões 'conceptual', 'lógica' ou 'sistemática'. (ALEXY. 2007. p. 240-242)

da *práxis* dos Tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador; outra analítico-lógica, em que está a análise dos conceitos jurídicos, assim como a investigação das relações entre normas e princípios, e uma última, prático-normativa, na qual está a fundamentação de uma interpretação da norma ou de quem critica uma decisão judicial sobre a base de seus efeitos práticos.

Por outro lado, ressalta Alexy (2007, p. 243), pode-se adotar uma concepção muito estrita da dogmática, ou seja, a dogmática como “matemática social”, que foi praticada na sua forma mais pura no século XIX. Essa concepção pode ser entendida por uma de suas conclusões: a decisão final é resultado de um cálculo, cujos fatores são os conceitos jurídicos, e o resultado será mais seguro quanto mais determinado seja o valor dos fatores. Por essa visão existe a objeção de que, unicamente por meio de análises lógicas e da dedução lógica, não se alcançam novos conteúdos normativos.

Segundo Alexy (2007, p. 244), não se deve utilizar nem o conceito amplo, que inclui atividade de descrever, analisar e propor normas, pois todo argumento que tivesse lugar no discurso jurídico seria dogmático; tampouco se deve utilizar o conceito extremamente estrito, que concebe como dogmático aquilo que é resultado de uma análise lógica das normas jurídicas, pois assim os argumentos dogmáticos poderiam contribuir muito pouco para a fundamentação de enunciados normativos.

Propõe Alexy (2007, p. 244-246), então, uma coerência entre o conceito de dogmática jurídica e o conceito de argumentos dogmáticos; para tanto, especifica cinco condições<sup>45</sup>. Tais exigências resultam, segundo ele, em uma Dogmática do Direito como uma série de enunciados referentes às

---

<sup>45</sup> 1ª) Como a dogmática jurídica deve conferir apoio aos argumentos, é conveniente entender dogmática como conjunto de enunciados e não como atividades.

2ª) Estes enunciados estão relacionados com as normas estabelecidas e com a jurisprudência, mas não são simples registros de codificações ou meros precedentes compilados. Os Tribunais podem tomar enunciados e contribuir para o desenvolvimento da dogmática.

3ª) Estes enunciados formam um todo coerente, isto é, não podem contradizer-se, tem em sua formulação aparecem os mesmo conceitos jurídicos e mantêm relações de inferência.

4ª) Estes enunciados se formam, fundamentam e comprovam pelo marco de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente.

5ª) A dogmática do Direito tem conteúdo normativo. Assim, seus enunciados podem se aduzir como argumentos para a decisão de questões que não poderiam resolver-se unicamente com argumentos empíricos. (ALEXY, 2007. p. 244-246)



normas estabelecidas e a aplicação do Direito, porém não podem se identificar com suas descrições. Tais enunciados estão entre si, em uma relação de coerência mútua, formam-se e discutem em um marco de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente e, finalmente, têm conteúdo normativo.

Sobre o papel dos argumentos dogmáticos no discurso jurídico, Alexy (2007, p. 247) afirma que as definições dos genuínos conceitos jurídicos pertencem, sem dúvida, aos enunciados da dogmática jurídica. Por outro lado, não é adequado afirmar que toda regra de uso de palavras, proposta ou empregada na interpretação de uma norma é um enunciado da dogmática.

Os enunciados dogmáticos não podem se derivar apenas por uma decorrência lógica das formulações de uma norma pressuposta como vigente, tampouco apenas de enunciados empíricos. Para a fundamentação de enunciados dogmáticos é possível a utilização de um novo enunciado dogmático. Esses novos argumentos dogmáticos, por sua vez, também poderiam necessitar de fundamentação. Isso se faria repetidamente. Em algum momento, quando terminassem, haveria a necessidade de outros argumentos, não mais dogmáticos, de cunho normativo, mas argumentos práticos de tipo geral. Assim, conclui Alexy (2007, p. 251), os enunciados práticos do tipo geral constituem a base para a fundamentação ou comprovação dos enunciados dogmáticos.

Dessa forma, segundo Alexy (2007, p. 253), a argumentação dogmática não pode ser reduzida à argumentação prática geral, mas ela constitui a sua última pedra de toque e base da argumentação dogmática.

A dependência da dogmática à argumentação prática geral significa concluir que os enunciados da dogmática, que respeitam o ciclo de comprovação e justificação<sup>46</sup>, não são de modo algum irrefutáveis. Não são

---

<sup>46</sup> A comprovação tem como critério mais importante a ausência de contradição entre a série de enunciados dogmáticos ou as normas jurídicas vigentes. A comprovação, embora necessária, não é suficiente. Há necessidade de fundamentação, através de uma justificação prática geral, do auxílio do restante da cadeia de enunciados dogmáticos e das formulações

dogmas como convencionalmente se conceitua (ALEXY, 2007, p. 254). Essa conclusão é muito importante e repele a conotação conservadora atribuída a Argumentação Jurídica.

Assim, Alexy (2007, p. 251-252) descreve duas regras:

- 1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral;
- 2) Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito, quanto amplo.<sup>47</sup>

Alexy (2007, p. 255) segue em sua teoria sobre as funções da dogmática, destacadamente, frente à constatação de que os enunciados dogmáticos dependem para sua justificação, em última instância, de argumentos práticos do tipo geral. Assim, surge a questão de qual seria o sentido da argumentação dogmática frente à argumentação prática geral? Destaca seis funções da dogmática: de estabilização<sup>48</sup>, de progresso<sup>49</sup>, de descarga<sup>50</sup>, técnica<sup>51</sup>, de controle<sup>52</sup> e heurística<sup>53</sup>.

de normas jurídicas. (ALEXY, 2007. p.253)

<sup>47</sup> Sobre a comprovação sistemática dos enunciados, ela se dá pela relação lógica entre o enunciado a comprovar e o resto dos demais enunciados dogmáticos ou com as formulações das normas jurídicas pressupostas como vigentes (comprovação sistemática estrita). Tal comprovação pode se dar ainda pela relação dos enunciados normativos a fundamentar com a ajuda dos enunciados dogmáticos a comprovar, com os enunciados normativos singulares que devem justificar-se com a ajuda do resto dos enunciados dogmáticos ou das formulações das normas jurídicas (comprovação sistemática ampla). (ALEXY, 2007. p.251-252).

<sup>48</sup> A função de estabilização se concretiza com o auxílio dos enunciados dogmáticos, que fixam determinadas soluções a questões práticas (ALEXY, 2007. p.255).

<sup>49</sup> Relacionada estreitamente à estabilização, a função de progresso consiste na qualidade da dogmática de ampliar a discussão jurídica (retirá-la do aspecto pontual, casuístico) sob os aspectos temporal, do objeto e das pessoas (ALEXY, 2007. p.256).

<sup>50</sup> Pela dogmática, é possível que enunciados sejam considerados, ao menos provisória e limitadamente, comprovados e aceitos, podendo-se renunciar a discussão repetida em cada caso soluções valorativamente convincentes (ALEXY, 2007. p.257)

<sup>51</sup> A função técnica é desempenhada pela construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas. Tem um papel informativo, panorâmico e didático, de modo que a dogmática permite uma penetração analítica e conceitual sobre a matéria jurídica (ALEXY, 2007. p.258).

<sup>52</sup> A função de controle da dogmática é observada pela possibilidade de se realizar uma comprovação sistemática dos enunciados, o que acaba por desencadear decisões não isoladas, mas que guardam uma compatibilidade lógica (ALEXY, 2007. p.259).

<sup>53</sup> Como última função elencada por Alexy, a função heurística confere à dogmática a possibilidade de ser um ponto de partida para novas observações e relações, pois na medida que sintetiza um estado de compreensão alcançado, se converte em iniciador de novos

Assim, no entender de Alexy (2007, p. 260-261), a dogmática jurídica tem como aspecto um caráter instrumental, isto é, são instrumentos que podem produzir resultados que não seriam possíveis unicamente através do discurso prático geral. Conclui também que os argumentos dogmáticos não são contraditórios com os princípios da teoria do discurso e que são um tipo de argumento exigido por essa no contexto do discurso jurídico.<sup>54</sup>

Ainda, segundo Alexy (2007, p. 262-263), o papel dos precedentes é essencial na Argumentação Jurídica. E tem como diretrizes: uma exigência de justiça, que se vislumbra na ideia de tratar o igual de maneira igual; assim como, uma busca de correção de decisão. Dessa forma, os precedentes, se de um lado não podem tornar decisões fixas, posto que sujeitas a mudanças de valoração de circunstâncias, por outro, demandam que para que um padrão de decisão seja alterado seja feito com a produção de razões. Há necessidade, portanto, no trato dos precedentes da regra da carga de argumentação.

Como afirma Alexy (2007, p. 265-266), há limites para a argumentação prática geral. As regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Há, com frequência, o estabelecimento de apenas espaços do que é discursivamente possível. A possibilidade de uso de uma carga de argumentação em favor de precedentes, atendendo à exigência de consistência, não pode ser vista como uma infração às regras do discurso, e mais, poderá conferir uma razão importante em favor da própria racionalidade do uso de precedentes.<sup>55 56</sup>

---

conhecimentos que não haviam prevalecido ou que estavam isolados ou não sistematizados (ALEXY, 2007. p.260).

<sup>54</sup> Alexy formula a seguinte regra: "Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados." (ALEXY, 2007. p.260-261).

<sup>55</sup> Para Alexy existem duas regras:

- 1) quando se pode citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo;
- 2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação (ALEXY, 2007. p.265).

<sup>56</sup> Alexy alerta e ressalva que a extensão da obrigação regulada pela regra da carga de argumentação depende da amplitude e das possibilidades de se separarem os precedentes. Não direciona sua tese para isso. Assinala, no entanto, em lugar do estudo das teorias e técnicas sobre o assunto, a distinção entre *distinguishing* e *overruling*. A primeira é uma técnica que serve para interpretar de forma estrita a norma considerada desde a perspectiva do precedente, de modo a seguir respeitando o precedente. A segunda consiste no repúdio

No seguimento de suas propostas de regras e formas de justificação externa para a fundamentação de premissas, Alexy (2007, p. 266) apresenta os argumentos jurídicos especiais, isto é, aqueles argumentos usados especialmente na metodologia jurídica, tais como: analogia, argumentação *a fortiori*, *ad absurdum* e *argumentum* em contrário.

Segundo Alexy (2007, p. 267), as formas de argumentos jurídicos especiais podem se expressar como formas de inferência logicamente válidas. Tal expressão apresenta duas vantagens: torna possível a compreensão de sua forma lógica, e torna mais claro o conteúdo não lógico.

Na sequência de sua teoria, Alexy (2007, p. 271), sintetiza que a argumentação prática geral pode ser necessária, tanto para fundamentação de premissas normativas como para a eleição entre distintas formas de argumentos, como ainda para a fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos ou dos *distinguishing* e *overruling* e, finalmente, para a fundamentação de enunciados de justificação interna. Para ele, no entanto, os argumentos práticos gerais não substituem o uso de enunciados dogmáticos ou enunciados de precedentes. Conclui, no entanto, que tais argumentos não estão sempre disponíveis, surgindo então o espaço para a intervenção direta da argumentação prática geral, reforçando-se a tese da argumentação prática geral como fundamento para a Argumentação Jurídica.<sup>57</sup>

Para Alexy (2007, p. 273), a necessidade do discurso jurídico surge pela debilidade das regras e formas do discurso prático geral, posto que elas, em muitos casos, não levam a um resultado ou não garantem segurança a um eventual resultado.<sup>58</sup>

---

ao precedente. Ambas têm que ser fundamentadas e necessitam de razões jurídicas para tanto (ALEXY, 2007. p.265-266).

<sup>57</sup> Alexy aponta quatro aspectos da vinculação entre o discurso jurídico e o discurso prático geral: 1) a necessidade do discurso jurídico sobre a base da natureza do discurso prático geral; 2) a coincidência parcial sobre a pretensão de correção; 3) a coincidência estrutural de regras e formas de ambos os discursos e 4) a necessidade da argumentação prática geral no marco da argumentação jurídica (ALEXY, 2007. p.272).

<sup>58</sup> Alexy destaca três razões para a afirmada debilidade: 1) as regras do discurso prático

Por isso, afirma, resulta consequência racional a introdução de formas e regras especiais de argumentação jurídica, sua institucionalização como ciência jurídica e sua inclusão no contexto dos precedentes. Assim, pela debilidade das regras e formas do discurso prático geral e pela insuficiência na solução de todos os problemas pelas normas jurídicas surgidas do processo de legislação, é que se deve buscar (sem deixar de lado essas duas), ao menos, uma área do possível discursivamente (ALEXY, 2007, p. 274).

Segundo Alexy (2007, p. 278), a Argumentação Jurídica, que de alguma forma depende da argumentação prática geral, de acordo com suas respectivas regras e condições, apresenta um discurso jurídico com debilidades suavizadas, mas não eliminadas. Dessa forma, sua teoria da Argumentação Jurídica Racional não é um procedimento que garanta a segurança de um único resultado. Afirma, enfaticamente, que quem equipara racionalidade e segurança (segurança de atingir a um resultado específico) deve renunciar a uma teoria da Argumentação Jurídica Racional.<sup>59</sup>

Alexy (2007, p. 278) rechaça tal equiparação, afirmando que não seria a produção da segurança (na obtenção de um único resultado) que constituiria o caráter racional da Jurisprudência, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios e regras, tais como os por ele apresentados.

Segundo Atienza (2002), Alexy percorre o mesmo caminho de MacCormick, porém em sentido oposto. Alexy parte de uma teoria da argumentação prática geral, para, depois, projetá-la no campo do Direito; o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

Para Atienza (2002, p. 234), a teoria de Alexy é vista como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas; e, como leciona Atienza “[...] uma extensão dessa tese para o campo

---

geral não prescrevem que premissa normativa devem partir os participantes do discurso; 2) nem todos os passos da argumentação estão fixados e 3) algumas regras do discurso só podem cumprir-se de maneira aproximada, havendo a possibilidade de não se chegar a um acordo (ALEXY, 2007. p.273).

<sup>59</sup> Sustentar a tese de que há apenas uma resposta correta é um equívoco para Alexy, segundo Atienza (2002). Nesse ponto, encontra-se apresentado um importante elemento de distinção com o pensamento de Dworkin

específico do Direito.”<sup>60</sup>

Ainda sobre a ligação entre Alexy e Habermas, ao explicar a teoria do discurso de Habermas, Atienza (2002) esclarece que ela parte de um conceito amplo de razão, e que as questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Tendo como direção a linguagem, existem pressupostos racionais para o consenso, que vão desde a inteligibilidade, o entendimento a uma manifestação veraz, correta e aberta à participação, de modo que seja possível a construção de coincidências entre falante e ouvinte. A partir da problematização dessa ação comunicativa surge o discurso, em que há necessidade de fundamentar as razões do falante de maneira teórica ou prática.

A teoria do discurso (ATIENZA, 2002, p. 239) se caracteriza como uma das teorias do procedimento. Esse procedimento permite a participação de um número ilimitado de indivíduos, em situação de suas existências reais. Quanto às exigências impostas ao procedimento, tem-se que a teoria do discurso pode ser formulada integralmente por meio de regras. Quanto às peculiaridades do processo de decisão, as convicções fáticas e normativas podem ser modificadas em virtude dos argumentos apresentados ao longo do procedimento. O discurso tem regras e forma; algumas fundamentais, cuja validade é condição para qualquer discurso prático ou teórico e buscam: a não contradição, sinceridade, universalidade e o uso comum da linguagem.

As regras não garantem sempre o acordo e, mesmo quando obtido, seu segmento pode não ser observado. Sabendo-se dessas limitações do discurso prático existe a proposta da necessidade de um sistema jurídico para operar nesse limite. Assim, o Direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, mediante três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a Argumentação Jurídica e o processo judicial.

---

<sup>60</sup> Nessa passagem far-se-á registro das discussões dessa relação com as discordâncias de Habermas.

Assim, o discurso jurídico tem seus limites, pois as regras não garantem que se possa chegar a uma única resposta certa. Nem sequer num discurso ideal “[...] seria possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso [...]” (ATIENZA, 2002, p. 264). Contudo, é autorizado pensar sobre a teoria de Alexy, que essas dificuldades não invalidam a construção do discurso jurídico, pois ela é um procedimento para um tratamento racional. Assim, o modelo de Direito estruturado em regras, princípios e procedimentos permite alcançar um maior grau de racionalidade prática. O grande problema de como fundamentar uma decisão seria respondido pela Argumentação Jurídica prática discursiva. Como tal, essa construção se dá por meio de um procedimento. O procedimento discursivo se desenvolve, dessa forma, através da atenção a uma série de regras, associadas aos critérios teóricos e formas apresentados pela teoria que fundamentam a racionalidade pretendida.

Importante também a constatação de Bustamante (2008, p. 360-361, ao diferenciar a Argumentação Jurídica da Hermenêutica. A primeira refere-se às teorias da justificação das decisões jurídicas em geral e para ele, “[...] a palavra ‘justificação’ deve ser entendida em contraposição a ‘explicação’ ou ‘descoberta’, pois o seu interesse é muito maior pelo ‘contexto de justificação das decisões’ do que pelo seu ‘contexto de descoberta’.” Já é possível identificar uma divisa clara com a *hermenêutica jurídica* – que se preocupa com a ‘estrutura da interpretação’ e a ‘compreensão’ do jurista. Essa “nada diz sobre os critérios de confirmação ou rechaço das hipóteses de interpretação.”

O discurso jurídico, fundamentado na argumentação e seguindo a teoria proposta por Alexy, busca que uma proposição seja avaliada dentro de uma racionalidade. Uma proposição/comunicação terá sua conclusão avaliada em um processo de racionalidade, que não busca uma única solução possível para um caso difícil, mas apontar para defeitos no cumprimento de regras argumentativas para alguma escolha decisória.

### **3.2 Ponderação: a Teoria dos Princípios de Alexy e o Sopesamento.**

Nesta subseção, buscar-se-á a compreensão do modelo teórico proposto para a ponderação. Tal compreensão será importante para posteriormente ser feita a análise dos argumentos que compõem os grupos de decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal, bem como a formulação da resposta principal proposta na tese, se, afinal, as decisões que argumentam pela ponderação efetivamente aplicam o modelo teórico de Alexy.

De uma maneira geral, é possível observar uma estabilidade nas teses de Alexy. Em 1988, ao abordar o problema da única resposta correta para um caso jurídico, ele fez uma reflexão sobre o sistema jurídico. Para os positivistas, de uma maneira geral, o sistema jurídico é um sistema de regras construídas sobre uma base de validade e/ou eficácia, o que limita o enfrentamento de vagueza da linguagem jurídica, a possibilidade de conflito de normas válidas e eficazes e a existência de situações não reguladas. Se não há esse alcance, então, nesses casos, o juiz não estaria verdadeiramente vinculado ao sistema jurídico.

Alexy (1988, p. 151) afirma que a única resposta correta só poderia ser admitida se houvesse a presença de 5 idealizações: 1) tempo ilimitado, 2) informações ilimitadas, 3) clareza linguística conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de regras e 5) carência de prejuízos ilimitada.

Uma diferença substancial da tese de Alexy (1988) é uma contraposição ao reconhecimento de que um sistema jurídico, composto por princípio, deve também permitir uma única resposta correta ideal, que poderia se justificar através de uma teoria substantiva em correspondência à Constituição, as regras de Direito e aos precedentes.

Sobre seus objetivos com a teoria dos princípios, Alexy (1988) afirma que com a teoria dos princípios diferencia o campo normativo entre regras e princípios; esses porém, não estão em condições de sustentar a tese da única resposta correta e demandam uma teoria da argumentação



jurídica orientada de acordo com o conceito de razão prática. A combinação dessas duas constitui sua base teórica do Direito.

Alexy (1988, p.143) afirma que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios não é a aplicação na forma do *all-or-nothing-fashion* (tudo ou nada), uma vagueza maior ou menor, ou ainda no eventual conflito normativo, mas, sim, que princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, frente às possibilidades jurídica e fáticas. As primeiras possibilidades serão determinadas pelas normas que eventualmente estejam em sentido contrário. As fáticas identificarão condições de precedência de um princípio sobre outro; as regras trazem em seu conteúdo determinações nos campos das possibilidades fáticas e jurídicas e, constatada sua validade, haverá obrigatoriedade de fazer o que ordena.

Alexy (1988) afirmou que, se fosse possível uma variante “forte” da teoria dos princípios, seria aquela que contivesse toda uma relação (catálogo) de princípios e todas as relações de prioridade abstrata e concreta entre eles. Assim, poderia ser possível a tese da única resposta correta. Por isso, propõe uma teoria dos princípios que seja mais que um catálogo de *topoi* a partir de três elementos: 1) um sistema de condições de prioridade, 2) um sistema de estruturas de ponderação e 3) um sistema de prioridades *prima facie*, explicando:

**1) condições de prioridade:** essa passagem afasta a exclusividade na resolução dos problemas de colisões com dados do caso concreto. Relações de prioridade são importantes para decisão de novos casos. Assim, as condições de prioridade estabelecidas até o momento em um sistema jurídico proporcionam informações sobre o peso relativo dos princípios, e o procedimento de argumentação sobre um novo caso não se dá sem se levar isso em conta (Alexy, 1988, p. 147).

**2) estruturas de ponderação:** a realização dos princípios como mandados de otimização, exigem a realização mais completa, em relação a circunstâncias jurídica e fáticas. As possibilidades fáticas são analisadas pelo

princípio da adequação e da necessidade<sup>61</sup>. As possibilidades jurídicas implicam aplicação da lei da ponderação, que formula o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e conferem estruturas para uma argumentação racional. (ALEXY, 1988, p. 147)

**3) um sistema de prioridades *prima facie*:** tais prioridades estabelecem um carga de argumentação mais forte, pois estabelecem, no sistema jurídico, algum tipo de ordem no campo dos princípios. Essa ordem não tem caráter definitivo, mas exige o cumprimento de suficiente carga argumentativa para a prevalência dos argumentos em favor de um sentido contrário.

Especificamente quanto ao sistema de prioridades *prima facie* é importante a reflexão feita por Bustamante (2008, p. 248-251). Ele apresenta uma ideia de obrigação *prima facie*, não como algo com aparência de obrigação, mas algo mais próximo à capacidade de expressar a característica de superabilidade, no sentido de deixar de ser aplicada em vista a exceções que possam surgir. Contudo, essa característica ainda diz respeito ao raciocínio de pressupostos e consequências, ou seja, no plano compatível com as normas hipotéticas de Kelsen<sup>62</sup> ou das regras de Alexy.

---

<sup>61</sup> **princípio da adequação:** Um dos três subprincípios da proporcionalidade servirá de parâmetro na identificação das possibilidades fáticas, funcionando como uma expressão advinda do princípio de Pareto (“[...] *one position can be improved without detriment to the other.*”) (Alexy, 2014, p. 53)

**princípio da necessidade:** Como frequentemente ao se decidir, em algum nível a adequação é observada, mesmo que seja em um grau mais moderado, as condições fáticas devem ficar muito claras. Esse é o papel do segundo subprincípio da proporcionalidade, a necessidade. Embora a decisão seja adequada, ela seria necessária? “This principle requires that of two means promoting P1 that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with P2 has to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no costs to the other. Under this condition, P1 and P2, *taken together*, require the less intensively interfering means be applied.” (ALEXY, 2014, p. 53)

<sup>62</sup> Bustamante (2008, p. 241) identifica um problema de estudo: “[...] Alexy introduz uma categoria de normas – os princípios, definidos como mandados de otimização, que devem ser cumpridos na máxima medida possível – que não podem ser definidos como ‘hipotéticas’ mas, ao mesmo tempo, se amoldam à definição de ‘norma jurídica’ proposta por Kelsen, que – apesar de não ser idêntica – se assemelha substancialmente à do próprio Alexy. O problema é que para Kelsen (1950), só é possível imaginar duas categorias de normas sociais: as categóricas e as hipotéticas, sendo que apenas essas últimas podem ser aceitas com *normas jurídicas* válidas.” Para Bustamante (2008, p. 242), Kelsen não chegou a conhecer a diferença entre obrigações próprias/absolutas e *prima facie*, tampouco chegou a se interessar por um conceito próximo ao que se entende por princípios.

Segundo Bustamante (2008, p. 243), para Kelsen, norma seria um ato de prescrição, permissão ou faculdade de condutas. Tal ato, que impõe ao homem conduzir-se de determinada maneira, fora autorizado por outra norma preexistente que regula a forma com

Assim a diferença para os princípios não está em ser uma obrigação *prima facie*, mas no estabelecimento gradual das consequências de aplicação.

Para Bustamante (2008, p. 254), “A diferença do caráter *prima facie* dos princípios está no fato de que as regras, para deixarem de ser cumpridas, necessitam que se introduza uma *cláusula de exceção* (Alexy, 1986, p. 100), o que não acontece com os princípios.” Pode-se dizer que os princípios possuem caráter *prima facie* mais marcantes, pois carregam em si maior grau de superabilidade (por princípios opostos na concretude). As regras, a seu turno, carregam a superabilidade em convergência com um caráter excepcional apenas.

Conclui Bustamante (2008, p. 255): “[...] tanto os princípios como as regras são normas, que se use o conceito de norma de Kelsen ou de Alexy. Da mesma forma, tanto os princípios como as regras têm caráter *prima facie*, embora este seja mais acentuado nos primeiros. A diferença está na estrutura lógica: enquanto as regras contêm determinações concretas, os princípios se limitam a buscar um certo “estado ideal de coisas”.

Alexy (1988) já entendia uma correspondência entre princípios e valores. Haveria uma correspondência entre problemas de prioridade de princípios e hierarquia de valores, que se distinguem por um exame de planos: deontológico (para princípios) e axiológico (para valores). Seguiu, então, para suas teses, realizando uma atividade analítico-conceitual do sistema normativo.

As normas se diferenciam em termos estruturais. Importante distinção nesse âmbito interpretativo deve ser feita entre regras e princípios<sup>63</sup>;

---

ela foi produzida. Kelsen também fazia a distinção entre norma e o texto que a veicula. Assim como quem adota um conceito semântico de norma há diferença entre norma e enunciado normativo (texto). A diferença entre o texto e o significado do texto. Para Bustamante (2008, p. 243-244), a diferença entre Alexy e Kelsen é que o primeiro não acata elementos mentais (psicológicos ou voluntaristas), enquanto Kelsen aceita para ver na norma sentido de um ato de vontade).

A dissonância entre Kelsen e Alexy estaria no caráter hipotético da norma do primeiro, pelo qual a norma apresenta descrições das condições de aplicação, algo incompatível com a visão de princípios como mandados de otimização. Não haveria a moldura hipotética normativa. A chave para a compatibilização do conceito de norma para os princípios seria a compreensão da noção de obrigação *prima facie*. (BUSTAMANTE, 2008, p. 246)

<sup>63</sup> Não é objetivo do presente texto apresentar a distinção entre regras e princípios. Reserva-se o espaço principal para uma compreensão mais apurada dos princípios, posto que sua

que permite uma resposta mais adequada às demandas de concretização dos direitos fundamentais dentro de parâmetros de racionalidade.

A base da teoria dos princípios é a distinção entre os tipos normativos regras e princípios (ALEXY, 2014, p. 52). Diretamente, Alexy (2014, p. 52) define regra como “[...] *norms that require something definitively. They are definitive commands. Their form of application are fulfilled, it is definitively required that exactly what it demands be done.*” Princípios como mandamentos de otimização “[...] *each taken alone, always comprise a*

---

análise é mais íntima da ponderação. No entanto, Aguiló Regla apresenta uma série de tópicos, pelos quais os pontos de convergência e divergência entre os paradigmas do positivismo e pós-positivismo podem ser destacados e de início apresenta dois modelos: o modelo de regras, elemento marcante do positivismo e o modelo de regras e princípios do pós positivismo. No primeiro, o modelo de regras é apresentado como adequado ao sistema jurídico positivista. Para tanto, o ideal regulativo é o da tipicidade, cuja valoração é feita por ocasião da criação da regra e não da sua utilização. Para o citado autor, as normas devem ser precisas, diretas e fechadas. As normas abertas ocorrem por imprecisão da técnica legislativa ou, em última análise, como hipóteses de delegação legislativa. Tal modelo foi erguido pelos ideais da previsibilidade e da certeza. Por outro lado, no paradigma pós positivista, embora considerem-se as regras necessárias, tal modelo puro de regras é insuficiente. Para a constituição do conceito integral de norma, é fundamental a inclusão de princípios, ou seja, o modelo é o de regras e princípios. Os princípios, ao contrário das regras, conforme explica Atienza, trazem razões não peremptórias, isto é, dão uma razão para um determinado comportamento, mas não afastam outras possíveis razões, impondo ao caso concreto uma prática deliberativa, um processo de ponderação para verificação da força dessas razões e solução incidental. A importância dos princípios nesse modelo normativo é tamanha que se tornam, inclusive, vetores de criação e valoração das próprias regras, dando o seu sentido de coerência material. Em relação ao modelo das relações lógicas entre normas e ao modelo de relações lógicas e relações de justificação, Aguiló expõe que, no positivismo, entre as regras de um sistema se dá uma lógica de dedutibilidade e eventuais e indesejáveis conflitos de normas se resolvem pela prevalência de uma sobre as demais, por critérios definidos baseados na hierarquia, posterioridade e especialidade. Já no pós-positivismo, prega-se uma relação de coerência valorativa para o conjunto normativo, isto é, para regras e princípios. Para as regras há ainda um processo de solução de conflitos baseado na hierarquia, posterioridade e especialidade. No entanto, quanto às normas-princípio, distante da posição positivista do “tudo ou nada”, há a coexistência de normas, que no caso concreto deverão triunfar, sem se dizer que em outro caso concreto não poderá triunfar a norma contrária, isto é, incidirão com critérios de ponderação. Esses raciocínios estão desenvolvidos em: AGUILO REGLA, Josep. *Sobre Derecho y Argumentación*. In \_\_\_\_\_, **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): Lleonard Muntaner, 2008, p. 11-28. e ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. 2007. p. 44. Também é importante destacar, como explica Pietro Sanchís: “[...] desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar tambien defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci)” (PIETRO SANCHÍS, 2005. p. 135). Para Figueroa, a Teoria de Alexy concebe os princípios como mandados de otimização, no sentido de indicar ao juiz que a norma deve ser aplicada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. (FIGUEROA, 2005. p. 179).

*merely prima facie requirement. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of the other principles is brought about by balancing.”*

Para Alexy, o ponto central distintivo entre os dois modelos normativos é que “[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Princípios são por ele qualificados como *mandamentos de otimização* e têm como característica a possibilidade de satisfação em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90)

A construção teórica para a ponderação observa que, com grande frequência, o caráter principiológico das normas, especialmente as de direitos fundamentais é manifestado, até mesmo de forma referencial, quando se fala em valores, objetivos ou regras sobre distribuição de algum ônus argumentativo (ALEXY, 2006 p. 86). Contudo, Alexy não nega – muito pelo contrário – a existência de regras, inclusive sob o ponto de vista da análise estrita de direitos fundamentais, em que há espaço inclusive para uma direta aplicação de um raciocínio dedutivo. Para a proposta de Alexy, tanto princípios quanto regras são normas e dizem o que deve ser. Ambas são expressões básicas do dever, da permissão e da proibição. (ALEXY, 2006 p. 87)

Na compreensão do tema, é importante frisar, além do aspecto normativo, princípios como mandamentos de otimização, isto é, normas que não atuam sob a lógica binária do tudo ou nada, mas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, observando-se as limitações e possibilidades fáticas e jurídicas existentes e vinculadas a condições de precedência. Tal compreensão é fundamental para o desenvolvimento de uma análise da Argumentação Jurídica.

Além da possibilidade de julgamentos legais e morais, com a constatação dos mandamentos de otimização, há uma outra possibilidade

imposta à decisão: a necessidade de opções axiológicas com reflexos deontológicos, todos possíveis e que demandam mais uma atividade justificativa<sup>64</sup>, colocando a opção decisória como a mais realizativa sob a ótica das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas ao caso.

Com isso não há, nessa dimensão, a preocupação com a decisão correta sob o aspecto normativo, mas dentro das opções normativamente suportadas, aquela que provocaria uma realização na maior medida possível de algo considerado relevante. A realização em maior medida depende, como dito, não só de questões fáticas, mas de possibilidades jurídicas. Sobre esse conceito, Alexy (2006, p. 90) afirma que seu âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Assim, no caminho para se identificarem as possibilidades jurídicas, a opção quando há conflito de regras segue um procedimento de verificação da validade das regras em questão, posto que, se existente o conflito, não há a possibilidade de duas regras válidas e aplicáveis a um caso concreto, com consequências jurídicas igualmente válidas apontarem para caminhos contraditórios. Deverá haver um juízo para encontrar duas possibilidades: a inexistência de um verdadeiro conflito, havendo alguma cláusula de exceção, ou a existência de uma invalidade de uma das regras contraditórias.

Ainda no âmbito de seleção das possibilidades jurídicas, a colisão de princípios impõe um raciocínio completamente diverso. Um primeiro âmbito de análise indica que, na colisão, o princípio que não prepondere não sofrerá nenhum tipo de juízo de invalidez, restrição geral ou incompatibilidade com o conjunto normativo. Haverá apenas uma construção

---

<sup>64</sup> Bustamante (2008, p. 258) afirma que Alexy busca, com a ponderação, construir um modelo de fundamentação de enunciados de preferéncia, isto é, uma ponderação poderá ser considerada correta se o enunciado de preferéncia puder ser fundamentado racionalmente. Bustamante (2008, p. 259) também entende que a teoria dos direitos fundamentais foi construída sobre a base de uma teoria da argumentação mais ampliada e tem um fundamento: o propósito de se fundamentarem, racionalmente, as valorações que se fazem ao decidir. A verificação dessa racionalidade alexyana<sup>64</sup> se dará através de um procedimento que busca formular juízos sobre a correção de enunciados, que segundo Bustamante (2008, p. 259) “[...] correção de enunciados normativos, a qual pode ser verificada através do cumprimento (nos discursos de justificação jurídica) de certas regras de argumentação definidoras das condições fundamentais de um *discurso prático* [...]”

de precedência, condicionada a determinadas situações, de um princípio sobre outro. (ALEXY, 2006 p. 93)

Alexy raciocina que a relação de precedência entre um princípio e outro é determinada pelo peso<sup>65</sup> de cada princípio. Então, se nas regras, o procedimento é a verificação da validade, nos princípios, o procedimento está na dimensão do peso, que não se opera no plano abstrato, mas revela importantes resultados no plano concreto. Pode haver quatro distintas situações quando se trata de princípios colidentes: o princípio 1 incondicionalmente prepondera ao princípio 2; o princípio 2 incondicionalmente prepondera ao princípio 1. São essas relações de precedência abstrata. No entanto, podem existir uma terceira e uma quarta possibilidades: o princípio 1 sob determinada condição, prepondera ao princípio 2 e o princípio 2, sob determinada condição, prepondera sob o princípio 1. Tratam, as duas últimas hipóteses, de uma preponderância concreta. Assim, sempre tendo em consideração o caso concreto, constrói-se a relação de precedência fixando-se em que condições um princípio precederia a outro. Trata-se, portanto, da compreensão de um modelo de precedências condicionadas (ALEXY, 2006, p.96).

Para essa compreensão, Alexy utiliza a metáfora do peso<sup>66</sup>. Os

---

<sup>65</sup> Alexy (2015, p. 594) explica como se faz o sopesamento. Ele é dividido em três etapas: na primeira etapa, é avaliado o grau de afetação ou de não satisfação de um dos princípios. No passo seguinte, avalia-se a relevância de satisfação do princípio colidente. No terceiro passo, deve avaliar-se se a satisfação do princípio justifica a afetação do outro.

<sup>66</sup> “[...] a *lei de ponderação* mostra que o processo de *pesagem* pode ser dividido em três estágios: 1. definição do grau de interferência em um dos princípios; 2. definição da importância da satisfação do princípio que atua em sentido contrário; e 3. verificar se a importância do princípio contrário justifica ou não a afetação do primeiro princípio.” (BUSTAMANTE, 2008, P. 259).

Haverá a realização de um quociente para *pesagem*, aplicado pela intensidade de intervenção em um princípio, de um lado e a importância de satisfação do princípio colidente de outro. Isso indicará, o peso relativo dos princípios envolvidos. Como quociente haverá, aplicando-se o modelo triádico de Alexy, 9 resultados distintos, 3 prevalecendo um princípio, 3 prevalecendo o outro e 3 situações de impasse, nas quais está a margem de ação do produtor da norma. Alexy (2006), dentro das situações de impasse identifica uma margem de ação. Margem de ação estrutural estaria em situações em que a satisfação de um princípio ou a restrição do princípio colidente seriam igualmente autorizadas pela Constituição. A margem de ação epistêmica decorre da incapacidade de conhecer os limites constitucionais. Pode ser oriunda dos limites do conhecimento empírico ou de limites do conhecimento normativo. Feitas essas distinções Alexy apresentou um modelo duplo triádico para auxiliar as situações de impasse em margens estrutural ou epistêmica pelos limites do conhecimento normativo. Para a margem epistêmica por limites do conhecimento empírico

interesses que originaram a colisão concreta de princípios são identificados e tratados com pesos. Trata-se a aplicação do sopesamento segundo Alexy, não de um método matemático, mas de uma formulação de racionalidade, posto que, num caso concreto, levaria a regras para o raciocínio, por exemplo: “se uma ação preenche as Condições ‘C’, então ela feriria um direito fundamental e seria proibida”. Dessa forma, de um enunciado de preferência sobre uma relação condicionada de preferência decorreria uma regra. Tal regra, presente a condição de preferência, prescreveria uma consequência jurídica do princípio prevalente. Nas palavras de Alexy, “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.” (ALEXY, 2006, p. 99)

A lei acima, chamada por Alexy *lei de colisão*, é um dos fundamentos da teoria dos princípios. Tal teoria, em bases compatíveis e convergentes com uma teoria de direitos fundamentais, pode apresentar como resultados do sopesamento normas de direito fundamental atribuídas.

Importantes decisões, em relevantes temáticas e em considerável escala, vem apresentando a ponderação como fundamento decisório. Especial e destacadamente, quando estão envolvidas questões difíceis, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, em diversas composições, nos últimos 12 anos tem se socorrido da ponderação. Durante esse período, quatorze Ministros do STF já recorreram à ponderação ou aderiram seu voto a uma construção argumentativa baseada na ponderação (exerceram uma

---

Alexy sugere uma segunda lei da ponderação, que tem como divisor e dividendo a intensidade de intervenção e o grau de certeza das premissas.

Bustamante (2008, p. 289) busca contribuir com o modelo teórico proposto por Alexy no que diz respeito a determinação do peso abstrato dos princípios jurídicos, buscando estabelecer uma escala para a determinação desses pesos, classificando os princípios em geral e estabelecendo critérios de enquadramento dos princípios nessa classificação. Isso permitiria o estabelecimento de ordens de prioridade *prima facie* o que considera distinto de uma hierarquização pura e simples. Para tanto propõe uma classificação de três níveis: princípios de restringibilidade excepcional, de restringibilidade ocasional e de restringibilidade ordinária. Reconhecendo que qualquer pretensão de classificação de princípios não poderia buscar traços de exaustividade, Bustamante apresenta critérios móveis: 1) critério da importância para coerência do sistema; 2) critério de ligação com direitos individuais; 3) precedência *prima facie* da liberdade e igualdade. Assim “Para determinar o peso abstrato dos princípios, e, assim, para classificar os princípios jurídicos quanto ao grau de restringibilidade, é preciso combinar os critérios [...]. Depois de determinado esse peso abstrato, a fórmula de ponderação resolve o problema.”



opção decisória baseada na ponderação). Só para uma primeira comparação, nesse mesmo de tempo, atuaram no STF 23 Ministros. Assim, parece que os Ministros do STF têm dado muita relevância à ponderação.

Partindo da lei de colisão e do sopesamento, na construção de um modelo de análise de decisões judiciais, podem-se indicar três etapas. A primeira delas consistiria na **identificação dos princípios contraditórios ou valores constitucionais em rota de colisão** no caso concreto em questão. Em uma segunda etapa, estariam as identificações das **configurações típicas do caso e as condições de precedência**, isto é, nas observações em que um ou outro princípio teria precedência. Essa etapa é, provavelmente, a mais sensível no sopesamento, pois a identificação das condições de precedência não pode ser feita através de simples opiniões, mas deve corresponder a um resultado submetido às regras e formas apresentadas pela teoria da Argumentação Jurídica.

Na terceira etapa, a identificação das **escolhas das condições de maior peso, que importaram no resultado decisório**. Dessa forma, numa eventual avaliação, seria possível identificar o grau de coerência entre as etapas e os possíveis níveis de justificação das opções decisórias. Para isso, também é importante compreender o significado de proporcionalidade.

Ao falar sobre os direitos constitucionais e a possível relação com a análise de proporcionalidade, Alexy (2014) afirma ser possível duas teses, as quais tratam essa relação como “necessária” ou “contingencial” e filia-se à primeira, na qual a legitimidade da análise da proporcionalidade é uma questão da natureza dos direitos constitucionais. Para ele, em colisões de princípios, haverá a aplicação da proporcionalidade, que em sua dimensão fática demandará o sopesamento<sup>67</sup> e “The Law of Balancing is to

---

<sup>67</sup> Na realização de críticas a teoria dos princípios, um grupo delas afirma que a teoria acaba presa em um círculo vicioso por pretender demonstrar antecipadamente aquilo que só pode ser demonstrado finalmente, isto é, que a teoria buscaria distinguir regras e princípios pelo seu modo de aplicação. Bustamante (2008, p. 265) já esclarece que, na realidade, não se trata propriamente de diferenças do modo de aplicação fazer as diferenças entre os tipos normativos, mas a consequência das diferenças entre regras e princípios impor modos de aplicação que se distinguem. O caráter de mandamento de otimização, algo como um dever-ser ideal (nas palavras de Bustamante) e formulações de determinações comportamentais (regras) levam a modos de aplicação distintos.

be found, in different formulations, nearly everywhere in constitutional adjudication” (Alexy, 2014, p. 54).

Alexy (2014, p. 57-59) entende que há uma indissociável/necessária relação entre princípios, como mandamentos de otimização e a proporcionalidade, chamada por ele de Primeira Tese da Necessidade. Aponta e rebate duas objeções feitas a essa tese. A primeira que o mandamento de otimização, que demanda a aplicação no “máximo possível” não seria na realidade um problema de sopesamento, mas de correção (dependente de uma argumentação moral específica). Alexy replica dizendo que, tanto o conceito de moralidade quanto o de correção, requerem o sopesamento quando há interferência com um direito constitucional. A correção de uma interferência dependerá da demonstração dessa intervenção poder ser justificada. Em casos de inadequação ou desnecessidade dessa intervenção, não haverá razões para essa intervenção e ela não será justificada. Passados esses testes, a correção ainda passará pela proporcionalidade em sentido estrito. Alexy ainda esclarece que argumentos morais são indispensáveis para a fórmula do peso. Porém, deve se ter em mente que a fórmula do peso não é uma alternativa para o argumento moral, mas um elemento estrutural para a argumentação (Direito e Moral) discursiva<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Bustamante (2008, p. 270) afirmou que “[...] é necessário retornar à vinculação necessariamente existente entre o modelo de ponderação proposto por Alexy e a teoria da argumentação jurídica. Sem esta última, seria impensável realizar a tarefa de fundamentação dos enunciados de preferéncia condicionada que se estabelecem diante de cada colisão de direitos.”

Assim, uma decisão racionalmente fundamentada passará pelo atendimento da exigência da argumentação na aplicação das regras e princípios envolvidos. Uma decisão que envolva princípios e, por conseguinte, requisite a ponderação demandará um acréscimo em sua argumentação. Bustamante (2008, p. 273) faz referência a este tipo de argumentação jusfundamental, na qual além das regras e condições ordinária a máxima da proporcionalidade ocupa um papel central na atribuição de racionalidade.

Bustamante (2008, p. 274), nesse sentido, afirmou que a máxima da proporcionalidade, com atribuição metodológica, é uma estrutura complexa de raciocínio decorrente da ideia de otimização e é subdividida em três regras: 1) regra da adequação, se o meio escolhido é hábil a fomentar o fim pretendido pelo princípio; 2) regra da necessidade, pois havendo dois meios de fomentar o princípio fim deve ser escolhido o meio que menos afete o princípio colidente e 3) regra da proporcionalidade em sentido estrito, no âmbito de relativização dos princípios frente as possibilidades normativas.

Bustamante (2008, p. 275) faz uma observação importante sobre a proporcionalidade: “[...] não é um *parâmetro material* para a argumentação jurídica. Ao contrário, trata-se de uma *estrutura formal* de aplicação dos princípios constitucionais. A proporcionalidade só permite controlar a restrição e a otimização de princípios *depois* que o intérprete tenha atribuído os

Sobre a ligação da proporcionalidade e os direitos constitucionais, Alexy (2014, p. 60) identifica críticas no sentido de que a teoria dos princípios não seria uma teoria universal dos direitos fundamentais. Só haveria algumas “ilhas de mandados de otimização” no campo dos direitos constitucionais, pois dependeria a proporcionalidade de expressas concessões do direito constitucional positivo. Alexy entende que ver os direitos constitucionais como um direito positivado não explica a natureza de tais direitos. Existem outras dimensões a serem analisadas.

Para Alexy (2014, p. 61), direitos humanos podem ser qualificados como morais, universais, fundamentais, abstratos e têm prioridade sobre outras normas. Disso, numa análise inicial, deriva um discurso de validade moral, que depende da possibilidade de justificabilidade, que se procede em termos fornecidos por uma teoria do discurso. Pelo teor dos direitos, especialmente os fundamentais abstratamente caracterizados, também não é difícil perceber a grande quantidade de inevitáveis colisões e, portanto, devem ser concretamente sopesados. Assim, percebe-se a conexão necessária entre princípios, proporcionalidade, sopesamento, correção, justificação e racionalidade, elementos fundamentais da teoria alexyana.

### **3.3 Justificação, correção e racionalidade**

Há uma preocupação frequente, para não se afirmar idêntica, nas teses da argumentação jurídica: a estratégia retórica nas decisões ideológicas. Como se procurou compreender, percebe-se que a jurisprudência trata de questões práticas, ou seja, aquilo que é ordenado, permitido ou proibido. Há, portanto, uma demanda de correção das decisões e um risco quanto a sua racionalidade.

---

*pesos específicos aos princípios colidentes; se houver dúvidas acerca do “grau de interferência” ou da “importância das razões para a interferência” em um direito fundamental, são necessários argumentos exteriores a ela.”*

Já ao fazer considerações introdutórias ao seu livro *Teoria do Direito e Decisão Racional*, Bustamante (2008, p.1) afirma que, em seu trabalho, tem uma premissa comum, o reconhecimento do papel da teoria da argumentação jurídica como método para legitimação das decisões jurídicas concretas. Por mais amplo que se possa imaginar o alcance do que seria legitimação, não seria absurdo imaginar que ele mais frequentemente está associado a algo positivo a ser atingido em uma decisão judicial.

Bustamante (2008, p. 7) apresenta, ao buscar uma definição comum para as teorias contemporâneas da argumentação jurídica, um retrato do seu objeto, isto é, do emprego de argumentos jurídicos, do seu contexto de aplicação, ou seja, discursos de justificação de decisões; da sua finalidade, permitir um incremento de racionalidade na aplicação do direito e de seus limites, presentes pela derivação da racionalidade prática.

As teses de Alexy observam tais orientações. Para sua construção teórica, Alexy estabelece alguns parâmetros relevantes: 1) a clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência; 2) não subestimação do aspecto formal, com papel indissociável da Lógica; porém 3) na medida da superestimação da Lógica e na redução da Ciência do Direito ao aspecto analítico as incontáveis críticas<sup>69</sup> a esses dois parâmetros tem fundamento; 4) em casos já minimamente complicados, a análise lógica já pode ficar esgotada, e são necessários valores adicionais e conhecimentos empíricos como fundamentos. (ALEXY, 2015, p. 43-48)

O desenvolvimento sobre essas orientações e esses parâmetros serão também uma forma de posicionamento de Alexy sobre muitas críticas recebidas, e o problema da discricionariedade seria provavelmente a mais séria delas.

O que em uma Constituição não é proibido nem obrigado está em um espaço de discricionariedade estrutural do legislador. Alexy (2015, p. 585-588) identifica três tipos de discricionariedade estrutural, que impõe atividades decisórias ao Tribunal Constitucional Federal alemão: 1) a

---

<sup>69</sup> Alexy menciona alguns autores: Smend, Kaufmann, Heller, Schmitt. (ALEXY, 2015, p. 47)

discricionariedade para definir objetivos, pela qual, diante de um direito fundamental, o legislador tem discricionariedade de intervenção no direito, encampar os fins, objetivos e princípios apresentados no dispositivo constitucional, ou ainda sobre a própria oportunidade de intervenção. 2) a discricionariedade para escolher meios, presente quando se impõem ações positivas, mas há a possibilidade de escolha de opções para se realizarem tais ações. 3) discricionariedade para sopesar. Há críticas à teoria dos princípios, no sentido de que a ideia de otimização está associada ao alcance de um ponto máximo (uma única resposta correta), que seria muitas vezes excludente de uma discricionariedade estrutural para sopesar. A teoria dos direitos fundamentais implica a máxima da proporcionalidade, que por sua vez, tem três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse nível se define a otimização que pouco tem a ver com ponto máximo. Assim, de forma mais objetiva:

1) **Adequação:** primeiro passo da proporcionalidade, a adequação exige que a medida seja capaz de fomentar um princípio quando embaraça a realização de um outro. A adequação (dentro da otimização buscada pela proporcionalidade) é um critério negativo, que não determina tudo, mas que exclui alguma alternativa (inadequada). (ALEXY, 2015, p. 590)

2) **Necessidade:** exige que entre dois meios, a princípio adequados, seja escolhido aquele que menos afete ou restrinja o princípio que não apresenta precedência. (ALEXY, 2015, p. 590)

3) **Proporcionalidade em sentido estrito:** como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. A proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes e significa: “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.” (ALEXY, 2015, p. 593) Assim, a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento segundo Alexy. (2015, p. 594)

Esse mesmo autor entende que é possível estabelecer um juízo racional sobre as intensidades de intervenção, sobre os graus de importância e a relação entre ambos, filiando-se, no entanto, a uma tese moderada nesse sentido, ou seja, a teoria dos princípios que nunca sustentou que o sopesamento fosse um procedimento indicando um resultado único e inequívoco. Embora admita que nem sempre será determinado um resultado de forma racional, em certos casos isso será possível e é “interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.” (ALEXY, 2015, p. 594)

Além da identificação triádica de intervenção, importância e relacional, a inserção de níveis leve, moderado e sério nas razões postas e contrapostas para intervenção tornam a identificação de um caminho racional mais fácil. Nessa passagem, também pode ser conveniente rebater algumas críticas sobre a discricionariedade nas determinações de intensidade. Duas passagens sobre o problema da venda de tabaco, trazidas por Alexy (2015, p. 595) são interessantes: 1) “Vamos supor que alguém classifique uma proibição total de todos os produtos derivados do tabaco como uma intervenção leve na liberdade profissional dos produtores, e o dever de imprimir avisos nas embalagens como uma intervenção séria. Não seria fácil levar esses juízos a sério.” O que se entende disso é que não se pode assegurar a precisão na fixação de níveis de intervenção, mas que em muitos casos ficaria fácil e evidente, nesse nível de análise, a identificação de inconsistências, e o retorno à importância do procedimento. 2) Como a possibilidade do uso da escala (leve, moderado e sério) também existe para o âmbito das razões para a intervenção, uma razão forte pode justificar com mais tranquilidade uma intervenção leve, por exemplo. Alexy (2015, p. 595) retoma o exemplo do tabaco, no sentido de que o Tribunal Constitucional Federal não exagera na decisão de obrigar os produtores a colocarem avisos nas embalagens de cigarro sobre os riscos do fumo, devido ao conhecimento médico atual de que fumo causa câncer. Assim, por razões de intervenção

fortes e pela intensidade de intervenção leve, o resultado é facilmente perceptível como plausível<sup>70</sup>.

Embora seja possível realizar juízos racionais sobre graus de importância ou de intensidade, parâmetros para essa atividade não são contidos na lei de sopesamento (Alexy, 2015, p. 598), o que não dá margem a chamar a realização do sopesamento de arbitrária. O sopesamento é fundamentado em razões plausíveis estabelecidas em alinhamento com uma linha de argumentação<sup>71</sup>. É importante lembrar que o sopesamento é estruturado sobre um modelo fundamentado e não decisionista (ALEXY, 2015, p. 164-165), estabelecendo que o sopesamento será racional, quando a condição de preferência estabelecida possa ser fundamentada de forma racional, isto é, obtida de acordo com regras relativamente concretas e leva em conta cânones da interpretação, argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos, em geral, e formas específicas de argumentação.

Assim, segundo Alexy (2015, p. 599), é equivocado afirmar que o sopesamento tudo permitiria em virtude da falta de parâmetros racionais, sobrevivendo às críticas.

Passadas essas observações, que de alguma maneira direcionam-se às objeções ao sopesamento, Alexy (2015, p. 599) passa a refletir sobre as objeções de Böchenförde, verificando se a lei do sopesamento seria compatível com um grau suficiente de discricionariedade. A resposta está no sistema triádico.

---

<sup>70</sup> Alexy (2014, p. 55) fala mais uma vez no problema da graduação para o sopesamento e afirma também, mais uma vez, que considera uma escala numérica impossível para a *legal reasoning*. Considera viável atribuir graus, surgindo a escala triádica: leve, moderada e séria. Essa escala triádica poderá depois ser transportada para a fórmula do peso com representação numérica 1, 2 e 4 (apenas com finalidade de apoio ao raciocínio de intensidades e não meramente matemático). Afirma ainda Alexy que a fórmula do peso está indissociavelmente ligada ao discurso jurídico, e a afirmação de que é uma redução do problema a um cálculo demonstra a incompreensão (ou redução) das diversas variáveis componentes do discurso jurídico, cuja fórmula é um elemento relacional.

<sup>71</sup> Como já comentado anteriormente, reforça-se pela importância e centralidade que uma decisão racionalmente fundamentada passará pelo atendimento da exigência da argumentação na aplicação das regras e princípios envolvidos. Uma decisão que envolva princípios e, por conseguinte requisite a ponderação, demandará um acréscimo em sua argumentação. Bustamante (2008, p. 273) faz referência a esse tipo de argumentação jusfundamental, na qual, além das regras e condições ordinárias, a máxima da proporcionalidade ocupa um papel central na atribuição de racionalidade

Alexy (2015, p. 599-600) estrutura seu sistema triádico para tratar em: 1) grau de afetação ou não satisfação de um princípio ou 2) intensidade de intervenção (razões ou razões contrapostas) ou ainda 3) importância de satisfação do outro princípio. Para esse tratamento, estabelece 3 níveis: (L) como leve, reduzido ou fraco; (M) para moderado e (S) para sério, elevado ou forte. Além disso, Alexy procura identificar além do peso abstrato dos princípios envolvidos, mas também os pesos concretos (que serão definidos em correspondência com a importância e a identificação da condição de precedência, isto é, somatória de circunstâncias do caso concreto).

Haverá, no entanto, situações de impasse na definição do sopesamento, em que importância concreta de um princípio tenha o mesmo nível (L, M ou S) da intensidade de intervenção indicada concretamente para o outro. Embora Alexy (2015, p. 603) afaste qualquer possibilidade de metrificação calculável com auxílio de pontos entre 0 e 1, pelas características próprias dos elementos envolvidos no sopesamento, havendo a substituição das intensidades por números 1, 2 e 4 (como utilizados), o quociente teria resultado 1. Essas são as situações de impasse e serão úteis para o dimensionamento da objeção à discricionariedade.

Assim, explicando-se de forma mais detida, ao buscar enfrentar as críticas sobre o espaço de discricionariedade, Alexy (2015, p. 603) raciocina sobre o impasse que pode surgir no sopesamento, quando a intensidade de intervenção de um princípio equivale à importância de satisfação do outro. Pela impropriedade de algum tipo de metrificação, Alexy diz que “[...] é possível a ilustração numérica da estrutura que subjaz ao modelo triádico [...] possível estabelecer uma fórmula que expresse o peso de um princípio sob as circunstâncias de um determinado caso, ou seja, que expresse o seu *peso concreto*.” Essa fórmula tem a denominação de *fórmula do peso*.

Essa fórmula indica que o peso concreto de um princípio é variável e relacional/relativo ao princípio colidente (peso concreto de um princípio é dado pelo quociente de sua intensidade da intervenção e a importância do princípio colidente). A fórmula pode ainda ser



instrumentalizada, considerando ou não o peso abstrato dos princípios colidentes. Alexy (2015, p. 604-605) ainda afirma que há possibilidades distintas de atribuição de números para a aplicação da fórmula (1, 2 ou 4) e para ele são bastante instrutivos.

Mais do que indicar a prevalência de um princípio sobre o outro, no determinado caso concreto, dependendo do resultado (quociente) ser maior ou menor que um; a fórmula do peso também indica um espaço considerável de discricionariedade estrutural, quando se percebem os impasses identificados pelo quociente 1. Assim, quando aplicada a fórmula do peso e mesmo assim se encontre uma equivalência de valores entre a intensidade de intervenção e a importância de satisfação, para Alexy (2015, p. 608), seria um espaço de permissão de agir ou permissão de não agir.

Reconhecendo as dificuldades de aplicação do modelo, sem, no entanto, perder sua utilidade, Alexy (2015, p. 609) propõe os benefícios de um *modelo duplo triádico*, ou seja, dentro dos três níveis (sério, moderado e fraco), uma nova divisão em três níveis). Assim, por exemplo, no nível sério haveria: sério/sério, sério/moderado e sério/leve. Criar-se-ia, no caso concreto a possibilidade de 9 níveis, reduzindo-se a possibilidade de impasses. De pronto, Alexy reconhece que esse modelo poderia ser aplicado em certo número de casos, mas tal refinamento tem limites, podendo apresentar dificuldades ou problemas de aplicação. (ALEXY, 2015, p. 610)

Além do modelo duplo triádico, Alexy (2015, p. 610) apresenta a existência da possibilidade de eliminação radical dos casos de impasse por meio do que chama quantificação no caso concreto, renunciando-se a qualquer caso de escalonamento, verificando-se as relações de precedência e relações de equivalência e enfrentando-se a dificuldade de se estabelecer uma argumentação no âmbito de direitos fundamentais mais precisa (Alexy<sup>72</sup> afirma que há poucos indícios de que uma tal estrutura de fato exista).

Para Alexy (2015, p. 611), “[...] os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua

---

<sup>72</sup> Alexy cita observação de Aristóteles para o qual não se poderia buscar a mesma exatidão em relação a todos os objetos, mas apenas a que fosse compatível com o objeto. (ALEXY, 2015, p. 611)

impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto no Legislativo quanto no Judiciário.”

Alexy distingue também entre discricionariedade estrutural da epistêmica e essa em empírica e normativa.

O problema da discricionariedade epistêmica, para Alexy (2015, p. 611), deve ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais. Quando não houver certeza sobre aquilo que é obrigatório, facultado ou proibido em virtude dos direitos fundamentais, surge a questão sobre a existência de uma discricionariedade epistêmica. Alexy cita o exemplo da proibição de produtos derivados da *cannabis*, em que há o reconhecimento das incertezas e, portanto, a discricionariedade conferida ao legislador em relação a fatos relevantes (empírica) ou ainda de uma área destinada ao legislador para que ele proceda suas próprias valorações (normativa).

Para Alexy (2015, p. 614-615), a discricionariedade epistêmica empírica tem maiores problemas com uma teoria dos direitos fundamentais compreendidos como princípios, isto é, que devam ser realizados, no máximo, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Para o autor, seria contraditório o legislador reconhecer que, diante das possibilidades fáticas presentes, pela incerteza, os direitos poderiam não ser realizados na maior extensão possível. “Se a veracidade de uma premissa não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não têm como ser justificadas”.

Assim, para Alexy (2015, p. 615), há um problema entre dois princípios: o primeiro da competência decisória do legislador e o segundo com um direito fundamental. Para ele, o primeiro é formal ou procedimental, assegurando que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado, e o segundo material.

Assim, nos limites ao legislador, se a decisão depender de avaliações empíricas (*cannabis*), inclui-se a possibilidade de decisão do legislador, mas exclui *prima facie* a possibilidade de decisão desvantajosa ao direito fundamental.

Contudo, para Alexy, uma precedência absoluta como colocada no parágrafo anterior exigiria sempre do legislador premissas empíricas verdadeiras e, enfim, uma total ou quase total incapacidade de ação do legislador, incompatíveis com a separação dos poderes e com o princípio democrático. Alexy (2015, p. 616-617) cita o entendimento do Tribunal constitucional Federal:

A incerteza sobre os efeitos de uma lei em um futuro incerto não pode excluir a competência do legislador para aprová-la, mesmo que ela tenha um alto impacto. [...] De outro lado, a incerteza não pode ser suficiente, enquanto tal, para fundamentar uma discricionariedade para prognósticos por parte do legislador que seja infensa ao controle por parte da jurisdição constitucional.

Dessa maneira, pela lei do sopesamento, quanto mais intensa for a intervenção, tanto maior deverá ser o grau de certeza das premissas. Com a lei do sopesamento, haverá uma proporcionalidade na escolha das opções. Alexy (2015, p 617) esclarece que, aqui, o sopesamento não se associa à importância material das razões para a intervenção, mas à qualidade epistêmica.

Para Alexy (2015, p. 620-622), se na discricionariedade cognitiva empírica a fórmula do peso alcança um bom nível de solução, há um grande problema sobre a discricionariedade cognitiva normativa, isto é, quando ao produtor da norma é atribuída competência para determinar aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado, porque em última análise ela diluiria a discricionariedade estrutural e a vinculação do produtor da norma com direitos fundamentais. Em essência, os direitos fundamentais não teriam nenhuma normatividade jurídica séria. Assim, só seria aceitável se falar nesse tipo de discricionariedade de forma residual no impasse ou neutralidade do sopesamento substancial entre dois direitos fundamentais, havendo ainda possíveis alternativas jurídicas. Nessa situação, os princípios

materiais dos direitos fundamentais seriam afetados pelo princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado.

O modelo de princípios<sup>73</sup> como mandamentos de otimização também passa aos testes dos argumentos de insuficiência e demasia. Alexy esclarece a crítica segundo a qual o modelo de princípio como mandamento de otimização retiraria força dos direitos fundamentais seria o primeiro grupo de críticas (linha de Habermas). Alexy (2015, 2015, p. 575) condensa o raciocínio da seguinte forma: “[...] se a medida da satisfação desse mandamento de otimização não pode ser obtida a partir da própria norma, então, a aplicação desses princípios no âmbito do faticamente possível exige uma quantificação orientada por finalidades” e isso levaria a possibilidade de, em alguns casos, sacrificar direitos individuais em favor de finalidades coletivas, afetando sua solidez. Além disso, ou seja, afetando a solidez dos direitos fundamentais individuais, o sopesamento implicaria na possibilidade dos direitos fundamentais serem afetados por “juízos irracionais”, pois não haveria parâmetros racionais para o sopesamento, que seria feito a partir de

---

<sup>73</sup> Klaus Günther estabelece uma crítica à tentativa de Alexy, em 1986, de reconstruir aspectos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo Martins, Alexy “[...] apresenta a distinção entre princípios e regras como uma reconstrução racional com os meios da teoria discursiva do direito e descreve o procedimento de aplicação dos direitos fundamentais levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como expressão de uma ‘ordem concreta de valores’. Essa construção teórica do tribunal seria passível de críticas, pois permitiria uma substituição do caráter normativo da constituição em benefício das opções axiológicas do próprio tribunal, criando um curto-circuito entre as atividades judicial e legislativa. Uma interpretação adequada substituiria a interpretação de ‘valores’ por ‘princípios’, como normas estruturalmente distintas das regras. [ Cita passagem de Alexy, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: Alexy Robert. El concepto y la validez del derecho. Gedisa: Barcelona, 1994. P. 159-177). (p. 249)

Segundo Günther, em outras palavras, o objetivo de Alexy seria impor um modelo racional ao processo de ponderação utilizado pelo tribunal.

Apresenta uma distinção entre regras e princípios estabelecidas a partir, não apenas do grau ou generalidade de sua fórmula, mas também uma diferença qualitativa. “Os princípios contêm mandamentos que não são definitivos, mas apenas *prima facie*, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, observados os limites das possibilidades jurídicas e fáticas. [...] A obediência a um princípio é uma questão de grau. Os termos exatos de seu cumprimento em casos concretos depende dos fatos e de outras normas jurídicas possivelmente aplicáveis, simultaneamente, sobre a matéria.”(p. 250)

Contra as teses de Alexy sobre regras (normas definitivas/ conflito/validade/exceções) e princípios (normas *prima facie*/peso). Para Günther, seria equivocado afirmar que princípios estabelecem comandos *prima facie* e regras comandos definitivos, pois para ele a norma em geral é *prima facie*, e sua definitividade estaria em juízos posteriores de aplicação nos casos concretos (com a máxima quantidade de informações relevantes)

Parece que o ponto central da crítica de Günther está no tratamento dado por Alexy às regras, que pela sua atribuída definitividade (Alexy) não prevê o que seria necessário também um discurso de aplicação.

standards e hierarquias sedimentados<sup>74</sup>.

Alexy (2015, p. 576-577) reflete que os receios na crítica de Habermas estão no perigo da insuficiência de direitos fundamentais. Identifica, por outro lado, as críticas pelo perigo de excesso desses direitos, tal como as feitas por Ernst-Wolfgang Böckenförde. Enquanto os direitos fundamentais, compreendidos de uma maneira clássica estariam limitados a uma parte do sistema jurídico, como mandamentos de otimização produziram efeito por todo o sistema, transformando-se em princípios supremos da ordem jurídica como um todo, contendo tudo em si mesmos. Dessa forma, a ordem jurídica já estaria inteiramente contida na constituição, apenas necessitando de concretização.

Em uma análise extrema, a crítica sugere que o legislador perderia sua autonomia, na mera percepção daquilo que foi decidido pela constituição, com consequências negativas sobre o processo democrático e a confirmação de um Estado judiciário constitucional sobre um Estado legislativo parlamentar. Para se encaminhar um entendimento sobre essas críticas, é importante para Alexy (2015, p. 578-584) compreender o conceito de moldura e fundamento (a alternativa entre fundamento e moldura está no cerne da polêmica sobre a teoria dos princípios). Ao atribuir à teoria dos princípios o conceito de ordem-fundamento (no sentido dado por Böckenförde), na qual a totalidade da ordem jurídica já está contida, a teoria dos princípios condenaria o legislador a um trabalho limitado de declaração do que já foi definido pela Constituição. Estar-se-ia, com uma pressão dita *otimizadora-jurídico-constitucional* eliminando a liberdade de conformação legislativa, violando-se princípios da separação de poderes e a atuação legítima e democrática do Legislativo.

Para o raciocínio de Alexy, são importantes as seguintes distinções:

a) moldura e sopesamento: ao se estabelecer uma posição cética sobre o sopesamento, afirmando-se a ausência de parâmetros racionais para o

---

<sup>74</sup> Alexy resume: “[...] em primeiro lugar, os direitos fundamentais são flexibilizados, ao serem transformados em mandamentos de otimização; depois, ficam ameaçados de desaparecer no turbilhão do sopesamento irracional.

sopesamento e a sua compreensão de direitos fundamentais como princípios, eles não teriam nenhuma vinculação jurídica substancial, posto que, pelo seu defeito, justificar-se-ia qualquer resultado como possível. Assim, não haveria condições, de se estabelecer nenhuma moldura. Como descreve Alexy (2015, p. 581), um tribunal poderia utilizar isso para encobrir o caráter decisionista de seu julgado. Feita essa observação há o encaminhamento para a moldura. O que é proibido ou obrigatório é a moldura; aquilo que é facultado é o interior dessa moldura. Ou seja, a moldura estabelece o que é necessário (dever), ou que é impossível (proibição) e o que é possível (faculdade) em termos constitucionais. Nessa conformação há espaço para o legislador.

b) fundamento: Alexy aborda o problema da ordem-fundamento sob dois sentidos: quantitativo e qualitativo. O primeiro reconhece uma Constituição como ordem-fundamento se ela nada faculta, e nesse sentido é um conceito contraposto ao de ordem-moldura. Alexy afirma ser totalmente incompatível uma constituição ser, ao mesmo tempo moldura e fundamento no sentido quantitativo. Contudo, há também o sentido qualitativo ou substancial, reconhecido no sentido da Constituição encaminhar as questões consideradas fundamentais para a comunidade. Por esse sentido, uma Constituição pode compatibilizar o conceito de ordem-moldura e ordem-fundamento. Assim, no entender de Alexy, uma Constituição, para a teoria dos princípios, deve obrigar e proibir algumas coisas, facultar outras aceitando a discricionariedade e, ao proibir e obrigar coisas, decidir questões fundamentais para a comunidade.

A visão dogmática de Alexy também gerou uma série de ataques às suas teses. Nesse sentido, ele afirmou que o que leva uma teoria jurídica a ser dogmática demanda um entendimento sobre o que é designado como dogmático. Alexy estrutura esse entendimento distinguindo três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa. A dimensão analítica trata da “[...] dissecação sistemático-conceitual do direito vigente.” A dimensão empírica vai além do entendimento do conceito de direito e de validade. Em razão do caráter aberto das normas, uma compreensão positivista não ofereceria muita coisa. Nessa dimensão, a

cognição e o manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal são fundamentais ao jurista. A dimensão normativa vai além da verificação do direito válido, elucidando e criticando a práxis jurídica, sobretudo a jurisprudencial. Nessa perspectiva está a determinação da decisão correta para o caso concreto. (ALEXY, 2015, p. 33-36)

A importância e compreensão da dogmática jurídica se estabelecem pela visão de Alexy (2015, p. 36) de que ela é, consideravelmente, a tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas. Isso quando há questões axiológicas deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado, fazendo com que a dogmática seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. No mais, é relevante remeter a conexão entre dogmática jurídica e argumento dogmático que foi feita pela teoria da argumentação jurídica de Alexy, já apresentada no primeiro item do presente Capítulo.

Na linha das objeções, García Amado (2008, p. 15) apresenta duas teses: 1) a ponderação, como método, não tem autonomia, pois essencialmente dependeria da interpretação das normas constitucionais; 2) a ponderação enfraquece a exigências argumentativas dos Tribunais que, na decisão, dizem que ponderam, mas aplicam na verdade o método tradicional. As verdadeiras razões e valorações que determinam as escolhas interpretativas ficam encobertas.

São interessantes as críticas de García Amado (2008, p. 15-16), principalmente na má aplicação do modelo teórico. Da tese que a ponderação enfraquece as exigências argumentativas derivam algumas implicações: 1) não existiriam diferenças qualitativas relevantes entre os tipos normativos e, ao extremo, que todo caso poderia ser apresentado, decidido e fundamentado como um caso de conflito entre princípios, inclusive casos em que o tribunal está solucionando legalidades ordinárias, e as decisões seriam de atribuição de significados dentro de vários significados possíveis. Tais situações parecem-se muito com as encontrados em um cenário de aplicação mais superficial do método teoricamente apresentado.

Garcia Amado (2008) desenvolve suas críticas aproveitando-se das decisões apresentadas por Alexy na Teoria dos Direitos Fundamentais e das conclusões que ele mesmo teria chegado sobre aplicação e funcionamento do princípio da proporcionalidade. Os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito teriam fragilidades, pois o que se pesa e o resultado (peso) estariam condicionados, pelas interpretações prévias, às contingentes valorações ou preferências do Tribunal.

Agora, como parte de uma estrutura de argumentação jurídica, o sopesamento se encontra no processo de *práxis* do Direito. Na decisão, na escolha entre opções, uma estrutura procedimental de desenvolvimento dessa escolha claramente pode ter finalidades distintas: 1) dissimular opções de quem decide, ou 2) construir, o mais possível, uma opção coerente, razoável, equilibrada. Dentro dessa última finalidade, o que parece cada vez mais forte é que a teoria de Alexy, frente aos impasses reconhecidos pela ponderação, busca a identificação de um fator negativo – o afastamento de inconsistências ou irracionalidades. Ao se afastarem as irracionalidades, é muito possível uma opção mais equilibrada, coerente e justificável. O sopesamento e a fórmula do peso transitam, acredita-se, nesse ambiente.

Ao analisar as críticas feitas por Juan Antonio García,<sup>75</sup> Bustamante (2008, p. 76) busca, ao final, a sustentação da necessidade de ponderar princípios para, inclusive, evitarem-se danos a uma racionalidade argumentativa.

Bustamante (2008, p. 76) entende que as críticas de Juan Antonio García Amado a Robert Alexy “[...] decorrem da diferenças acerca do significado de alguns conceitos utilizados por Alexy em suas construções teóricas.”

Sobre o alcance da palavra interpretação, Bustamante (2008, p. 78) entende que Alexy a utiliza como atividade e não como resultado, e ainda, como atividade de entendimento da linguagem, isto é, uma concepção semântica de interpretação. Assim, a interpretação, como processo mental,

---

<sup>75</sup> Juan Antonio García Amado escreveu tais críticas no texto *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escassa relevância*.



apareceria anteriormente à aplicação das normas jurídicas. Antes da interpretação haveria apenas textos.

Outro ponto de dissonância de significados está no sentido da locução aplicação de princípios. A ponderação seria para Alexy, segundo Bustamante (2008, p. 79), um método de aplicação de princípios jurídicos, como deveres ideais e, assim, mandamentos de otimização. Desse modo, seriam os princípios uma realidade normativa ou um tipo normativo. Por isso, a aplicação de normas tem uma perspectiva bem mais restrita que uma aplicação do Direito, que envolveria atividades, de verificação da validade de enunciados normativos, interpretação de enunciados normativos, evidência de fatos e consequências jurídicas.

Pelo conceito de ponderação na teoria dos princípios entende-se que somente o sopesamento/ponderação pode conduzir um dever ideal a um dever-ser real e definitivo. Assim, Bustamante (2008, p. 81-82) sintetiza que “O método da ponderação e o conceito de princípios [...] estão umbilicalmente ligados: só é necessário ponderar por que os princípios não podem ser aplicados com força integral.”

Segundo Bustamante (2008, p. 82), ponderação é resultado da existência de princípios e um método de aplicação desse tipo de norma jurídica. Não se trata de ponderar, neste sentido, a atividade de valorar razões para decidir por uma tese no caso concreto. Eventualmente, pode até haver uma relação entre elas, mas traduzem objetos distintos. Assim, na ponderação de razões (de decidir) pode – eventualmente – participar uma ponderação de princípios (no sentido conferido por Alexy), mas esse último é um método de restrição de princípios em função do peso, num caso concreto, indicar precedência de outro.

Ainda, para Bustamante (2008, p. 136), ponderação é um método de justificação interna das restrições e mútuas adaptações dos princípios jurídicos; a ponderação tem valor científico e contribui para a justificação racional das decisões judiciais.

Estabelecendo a circunscrição conceitual, Bustamante (2008, p. 84-86) também realiza comentários sobre algumas críticas feitas à teoria de

Alexy. Embora seja possível concordar que a ponderação depende de interpretação, pode-se concluir que a interpretação não é da norma, posto que ela só surgirá em um momento posterior, quando já determinado o sentido do dever-ser. A crítica à autonomia igualmente não faz sentido, pois só existiria se a ponderação fosse entendida no âmbito de aplicação do direito (dentro de um conceito hermenêutico de interpretação), e não dentro de um modelo de aplicação de um tipo normativo. Para Bustamante, “A diferença entre ponderação e subsunção é uma diferença quanto à aplicação de normas jurídicas e não uma diferença quanto à existência ou não de uma atividade interpretativa.” Talvez a crítica de mais fácil revide é aquela que se baseia na má aplicação da proposta teórica. Bustamante também pensa que é necessário evitar a prática de se negar valor a uma teoria pela sua má aplicação.

Bustamante (2008, p. 86) também faz uma importante distinção entre interpretação e subsunção. Embora ambas estejam compreendidas na aplicação do Direito, a primeira diz respeito ao aspecto do conhecimento semântico da norma, e a segunda à aplicação normativa, saindo na norma hipotética para a aplicação pelas proposições fáticas. Apresenta algumas ideias de Habermas da relação de complementariedade entre Direito e Moral, ou seja, os dois sistemas normativos tratam de problemas semelhantes ao disciplinarem relações entre pessoas e coordenar as ações através de normas. Menciona o Direito com normas que cobram obrigatoriedade no plano institucional, como um sistema de ação, mas o grau de institucionalização pode ter diversas intensidades, e com isso a eficácia e aplicabilidade das normas jurídicas podem admitir graus diferentes.

Assim, para Bustamante (2008, p. 91), há normas-princípios não porque exigimos, mas porque existem normas que não passaram por um processo de institucionalização forte o suficiente para que haja uma hipótese de determinação comportamental concreta.

Bustamante (2008, p. 95) observa que o critério teleológico de interpretação de regras tradicional é substituído por uma busca de coerência principiológica que justifica tal regra. Assim, ao invés de um critério interpretativo mais vago, isto é, não diretamente institucionalizado, a

interpretação passa a ser orientada por princípios. Para Bustamante (2008, p. 95):

[...] a ponderação e a aplicação de princípios é imprescindível inclusive para a denominada interpretação teleológica, pois os princípios justificadores das regras se encontram no núcleo da denominada 'mens legis' ou 'finalidade da norma'. Não há interpretação teleológica sem ponderação de princípios.

Bustamante (2008, p. 137) sintetiza, ainda, que o princípio da proporcionalidade e as suas três máximas componentes, fazem parte da estrutura de justificação interna da decisão judicial e compõem a argumentação para o discurso jurídico.

Assim como Alexy, Bustamante ressalta a importância da ponderação para a racionalidade das decisões judiciais, mas que há limites para a ponderação, pois ela é apenas parte da construção da decisão para resolver um caso jurídico.

#### **4 DESENVOLVENDO UM ESQUEMA, COM BASE NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, DE ORGANIZAÇÃO, ANÁLISE E AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS DECISÓRIOS.**

Os votos nos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal não raras vezes utilizam uma forma de argumentar muito peculiar, que não obedece a um padrão de organização de argumentos. Fazem, normalmente, um processo de construção decisória em longíssimas argumentações. Frequentemente, alguns acórdãos superaram 500 páginas. Neste capítulo, buscar-se-á construir um formato que permita analisar as decisões que se justificaram em alguma medida pela ponderação ou que se associaram à ponderação. A análise buscará a compreensão da decisão, mas, sobretudo, permitirá entender, eventualmente apontar distorções na aplicação do modelo teórico de Robert Alexy e identificar alguma estratégia retórica. Assim, uma forma de sistematizar e condensar os argumentos (que muitas vezes se repetem) passou a ser extremamente relevante para se possibilitar algum tipo de avaliação da argumentação produzida e buscar as respostas pretendidas pelo trabalho.

Imaginou-se algum tipo de tabulação que permita, além da análise, a construção de uma avaliação e a identificação de eventuais alcances da ponderação. A tabulação registrará, inclusive, a adesão de votos ou, eventualmente, a alteração dos mesmos, o que, de alguma forma, dará também uma dimensão do potencial argumentativo do emprego da técnica. O modelo de avaliação também buscará a identificação do (des)cumprimento das regras e formas de argumentação trazidas na teoria da argumentação jurídica e que não podem ser dissociadas da avaliação da ponderação<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Não se optou pela reconstrução das decisões seguindo os passos da teoria da argumentação e da ponderação, pois entende-se que tal trabalho restringiria a avaliação dos argumentos periféricos trazidos ao longo dos votos. Essa opção, embora possível, foi definitivamente afastada ao se retomar o objeto do presente trabalho, que é avaliar a aplicação da ponderação em acordo com a teoria proposta por Alexy.

#### 4.1 Construindo um modelo de análise das decisões judiciais.

Para se estabelecer uma resposta à pergunta de como se dá a relação da Argumentação Jurídica (ou parte dela) com o Direito, dois passos anteriores são necessários. O primeiro deles é compreender como pode se analisar uma Argumentação Jurídica, e o segundo como avaliá-la. Após esses dois passos, deve ficar mais claro compreender como se argumenta verdadeiramente, e qual a relação da Argumentação Jurídica com o Direito.

Os dois primeiros passos são feitos em argumentações já dadas, isto é, já existentes. Deles será possível imaginar como as argumentações são ou não feitas.<sup>77</sup>

A etapa da análise da Argumentação Jurídica parte de uma necessária constatação e uma impositiva opção. Uma análise envolve observação das formas e estruturas da argumentação, bem como as razões de fundamento e o peso dado a cada componente. Filia-se à linha de pensamento daqueles que imaginam a dificuldade ou impossibilidade de um método integral para isso. Além disso, não se pode deixar de observar o caráter instrumental desse passo, que impõe a aplicação de um método equilibrado entre o razoavelmente simples e o suficientemente completo para se trabalhar dentro de uma lógica do exequível.

Então, é possível estabelecer alguns parâmetros para uma análise. O primeiro deles é, face à inesgotável possibilidade da linguagem, a representação simbólica de uma argumentação que deve ser observada com

---

<sup>77</sup> Atienza (2013, p. 423) faz uma série de ressalvas, mas acredita importante esse percurso em três passos. Reconhece que o primeiro não é uma mera atividade descritiva, bem como o último exija uma participação no processo argumentativo. Analisar e avaliar uma argumentação requererá atitude muito comprometida com a importância e relação mútua da Argumentação Jurídica com o Direito. Analisar também implicará a tomada de algumas decisões e opções, as quais devem seguir as mesmas bases propostas para uma argumentação jurídica justificada. Nas palavras de Atienza “[...] analizar un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones (por ejemplo, entender que hay una determinada premisa implícita); la evaluación requiere un tipo de análisis conceptual que no podría calificarse simplemente de prescriptivo; y ‘cómo argumentar’ es obviamente una pregunta ambigua, que puede entenderse en el sentido de cómo debe argumentarse o en el de cómo se argumenta de hecho” (ATIENZA, 2013, p. 423)

cautela e não como uma condição, senão um mero instrumento eventual de ajuda do estudo. Como as respostas que se pretende alcançar estão muito mais para o uso dos argumentos do que a sua organização dentro de um esquema estrutural simbólico, acredita-se justificada essa opção<sup>78</sup>. Assim, entende-se mais construtiva a realização de um modelo que permita uma espécie de tabulação das etapas argumentativas, destacando-se do texto tradicional de uma decisão judicial elementos importantes para a análise.

De forma instrumental e secundária, a análise se faria pela representação em diagramas a partir de uma pergunta que necessita de uma solução e, para ela, o caminho dos argumentos (razões a favor ou contra algo), os tipos de enunciados, a natureza das premissas, o conteúdo proposicional dos enunciados, as linhas argumentativas (conjunto de argumentos no mesmo sentido, defendendo ou atacando determinada tese).

Em uma ótica de complementariedade, Atienza (2012, p. 7, capítulo 6) aponta um modelo muito útil para a compreensão da fundamentação das decisões de um juiz frente a um caso. Ele estrutura esse modelo partindo de elementos que compõem um *brief* construído em escolas dos cursos de *legal reasoning*. Assim, acredita-se que um bom referencial para a elaboração de um quadro para análise de uma construção judicial possa ser a identificação dos seguintes elementos: 1) *citation*, 2) *facts*, 3) *issues*, 4) *holdings (ratio decidendi)*, 5) *rationale* (sustentação), 6) *judgement particular*, 7) *precedente geral*<sup>79</sup>.

Para cada elemento entende-se:

---

<sup>78</sup> Neste sentido, apoia-se em Atienza (2013, p. 429) que afirma: “La representación de una argumentación no equivale a su análisis, sino que es un instrumento, una ayuda para llevarlo a cabo. Por esa razón, no debe abusarse del recurso, esto es, quien pretenda analizar una argumentación judicial sirviéndose del modelo anterior no debe pensar que su esquematización será tanto mejor (y el análisis tanto más profundo) cuanto más símbolos de los propuestos (o de los que él pudiera añadir) utilice.

<sup>79</sup> Atienza (2013) apresenta como 6o e 7o elementos respectivamente a solução do problema, ou seja, a solução da pergunta inicial e a decisão.

citation	a identificação, a situação temporal e espacial do caso a ser analisado. É fundamental para circunscrever a análise do julgamento, verificar a abrangência da análise, apontar para eventuais necessidades correção ou incompletudes.
facts	relato objetivo dos fatos juridicamente relevantes. Há a possibilidade de subdivisão entre o histórico processual relevante e os fatos ocorridos na situação concreta levada a julgamento. Na realidade, o início da construção argumentativa já pode ser observado na narrativa fática, daí também a importância da sua identificação para estudo.
issues	a identificação das questões jurídicas gerais que estão sendo discutidas no caso concreto
holdings	a identificação das teses jurídicas. É o núcleo da <i>ratio decidendi</i> .
rationale	a enumeração das razões ou argumentos para se sustentar o <i>holding</i> . Em outras palavras, se os <i>holdings</i> são as razões para se decidir, a <i>rationale</i> apresenta as razões das razões.
judgement <i>particular</i>	consiste na identificação da parte dispositiva central da temática.
precedente geral	identificação de afirmações de direito, que tem uma dimensão maior que a resolução do caso concreto demanda.

Para a construção de um modelo de análise, também é importante refletir que os chamados casos difíceis podem requerer para análise de uma justificação judicial alguns desafios, nas seguintes ordens: questões processuais, de prova, qualificação, aplicabilidade, validade, interpretação, discricionariedade além da ponderação. (ATIENZA, 2012, p. 10, cap. 6)

As questões processuais também compõem uma decisão, posto que ao juiz, para uma adequada argumentação, se impõe observar o caráter instrumental do mecanismo de tratamento da problemática. A pertinência, a possibilidade, o procedimento e a própria ação devem fazer parte do universo de premissas a serem observadas, embora não se trate de fundamentos para resolver a questão de fundo, mas também podem, por si só, apresentar uma alto grau de complexidade. (ATIENZA, 2012, p. 10, cap. 6)

Nesse caminho, também se verifica que a justificativa para uma decisão é atual, isto é, no tempo presente, mas demanda elementos ocorridos preteritamente. Com base em fatos conhecidos do presente, busca-se compreender algo que tenha acontecido no passado. Essa é uma questão probatória que deve ser analisada na sua justificação por meio de induções, generalizações e conclusões. Por outro lado, essa conexão ao passado está submetida à falibilidade dos meios de prova (testemunhos, documentos, perícias e indícios) e à normatividade que estabelece limites para a prova. (ATIENZA, 2012, p. 11, cap. 6)

Problemas de qualificação e interpretação podem ter definições muito próximas que muitas vezes se identificam. Atienza apresenta um esclarecimento: nos problemas de qualificação, trata-se de argumentar a partir de definições. Nos de interpretação, os argumentos se dirigem à definição, e elas ora operam como premissa e ora como conclusão (ATIENZA, 2012, p. 12, cap. 6).

Dentro de um amplo universo normativo e constatando-se como constatou Aguiló Regla<sup>80</sup>, um momento de inflação normativa, na análise de uma decisão judicial surge um problema muito significativo: a reunião adequada, suficiente e integral da base normativa a ser aplicada a solução desejada. As questões de aplicabilidade, então, não devem ser afastadas de uma análise decisória. Nesse caminho de identificação do ferramental normativo, o problema de validade também surge, posto que, além da identificação das normas aplicáveis, há também a necessidade de resposta

---

<sup>80</sup> Segundo já abordado na seção 2.2, conforme nota de rodapé 63.



se essas normas são válidas sob o ponto de vista de seu conteúdo, ou em referência a outros componentes de validade como competência normativas, procedimento, abrangências temporais e espaciais, formalmente indispensáveis para a validade normativa. (ATIENZA, 2012, p. 13, cap. 6)

O modelo de análise de uma decisão permite o fracionamento do raciocínio argumentativo, ao enfrentar os gêneros de problemas ou questões controversas apresentadas pelos casos difíceis. O fracionamento permite o estudo e a compreensão; contudo, a maior dificuldade surgida nesse fracionamento é a capacidade de compreender que, sob uma ótica estrita, nem tudo é um problema interpretativo. Com esse raciocínio é possível identificar o que realmente é uma questão interpretativa.<sup>81</sup>

Um texto normativo (ATIENZA, 2012, p.13, cap. 6) apresenta possibilidades em mais de um sentido, por imprecisão (ambiguidade ou vagueza), lacunas, contradições, dúvidas sobre o seu alcance, intenção legislativa (não identidade entre a linguagem legislativa e a expressão escrita do texto legal e dúvidas sobre o pretendido hipotético e a consequente real).

Sobre o esquema argumentativo de uma interpretação (ATIENZA, 2012, p.13, cap. 6), Atienza utiliza interessante exemplo: um enunciado a interpretar poderia ser “todos têm direito a vida” (artigo 15 da Constituição Espanhola CE); um enunciado interpretativo “todos no artigo 15 significa todos os nascidos” e um enunciado interpretado (“todos os nascidos têm direito a vida”). O que resultaria problemático, segundo Atienza, seria a justificação para a segunda premissa do enunciado interpretativo. Para isso existem regras ou cânones de interpretação. Umas são de primeiro grau e servem para justificar a tal segunda premissa, isto é, permitem desfazer uma ambiguidade, preencher uma lacuna, identificar a intenção do autor. Outras, de segundo grau, indicam o que fazer quando existem várias regras de

---

<sup>81</sup> A identificação entre o problema de interpretação e uma dimensão interpretativa de problemas de outra ordem (como os acima estudados) pode ser importante para a compreensão da ponderação para interpretação. Contudo, atualmente, os próprios orientandos de Alexy estão aplicando a solução dupla Triádica para a dimensão interpretativa de outros problemas como, por exemplo, pode ser encontrado nos estudos de Mathias Klatt.

primeiro grau concorrentes ou contraditórias. De Atienza, além da exemplificação acima também se retira uma decisiva conclusão: a solução do problema interpretativo implica a necessidade de se recorrer a uma determinada teoria da interpretação, algo nos moldes da exigência de um respaldo dentro de uma argumentação mais completa. A base teórica para a interpretação funcionaria como um processo de maior garantia a uma justificação argumentativa.

Percebe-se que a importância e peso da constatação de uma demanda interpretativa (ampla ou estrita), e de uma desejável relação com uma teoria da interpretação no processo de estruturação de um sistema de justificação das decisões judiciais, se tratada pela ótica simplesmente retórica em sentido raso contaminaria todo o seu propósito de consistência.

O problema da discricionariedade também deve atingir uma análise da estrutura argumentativa. Atienza (2012, p.14, cap. 6) qualifica essas questões como as que surgem em relação com a aplicação de normas de fim: regras ou princípios. As normas de fim (diferentemente das normas de ação) estabelecem que, em determinadas circunstâncias, um sujeito tem uma obrigação de alcançar um fim. Como a maneira de alcançar esse fim não pode ser estabelecida de antemão, deixa-se certa liberdade para se elegerem os meios e chegar aos fins. O comportamento discricionário é o que realiza como seguir as normas finais e, para tanto, deve eleger os meios adequados e ponderar adequadamente para os fins. (ATIENZA, 2012, p.14, cap. 6)

Para Atienza, a submissão aos juízes de normas fins é excepcional; para ele, os principais destinatários das normas de fim são legisladores e órgãos administrativos. Aceita, no entanto, que dentro dessas ocasiões especiais estaria situado, por exemplo, o controle da atuação discricionária de um órgão administrativo ou político; ou em uma ação de divórcio, a decisão judicial se orientar pelo melhor interesse da criança, ou seja, exemplos de formas atuais da chamada judicialização da política.

Por ser a judicialização da política um fenômeno, a

excepcionalidade das decisões judiciais se conduzirem por normas de fim não é tão acentuada assim como afirma Atienza (2013, cap. 6, p. 15) . Dessa maneira, as questões de discricionariedade na aplicação de normas fim e de ponderação passam a ter um elevado grau de relevância. Assim, mais frequentemente, a decisão judicial<sup>82</sup> deve identificar que, em dadas circunstâncias, um sujeito estará obrigado a praticar ou não praticar determinada conduta em função da busca de se alcançar algo valioso. A maneira de se alcançar um fim não é estabelecida de antemão (um dos motivos de se tratar de uma norma fim e não uma norma de ação) é que há um espaço para se elegerem meios e identificar condições para tal realização. Nesse tipo de decisão, portanto, o elemento deliberativo é acentuado, e a Argumentação Jurídica tem função central. Aqui aparece fortemente o conceito de caso especial, pois, nessa dimensão deliberativa, a identificação da decisão pode necessitar de uma argumentação prática do tipo geral. Por essa mesma conclusão, a questão da ponderação tem um incremento de sua importância, pois permite, na passagem do plano axiológico para o deontológico e nele, a identificação de um comando específico ao caso concreto.

Atienza diferencia: na ponderação judicial típica, isto é, sem discricionariedade (ponderação de princípios) as “diretrizes” [produtos de norma fim] desempenham um importante fator a contribuir na eleição de peso de cada um dos elementos do balanço. Todavia, as diretrizes propriamente ditas compõem a atividade típica de legisladores e administradores (concretização de objetivos), e ao juiz caberia apenas o controle do limite de tal ponderação<sup>83</sup>.

Estabelecidas as bases anteriores, um modelo derivado para

---

<sup>82</sup> Perceba-se a derivação de significado feita por Atienza da ponderação em sentido estrito de Alexy. Ao abordar o tema discricionariedade, é perceptível que Atienza também encontra ponderação no exercício de uma opção decisória sobre uma norma fim, distante da técnica de solução de colisão de princípios e daí, muito próxima também da linguagem utilizada pelo STF, com demandas muito fortes dentro da argumentação prática geral.

<sup>83</sup> Para Atienza (2013, p.437-438), seria discutível se em algum caso estaria justificado que os juízes criem regras simplesmente de diretrizes, isto é, que levem a cabo uma ponderação discricionária. Porque, embora a diretriz sirva para identificar e atribuir pesos, em nenhuma hipótese seria na concretização de um objetivo, mas a decisão pela opção entre um ou outro conjunto de bens. Por isso, não haveria discricionariedade, no sentido estrito da palavra, na atividade judicial.

análise da ponderação pode ser construído a partir da proposta de Atienza. A primeira parte do modelo é muito útil para a compreensão das premissas fáticas e jurídicas incidentes sobre a decisão. A compreensão fática (mesmo que hipotética nos casos de controle abstrato de constitucionalidade) também será importante para a identificação de parte das condições de precedência. E mais, ao menos aos olhos do sujeito que decide, as questões fáticas estão postas e estabilizadas. Assim, para completar uma possibilidade de análise das decisões, alterou-se a parte final do modelo original. Dessa forma, será possível, além de se obterem elementos para uma análise da decisão, a visualização do que comporia o processo de ponderação.

Justificada a mudança do modelo, para analisar a incidência da lei de colisão e do sopesamento, foram retirados os dois itens finais da tabulação original e acrescentadas à tabulação três etapas. A primeira será a **identificação dos princípios contraditórios ou valores constitucionais em rota de colisão**. A segunda etapa é a identificação das **configurações típicas do caso e as condições de precedência**, isto é, nas observações em que um ou outro princípio teria precedência. Na terceira, a identificação objetiva das **escolhas das condições que importaram no resultado decisório**. Portanto, como base modelo para análise da ponderação serão utilizados:

1. identificação	A identificação e a situação temporal e espacial do caso em análise.
2. fatos	Relato objetivo dos fatos juridicamente relevantes narrados na decisão.
3. questões jurídicas	A identificação das questões jurídicas gerais que estão sendo discutidas no caso concreto.
4. teses	As teses jurídicas ( <i>holding</i> ).
5. razões	A enumeração das razões ou argumentos para se sustentar o <i>holding</i> (teses jurídicas).

6. princípios colidentes	Identificação dos princípios contraditórios ou valores constitucionais em rota de colisão
7. condições de precedência	Identificação das configurações típicas do caso e as condições de precedência. <sup>84</sup>
8. escolhas	Identificação objetiva das escolhas das condições que importaram no resultado decisório.

Esse modelo poderia ser aplicado para uma análise do chamado caso Lebach (utilizado por Alexy para explicar a tese da ponderação) e permitiria a visualização tabulada das etapas da ponderação. Nesse caso do direito alemão, após frustrada medida cautelar interposta no Tribunal Estadual e Tribunal Superior Estadual, houve reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal alemão que visava à proibição de veiculação de programa televisivo. O programa televisivo apresentaria um documentário lembrando grave crime e divulgaria nome e fotos de um dos criminosos, que já estava em fase final de cumprimento da respectiva pena. Assim, na tabulação:

1. identificação	Reclamação constitucional apresentada ao Tribunal Constitucional Alemão. BVerfGE 35, 202 pleiteando a proibição da exibição de um documentário televisivo que veicularia nome e imagens do reclamante prejudicando sua ressocialização após cumprimento da pena.
2. fatos	1) Uma emissora de televisão na Alemanha planejava a exibição de um documentário “O assassinato de soldados em Lebach”.

<sup>84</sup> Ao estabelecer as escolhas de precedência, é importante considerar que a condição de precedência deve ser submetida aos testes das regras e condições estabelecidas na teoria da argumentação proposta por Alexy. Ao identificar eventualmente possíveis inconsistências, será possível por esse item fazer uma avaliação da fragilidade racional da condição apresentada como de precedência.

	<p>2) Era a história de um grave crime, onde 4 soldados, sentinelas num depósito de munições do Exército Alemão, próximo a cidade de Lebach, foram mortos e armas foram roubadas.</p> <p>3) Um dos condenados pelo crime, na época prevista para a exibição do documentário, estava prestes a ser libertado da prisão.</p> <p>4) O documentário exibiria o nome e fotos desse indivíduo.</p>
3. questões jurídicas	<p>1) Afetação da ressocialização de um apenado.</p> <p>2) Garantias atribuídas aos direitos de personalidade.</p> <p>3) Direito à informação e garantias de veiculação pela radiodifusão.</p>
4. teses	<p>1) A proteção constitucional dos arts. 1º, par. 2º e 2º, par. 1º da Constituição Alemã, à personalidade, em especial, ao direito de ressocialização daquele que cumpriu a pena imposta.</p> <p>2) A proteção constitucional dos art. 5º par.1º. ao direito de informar por meio da radiodifusão.</p>
5. razões	<p>1) Os direitos da personalidade devem ser protegidos e têm eficácia horizontal e vertical.</p> <p>2) A ressocialização é uma das bases da estrutura social de combate social ao crime.</p> <p>3) A informação pode ser útil inclusive no combate ao crime e a criminosos, permitindo a identificação de crimes e autores.</p>
6. princípios	Proteção da personalidade (P1) e proteção da liberdade de

colidentes	informar (por meio da radiodifusão) (P2).
7. condições de precedência	<p>1) A garantia da difusão da informação (P2), tendo como condição de precedência uma informação atual sobre crime ou criminosos (C1), prevaleceria. Alexy representa <math>(P2 \ P \ P1) \ C1</math>. Não há algo identificado no caso para excepcionar a regra de precedência.</p> <p>2) A proteção à personalidade (P1), tendo como condição de precedência a ausência de interesse atual sobre a informações do crime e há risco de ressocialização (C2), prevaleceria. <math>(P1 \ P \ P2) \ C2</math></p>
8. escolhas	Se não há mais um interesse atual sobre informações sobre o crime, e há risco na ressocialização do autor, a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar. Portanto, no caso, significa a proibição da veiculação do documentário.

Percebe-se que as etapas da ponderação ficam bem evidentes e permitem a realização de uma avaliação da proposta teórica, bem como a identificação de eventuais contradições ou omissões nas etapas construtivas.

#### 4.2 Construindo um modelo de avaliação das decisões judiciais

A avaliação que será feita após as análises destina-se à identificação do (des)cumprimento de formulações, regras e formas de argumentos apresentadas por Alexy. Optou-se igualmente pelo formato de tabulação<sup>85</sup>, pois ficam mais evidentes as etapas argumentativas do modelo

<sup>85</sup> Essas tabulações, em razão dos textos de suas colunas, tiveram o tamanho de sua fonte alteradas para tornar a leitura mais produtiva.

teórico; as regras ou formas propostas por Alexy e, por fim, a identificação no caso concreto do seu cumprimento ou descumprimento.

Para uma melhor compreensão exemplifica-se abaixo:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regras ou formas propostas por Alexy	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	Proporcionalidade: 1) adequação 2) necessidade 3) proporcionalidade estrito sensu	1) O relator associa a interpretação do princípio da ofensividade/lesividade ao princípio da proporcionalidade e, ao fazê-lo, submete-os aos limites estabelecidos a proporcionalidade <i>Übermassverbot</i> (vedação ao excesso) e <i>Untermassverbot</i> (vedação da insuficiência).
2. Regras e formas de argumentação	Retirada de uma tábua de regras e formas: (J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação. 1) Quando se pode citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve fazê-lo; 2) Quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação.	1) Já no início da construção do voto o relator menciona os precedentes que dividem-se para as teses possíveis. 2) Ao refutar a exigência da ofensividade <i>in concreto</i> , o argumento se dá no sentido de que tal proteção individual, pelo dever do Estado em se abster, seria de alguma forma limitada pela imposição ao mesmo Estado de proteger direitos fundamentais contra agressão por atos de terceiros.

Para a avaliação das regras e formas de argumentação utilizou-



se o seguinte conjunto de regras:

**Regras Básicas:**

- 1.1) Nenhum falante pode se contradizer.
- 1.2) Todo falante somente pode afirmar aquilo em que realmente acredita.
- 1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.
- 1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.

Regras de Racionalidade:

- 2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso (as regras da racionalidade).
- 2.2) Todo falante precisa apresentar razões para o que afirma:
  - 2.2.a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
  - 2.2.b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
  - 2.2.c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades, evitando que o processo de fundamentação transforme-se em coerção.
- 2.3) Nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos fixados nas regras 2.1 e 2.2 mediante coerção interna ou externa ao discurso.

Regras para o encargo do argumento:

- 3.1) Quem pretende tratar uma pessoa de maneira distinta de outra deve estar obrigado a fundamentar tal pretensão.
- 3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não seja objeto da discussão deve apresentar uma razão para isso.

3.3) Quem já aduziu um argumento só estará obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

3.4) Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não sirva como argumento a uma manifestação anterior, precisa justificar.

4.1 e 4.2) A noção de uma razão, como sempre, leva consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa.

Regras de justificação

5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que se encontraria na situação daquelas pessoas.

5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.

5.1.3 Toda regra deve poder ser explicada em forma aberta e geral.

5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem poder passar à prova de sua origem histórico-crítica. Isso não ocorre quando:

a) ainda que se possa originalmente justificar racionalmente, perdeu-se depois sua justificação<sup>86</sup>, ou

b) se, originalmente, não se pode justificar racionalmente, tampouco não se podem aduzir novas razões suficientes.

5.2.2 As regras morais subjacentes à visão moral do falante devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não

<sup>86</sup> Expressamente “si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o [...]” (ALEXY, 2007. p. 199).

suporta esse exame, se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização.

5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.

Regras de Transição:

6.1) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso teórico.

6.2) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de análise de linguagem.

6.3) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Regras e formas de justificação interna:

1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral.

2) Um julgamento jurídico tem de seguir logicamente uma norma universal, ao menos.

3) O número de decomposições requeridos é aquele que torna possível eliminar disputas.

4) Devem ser articulados tantos passos de decomposição quanto possíveis.

Regras de Justificação Externa

1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica.

2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador.

3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica.

4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática.

**Regra de Saturação:** o exercício através de todos os cânones de interpretação.

Determinações de peso relativo dos argumentos diferentes têm que se conformar às regras de pesagem.

### **Regras de argumentação dogmática**

J10 Toda proposição dogmática deve ser justificada recorrendo-se, ao menos, a um argumento prático geral.

J11 Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.

J12 Sempre que possível, os argumentos dogmáticos devem ser usados.

J 13 Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado.

J14 Quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento.

J18 Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para ser citadas por completo, ou seja, têm que cumprir o requisito da saturação.

1) quando pode-se citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve fazê-lo;

2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação

### **4.3 Delimitando o objeto de análise: apresentação do catálogo de decisões do STF.**

Inicialmente, foram feitas pesquisas indexadas em julgamentos de mérito no Supremo Tribunal Federal. Foram localizados 19 acórdãos<sup>87</sup>, sendo o mais antigo datado de 2003. Desse conjunto, algumas temáticas puderam ser agrupadas, o que foi feito apenas com uma intenção sistemática (já que não se busca verificar o entendimento do tribunal sobre esse ou aquele assunto). O primeiro desses grupos diz respeito a decisões envolvendo debates entre o Direito e a Ciência. Nele destacam-se as discussões sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionários e a possibilidade de busca da identidade originária genética. Embora seja possível identificar traços de semelhança temática, nesse mesmo grupo é possível encontrar tensões e colisões de muitos princípios: proteção a saúde, garantia da vida, autonomia, segurança jurídica, paternidade responsável, liberdade à pesquisa, proteção a intimidade e diversas conexões a partir da dignidade humana.

Em um segundo grupo, estão presentes debates sobre o tratamento penal relacionado a Arma de Fogo, especialmente porte e posse e o potencial de lesividade respectivo da arma. Há nesse grupo a discussão sobre os limites das liberdades individuais e a opção normativa pelo desarmamento civil. Nele também se percebem tensões e colisões de vários princípios: lesividade, ofensividade, supremacia do interesse público no viés da proteção à segurança pública e reserva legal proporcional.

No terceiro grupo, há discussões sobre a liberdade de imprensa e expressão, envolvendo colisão entre a liberdade de imprensa e a proteção de direitos da personalidade em suas várias manifestações. No quarto grupo, a temática central é a prisão, em sua manifestação como execução de pena e as possibilidades de prisão cível. Há colisão identificada entre as garantias à liberdade, à proteção a propriedade, reserva legal, proteção ao interesse social e segurança jurídica.

---

<sup>87</sup> Essa pesquisa indexada manteve o resultado em vários acessos. O último acesso foi em 25 de novembro de 2014.

Por último, em temática relacionada aos desmembramentos e acessões de territórios municipais, bem como na relação entre os entes federados princípios com a segurança jurídica, proteção ao interesse social, nulidade de normas inconstitucionais e proteção à federação entram em colisão.

Para a delimitação, também foi importante uma constatação inicial feita ao se realizar a tabulação das decisões objeto de análise. Os níveis de aplicação do modelo teórico proposto à ponderação são distintos em sua intensidade. Assim, também é possível dividir o objeto de análise em dois grandes conjuntos: aqueles que aplicam de forma mais significativa a metodologia proposta à ponderação (CONJUNTO 1), e aqueles que identificam a colisão de princípios, mas não desenvolvem relevantemente a metodologia proposta a ponderação (CONJUNTO 2). Em ambos os conjuntos, é possível a tabulação porque seus elementos estão presentes nos textos dos votos e Acórdão. Contudo, os efeitos da ponderação poderão ser distintos o que por si só já justificariam uma curiosidade em analisá-los e posteriormente avaliá-los de forma também isolada.

Assim, para uma melhor organização, apresenta-se um breve esquema da organização:

#### CONJUNTO 1

grupo	número da decisão	identificação	assunto
2	5	HC 104410	arma de fogo
2	6	HC 96759	arma de fogo
2	7	HC 102087	arma de fogo
3	11	HC 82424	limites a liberdade de expressão
4	13	RE 466343	prisão civil
4	14	RE 349703	prisão civil
5	20	ADI 1842	saneamento
5	16	ADI 3689	municípios
5	17	ADI 3489	municípios

5	18	ADI 3316	municípios
5	19	ADI 2240	municípios

### CONJUNTO 2

grupo	número da decisão	identificação	assunto
1	1	ADPF 54	feto anencéfalo
1	2	RE 363889	flexibilização coisa julgada p/paternidade
1	3	ADI 3510	células-tronco embrionárias
3	9	ADI 4451	humor e liberdade de imprensa
3	10	ADI 130	lei de imprensa
4	12	HC 84078	execução provisória de pena
4	15	HC 82959	progressão de regime
4	8	ADI 3112	desarmamento

Como resultado, além de uma compreensão mais objetiva sobre a construção argumentativa de cada decisão, também será possível organizar respostas para algumas dúvidas: 1) em quantas decisões a decisão vencedora é coincidente com a ponderação? 2) Em quantos a ponderação está nos votos vencidos? 3) Em quantas decisões a ponderação provocou alteração de votos ou adesão de votos as suas conclusões?

Feitos os questionamentos, as construções de modelos, a circunscrição e organização do objeto de análise e avaliação, os próximos Capítulos cuidarão de seus desenvolvimentos.

## **5 O ARGUMENTO INTENSO DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No presente Capítulo, buscar-se-á, caso a caso, compreender, em uma análise prévia e posterior avaliação, a aplicação da ponderação nas decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal que compõem o Conjunto 1, conforme identificação no Capítulo anterior

Nos julgamentos colegiados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é possível identificar de partida uma característica: embora as decisões sejam tomadas para Acórdão, exigindo-se ao menos a maioria com identidade de conclusão, a apresentação dos votos e, especialmente, as razões de voto, podem ser distintas e muitas vezes até singulares. Assim, é muito frequente que, para se analisar a decisão, tenha que se recorrer também a uma busca em todos os votos, porque neles podem existir argumentos e argumentações diferenciadas sobre o objeto de pesquisa.

Por outro lado, não seria razoável analisar os votos isoladamente, porque se deseja uma observação da decisão como um todo e a eventual relevância da ponderação no contexto da decisão. Com essas premissas, partiu-se para a aplicação.

### **5.1 Aplicação do modelo de análise para o CONJUNTO 1**

Nesta seção, o objeto de estudo é o conjunto de decisões que aplicaram de forma mais significativa a metodologia proposta à ponderação. Sistemáticamente organizou-se a aplicação seguindo os grupos temáticos apresentados anteriormente.

GRUPO 2: TRATAMENTO A CONDUTAS ENVOLVENDO ARMAS DE FOGO



## DECISÃO 5: POSSE DE ARMA DE FOGO - HC 104410/RS

Em 2012 foi julgado, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* cujo tema central era o porte/posse ilegal de arma de fogo desmuniada e o tratamento constitucionalizado dos crimes de perigo abstrato. O caso se originou com a medida impetrada pela defensoria pública da União em favor de denunciado pelo crime de posse ilegal de arma de fogo desmuniada, essencialmente pelo argumento da atipicidade.

Analisado o *Habeas Corpus*, encaminhou-se a análise sobre a orientação constitucional sobre a criminalização em abstrato de condutas e os parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais, de um lado a vedação dos excessos, mas, de outro a proibição de uma proteção geral insuficiente.

Seguindo uma análise teórica sobre os princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso, compreendeu-se, nos crimes de mera conduta, que a configuração de um resultado material exterior não seria exigido. Essa compreensão, entretanto, não deveria se tornar absoluta, porque não se poderia admiti-la também desconectada de uma lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico tutelado. Com isso, o grau potencial ou efetivo de lesão ao bem jurídico protegido deveria ser aferido no julgamento concreto.

Assim, em marcante passagem (p. 9 do inteiro teor), desenvolveu-se a argumentação que o dever de proteção envolve: 1) dever de proibição, consistente no dever de proibir determinada conduta; 2) dever de segurança, como imposição ao Estado do dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; 3) dever de evitar riscos, que autorizaria o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Segue-se a tabulação analítica:

1. identificação	<p>HC 104410/RS</p> <p>Julgado em 2012, decisão unânime.</p> <p>Detalhamento da composição do STF para a decisão: 2ª Turma</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Gilmar Mendes</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Ayres Britto, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, com ausência do Ministro Joaquim Barbosa</p> <p>A discussão central no Habeas Corpus é sobre o tratamento constitucional aos crimes de perigo abstrato.</p>
2. fatos	<p>1) O paciente foi denunciado como incurso, dentre outros, no art. 10, <i>caput</i>, da Lei n. 9.437/97 (posse ilegal de arma de fogo).</p> <p>2) O Juízo de primeiro grau condenou o paciente, dentre outras condenações mais leves, a 1 ano de detenção pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, cumulada à pena de 10 dias-multa.</p> <p>3) A Defensoria Pública apelou sustentando a atipicidade da conduta, alegando que a arma encontrada em poder do paciente estava desmuniada e, por isso, sem potencialidade lesiva.</p> <p>4) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso e absolveu. Em Recurso Especial, o STJ restabeleceu a sentença condenatória.</p>
3. questões jurídicas	<p>1) Pela Defensoria Pública: “pelo princípio da ofensividade do direito penal, é inconcebível que o simples porte da arma desmuniada configure o delito. A potencialidade lesiva</p>

	<p>ofensiva está diretamente dependente da funcionalidade da arma e também da disponibilidade da munição. Diante desse fato, feita uma análise à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tem-se a conclusão de que a conduta do agente é atípica, considerando não haver qualquer possibilidade de se conseguir imediato acesso à munição”.</p> <p>2) O estatuto do desarmamento tipifica a posse e o porte e de arma como crime de perigo abstrato.</p> <p>3) Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Isto é, os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.</p> <p>4) Existe a possibilidade de distinção de três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade de leis penais: controle de evidência, controle de sustentabilidade e controle material de intensidade.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Lesividade e ofensividade</p> <p>2) Segurança pública (vida, liberdade, integridade física e psíquica)</p>
4. teses	<p>1) Nos crimes de mera conduta, a configuração do delito não exigiria a identificação concreta de um potencial lesivo, isto é, a posse de arma como um delito de perigo abstrato receberia a incidência da norma penal independente da arma estar ou não municada.</p> <p>2) Todo crime segue o princípio da ofensividade/lesividade,</p>

	<p>o qual exige que uma ação seja potencialmente lesiva, e isso é inexistente para uma posse de arma sem disponibilidade de munição.</p>
5. razões	<p>Para a tese 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Arma de fogo tem a característica inerente da lesividade.</li> <li>2) A danosidade é intrínseca ao objeto.</li> <li>3) O precedente RHC 91553 estabeleceu que “o crime de porte de arma de fogo constitui delito de perigo abstrato, consumando-se, independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à sociedade, pois o dano é presumido pelo tipo penal.</li> </ol> <p>Para a tese 2:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Concretamente, é possível verificar a ausência de significado lesivo a conduta.</li> <li>2) É preciso distinguir ofensividade (arma funcional e municada) com poder de intimidação. Isto é, a funcionalidade da arma e a disponibilidade de munição são fatores para a potencialidade lesiva.</li> <li>3) Constitui precedente do STF que é “fato atípico o porte de arma desmunicada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade de munição (RHC 81057/SP).</li> <li>4) O grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido deve ser aferido no julgamento.</li> </ol>
6. princípios colidentes	<p>Proteção à segurança pública (indiretamente a vida, liberdade, integridade física e psíquica) (P1) e lesividade/ofensividade (P2).</p>

7. condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 a previsão legal de crime de perigo abstrato (tipicidade) representa expressão do dever genérico de proteção que o Estado tem para com o cidadão. A aparente lesividade da conduta faz prevalecer a tutela a segurança pública. (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1.</b></p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 pelo entendimento unânime, o Tribunal não identificou circunstância de precedência, que estaria na concretização de alguma hipótese de excessos de proteção. (C2)</p> <p><b>(P2 P P1) C2 não identificada</b></p>
8. escolhas	<p>O Estado, dentro de uma perspectiva constitucional, se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do poder público, mas de proteger direitos contra agressões (Estado como guardião). Esse dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza a separação entre ordem constitucional e legal, irradiando-se por toda ordem jurídica. Assim, é possível identificar um dever do Estado de tomar providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais, e tais providências devem ser balanceadas entre a Proibição do Excesso e a Proteção Insuficiente.</p>

Com a análise, é possível estabelecer **avaliações** sobre a estrutura da ponderação e a argumentação jurídica apresentada pela decisão. Uma das críticas feitas às regras e formas de argumentação e ao sopesamento é a fraca propensão à operabilidade. Muitas regras e etapas dificultariam o processo decisório judicial. Entretanto, é possível identificar nessa decisão analisada uma refutação a essa crítica. No presente caso, a

questão posta a julgamento pode ser aceita como complexa, a ponderação foi realizada de forma mais marcante e nem por isso o processo argumentativo foi longo. Muito pelo contrário, outras decisões que não seguem um modelo mais intenso de ponderação, tampouco outros modelos, apresentam-se em construções argumentativas longas, repetitivas e analiticamente muito mais complexas, acentuando a percepção sobre suas intenções retóricas pragmáticas.

Nessa decisão, foi relatado que o entendimento predominante nos precedentes do Supremo Tribunal vinha sendo no sentido de reconhecer os princípios da lesividade e ofensividade como vetores interpretativos preponderantes. Na argumentação do voto-relatoria, houve o cumprimento das etapas argumentativas que levaram ao afastamento do precedente.

#### 1. Ponderação:

Identificou-se uma colisão de princípios, além de uma correlação da ofensividade/lesividade, com necessário vetor interpretativo em associação à proporcionalidade, que impõe diretrizes máximas e mínimas na sua atividade. Essas margens são dadas à decisão.

A proporcionalidade indica que haveria excesso na criminalização *in abstracto*, se os requisitos da necessidade e adequação não fossem observados. As ações envolvidas, bem como os riscos que elas trazem ao bem jurídico protegido autorizam o legislador a conferir proteção suficiente, cumprindo vedação à proteção insuficiente (*Üntermassverbot*).

A adequação foi identificada na seletividade da criminalização de condutas mais “perigosas” ao bem jurídico protegido (haveria um equilíbrio de intensidade entre o perigo e a criminalização). A necessidade também foi atendida, pois busca a verificação da existência de medida menos gravosa, mas com a mesma eficácia. A exteriorização da política pública de controle de acesso a armas demonstrou sintonia com vários estudos especializados.

Houve a adesão ao voto do relator, construído fundamentalmente em acordo com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Como em outros julgados semelhantes e contemporâneos, houve votos em dissidência à conclusão que chegou o relator nesse

juízo, podendo-se concluir que, como houve migração de posicionamento diferentes para o posicionamento estabelecido com a ponderação, pode-se falar em um potencial retórico importante para a argumentação jurídica feita nesse voto.

As regras e formas de argumentação também foram observadas, identificando-se as seguintes passagens:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regras ou formas propostas por Alexy	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	Proporcionalidade: 1) Adequação. 2) Necessidade. 3) Proporcionalidade estrito sensu.	1) O relator associa a interpretação do princípio da ofensividade/lesividade ao princípio da proporcionalidade e, ao fazê-lo, submete-os aos limites estabelecidos à proporcionalidade <i>Übermassverbot</i> (vedação ao excesso) e <i>Untermassverbot</i> (vedação da insuficiência).  2) Foi identificada uma Condição de Precedência: 1 a previsão legal de crime de perigo abstrato (tipicidade) representa expressão do dever genérico de proteção que o Estado tem para com o cidadão. A aparente lesividade da conduta faz prevalecer a tutela da segurança pública, com reflexos sobre a proteção da vida, liberdade, integridade das pessoas e a paz social.
2. Regras e formas	Sobre precedentes:	1) Já no início da construção

de argumentação	<p>1) Quando se pode citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo;</p> <p>2) Quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação;</p>	<p>do voto, o relator menciona os precedentes que se dividem para as teses possíveis.</p> <p>2) Ao refutar a exigência da ofensividade <i>in concreto</i>, o argumento se dá no sentido de que tal proteção individual, pelo dever do Estado em se abster, seria de alguma forma limitada pela imposição ao mesmo Estado de proteger direitos fundamentais contra agressão por atos de terceiros.</p>
2. Regras e formas de argumentação	1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.	1) A criminalização do perigo in abstrato de algumas condutas não significa o mesmo que responsabilidade objetiva. Na primeira remanesce ao cidadão grau de autodeterminação. A ele é factível, possível e desejável que se abstenha de usar ou portar arma.
2. Regras e formas de argumentação	<p>5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que ele se encontraria na situação daquelas pessoas.</p> <p>5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de</p>	1) Ao fazer uma análise de pertinência para a fixação abstrata normativa de condutas na realidade, simplifica-se a tarefa de concretizá-la. Simplificando-a, mas não absolutizando-as, até mesmo porque é na aplicação do direito no caso concreto que serão corrigidas as possíveis



	<p>cada um devem poder ser aceitas por todos.</p>	<p>injustiças pontuais. As regras de universabilidade e prescritibilidade não têm o papel de absolutizar previsões em concreto, mas de permitir condições de precedência e excepcionalidade na análise concreta.</p>
<p>2. Regras e formas de argumentação</p>	<p>Regras de saturação:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica.</li> <li>2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador.</li> <li>3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica.</li> <li>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática.</li> </ol>	<p>O chamado dever de proteção foi decomposto em elementos mais específicos e todos, em alguma medida, coincidentes com uma interpretação semântica, genética, comparativa e teleológica. Assim, compõem o dever de proteção: deveres de proibição, de segurança e de prevenção (evitem-se riscos). Tal dever de proteção, assim, em uma de suas medidas, autorizaria, passando pelo teste da proporcionalidade, a legislação preventiva.</p>

#### DECISÃO 6: PORTE DE ARMA DE FOGO HC 96759 CE

O *Habeas Corpus* 96759 CE foi julgado em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal e apresenta muitas semelhanças com o HC 104410/RS; contudo, também é acompanhado de algumas peculiaridades importantes para análise argumentativa trazidas especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes e no voto vencido do Ministro Celso de Mello.

O *Habeas Corpus* foi impetrado por particular, em ação penal movida por porte ilegal de armas, alegando seu desmuniamento, bem como legislação estadual que autorizaria tal porte.

Na analítica tabulação:

<p>1. Identificação</p>	<p>HC 96759 CE</p> <p>Julgado em 2012.</p> <p>Detalhamento da composição do STF para a decisão: 2ª Turma</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Joaquim Barbosa</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto</p> <p><b>Contrários ao voto do Relator:</b> Ministros Celso de Mello.</p> <p>A discussão central no Habeas Corpus é sobre o tratamento constitucional aos crimes de perigo abstrato.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) O paciente foi denunciado como incurso no art. 14, da Lei n. 9.437/97 (porte ilegal de arma de fogo).</p> <p>2) Houve no HC a alegação que a conduta atribuída ao paciente é atípica, uma vez que a arma de fogo que ele portava era desmuniçada.</p> <p>3) O presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará havia, com base em lei estadual, autorizado o porte de arma ao paciente, mas a questão, por limitações processuais, não pode ser objeto de análise no STF.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>1) A Lei 10.826/2003 tipifica inclusive o simples porte de munição, não exigindo, para o crime de porte ilegal de arma de fogo, que ela esteja muniçada.</p> <p>2) (Voto vencido) entendeu pela atipicidade da conduta pela absoluta destituição de potencialidade lesiva.</p> <p>3) (Voto vencido) deixou de configurar-se situação imputável</p>

	<p>ao paciente, pela criação ou provocação causal, por ele próprio, de um estado de risco relevante e proibido.</p> <p>4) Consideração do princípio da ofensividade, que vincula toda a atividade de interpretação da lei penal (voto vencido).</p> <p>5) O direito penal e o processo penal devem se revestir das maiores garantias materiais e processuais, pois está em jogo a intervenção estatal mais severa no âmbito da liberdade individual. A atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, <i>prima facie</i>, intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais.</p> <p>6) O estatuto do desarmamento tipifica a posse e o porte de arma como crime de perigo abstrato.</p> <p>7) Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Isto é, os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.</p> <p>8) Há a possibilidade de distinção de três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade de leis penais: controle de evidência, controle de sustentabilidade e controle material de intensidade.</p> <p>8.1 Reconhece-se ao legislador ampla margem de avaliação, mas com controle por técnicas procedimentais para estabelecer limites, isto é, margem de atuação e a proporcionalidade em sentido estrito, em que há grave afetação de bens jurídicos fundamentais. Assim, pode (deve) o Tribunal examinar se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a</p>
--	--

	<p>proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle se mostrará mais rígido e invasivo, pois o Tribunal adentra ao próprio exame da proporcionalidade da medida realizada pelo legislador: adequação, necessidade e proporcionalidade estrito sensu.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Potencialidade lesiva.</li> <li>2) Segurança pública (vida, liberdade, integridade física e psíquica).</li> <li>3) Reserva legal proporcional (proibição do excesso e também da proteção insuficiente).</li> </ol>
4. Teses	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Nos crimes de mera conduta, a configuração do delito não exigiria a identificação concreta de um potencial lesivo, isto é, o porte de arma como um delito de perigo abstrato receberia a incidência da norma penal independentemente da arma estar ou não municada, por ser a tradução do princípio da reserva legal proporcional.</li> <li>2) Todo crime segue o princípio da ofensividade/lesividade, exigindo que uma ação seja potencialmente lesiva, e isso é inexistente para um porte de arma sem disponibilidade de munição, conclusão pela incidência da maior proteção contra a severa restrição à liberdade.</li> </ol>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) O ato será adequado, caso proteja o direito fundamental de maneira ótima, e será necessário, na hipótese de não existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental.</li> <li>2) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito estará</li> </ol>

	<p>íntegro se o grau de satisfação do fim legislativo for superior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (proibição de insuficiência).</p> <p>3) A proporcionalidade impõe um raciocínio para proibição do excesso, mas também vedação da insuficiência, e abre espaço para controle de constitucionalidade da lei penal.</p> <p>4) Arma de fogo tem a característica inerente da lesividade.</p> <p>5) A danosidade é intrínseca ao objeto.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Concretamente, é possível verificar atipicidade pela conduta completamente destituída de potencialidade lesiva.</p> <p>2) A funcionalidade da arma e a disponibilidade de munição são fatores para a potencialidade lesiva.</p> <p>3) Não se configura situação imputável ao paciente pela não criação ou provocação causal, por ele próprio, de um estado de risco relevante e proibido.</p> <p>4) O princípio da ofensividade vincula toda atividade de interpretação da lei penal e, portanto, qualquer restrição à liberdade.</p>
6. Princípios colidentes	Proteção da reserva legal proporcional com vistas à segurança pública (indiretamente a vida, liberdade, integridade física e psíquica) (P1), e lesividade/ofensividade com exigência para restrição da liberdade (P2).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 a previsão legal de crime de perigo abstrato (reserva legal) representa expressão do dever genérico de proteção que o Estado tem para com o cidadão, quando necessária,</p>

	<p>adequada e proporcional (reserva legal proporcional), com vistas a metas fixadas por políticas criminais para a paz social (C1).</p> <p><u>(P1 P P2) C1</u>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 a não criação ou provocação causal, por ele próprio (paciente), de um estado de risco relevante e proibido faz carente a ofensividade/lesividade de sua conduta, devendo prevalecer a liberdade (C2)</p> <p><u>(P2 P P1) C2</u></p>
8. Escolhas	<p>O Estado, dentro de uma perspectiva constitucional, se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do poder público, mas de proteger direitos contra agressões (Estado como guardião). Esse dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza a separação entre ordem constitucional e legal, irradiando-se por toda ordem jurídica. Assim, é possível identificar um dever do Estado de tomar providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais, e tais providências devem ser balanceadas entre a Proibição do Excesso e a Proteção Insuficiente.</p>

Na **avaliação** do presente julgado, há inúmeras coincidências com a avaliação do HC 104.410/RS (06/03/2012). No entanto, no HC 96759/CE (28/02/2012) há a argumentação do Ministro Celso de Mello, que se tornou vencido e dias depois votou conforme voto construído em ponderação no HC 104.410/RS.

O voto-vista também apresenta o desenvolvimento da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de poder concluir se o resultado

da restrição do direito fundamental, como resultado da incriminação *in abstracto*, corresponde à proteção do bem jurídico alcançado pela medida normativa de caráter penal. E isso é feito em duas abordagens: a primeira consiste em desenvolver vários fundamentos de política pública trazidos pela exposição de motivos da norma incriminadora (estatísticas, dados, legislações comparadas, recomendações de organismos internacionais, etc.). A segunda, que a legitimidade no uso da discricionariedade do legislador, nesse caso, não parece ter ultrapassado os limites do dever de proteção.

Aqui não se pode falar em adesão à argumentação feita em ponderação por outros Ministros, posto que ela estava presente no voto-vista proferido por último. O voto-vista (com ponderação) coincidiu em sua conclusão com o voto-relatoria (sem ponderação) e com a maioria da Segunda Turma. Não houve alteração dos demais votos para acompanhar a argumentação estruturada pela ponderação, pois de pouco adiantaria pela identidade de conclusões.

#### DECISÃO 7: PORTE DE ARMA DE FOGO HC 102087/MG

O *Habeas Corpus* 102087 MG foi julgado igualmente em 2012, no mesmo dia do HC 96759/CE, e teve como Relator o Ministro Celso de Mello, que deferiu a ordem pedida em consonância com sua argumentação feita no HC 96759 CE. Muito relevante para análise é que, em função da relatoria e, por conseguinte, da ordem de votação, houve a substituição da relatoria para Acórdão para o Ministro Gilmar Mendes, que teve sua argumentação expressamente reconhecida e acompanhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado pelos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto.

O HC 102087/MG apresenta muitas semelhanças com o HC 96759/CE e com o HC 104410/RS, não sendo profícua nova tabulação. Serão ressaltadas, no entanto, passagens argumentativas interessantes.

Como questão jurídica, mencionou-se que o legislador penal não tomou como pressuposto da criminalização a lesão ou perigo de lesão concretos a determinado bem jurídico, mas, baseado em dados empíricos, o legislador selecionou ações que levam o indesejado perigo ao bem jurídico.

Os Ministros entenderam, em sua maioria, como correta a argumentação, pois que a tipificação de condutas que geram perigo abstrato muitas vezes acabam sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos-penais supraindividuais ou de caráter coletivo como meio ambiente, saúde, etc. Entenderam também marcante a danosidade intrínseca do objeto em questão (arma de fogo). Por fim, aceitaram que possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo, deveriam ser aferidas concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

O Ministro Celso de Mello contrapôs no sentido da necessidade de risco proibido relevante para se relativizar a liberdade, e ele só existiria quando cumulativamente: 1) houvesse probabilidade de risco efetivo ao bem jurídico; 2) houvesse a idoneidade do objeto.

Assim, por maioria, concluiu-se que não haveria violação, no contexto empírico legitimador da norma, aos limites da proporcionalidade, tutelando-se a segurança pública e, indiretamente, a vida, a liberdade e a integridade física e psíquica do indivíduo. Haveria inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta, e, assim, denegaram a ordem de *Habeas Corpus*.

Dessa forma, embora a análise e a avaliação, em sua grande extensão, já tenham sido tabuladas e representadas nos HC 104410/RS e 96759/CE, aqui há que se destacar o possível papel persuasivo da ponderação. Como a relatoria original fora designada justamente ao Ministro que defendia tese oposta, Celso de Mello, o voto do Ministro Gilmar Mendes, estruturado com a ponderação, reverteu a votação e foi acompanhado pelos demais Ministros, um deles, inclusive, fazendo menção expressa à ponderação feita. Pode-se avaliar que a argumentação com a ponderação, tendo em vista que a Primeira Turma já estava se firmando para a tese contrária à desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes, teve um destaque acentuado ao confirmar a sua conclusão e, em alguma medida, contribuiu para a reversão de uma tendência que estava se cristalizando naquele momento (a do não reconhecimento de crimes de perigo abstrato em função da proteção dada pelos princípios da lesividade/ofensividade).



## GRUPO 3: LIBERDADES DE IMPRENSA, EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO

## DECISÃO 11: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO - HC 82424/RS

Em 2003, no *Habeas Corpus* 82424/RS, o Supremo Tribunal Federal julgou com base em premissas sobre a liberdade de expressão e a possível prática de excesso criminoso, especialmente o de racismo, pela publicação de livros com visão antissemita. O paciente do HC foi condenado a pena de prisão, por ter escrito, editado, distribuído e vendido obras com conteúdos anti-semitas<sup>88</sup>.

Relatou o Ministro Maurício Correia (Relator para acórdão) que havia como discussão central no *Habeas Corpus* impetrado e negado anteriormente, no Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade/impossibilidade de verificação da imprescritibilidade do crime de racismo (com previsão no artigo 5º, XLII, CRFB) a um crime de discriminação contra os judeus (tipificado no artigo 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90<sup>89</sup>).

O argumento central dos impetrantes pôde ser resumido em que o paciente não foi condenado por crime de racismo e, portanto, não poderia estar impedido de se beneficiar pela prescrição afastada exclusivamente para esse tipo. Sustentaram que houve uma ampliação do tipo penal das condutas discriminatórias, mas não as relativas ao racismo, e que uma disposição constitucional restritiva a direitos não poderia ser interpretada de forma extensiva.

---

<sup>88</sup> Segundo relatório, o paciente, “[...] por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa ‘Revisão Editora Ltda.’ Editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria (‘Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século’) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (‘O Judeu Internacional’ de Henry Ford; ‘A História Secreta do Brasil’, ‘Brasil Colônia de Banqueiros’ e ‘Os protocolos dos Sábios de Sião’, os três de autoria de Gustavo Barroso; ‘Hitler – Culpado ou Inocente?’ de Sérgio Oliveira; e ‘Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra’ de Louis Marschalko’), que, segundo a denúncia, ‘abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias’, procurando com isso ‘incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.’” (STF, voto Relatoria, p. 9)

<sup>89</sup> A Lei 7716/89 definiu como prática de racismo discriminação relativa à raça e à cor. A Lei 8081/90 ampliou a tipificação para discriminações relativas à religião, etnia ou procedência nacional.

Reconheceu o Relator que a questão colocada seria sobre o alcance da expressão racismo e, daí, sua consequência sobre a prescrição. Estabeleceu também como premissa para orientar sua construção argumentativa que o artigo 3º IV da CRFB 88 estabeleceu que é objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos, sejam eles de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer forma de discriminação. Ressaltou que a imprescritibilidade tem tamanha força e consequência que sequer crimes hediondos têm tal limitação sendo, no máximo, alcançados pela impossibilidade de fiança, graça ou anistia.

Pelo argumento histórico, na compreensão do sentido de racismo brasileiro, tem-se o significado de preconceito ou discriminação contra a raça negra, observada pelo Relator, pela justificação da Emenda Aditiva constituinte, segundo a qual passado um século ainda não havia se completado a revolução política iniciada em 1888, posto que mais da metade da população brasileira, formada por negros e descendentes de negros, ainda estava privada de uma cidadania plena (STF, voto relatoria p.10).

Estabelecendo uma premissa dita estrita, as respostas sobre as normativas constitucionais acerca do racismo surgiam para esclarecer se os judeus são ou não são uma raça. Citando Nicola Abbagnano (STF, p. 13,14 voto relatoria), o conceito de raça seria um expediente classificatório que deveria ser reservado a grupos humanos marcados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança genética, distinguindo-se, tradicionalmente, três raças: amarela, branca e negra<sup>90</sup>. Assim, segundo o filósofo que baseia a premissa estrita, grupos nacionais, religiosos, geográficos, linguísticos ou culturais não poderiam ser considerados raça. Não existiria, nessa perspectiva, uma raça judaica, assim como não haveria uma raça ariana. Nessa linha, outra premissa pôde ser encontrada: alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça, posto que é um impositivo genético (STF, p. 16, voto relatoria).

---

<sup>90</sup> Cor da pele, estatura, forma da cabeça e do rosto, a cor e qualidade dos cabelos, a cor e forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo.

Como base em diversas doutrinas, inclusive de origem judaica, o relator estabeleceu como premissa que os judeus não seriam uma raça. Havia na realidade uma dificuldade, imposta aos próprios especialistas, se haveria uma forma de definir os judeus: uma religião ou uma desenvolvida civilização religiosa. Aparte esse debate, da premissa foi possível estabelecer a convicção (do Relator) de que não se trata de judeus de raça e, portanto, tal discriminação não poderia ser qualificada por racismo. Por essa conclusão haveria de incidir no caso concreto a prescrição. Assim, o relator entendeu a possibilidade de reconhecimento da prescrição para o delito em questão, deferindo-se o *habeas corpus*.

Houve então o voto vista apresentado para debate. Nele, o Ministro Maurício Corrêa identificou algumas premissas para seu posicionamento: recordou passagens bíblicas, que segundo ele, registram algumas páginas da milenar trajetória do povo judeu, que, segundo o voto vista, atravessou diversas situações discriminatórias, existindo até mesmo o substantivo “judiação” como sinônimo “de pessoa que sofre nas mãos de alguém [...]” e o verbo “judiar” (STF, vista, p. 550).

Com essa construção argumentativa, o Ministro realizou uma questão face à construção da relatoria: se a previsão constitucional da imprescritibilidade ao racismo (fruto de uma proposta com raízes na proteção da raça negra), quando aprovada pelos demais constituintes, não refletia uma intenção maior, que seria a proteção inclusiva de discriminações semelhantes ao racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

E continuou nas suas questões, interrogando se o dispositivo constitucional estabelecido no artigo 5º, XLII, CFRB, deveria ter uma interpretação semântica ou uma interpretação teleológica e harmônica. (STF, vista, p. 552)

Com esse entendimento, afirmou ser ultrapassada a definição antropológica de que a raça humana se constitui de branca, negra e amarela (STF, vista, p. 553). Encerra a manifestação pós pedido de vistas com um interessante parágrafo: “Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade,

pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.” (STF, vista, p. 553)

Na sequência, o Ministro Maurício Corrêa apresentou voto-vista. Circunscreveu a sua argumentação ao conceito de racismo. Como premissa, estabeleceu que “a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias.” (STF, voto-vista, p. 558) Concluiu que não existe base genética para aquilo que se descreve como raça, sendo ínfimas as diferenças entre pessoas. Na ótica genômica raças não existem, raciocinou. Assim, não é que todos sejam iguais, mas todos são igualmente diferentes, foi a premissa estabelecida para o voto-vista. (STF, voto-vista, p. 559)

Se a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social sem base biológico-genética, a intolerância, o preconceito racial e a discriminação, concluiu, tornam-se mais odiosos. Citando o dicionário eletrônico Houaiss, conceituou raça como “coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia.” (STF, voto-vista, p. 561)

Assim, pelas premissas, concluiu que em face da superação do conceito de raça pela ciência e que os seres humanos pertencem a uma única espécie, a divisão de raças não serve para definir racismo.

Fazendo uso de um argumento histórico, afirmou que as guerras pelo poder e territórios, muitas vezes marcaram a humanidade pela luta de supremacia de um povo sobre outro, sob a justificativa de que se tratava de uma raça inferior. Citou o escravismo e o holocausto como exemplos e retomou as passagens históricas de sofrimento e perseguição sofridas pelas judeus.

Na sequência da construção argumentativa, no voto-vista, fez-se a narrativa da perseguição judaica pela Alemanha nazista e a ideia de sub-raça atribuída aos judeus. Assim afirmou, “[...] concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-

raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raça ariana [...].”(STF, voto-vista, p. 563)

Dessa construção concluiu o voto-vista que “Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo.” (STF, voto-vista, p. 563)

Destacou, na construção argumentativa, passagem chocante do livro *Minha Luta*, de Adolph Hitler, no capítulo “Povo e Raça”, ao afirmar que a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica’. (voto vista p. 565) Dentro da mesma construção argumentativa, apontou a conclusão de Izidoro Blikstein, qualificando-o como professor titular de semiótica e linguística da Universidade de São Paulo de que há uma contraposição de duas raças no antissemitismo, e, portanto, o antissemitismo seria uma forma de racismo. Afirmou também que a Enciclopédia Ilustrada Oxford chegou à mesma conclusão. Ao concluir essa etapa argumentativa, afirmou que mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana, seria irrelevante saber se o povo judeu é ou não uma raça, pois é racista a discriminação contra judeus. É racismo porque haveria a convicção de uma raça perfeita e de uma antirraça. Afirmo que “o que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, [...], mas efetivamente que promove o preconceito tem o discriminado como uma raça [...].” (STF, voto-vista p. 566,567)

Na continuidade de sua argumentação, o Ministro afirmou que o racismo persiste como fenômeno social e que deve ser considerado no âmbito de aplicação do Direito. A imprescritibilidade, segundo ele, tem inspiração nessa circunstância de natureza social. (STF, voto-vista, p. 568)

Assim, como argumento forte, concluiu que o antissemitismo, de origem nazista, constitui forma de racismo “exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política” e o antissemitismo foi racista– no caso concreto analisado, segundo o Ministro

marcante, mesmo que sob um pretexto revisionista. Assim, concluiu pela atitude racista (STF, voto-vista, p. 569).

Relatou ainda passagens antissemitas, por ele qualificadas como repulsivas, nos livros editados pelo paciente do *habeas corpus*. Afirmou ainda que há diversas passagens contra os judeus, todas de conteúdo “altamente preconceituoso e discriminatório (STF, voto-relatoria, p. 572).

Ainda no voto-vista, o Ministro realizou extenso resgate histórico das posições e tratados internacionais sobre o combate ao racismo e o caráter extensivo na interpretação do conceito de racismo. Durante a passagem, escusou-se pela extensão e até mesmo repetição de argumentos do voto-vista atribuindo a responsabilidade à importância do tema.

Mencionou o HC 70389 para reforçar as conclusões que retirou sobre o conceito de racismo na interpretação de tratados internacionais. O referido *Habeas Corpus* deparou-se com a necessidade interpretativa sobre tortura. Dele surgiu o argumento que os “atos normativos internacionais ‘fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura [...]’.” (STF, voto-relatoria, p. 578)

Sobre a mencionada necessidade de interpretação harmônica da CRFB 88, ao se estabelecer o conceito e alcance do racismo, argumentou no sentido de dois dogmas “fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana [...]” (STF, voto-vista, p. 582, 583). A exclusão do antissemitismo do conceito de racismo enfraqueceria um sistema que busca afirmar em inteireza o “direito a ter direitos”, enfraquecendo a cidadania dos judeus e fatalmente evoluindo para restrições a dignidade. Assim, concluiu, a “exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro”. (STF, voto-vista, p. 583)

A seguir, no voto-vista, construiu-se um conjunto argumentativo pelas necessidades de combate ao racismo e os diversos compromissos constitucionais com o estabelecimento da igualdade constitucionalmente prevista, como se a relevância do julgamento e da argumentação fosse sobre a pertinência ou não de se punir o racismo (STF, voto-vista, p. 583).

Estabelecidas as premissas e conclusões sobre o racismo e o enquadramento do caso concreto a tal prática, o voto-vista buscou estabelecer premissas e conclusões sobre a proteção assegurada à liberdade de expressão e pensamento, conforme estabelecido nos artigos 5º, IV, IX e 220, ambos da CRFB/88. Afirmou que não se trata, assim como os demais princípios, de norma absoluta, e devem ser observados os limites estabelecidos pelo artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte, CRFB/88. Nessa passagem, o voto-vista afirmou ser necessária ponderação jurídico-constitucional para que se tutele o direito prevalente (STF, voto-vista, 584).

Estabeleceu como premissas: 1) devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida pela publicação (dignidade, cidadania, tratamento igualitário e “até mesmo a vida”); 2) a prevalência de direitos fundamentais que se relacionam diretamente com direitos humanos; para que “a discriminação cometida não se apague da memória do povo”; 3) existência de um nexo estreito entre imprescritibilidade e memória – tão relevante para o racismo; 4) as grandes catástrofes da humanidade só ocorreram diante do silêncio daqueles que tinha o dever de reagir (STF, voto-vista, 585).

Assim, com as premissas acima, concluiu que cabe ao juiz, face à insuficiência dos vocábulos raça e racismo, suprir a imprecisão, significando a regra jurídica nos valores sociais, éticos e morais da sociedade. Concluiu, igualmente, que limitar a compreensão sobre racismo implicaria a própria negação do princípio da igualdade, oportunizando a discussão sobre limitações de direitos a determinada parcela da sociedade, pondo em xeque a própria prevalência dos direitos humanos. (STF, voto-vista, 587-588)

Em resumo, como argumentos do voto-vista, há uma interessante passagem da orientação do raciocínio decisório do Ministro:

[...] há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos **in memoriam** ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. [...] acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas

o resgate histórico [...] mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. (STF, voto-vista, p. 591)

Existe uma curiosidade argumentativa no voto-vista, que se encerra com uma passagem de um trabalho monográfico sobre o nazismo racista:

Hoje cada um ‘imagina’ Auschwitz sabendo que Auschwitz faz parte do remorso do homem – porque este crime – talvez o maior de nossa história foi cometido pelo homem. E o homem não pode perdoar Auschwitz ao homem. E o homem é capaz de tornar a inventar Auschwitz (STF, voto-vista, 593).

Assim, encerra o voto-vista com o lema de um campo de concentração “a cada um o que merece” (STF, voto-vista, p. 593).

Na manifestação sobre o voto-vista (pags. 594-599), o Relator, Ministro Moreira Alves, usa o argumento “ad absurdum” que:

Se se considerar que qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias configura a prática de racismo, teremos, considerados os tipos penais da legislação ordinária relativos à discriminação, quando motivados pela raça, que serão eles imprescritíveis, como, por exemplo, o de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas, casas de massagem ou estabelecimentos com finalidades semelhantes; ou então, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. E crimes esses que são sancionados por penas leves, já que a mais grave é de reclusão de dois a cinco anos, ao passo que crimes com penas muito maiores, como o homicídio simples, sem falar nos hediondos, não são imprescritíveis. (STF, manifestação do Relator, p. 599)

E ainda em novo argumento extremado:

[...] ter-se-á que alguém que, aos dezoito anos de idade, cometer discriminação, pequena que seja, e passar abjurando esse seu comportamento até alcançar os oitenta anos, poderá, sessenta e dois anos após o fato, vir a ser condenado por ele a uma pena que é irrisória – entre dois e cinco anos de reclusão – em face da gravidade da imprescritibilidade. (STF, manifestação do Relator, p. 604)



Rebateu o fato do voto-vista se apoiar para formular o conceito de racismo em convenções internacionais, e elas não apontarem qualquer previsão de imprescritibilidade ao racismo. Pela gravidade da imprescritibilidade impõe-se a interpretação restritiva.

Argumentou também que o enquadramento no crime de racismo, tal qual proposto pelo voto-vista, atingiria obras que estão em bibliotecas ou em comércio, como as de Gustavo Barroso, que fora membro da Academia Brasileira de Letras, editada na Coleção Brasileira, clássica de obras da história brasileira. Com esse raciocínio, encerra o Relator questionando se a reedição desses clássicos seria crime imprescritível, e se haveria um *index* de livros proibidos (STF, manifestação do Relator, p. 607).

A continuidade da descrição dos argumentos desse julgado é um campo farto para o estudo da argumentação, mas para o objeto do presente trabalho retoma-se, a seguir, a tabulação analítica:

<p>1. Identificação</p>	<p>HC 82424/RS</p> <p>Julgado em 2003.</p> <p>Detalhamento da composição do STF para a decisão: <b>Relator:</b> Ministro Moreira Alves (relator) e Maurício Corrêa (relator para Acórdão)</p> <p>A discussão constitucional no Habeas Corpus versou sobre a interpretação dada ao conceito de racismo. Havendo um tratamento diferenciado quanto à prescrição do crime de racismo com o crime de discriminação, deu-se a necessidade de fixação dos limites entre os dois tipos.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) O paciente, na qualidade de escritor e dono de editora, editou, distribuiu e vendeu ao público obras de natureza antissemita.</p>

	<p>2) Houve a condenção criminal com base na tipificação do crime de discriminação contra os judeus.</p> <p>3) O paciente argumentou que deveria se beneficiar da prescrição, porque não foi condenado por crime de racismo e que a restrição a um direito que culmine na liberdade não poderia ser interpretada extensivamente.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>As pretensões se fundamentam, por um lado, na segurança jurídica, como reflexo na tipicidade e vedação da interpretação extensiva em restrição de direitos fundamentais.</p> <p>Por outro lado, na interpretação harmônica da Constituição com vistas à promoção de uma sociedade livre de preconceitos e discriminações.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Segurança jurídica.</p> <p>2) Interpretação restritiva de restrições a direitos fundamentais.</p>
<p>4. Teses</p>	<p>1) Tendo a genética banido o conceito tradicional de racismo, a divisão racial é um processo político-social, e a intolerância torna-se mais odiosa e tem índole racial.</p> <p>2) Racismo não é um conceito amplo de discriminação e, portanto, condutas discriminatórias, não direcionadas a raças, especialmente a raça negra no Brasil, não devem ter o tratamento excepcional de racismo.</p>
<p>5. Razões</p>	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) É objetivo constitucional fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos, sejam de</p>

	<p>origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer forma de discriminação.</p> <p>2) A interpretação semântica ou teleológica gera produtos hermenêuticos diferenciados. O intérprete deve buscar uma interpretação harmônica.</p> <p>3) Há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos <i>in memoriam</i> ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Em uma compreensão histórica, o sentido de racismo brasileiro tem seu significado direcionado à raça negra.</p> <p>2) Embora a CRFB 88 estabeleça como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, expressamente só fixa a imprescritibilidade para o racismo.</p> <p>3) A imprescritibilidade tem tamanha força que até mesmo crimes hediondos não têm essa consequência; uma interpretação extensiva desse ônus afrontaria qualquer base constitucional.</p> <p>4) O expediente classificatório de raça deve ser reservado para grupos humanos marcados por diferentes características físicas, que podem ser transmitidas por herança genética, tais como cor de pele, estatura, forma de cabeça e do rosto, a cor e tipo dos cabelos, a cor e forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Não se trata, portanto, os judeus de raça.</p>
6. Princípios colidentes	Igualdade substancial (P1) e garantia à liberdade de expressão (P2).

7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1) (C1)</p> <p>A igualdade substancial, a ser atingida inclusive pela busca de uma sociedade livre de preconceitos e de qualquer forma de discriminação, quando em risco a proibição máxima de práticas racistas deve preponderar.</p> <p>(C1), prevaleceria. Em representação matemática <math>(P1 \ P \ P2) \ C1</math>.</p> <p>2) Condição de precedência para (P2) (C2).</p> <p>Quando a liberdade de expressão busca assegurar informações (inclusive histórica) sobre preconceitos de discriminações relevantes à promoção dos objetivos constitucionais.</p> <p><math>(P2 \ P \ P1) \ C2</math>.</p>
8. Escolhas	A não incidência da prescrição sobre a condenação atribuída ao paciente.

A avaliação da presente decisão permite uma vasta abordagem sobre as regras e formas de argumentação jurídica, desenvolvidas ao longo de um enorme conteúdo de votos (que totalizam 488 páginas). Para uma avaliação mais objetiva, optou-se pela tabulação que identificará mais objetivamente tanto as regras e formas observadas quanto, eventualmente, as inobservadas:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
Ponderação	1) Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores devem ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.	Não se identificaram os elementos concretos de aplicação da regra.

<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p> <p>3.4) Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não sirva como argumento a uma manifestação anterior, precisa justificar.</p>	<p>Reiteradamente, ao longo da construção argumentativa do voto, os Ministros utilizam a atitude nazista (e toda carga de reprovabilidade que intrinsecamente a compõe): “[...] concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raça ariana [...]”(STF, voto-vista, p. 563)</p> <p>Interessante que, em outro julgado [o que trata da possibilidade da interrupção terapêutica de fetos anencéfalos], houve a argumentação no sentido de se afastar <i>prima facie</i> o termo aborto eugênico, justamente pela carga ideológica que o termo trazia em si [e sua inafastável vinculação às práticas nazistas].</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>Regras de Saturação:</p> <p>1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica</p> <p>2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador</p> <p>3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica</p>	<p>[...] a conclusão de Izidoro Blikstein, qualificando-o como professor titular de semiótica e linguística da USP de que há uma contraposição de duas raças no anti-semitismo, e, portanto, o anti-semitismo é uma forma de racismo.</p>

	<p>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática.</p> <p>1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral;</p>	<p>Afirma também que a mesma conclusão chegou a Enciclopédia Ilustrada Oxford. (p.43 do inteiro teor)</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica</p> <p>2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador</p> <p>3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica</p> <p>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática</p>	<p>Mencionou o HC 70389, para reforçar as conclusões que retirou sobre o conceito de racismo na interpretação de tratados internacionais. O referido <i>habeas corpus</i> deparou-se com a necessidade interpretativa sobre tortura. Dele vem o argumento que os “atos normativos internacionais ‘fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura [...]’” (STF, voto-relatoria, p. 578).</p> <p>E no mesmo sentido:</p> <p>A exclusão do antissemitismo do conceito de racismo enfraqueceria um sistema que busca afirmar em inteireza o “direito a ter direitos”, enfraquecendo a cidadania dos judeus e fatalmente evoluindo para restrições a dignidade. Assim, conclui, a “exclusão</p>

		desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro”. (STF, voto-vista, p. 583).
Regras e formas de argumentação	(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para ser citadas por completo, ou seja, têm que cumprir o requisito da saturação.	“[...] há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos <b>in memoriam</b> ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. [...] acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico [...] mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana.” (p. 591)
Regras e formas de argumentação	1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.  5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder	Ao encerrar a argumentação do voto-vista, tem-se menção a “Buchenwald, terceiro campo de concentração, que fica a poucos quilômetros da cidade de Weimar, guarda até hoje em seu museu o detalhe do portão que lhe servia de acesso, que traz o lema <b>Jedem das Seine</b> , o que traduzido significa ‘a

	<p>aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que ele se encontraria na situação daquelas pessoas.</p>	<p>cada um o que merece', e que encerra tudo que o nazismo pretendeu com a chamada solução definitiva." (p.70 do inteiro teor)</p> <p>Essa argumentação, carrega forte teor retributivo, o que parece enfraquecer a tentativa de uma argumentação racional.</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para ser citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p>	<p>Para se ter uma ideia da carga argumentativa "ao extremo" utilizada no voto-vista, o relator, em confirmação de voto, abrindo a confirmação com "[...] farei considerações que reputo oportunas, porque, em face do voto discordante, poderia ter-se a impressão de que seria eu um inimigo do povo judaico, desprezando o seu sofrimento na guerra para ater-me a uma interpretação quase nazista, quiçá também facista, porque na época de Mussolini, como acentuou o professor Celso Lafer, editou-se na Itália lei segundo a qual todas as raças, que não a italiana, seriam inferiores. (p. 72 do inteiro teor)</p>



<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>(J11) Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.</p> <p>2) Quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação</p>	<p>“[...] chamou-me a atenção a circunstância de que nossa legislação ordinária, que poderia ter declarado imprescritíveis os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, não o fez, razão por que a imprescritibilidade, em se tratando de racismo, se baseou exclusivamente na interpretação do texto constitucional a ele referente.</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p> <p>2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação</p>	<p>Na página 73 do inteiro teor, na confirmação do voto-relatoria, se questiona o alcance pretendido ao crime de racismo, que será um tipo aberto, “[...] uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade.”</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p>	<p>A argumentação <i>ad absurdum</i> é utilizada na página 75 do inteiro teor ao se cogitar (na manutenção do voto vista), que considerar imprescritível, por racismo, qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais</p>

		próprias, que seria imprescritível “[...] impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas, casas de massagem, ou estabelecimentos com finalidades semelhantes.
--	--	---

#### GRUPO 4: PRISÃO E PENA:

##### DECISÃO 13: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL - RE 466.343/SP

Com origem no Estado de São Paulo, onde havia discussão que culminou em recurso de Apelação, numa ação de depósito com fundamento em alienação fiduciária em garantia, está o RE 466.343 SP. A discussão central dividia-se em dois planos: a concessão ao credor fiduciário da ação de depósito, quando o bem não fosse encontrado na posse do devedor fiduciante, e o cabimento ou não da cominação de prisão civil ao devedor fiduciante pelo não cumprimento da obrigação de entregar o bem.

Em uma longa lista de precedentes, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que era compatível com a CRFB/88 a possibilidade de prisão civil, pelo devedor inadimplente, da obrigação de entregar um bem objeto de alienação fiduciária em garantia na ação de depósito.

Esse conjunto de precedentes tinha suporte pela equiparação estabelecida nas regras contidas no artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, com redação introduzida pela Lei 6071/74. Pelo entendimento, havia uma equiparação legal à figura do depositário infiel ao do devedor fiduciante inadimplente.

Estabelecendo uma importante premissa para julgamento, o Ministro Relator expôs que, na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a coisa para seu exercício da posse (STF, inteiro teor, p. 1117), tal qual outros contratos em que a posse está presente como conteúdo (arrendamento, locação, etc.), mas não para custódia – algo que é próprio do

depósito. A restituição seria no inadimplemento ou termo da posse, mas nunca na execução do contrato, como no depósito. Para ele, onde a guarda da coisa para restituição não seja o conteúdo essencial, mas apenas instrumental, não há contrato de depósito e, portanto, suas consequências (STF, inteiro teor, p. 1110). E mais, concluiu, se ao depositário se concede o direito de usar a coisa, já não haverá depósito propriamente dito (STF, inteiro teor p. 1111). Por outro lado, argumentou, a alienação fiduciária se revela numa complexa rede negocial com vistas à abertura de crédito para a aquisição de bens duráveis (STF, inteiro teor, p. 1112).

Assim, concluiu ser impossível “[...] encontrar, na alienação fiduciária em garantia, resíduo de contrato de depósito e, até, afinidade de situações jurídico-subjetivas entre ambos”. No inadimplemento da alienação, não estaria presente a conversão a um depósito, mas sim um esbulho possessório. Sob a ótica obrigacional, tratar-se-ia de obrigação de dar coisa certa e não da restituição. Entendeu, portanto, a fragilidade teórica para a equiparação dos dois institutos, restando a frágil figura de depositário *ex vi legis* do fiduciário (STF, inteiro teor, p. 1116-1118).

Estabeleceu também como premissa que o constituinte histórico (34/46/69) buscou afastar a possibilidade de prisão civil por dívidas, tendo como referências que, de maneira excepcional, a prisão civil só era tolerada pelo referencial constitucional no caso de alimentos e depositário infiel. Concluiu o Relator que, na espécie de prisão civil na ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia à prisão, teria como fundamento mais o fato de ser inadimplente e menos porque se recuse a entregar o bem. Isto é, a entrega não satisfaria propriamente o poder dominial (típica finalidade do depósito), mas o crédito do fiduciário. A essa conclusão reforça o argumento de que, se há o pagamento da dívida, o devedor escaparia do risco da constrição (STF, inteiro teor, p.1120).

Com essa conclusão, o Relator entendeu claramente o reflexo de que se trata de prisão por dívida, a qual recebe a repulsa constitucional. Argumentou também sobre as exceções a garantias e liberdades, que exigem regime próprio e restritivo de interpretação. Afirmou: “[...] Ao lado do regime geral é que se acham as forças sociais preponderantes na

reconstituição semiológica e na aplicação de toda regra de direito positivo, sobretudo quando hospede garantias fundamentais ou valores individuais supremos.” (STF, inteiro teor, p. 1122).

Assim, resumidamente, em 2008, no RE 466343, o STF enfrentou o problema da prisão civil fundada em alienação fiduciária em garantia, do depositário infiel. Essa decisão demarcou também um espaço argumentativo muito colidente em um cenário legislativo de anos, com muitos precedentes estabelecidos em composições anteriores.

Inicialmente, de forma mais comedida, o raciocínio da relatoria foi identificar as diferenças entre a posição de devedor em alienação fiduciária em garantia e o devedor em contrato de depósito típico. Reconhecendo uma ficção legislativa que equiparou as duas figuras para fins de responsabilidade civil e penal, a argumentação foi no sentido de que, embora a lei, por conveniência até possa equiparar situações distintas ao depósito como situação análoga, isso não pode significar um alargamento conceitual destinado a produzir fortíssima garantia ao adimplemento. A lei não poderia, por ficção, equiparar posições jurídicas distintas e submeter pessoas à violência excepcionalmente autorizada constitucionalmente.

A solução se tornou mais complexa, porque a CRFB 88 não proibiu a prisão do depositário infiel. No espaço de não proibição existe um histórico que: 1) permite a ação de depósito na legislação infraconstitucional equiparando o inadimplente na alienação fiduciária em garantia ao depositário; 2) em razão da equiparação, o devedor poderia sofrer as penalidades atribuídas ao depositário – inclusive a prisão civil; 3) incorporou em 1992 as previsões do Pacto de San Jose da Costa Rica, que vedava prisão civil, salvo no caso de obrigação alimentar. Tal Tratado, incorporado antes da Emenda Constitucional 45/2004, era interpretado com status de Lei Ordinária e, portanto, sem força para afastar as demais previsões especiais que embasavam a prisão civil.

A ponderação foi sendo construída a partir da constatação de um Estado Constitucional Cooperativo, ou seja, um Estado Constitucional membro de uma comunidade na qual ganha relevo o papel dos direitos

humanos. Assim, a proteção aos direitos humanos é corolário da própria garantia constitucional basilar da Dignidade Humana. Se por um lado não seria razoável aceitar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) afrontassem a própria supremacia da Constituição, e os termos da Emenda Constitucional 45/2004 autorizam esse raciocínio, por outro, é mais do que certo que os TIDH estão constitucionalmente em um lugar especial dentro do ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o valor constitucionalmente dado a seu objeto – daí o status supralegal.

Dessa forma, argumentou-se que diante do inequívoco caráter especial e diferenciado dos Tratados Internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, existe a força paralisante da eficácia de toda e qualquer disciplina normativa ordinária (infraconstitucional) que esteja estabelecida em conflito. Assim, o exame de proporcionalidade indicará que a prisão civil do depositário não foi revogada pela adesão ao Pacto de San Jose da Costa Rica, mas do efeito paralisante desse tratado em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

A prisão civil não passaria pelo teste do excesso, parte da verificação da necessidade, etapa da verificação da proporcionalidade, pois haveria outros meios processuais executórios que garantiriam o resultado pretendido pela prisão. Além disso, ao se criar, via decreto-lei, uma ficção jurídica que equipararia o devedor na alienação fiduciária ao depositário, e, por essa ficção, atribuir-lhe a excessiva punição da prisão civil, estaria também sendo violado o princípio da reserva legal proporcional.

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

1. Identificação	HC 466343/SP  Julgado em 03/12/2008 por unanimidade  Detalhamento da composição do STF – Pleno <b>Relator:</b> Ministro Cezar Peluso (não fez ponderação) <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Gilmar Mendes (fez
---------------------	---

	<p>ponderação e teve adesão dos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello). Ministro Joaquim Barbosa simplesmente acompanhou voto do relator .</p> <p>Decisão em momento paradigmático, no qual o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, altera entendimento no sentido de não ser possível a prisão civil do depositário.</p>
2. Fatos	<p>1) Houve Recurso Extraordinário (RE) interposto pelo Banco Bradesco, em ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, sobre a não cominação de prisão civil ao devedor fiduciante em caso de descumprimento da obrigação de entregar o bem.</p>
3. Questões jurídicas	<p>1) O artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, com redação pela Lei 6071/74 concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse do devedor fiduciante.</p> <p>2) A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que a ele incumbem a lei civil e penal.</p> <p>3) O Pacto de San Jose da Costa Rica, no artigo 7º (n. 7), de 1969, veda a prisão civil, exceto por obrigação alimentar. O Brasil fez sua adesão ao Pacto em 1992.</p> <p>4) O artigo 5, par.2º da CRFB 88 afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros</p>

	<p>decorrentes de tratados internacionais.</p> <p>5) O status dos tratados internacionais de direitos humanos é discutido: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) ordinário; 4) supralegal. O status supralegal é mais compatível com a supremacia formal e material da Constituição, com o controle de constitucionalidade, com ampliações em sentido inadequado dos direitos humanos, com recursos para controle preventivo de constitucionalidade por ADI e ADC ao procedimento de incorporação, a realização da dignidade humana e ao próprio conteúdo finalístico da Emenda Constitucional 45/2004 que confere, mediante procedimento especial, o status constitucional.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Liberdade do devedor.</li> <li>2) Proteção à propriedade.</li> <li>3) Segurança jurídica.</li> </ol>
4. Teses	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) A seqüela da prisão civil, prevista na ação de depósito, se ajusta aos ditames constitucionais, quando o depositário infiel ficou equiparado, por força de norma subalterna, mas válida.</li> <li>2) A proteção à dignidade humana e o conjunto normativo que a protege não autorizam a prisão civil por dívidas, inclusive do depositário infiel.</li> </ol>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Os precedentes do Supremo Tribunal Federal.</li> </ol>

	<p>2) A função social que exercem os contratos de alienação fiduciária e impacto no financiamento de bens duráveis da retirada dessa garantia, causando enorme prejuízo a pessoas que se beneficiariam, mesmo como devedores fiduciários.</p> <p>3) A própria CRFB 88 deixa um espaço para o legislador definir o conteúdo semântico da expressão depositário infiel.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Sequer seria possível uma equiparação jurídico-subjetiva dos dois negócios jurídicos: depósito e alienação fiduciária. No primeiro, há a obrigação de guardar para restituir, e a figura do depositário é consectário da causa final do contrato. Se ao depositário se concedesse o direito de uso já não seria depósito. No outro lado, um crédito, com garantia de alienação fiduciária se revela como provisão de recursos para aquisição de bens duráveis. A garantia, a alienação fiduciária, tem papel acessório ao crédito.</p> <p>2) Uma prisão civil, inerente à ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, seria muito menos pela recusa em entregar o bem e muito mais por não entregar o crédito fiduciário. É uma prisão por dívida de dinheiro, vedada muito antes da própria CRFB 88.</p> <p>3) A luz dos fundamentos e da função vital dos direitos e garantias individuais, quando há uma restrição a esses, deve-se fazer uma interpretação restritiva. Não se pode estender, por interpretação, o regime especial (excepcionalmente restritivo) a outras hipóteses, tal como a equiparação do devedor fiduciário ao depositário.</p>
6. Princípios	Liberdade (P1) e segurança jurídica (P2).



colidentes	
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 o objetivo de recomposição patrimonial do credor (C1).</p> <p><u>(P1 P P2) C1</u>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 o valor imprescindível e inadiável da assistência alimentar familiar (C2)</p> <p><u>(P2 P P1) C2</u></p>
8. Escolhas	É incompatível com a proteção da dignidade humana a prisão civil de depositário infiel, em qualquer modalidade de depósito.

Na **avaliação** da decisão, destaca-se mais uma identificação da ponderação como base de uma argumentação condutora de votação no Supremo Tribunal Federal. Após o voto do relator, acompanhando-o quanto à direção decisória, o Ministro Gilmar Mendes novamente realizou argumentação incluindo a ponderação. Desse conjunto resultou um voto acolhido pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Levandowski, Celso de Mello, Ayres Britto.

No voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes realizou os testes de proporcionalidade (verificação da adequação e necessidade) e da ponderação. A permissão à prisão civil, segundo a sua argumentação, já não passaria no teste da necessidade, posto que haveria outros mecanismos de expropriação e garantia do crédito, sem a necessidade da medida extrema da prisão.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, na colisão entre liberdade do devedor e proteção ao patrimônio do credor, no caso concreto precedeu o direito fundamental daquele. Para a argumentação do voto-vista,

só se justificaria a prisão do fiduciante diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção, tendo em vista as circunstâncias da situação concreta (STF, inteiro teor, p. 1170). A prisão civil prevaleceria no caso do valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente.

Na tabulação avaliativa:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
Ponderação	<p>Para a liberdade:</p> <p>1) Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.</p>	<p>Não há dúvida de que a prisão civil é uma medida executória extrema de coerção do devedor-fiduciante.(p. 1167)</p> <p>Além da admissibilidade constitucional, é necessária a proporcionalidade (vedação do excesso e da proteção insuficiente, resultando no equilíbrio da intervenção para o atingimento dos objetivos perseguidos).</p> <p>Além da ponderação, a proporcionalidade indicaria a ausência de necessidade da prisão (existência de outros meios para atingir o mesmo fim) (p. 1168).</p> <p>A ponderação foi feita entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de crédito do fiduciário, decorrente da proteção ao direito de propriedade e da segurança jurídica.</p>
Ponderação	Para a propriedade:	[...] o poder de conformação

	<p>1) a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social</p>	<p>do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação individual e, ao contrário, a faculdade do legislador, em impor restrições e definir o conteúdo do direito de propriedade, há de ser tanto mais amplo quanto mais intensa for a relevância do direito para o contexto social.(p.1180)</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>3.4) Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não sirva como argumento a uma manifestação anterior, precisa justificar.</p>	<p>1) Inexiste, por outro lado, um conceito fixo de propriedade e pode ter novas definições de conteúdo como fixação de limites destinados a garantir a sua função social, isto é, a compatibilização do espaço individual com o interesse da comunidade. (p. 1179)</p>
<p>Regras e formas de argumentação</p>	<p>Regras de Saturação:</p> <p>1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica</p> <p>2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador</p> <p>3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica</p> <p>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática.</p> <p>1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser</p>	<p>1) Segundo a argumentação, não raro, o constituinte confere ao legislador ordinário um poder de conformação, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental. Contudo, dado esse poder, não significa que ele detenha poder de disposição sobre a matéria. Há um dever de preservar dados ao legislador (isso está presente no art. 5º, LXVII, CRFB 88).</p>

	fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral;	
Regras e formas de argumentação	<p>(J13) Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado.</p> <p>(J14) Quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento.</p>	<p>1) O STJ já firmou posicionamento, no sentido de que há na alienação fiduciária a figura do depósito por equiparação. Além disso, há precedentes no próprio STF. Ao refutar tal precedente, são enumeradas diversas razões, de natureza jurídica contratual, de objeto contratual, de diferenças sobre a propriedade, que qualificariam o instituto da alienação fiduciária como <i>aberratio legis</i>, pois o credor-fiduciário não é o proprietário, e o devedor-fiduciante não é depositário, sendo, portanto, arbitrária uma ficção jurídica com tamanho ônus.</p>
Regras e formas de argumentação	(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, têm que cumprir o requisito da saturação.	Entender de forma diversa seria negar a regra milenar do " <i>res perit domino suo</i> ". (p 1189 do inteiro teor)

O próximo julgamento, simultâneo, refere-se à mesma temática, isto é, a prisão civil do depositário infiel por equiparação.

GRUPO 4: PRISÃO E PENA

DECISÃO 14: RE 349703/RS

Em 2008, no RE 349703/RS, o STF também definiu nova posição sobre a prisão civil do depositário infiel. Como no RE 466343/SP, predominou uma mudança de entendimento sobre a (im)possibilidade de prisão, mas aqui a decisão se deu por maioria, mantendo-se favorável à prisão dos Ministros Moreira Sales e Sydney Sanches. Nesse voto também há marcante exercício argumentativo e adesão a voto em que é apresentada uma ponderação. Há identificação de alteração da base argumentativa para a Relatoria para Acórdão, que ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes.

Inicialmente, na argumentação do Ministro Ilmar Galvão, ganha destaque o argumento pragmático, estabelecido pela convicção de que o pacto de alienação fiduciária em garantia, sem o contrato de depósito nele embutido, perderia por completo sua grande função de instrumento capaz de viabilizar a aquisição de certos bens móveis duráveis a grande número de pessoas, que precisariam do crédito, mas que possuiriam falta de lastro cadastral.

A argumentação de Ilmar Galvão também foi acompanhada pelo Ministro Moreira Alves, em voto emitido em 03/04/2003, portanto mais de 5 anos antes do julgamento final do recurso. Para o Ministro Moreira Alves, sem a prisão civil, a alienação fiduciária se enfraqueceria e perderia seu caráter social de possibilitar que o devedor use a coisa comprada antes de pagá-la integralmente. Aliás, em grande parte, o argumento dos precedentes históricos do STF se deram nessa mesma linha de raciocínio, isto é, que a manutenção da possibilidade de prisão na verdade seria um benefício ao devedor.

Na relatoria para Acórdão, o Ministro Gilmar Mendes estruturou seu entendimento sobre o status do Pacto de San Jose da Costa Rica, a estrutura legislativa infraconstitucional e as nuances da alienação fiduciária e do depósito. Assim, sob o ponto de vista do Pacto, cujas previsões o Brasil incorporou em 1992, há a vedação da prisão civil, salvo no caso de obrigação alimentar. Tal Tratado, incorporado antes da Emenda Constitucional 45/2004, era interpretado com status de Lei Ordinária e, portanto, sem força para

afastar as demais previsões especiais que embasavam a prisão civil.

Nesse caso, também a ponderação foi sendo construída a partir da constatação da existência de um Estado Constitucional Cooperativo, ou seja, um Estado Constitucional membro de uma comunidade na qual ganha relevo o papel dos direitos humanos. Assim, a proteção aos direitos humanos é corolário da própria garantia constitucional basilar da Dignidade Humana. Se por um lado não seria razoável aceitar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) afrontassem a própria supremacia da Constituição, por outro, é mais do que certo que os TIDH estão constitucionalmente em um lugar especial dentro do ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria diminuir o valor constitucionalmente dado ao seu objeto – daí o status supralegal.

A conclusão foi a mesma, ou seja, argumentou-se que, diante do inequívoco caráter especial e diferenciado dos Tratados Internacionais, que cuidam da proteção dos direitos humanos, há a força paralisante da eficácia de toda e qualquer disciplina normativa ordinária (infraconstitucional) que esteja estabelecida em conflito. Assim, indicará a ponderação que a prisão civil do depositário não foi revogada pela adesão ao Pacto de San Jose da Costa Rica, mas do efeito paralisante desse tratado em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

A prisão civil não passaria pelo teste do excesso, parte da verificação da necessidade, etapa da verificação da proporcionalidade. Não passaria, pois haveria outros meios processuais executórios que garantiriam o resultado pretendido pela prisão. E além, ao se criar, via decreto-lei, uma ficção jurídica que equipararia o devedor na alienação fiduciária ao depositário, e, por essa ficção, atribuir-lhe a excessiva punição da prisão civil, estaria também sendo violado o princípio da reserva legal proporcional.

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

<p>1. Identificação<sup>91</sup></p>	<p>RE 349703/RS</p> <p>Julgado em 03/12/2008 por maioria</p> <p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator para Acórdão:</b> Ministro Gilmar Mendes</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Cármen Lucia, Ricardo Lewandoski, Marco Aurélio, Celso de Mello (aderindo a ponderação) e Ministro Menezes Direito (sem aderir a ponderação).</p> <p><b>Contrários:</b> Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Sydney Sanches.</p> <p>Decisão em momento paradigmático, no qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria, alterou entendimento no sentido de não ser possível a prisão civil do depositário.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) O Recurso Extraordinário RE foi interposto pelo Banco Itaú, em ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, sobre a não cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entregar o bem.</p> <p>2) Entre o início da votação (2003) e a conclusão (2008), passaram-se mais de 5 anos.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>1) O artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, com redação pela Lei 6071/74 concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse</p>

<sup>91</sup> Muitas anotações na tabulação para análise serão idênticas ao RE 466343/SP, mas optou-se pela repetição para facilitar posterior avaliação especialmente com os argumentos exclusivos do presente recurso.

	<p>do devedor fiduciante.</p> <p>2) A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-o o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que a este incumbem a lei civil e penal.</p> <p>3) O Pacto de San Jose da Costa Rica, no artigo 7º (n. 7), de 1969, veda a prisão civil, exceto por obrigação alimentar. O Brasil fez sua adesão ao Pacto em 1992.</p> <p>4) O artigo 5, par.2º da CRFB 88 afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais.</p> <p>5) O status dos tratados internacionais de direitos humanos é discutido: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) ordinário; 4) supralegal. O status supralegal é mais compatível com a supremacia formal e material da Constituição, com o controle de constitucionalidade, com ampliações em sentido inadequado dos direitos humanos, com recursos para controle preventivo de constitucionalidade por ADI e ADC ao procedimento de incorporação, à realização da dignidade humana e ao próprio conteúdo finalístico da Emenda Constitucional 45/2004 que confere, mediante procedimento especial, o status constitucional..</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Liberdade do devedor</p> <p>2) Função social e proteção da propriedade (crédito)</p>
--	--



	3) Segurança jurídica
4. Teses	<p>1) A seqüela da prisão civil, prevista na ação de depósito, se ajusta aos ditames constitucionais, quando o depositário infiel ficou equiparado, por força de norma subalterna, mas válida.</p> <p>2) A proteção à dignidade humana e o conjunto normativo que a protege não autorizam a prisão civil por dívidas, inclusive do depositário infiel.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, especialmente no sentido da importância aos próprios devedores do crédito e do acesso ao uso de bens duráveis sem a quitação integral de seus valores:</p> <p>1.a) “o pacto de alienação fiduciária em garantia, sem o contrato de depósito nele embutido, perderia, por completo, a sua função de instrumento jurídico capaz de viabilizar a aquisição de certos bens móveis duráveis a grande número de pessoas, que precisam do crédito, mas que não dispõem por falta de lastro cadastral.”(p. 694 inteiro teor do Acórdão)</p> <p>1.b) Sem a prisão civil o instituto da alienação se enfraquece e, na verdade, ele tem um conteúdo acentuadamente social, que possibilita o devedor usar a coisa sem ter pago a integralidade do seu preço.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Sequer seria possível uma equiparação jurídico-subjetiva dos dois negócios jurídicos: depósito e alienação fiduciária. No primeiro, há a obrigação de guardar para restituir, e a figura do depositário é consectário da causa final do</p>

	<p>contrato. Se ao depositário se concedesse o direito de uso, já não seria depósito. No outro lado, um crédito com garantia de alienação fiduciária se revela como provisão de recursos para aquisição de bens duráveis. A garantia à alienação fiduciária, tem papel acessório ao crédito.</p> <p>2) Uma prisão civil inerente à ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, seria muito menos pela recusa em entregar o bem e muito mais por não entregar o crédito fiduciário. É uma prisão por dívida de dinheiro, vedada muito antes da própria CRFB 88.</p> <p>3) À luz dos fundamentos e da função vital dos direitos e garantias individuais, quando há uma restrição a esses, deve-se fazer uma interpretação restritiva. Não se pode estender, por interpretação, o regime especial (excepcionalmente restritivo) a outras hipóteses, tal como a equiparação do devedor fiduciário ao depositário.</p>
6. Princípios colidentes	Liberdade (P1) e segurança jurídica (P2).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 o objetivo de recomposição patrimonial do credor (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1</b>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 o valor imprescindível e inadiável da assistência alimentar familiar (C2)</p> <p><b>(P2 P P1) C2</b></p>
8. Escolhas	É incompatível com a proteção da dignidade humana a prisão civil de depositário infiel, em qualquer modalidade de

	depósito.
--	-----------

Remete-se à tabulação da avaliação feita no HC 4666343/SP. Destaca-se aqui, que o presente julgamento iniciou em 2003, com outra composição do Tribunal, e que os votos realizados inicialmente foram no sentido de reconhecer a possibilidade de prisão civil e inclusive seu aspecto necessário e fundamental para a realização da função social do contrato de alienação fiduciária. Assim, aqui, nesse julgado, não houve a unanimidade justamente pelo arrastar dos anos.

## GRUPO 5: MUNICÍPIOS E RELAÇÃO ENTRE ENTES FEDERADOS

### DECISÃO 20: ADI 1842/RJ

Em 2013, o STF realizou controle de constitucionalidade na ADI 1842/RJ. A discussão circunscreveu-se aos limites e possibilidades na instituição de regiões metropolitanas e na distribuição de serviços públicos (especialmente o saneamento básico). O tribunal se orientou pela busca de preservação da desconcentração do poder decisório em um único ente, bem como pela necessidade e possibilidade de cooperação entre entes para a realização de serviços públicos complexos. Tal discussão, em termos deontológicos, ocorreu em virtude de possíveis colisões com as proteções constitucionais aos Municípios, isto é, autoadministração e autogoverno, interesse comum e compulsoriedade da integração metropolitana para a realização de funções públicas e serviços com caráter supramunicipal, como é o saneamento básico.

O Ministro Relator para o Acórdão estabeleceu como premissa o artigo 23,IX da CRFB, que previu competência comum aos entes federados para a promoção do saneamento básico. Com a complexidade que envolve a tarefa, para “[...] captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto [...]” (STF, 2013, voto do relator para Acórdão, p. 2), identificou a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico entre os entes federados e entre

mais de um município. A isso, fixou, ainda como fundamento, o alto custo e o monopólio natural dos serviços envolvidos. Identificou também que a integração municipal pode surgir de forma voluntária, conforme prevê a Lei Federal 11.455/2007 e a própria CRFB<sup>92</sup>, bem como de forma compulsória, para atender exigências de higiene e saúde públicas ou para viabilidade econômica e técnicas dos serviços.

Sobre a transferência de competência para outro ente federado, no voto relatoria para Acórdão argumentou-se que o estabelecimento de regiões metropolitanas não significa, por si só, transferência de competências para outro ente federado. A inconstitucionalidade seria um desvio no equilíbrio de divisão de responsabilidades entre os entes federados; uma eventual concentração do poder decisório para um e um esvaziamento de poder para outro. A lógica é do colegiado, não necessariamente paritário, mas contra o predomínio exclusivo, sempre com fim no interesse comum.

Houve também a identificação da importância na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão da identificação do interesse social na continuidade da prestação do serviço de saneamento básico.

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

---

<sup>92</sup> Artigos 3.,II e 24 da Lei Federal 11.455/2007 e Artigo 241 da CRFB.

<p>1. Identificação</p>	<p>ADI 1842/RJ</p> <p>Julgado em 03/12/2008</p> <p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator para Acórdão:</b> Ministro Gilmar Mendes</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux.</p> <p>Parcialmente favoráveis ao relator: Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim.</p> <p><b>Contrários:</b> Maurício Corrêa, Marco Aurélio</p> <p>Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico (serviço público complexo).</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) Proposta pelo PDT (Partido Democrático Trabalhista), contra Lei Complementar 87/97, Lei Estadual 2869/97 e Decreto 24.631/98, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiram a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.</p> <p>2) O saneamento básico envolvia, além de alto custo, várias etapas com diversos municípios: captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água, recolhimento, condução e disposição final do esgoto.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>1) Respeito à divisão de responsabilidades entre Municípios e Estado-membro.</p> <p>2) Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado por Municípios e Estado-membro.</p> <p>3) A CFRB 88 conferiu autonomia (autoadministração e</p>

	<p>autogoverno) aos entes federados que são compatíveis com a identificação de interesse comuns e com uma compulsória integração com serviços públicos complexos.</p> <p>4) O parâmetro de constitucionalidade reside em verificar o respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e Estado-membro.</p> <p>5) As responsabilidades e participações em entes colegiados não precisam ser paritárias, porém deve ser evitada concentração do poder decisório especialmente em algum ente.</p> <p>6) O saneamento básico, pelo artigo 23, IX da CFRB 88, é uma hipótese de competência comum da União, Estados-membro e Municípios.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Supremacia da constituição e proteção à cooperação e ao equilíbrio entre os entes federados.</p> <p>2) Proteção ao interesse social.</p> <p>3) Segurança jurídica.</p>
4. Teses	<p>1) Em respeito à autonomia dos entes e o dever de cooperação, se o serviço público está sendo desempenhado em acordo com a lei e de acordo com os princípios constitucionais, não há que se falar em inconstitucionalidade.</p> <p>2) Identificando-se a concentração do poder decisório, há uma inconstitucionalidade, para a qual há a previsão da imediata nulidade da lei à imediata interrupção dos contratos que estão regulando o serviço público, por</p>

	<p>absoluto vício nos instrumentos de concessão e regulação.</p> <p>3) Mesmo identificada a inconstitucionalidade, a continuidade temporária dos serviços, pelo especial interesse social, não poderia ser prejudicada.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) A CFRB 88 estipulou duas garantias sobre o tema: competência comum para saneamento básico e autonomia (autoadministração e autogoverno) aos entes.</p> <p>2) O ente colegiado em questão funciona em acordo com prévia lei estabelecida e devidamente regulamentada.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) É necessário evitar que o poder concedente de serviços públicos, quando há competência comum, se concentre em um único ente.</p> <p>2) O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competência para o Estado-membro.</p> <p>Para a tese 3:</p> <p>1) O interesse comum é maior que a soma dos interesses locais. Assim, reconhecendo-se um inadequado funcionamento de um ente colegiado, a sua imediata paralisação causaria um prejuízo maior ao interesse comum que benefício pela garantia.</p>
6. Princípios colidentes	<p>Nulidade de lei inconstitucional que viole pacto federativo (P1) e autonomia dos entes federativos e segurança jurídica (P2).</p>

7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 ao identificar a paridade entre os entes federados, as opções exercidas pelo autogoverno poderiam indicar realmente um viés cooperativo (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1.</b></p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 num Estado constitucional, o controle de constitucionalidade impõe o afastamento imediato da lei agressora que concentre poder em um ente federado (C2)</p> <p><b>(P2 P P1) C2</b></p> <p>2.1.2 a exceção de C2 seria a identificação de um interesse social (comum) maior mesmo que a proteção específica da nulidade de ato normativo constitucional. Assim, se houver a identificação de risco ao interesse social, em virtude da interrupção do serviço público essencial, seria possível excepcionar C2 para implementar uma modulação temporal para seus efeitos na precedência de P2.</p>
8. Escolhas	<p>Como é necessário evitar que o poder decisório se concentre em um único ente, havendo previsão constitucional para a repartição de competências e responsabilidades, as previsões que provoquem a concentração são contrárias à CFRB 88 e, portanto, devem ser excluídas “ex tunc” do ordenamento, exceto pela verificação de interesse social, que seria intensamente afetado, impondo-se ao final uma Modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.</p>

Para o início da avaliação, é interessante registrar que esse julgamento se prolongou por muito tempo. Quando houve o voto com a



realização da ponderação, já haviam sido substituídos os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, respectivamente pelos Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia. O prolongamento também atingiu mais dois Ministros, quanto ao voto, Luiz Fux e Dias Toffoli (impedido).

Também se destaca na avaliação que, embora passos importantes da argumentação jurídica, especialmente da ponderação, sejam feitos, há uma repetição significativa da importância da ponderação para se chegar a um resultado satisfatório. Parágrafos e parágrafos são destinados a enaltecer a necessidade da ponderação para se poder solucionar uma colisão de princípios (vide páginas 204, 205 e seguintes). “Severos juízos de ponderação”, “complexa ponderação”, “ponderação concreta” são termos que fundamentam alguns parágrafos no processo de argumentação, asseverando, sem exagero, uma estratégia retórica.

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
Ponderação	1) Das formas e estruturas da argumentação, bem como as razões de fundamento e o peso dado a cada componente	1) Configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução é um processo de complexa ponderação. (p. 204)
Regras e formas de argumentação	(J11) Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.	1) Os efeitos do controle de constitucionalidade estabelecidos no artigo 27 da Lei 9868/99 têm caráter interpretativo, tendo em vista que segurança jurídica e excepcional interesse social se revestem de base constitucional.
Regras e formas de argumentação	5.2.2 As regras morais subjacentes à visão moral do falante devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese	1) Ao adotar uma fórmula, que reconheça a inconstitucionalidade, deve-se procurar uma medida

	individual. Uma regra moral não suporta esse exame, se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização.  5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.	possível para reduzir efeitos negativos à população, por este reconhecimento.
Regras e formas de argumentação	5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.	1) A declaração de inconstitucionalidade sem efeitos modulados acarretaria a imediata interrupção da prestação dessa função pública.  O excepcional interesse social não poderia ser prejudicado.

## GRUPO 5: MUNICÍPIOS E RELAÇÃO ENTRE ENTES FEDERADOS

### DECISÃO 16: ADI 3689/PA

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou julgamento de uma série de ações de controle de constitucionalidade com alto grau de semelhança (ADI 3489/SC, ADI 3316/MT e ADI 2240/BA). Basicamente, as ações de controle de constitucionalidade buscavam avaliar desmembramentos e/ou fusões territoriais de um Município a outro.

Importante na argumentação dos votos nesse conjunto de ações constitucionais é a formulação de um caminho alternativo entre as teses possíveis, caminho esse que contemplaria em alguma medida as duas teses. Nesse sentido, ganhou força a construção argumentativa para modulação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, sem provocar a imediata nulidade da lei.

Resumidamente, a argumentação foi construída ao redor da tarefa de concretização da Constituição em que o tribunal se concentra em prover a força normativa e a função estabilizadora da CFRB/88, sempre se

reportando à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação máxima. Ao reconhecer isso, a argumentação foi construída no sentido de que a mais prudente aplicação, em situações excepcionais, poderia corresponder justamente à não aplicação de suas normas. (STF, inteiro teor, p.660)

A argumentação prossegue, destacando-se a seguinte passagem:

A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada. (STF, inteiro teor, p.660)

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

1. Identificação	ADI 3689  Julgado em 10/05/2007  Detalhamento da composição do STF – Pleno <b>Relator:</b> Ministro Eros Grau, mudando voto para acompanhar argumentação do Ministro Gilmar Mendes <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto ,Cármem Lúcia e Marco Aurélio
2. Fatos	1) Proposta pelo PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), contra Lei estadual (Lei 6066/97 - PA) que desmembrou faixa de terra municipal e integrou-a a Município vizinho, posteriormente à Emenda Constitucional 15/96.  2) A situação fática da Lei estadual já é consolidada.

	<p>3) A situação fática, excepcionalmente consolidada, é resultante em grande parte da omissão legislativa exigida pela EC 15/96.</p> <p>4) Apenas a população residente na faixa desmembrada manifestou-se em plebiscito (contrariamente à determinação da EC).</p> <p>5) Mesmo antes da emancipação dos dois Municípios em questão, os moradores da área desmembrada já supriam as suas necessidades no Município a que agora acresceram, embora formalmente pertencessem ao outro.</p> <p>6) O processo de elaboração da Lei estadual iniciou-se antes da EC 15/96; apenas sua publicação é posterior.</p> <p>7) Embora a incorporação tenha acontecido em 1997, muitos anos depois surgiu o interesse na declaração de inconstitucionalidade, na mesma época em que depósitos de níquel foram descobertos na região.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>1) Violação ao artigo 18, par 4º da CRFB 88, que estabelece que a criação de Municípios será feita por lei estadual, dependendo de consulta prévia à população dos Municípios envolvidos.</p> <p>2) Integração de território ao Município quando ainda se encontra pendente lei complementar federal, que definiria o período em que os Municípios poderiam ser criados, incorporados ou desmembrados.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Segurança jurídica;</p>

	<p>2) Supremacia do interesse público;</p> <p>3) Proteção ao pacto federativo.</p>
4. teses	<p>1) A realidade da coletividade diretamente interessada fático-fundada na lei com traços de inconstitucionalidade impõe o prestígio da segurança jurídica, com a consequente preservação das áreas municipais em sua distribuição real e concreta.</p> <p>2) Deve prevalecer, como defesa da Constituição e da federação, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspensa, dá lugar à exceção.</p> <p>2) A pedra angular do Estado de Direito é a proteção à confiança.</p> <p>3) A paz jurídica tem como requisito o poder de confiar, que tem identidade com a boa-fé.</p> <p>4) É possível fazer uma analogia ao casamento putativo e a seus efeitos.</p> <p>5) Se a aplicação de uma norma (que levaria a nulidade de uma lei inconstitucional) resulta em um desvio maior que a sua finalidade ela findaria por não cumprir o seu verdadeiro papel. Seria uma deformação.</p> <p>6) Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra.</p> <p>7) A anulação da decisão política de que resultou estaria na</p>

	<p>chamada “reserva do impossível”.</p> <p>8) Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do Ser. É necessário que se viva no mundo do Dever Ser, mas o debate que habita esse mundo não promete nada de útil.</p> <p>9) Não é possível anularmos a decisão política de caráter institucional sem descabida agressão ao princípio federativo.</p> <p>10) Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse de novos eleitos.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Da inconstitucionalidade da lei decorreria uma inconstitucionalidade institucional.</p> <p>2) Há vários precedentes específicos pela inconstitucionalidade de lei estadual, criando novo Município pela ausência de Lei federal complementar.</p> <p>3) Com a ponderação, é possível mitigar e modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, fazendo-se uma declaração de inconstitucionalidade mitigada.</p>
6. Princípios colidentes	Segurança jurídica (P1) e obrigatoriedade de declaração de nulidade de lei inconstitucional (P2).
7. Condições de	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 a identificar um contexto histórico de ligação e</p>

precedência	<p>dependência, ou seja, a situação fática indicaria uma prevalência a P1 (C1).</p> <p><u>(P1 P P2) C1</u>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 num Estado constitucional, o controle de constitucionalidade impõe o afastamento imediato da lei agressora à Constituição (C2)</p> <p><u>(P2 P P1) C2</u></p> <p>2.1.2 a exceção de C2 seria a identificação de um interesse social (comum) maior, mesmo com a proteção específica da nulidade de ato normativo constitucional. Assim, se houver a identificação de risco ao interesse social, será possível excepcionar C2 para implementar uma modulação temporal para seus efeitos na precedência de P2.</p>
8. Escolhas	<p>A ADI foi julgada procedente, no entanto, não pronunciando a nulidade da lei estadual pelo prazo de 24 meses, para que o legislador estadual estabeleça novo regramento.</p>

Em razão do alto grau de semelhança com as ADI 3489/SC, ADI 3316/MT e ADI 2240/BA, far-se-á uma avaliação argumentativa que é comum a todas essas quatro ações de controle de constitucionalidade.

Aqui também o problema de colisão de princípios se dá entre a proteção constitucional e a consequente nulidade de normas consideradas inconstitucionais, bem como a preservação do interesse público e social faticamente consolidados. A dificuldade está em identificar a preponderância do interesse coletivo, no afastamento das previsões contrárias às prescrições constitucionais ou, excepcionalmente, uma convergência interpretativa com uma situação política comunitária faticamente consolidada.

Já de início, cabe destacar que o voto relatoria foi retificado, após o voto vista, com argumentação estruturada com passagens de ponderação. Nela buscou-se assegurar que a declaração de improcedência não seria suficiente para uma adequada solução do problema e encaminhou-se, por processo de ponderação, uma declaração de inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, mantendo-se a vigência da norma por 24 meses.

Assim, no voto vista, houve o reconhecimento do argumento sobre a realidade fática subjacente à questão constitucional e às consequências drásticas de uma eventual declaração de inconstitucionalidade, garantindo precedência ao princípio da segurança jurídica, mas sugerindo, que a solução dependeria de algo a mais, posto que, se a segurança jurídica fosse reconhecida de forma plena, deixar-se-ia de reconhecer como princípio a nulidade da lei inconstitucional.

A tabulação poderá demonstrar melhor a avaliação da argumentação:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	1) Identificação da intensidade de afetação e sopesamento.	1) [...] após tecer percuriente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica. (p. 677 inteiro teor).  2) Emergiu do plano dos fatos uma gama de situações decorrentes da prática de atos próprios do exercício da autonomia municipal. (p. 677 do inteiro teor).
1. Ponderação	Sopesamento: o princípio da nulidade somente há de ser afastado se a declaração de	1) A questão pendente neste julgamento está em definir quais os contornos que a



	<p>inconstitucionalidade ortodoxa envolver o sacrifício da segurança jurídica, que na materialização do caso apresenta-se mais próxima do interesse social.</p>	<p>inevitável decisão do Tribunal deve assumir para que seja, na maior medida possível, menos gravosa à realidade concreta fundada sobre a nova entidade federativa.</p> <p>2) [...] é possível primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar (678 inteiro teor)</p> <p>3) Deve-se declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, mantendo sua vigência por 24 meses, tempo razoável para o legislador estadual reapreciar e readequar o tema.</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>(J 13) Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado.</p>	<p>1) [...] esta Corte, em diversos julgados recentes, declarou a inconstitucionalidade – e, portanto, a nulidade – de leis estaduais [...] (p. 678 inteiro teor). Isto é, pelos mesmos fundamentos.</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>Regras de justificação externa:</p> <p>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática</p>	<p>1) No mesmo sentido da argumentação feita, são apontadas extensamente as soluções técnicas apresentadas do direito comparado.</p>

<p>2. Regras e formas de argumentação</p>	<p>Utilização de formas especiais de argumentos são aceitas.</p> <p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p>	<p>Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico, [...] aquilo que alguém chamou de 'suicídio democrático'.</p>
<p>2. Regras e formas de argumentação</p>	<p>5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.</p> <p>4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática</p>	<p>1) A inconstitucionalidade leva à nulidade. Porém, essa técnica da nulidade, que pode se revelar oportuna e apropriada para violações constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (como por exemplo direitos fundamentais negativos atacados por uma norma inconstitucional), mostra-se inepta para um quadro de imperfeição normativa decorrente de omissão legislativa.</p> <p>2) técnicas de interpretação conforme, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, aferição da lei "ainda constitucional", do apelo ao legislador e da modulação dos efeitos; seria também possível a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos <i>pro futuro</i> a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado no Tribunal.</p>

2. Regras e formas de argumentação	<p>(J11) Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.</p> <p>(J12) Sempre que possível, os argumentos dogmáticos devem ser usados.</p>	<p>A dogmática estabelecida prevê a possibilidade de modulação, conforme a Lei 9868/99 e a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2960/97 (maioria diferenciada decidindo sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade)</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>(J10) Toda proposição dogmática deve ser justificada recorrendo-se, ao menos, a um argumento prático geral.</p> <p>(J11) Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.</p>	<p>termos como necessidade de uma complexa ponderação, ou necessária uma ponderação, são usados com muito frequência e intensidade.</p>

## 5.2 O uso da ponderação: avaliação do conjunto.

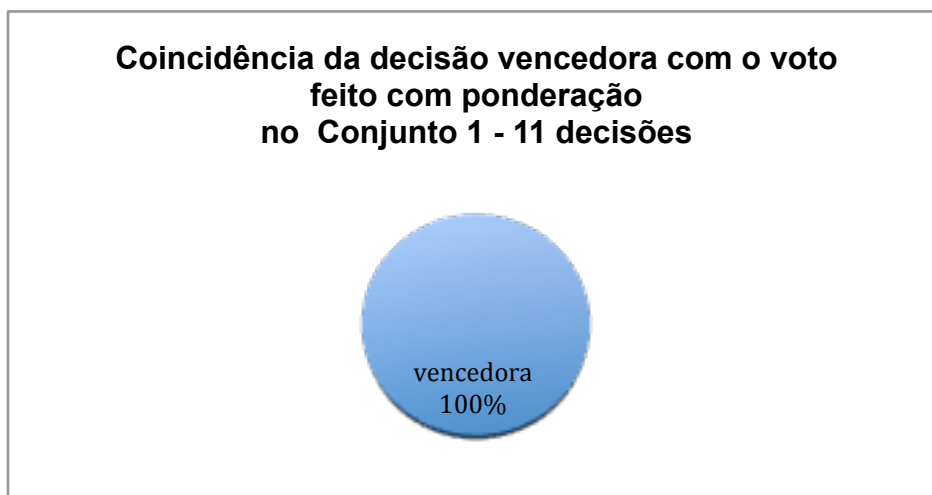
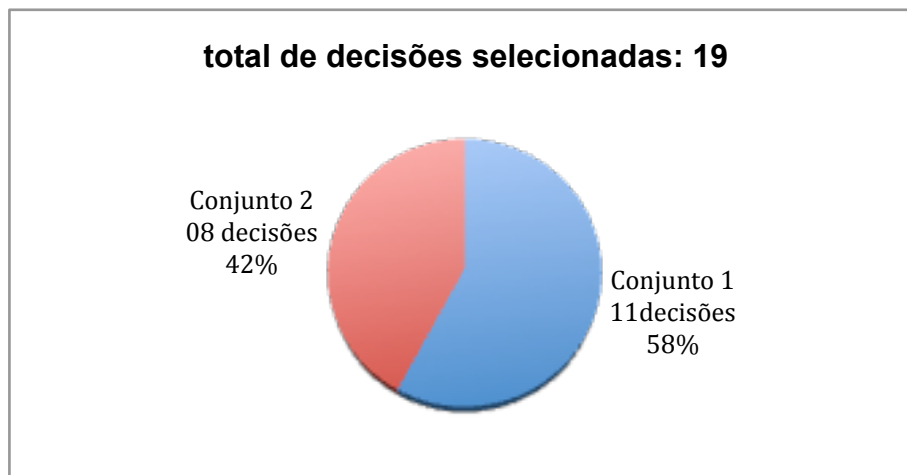
Nesta seção, após as análises e as avaliações individuais, é ainda possível fazer algumas perguntas e obter mais claramente algumas respostas:

Pergunta 1: Em quantas decisões a ponderação realizada no voto está em coincidência com o(s) voto(s) vencedor(es)?

Resposta: Em todas as 11 decisões do Conjunto 1, a decisão obtida pela ponderação está em coincidência com respectivo voto vencedor.

Pergunta 2: Em quantas decisões a ponderação realizada no voto está em coincidência com o(s) voto(s) vencido(s)?

Resposta: prejudicada



Pergunta 3: Em quantas decisões há alteração de voto para adesão a voto com ponderação?

Resposta: Duas.



Importante ressaltar que o percentual de não alteração de voto não pode ser associado a um hipotético insucesso retórico da ponderação posto que, como mencionado anteriormente, há uma coincidência das decisões com ponderação com as decisões da maioria. O dado relevante é o percentual importante de alteração de voto (em 18% das decisões), que indica um possível efeito retórico/pragmático da ponderação.

Pergunta 4: Em quantas decisões há adesão a voto feito com ponderação?

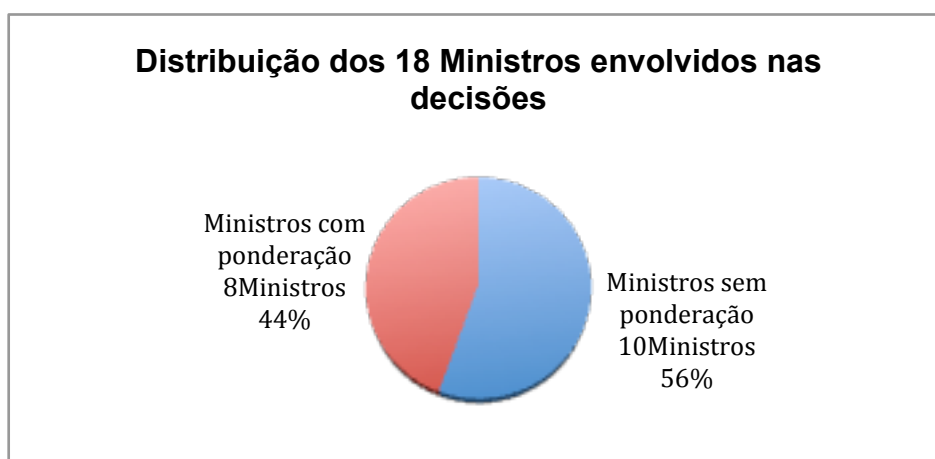
Resposta: Em cinco decisões.



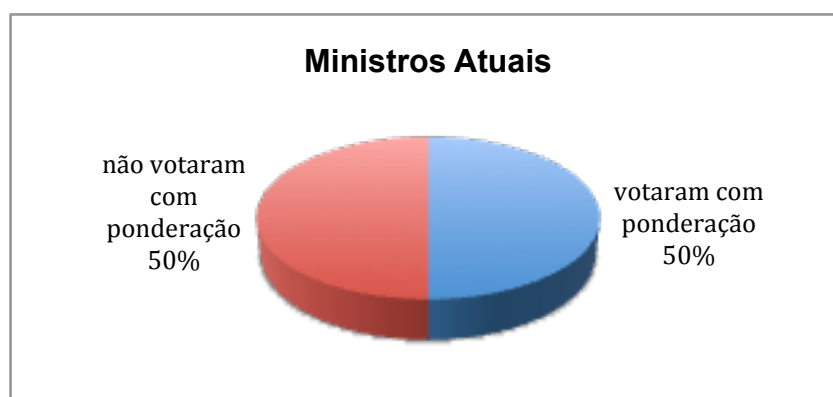
Em cinco decisões, o voto em que está presente a ponderação recebeu adesão em votos de outros Ministros para alinhamento. Assim, em

45% dos votos desse grupo houve adesão ao voto executado com a aplicação da ponderação. Com essa constatação, é possível afirmar que ela desempenha um papel retórico muito significativo.

Outro dado interessante é que, no total dos votos, participaram das 11 decisões 18 Ministros<sup>93</sup>. Desse total, 8 Ministros<sup>94</sup> tiveram votos associados à ponderação.



É possível também observar que a composição atual<sup>95</sup> encontra-se dividida com relação à ponderação:



<sup>93</sup> Ministros Maurício Correia, Moreira Alves, Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Teori Zavascki, Luiz Fux, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau, Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

<sup>94</sup> Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau, Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

<sup>95</sup> Registra-se que nenhuma decisão com participação do Ministro Barroso foi objeto de avaliação. Com a vaga aberta pela aposentadoria do Ministro Barbosa, essa proporção ficou alterada.

## 6 O ARGUMENTO PERIFÉRICO DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como mencionado na ocasião de delimitação do objeto de análise, alguns dos julgados indexados identificam a colisão de princípios, mencionaram a ponderação e referenciaram Alexy, mas não desenvolvem de forma mais intensa a metodologia proposta à ponderação. Tal grupo foi chamado Conjunto 2. Como se verá, é possível fazer a tabulação porque os elementos necessários estão presentes nos textos dos votos e Acórdãos. A avaliação deles também será feita, em dois momentos, primeiro de forma isolada e depois no conjunto. Orientou-se o trabalho dessa forma, para identificar alguma tendência sobre o ponto de vista da força argumentativa que as ponderações intensa ou moderada representam.

### 6.1 Aplicação do modelo de análise para o CONJUNTO 2.

GRUPO Direito-Ciência:

DECISÃO 1: GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO – ADF 54

Em 2012, foi realizado julgamento no STF de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), formalizada, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), apontando os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana-, artigo 5º, II – legalidade, liberdade e autonomia da vontade-, artigo 6º *caput*, e artigo 196 – direito a saúde- da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, como violador, o ato do Poder Público que originou o conjunto normativo composto pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I, II todos do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940).

Assim, a autora da ADPF, que recebeu a identificação 54/DF, apresentou como fundamento que juízes e tribunais vinham, com base na legislação criminal, entendendo pela proibição da antecipação terapêutica do parto, no caso de fetos anencéfalos, enquadrando-a como conduta típica do aborto. Afirmara que, na verdade, tal procedimento médico enfrentava uma patologia que tornaria inviável a vida extrauterina, impossível de ser enquadrado na figura típica penal.

A autora, argumentou pela preservação da relação entre médicos e pacientes, protegidos por princípios como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CFRB), a liberdade decorrente da legalidade (art. 5º, II, CFRB) e o direito à saúde (art. 6º e 196, CFRB). Além disso houve o argumento, com demanda hermenêutica, que somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa<sup>96</sup> pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Esses argumentos imporiam ao STF reconhecer, ante aos preceitos fundamentais, que os dispositivos penais interpretados de modo a alcançar a antecipação terapêutica do parto seriam inconstitucionais.

Ainda a autora, citando literatura médica, acrescentou que essa anomalia na formação cerebral leva a morte intrauterina, em 65% dos casos ou uma sobrevivência de algumas horas após o parto. A manutenção do feto anômalo no útero poderia gerar danos à saúde e até mesmo à vida da gestante, além de inegável dor, angústia e frustração – vertentes combatidas pela proteção à dignidade humana. A própria definição de saúde, asseverou, segundo a Organização Mundial da Saúde, não é a simples ausência de doença, mas o completo bem-estar físico, mental e social.

Sob o aspecto formal, cabimento da ADPF e possibilidade dos efeitos pleiteados, a autora manifestou sua pretensão de evitar lesão a preceito fundamental resultante da ato do Poder Público. Alegou que os efeitos seriam diversos para uma ação individual ou mesmo coletiva de natureza subjetiva, justificando-se o requisito da exclusividade da ADPF, assim como a possibilidade afirmativa de se pretender a interpretação

---

<sup>96</sup> Essa afirmação se baseou no entendimento que a inviabilidade do feto equivaleria ao morto, posto presente semelhança com o conceito atribuído pela Lei 9434/97 relativa à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplante ou outros tratamentos.



conforme a Constituição sem redução de texto, mesmo que imprópria para o caso, uma ação direta de inconstitucionalidade, posto tratar-se o objeto de ataque o ato normativo abstrato anterior à Constituição da República Federativa do Brasil<sup>97</sup>.

Foi propiciada a participação, na qualidade de *amicus curiae*<sup>98</sup> de diversas entidades, em conformidade com o artigo 6º, parágrafo 1º da Lei 9882/99. Houve, nessa passagem, relevantes informações: a ausência de equivalência da anencefalia com a morte encefálica; a vida de cada indivíduo, não apenas como um bem inalienável, mas um bem social que deva ser defendido por toda a sociedade, não cabendo ao Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas suas deficiências; a existência de substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência no anencéfalo; a opção constitucional brasileira por ser laico o Estado e portanto o necessário afastamento de uma moral religiosa específica; a vida do anencéfalo deve se sobrepôr a todos os outros direitos, posto que é um bem fundamental que lhe pertence – direito à vida deve ser o centro da discussão e não o direito da mulher; que a cada três horas nasce no Brasil uma criança anencéfala e que seria inadequada a terminologia de antecipação terapêutica do parto, mas sim aborto eugênico; as sensações de tortura da gestante e a necessidade de decisão no âmbito de uma ética privada, impondo uma neutralidade estatal; por fim, que a proteção a mulher se impõe pela proteção e

---

<sup>97</sup> A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se no sentido de procedência do pedido formulado na inicial da ADPF 54/DF. Essa última entendeu possível a certeza absoluta do diagnóstico prematuro de anencefalia e a incompatibilidade dela com a vida fora do útero. Apontou para a ausência de elementos científicos sobre o tema, por ocasião da promulgação do código penal de 1940, que fundamentariam uma específica excludente de ilicitude. Opinou que o Estado deve considerar as liberdades públicas para não ofender o direito de liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva expondo gestantes a risco de saúde.

<sup>98</sup> *Amicus curiae*: figura introduzida com o objeto de colaboração com a compreensão pelos Ministros de questões que dependam de conhecimentos específicos ou especializados, consistindo, também um instrumento de aumento da participação plural para a tomada de decisões no STF.

Na lei 9882/99, existe a previsão para a figura do *amicus curiae*:

Art. 6º Apiciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

solidariedade com a sua dor e sofrimento e que a gestante, em situação limítrofe de vulnerabilidade, é a única capaz de avaliar para si própria o sofrimento e o medo.<sup>99</sup>

Interessante destacar que no início da construção do voto da relatoria já há a fixação de um ponto de vista, a imprestabilidade da expressão “eugênica” pela indiscutível carga ideológica ou política impregnada na palavra eugenia<sup>100</sup>. Isso denota a intenção que a argumentação jurídica desenvolvida na relatoria deveria ser isenta de influências ideológicas ou políticas, que desqualificariam a importância e a intensidade argumentativa (termos utilizados no voto).

Outra reflexão que se pode fazer na construção argumentativa do voto-relatoria em questão é a sua ordem de apresentação. Primeiramente, ele apresenta a conclusão que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coaduna com a Constituição da República Federativa do Brasil. Após asseverar sua posição, o Ministro Relator passa a fazer sua construção argumentativa.

Sobre o Estado laico, argumentou o Relator que, a despeito do preâmbulo, que não tem força normativa, fazendo com que a proteção divina jamais possa ser judicialmente exigida, o Estado é neutro, secular e tolerante<sup>101</sup>. Tal entendimento leva à posição de que o Estado, além de ser tolerante, não pode examinar uma questão que lhe é posta sob a ótica de orientações morais religiosas. Surge um parâmetro para a decisão, segundo sua relatoria: as religiões não podem guiar o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à

---

<sup>99</sup> Interessante que os argumentos não estão polarizados, mesmo havendo uma polarização entre entidades médicas e de defesa da mulher e entidades religiosas. Há posições pró-anencéfalo apresentadas por entidades médicas e posições pró-gestante defendidas por entidades religiosas. (p. 20,21 do inteiro teor da decisão)

<sup>100</sup> aborto eugênico é entendido pelo relator no sentido negativo da expressão que referencia-se a práticas nazistas, ligadas à vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos, exemplificativamente lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais. (p. 17 do voto-relatoria)

<sup>101</sup> tal conclusão é assentada nos artigos 19, I e 5.VI da CRFB. “Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprove qualquer delas.” (ADFP 54/DF, voto relator, p. 9)

saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

Na temática da anencefalia, destacam-se os argumentos que o anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical, embora possa ter batimento cardíaco e respiração; o anencéfalo não tem sensibilidade, mobilidade e falta-lhe a integração de quase todas as funções corpóreas; não tem consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade; não há substrato neural para o sentimento de dor ou sensibilidade em geral, no máximo reflexos dolorosos, mas sem apreciação sensível do estímulo; a anencefalia é, portanto, letal, inexistindo presunção de vida extrauterina; não se tratando de vida em potencial, mas de morte segura; não se trata o anencéfalo de pessoa com deficiência, face à prévia inexistência de expectativa de vida fora da útero<sup>102</sup>.

Aplicação da tabulação para análise:

1. Identificação	ADPF 54/DF –  Proposta em 2004 e julgada em 2012.  Detalhamento da composição do STF para a decisão: <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Marco Aurélio (Relator), Ayres Britto, Cármen Lucia, Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Rosa Weber. <b>Contrários ao voto do Relator:</b> Ministros Cezar Peluso (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski.  Ausentes: Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.
---------------------	--

<sup>102</sup> Ao fazer tal interpretação, o Ministro-Relator afastou do conjunto de premissas a aplicação da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, especialmente os dispositivos que garantem o direito a vida, a sobrevivência e desenvolvimento da criança, inclusive as portadoras de deficiências e quanto a essas o direito de receber cuidados especiais. (p. 18 do voto-relator). Afastou, igualmente, as previsões constitucionais e infraconstitucionais no tocante a proteção à criança.

	<p>A questão posta a julgamento era se a tipificação penal do aborto, aplicada à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, coaduna-se com a Constituição da República Federativa do Brasil, destacadamente com preceitos fundamentais que asseguram a dignidade humana, o Estado laico, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.</p>
2. Fatos	<p>1) A CNTS apresentou um problema na relação médico paciente, quando havia a indicação de antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos.</p> <p>2) Havia dúvida conceitual sobre antecipação terapêutica do parto e/ou aborto eugênico.</p> <p>3) Até então, juízes e tribunais vinham aplicando a legislação criminal para coibir a conduta dos profissionais da saúde e demais envolvidos.</p> <p>4) A anomalia na formação cerebral leva à morte intrauterina em 65% dos casos ou uma sobrevida limitada após o parto.</p> <p>5) A manutenção da gestação pode gerar danos à saúde e à vida da gestante, além de dor, angústia e sofrimento.</p> <p>6) Anencefalia é diferente de morte encefálica.</p> <p>7) O feto anencéfalo tem substrato neural precário (não tem sensibilidade, consciência, cognição, afetividade, dor, etc.)</p>
3. Questões jurídicas	<p>Os valores em discussão cuidam a um só tempo do direito à saúde, direito à liberdade em seu maior sentido, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana.</p> <p>A impossibilidade do Estado coisificar um pessoa, preservando-se sua dimensão humana, mesmo em face do</p>

	<p>determinismo biológico que faz a mulher portadora de uma nova vida. (paráfrase da pagina 12 – último parágrafo da decisão de inteiro teor)</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Dignidade humana, art.1º, III CRFB/88;</li> <li>2) Opção por um Estado laico, art 5º, VI e art. 19, I, CFRB/88;</li> <li>3) O direito à vida, art. 5º, <i>caput</i>, CRFB/88;</li> <li>4) Proteção da autonomia, art. 5º, X, CFRB/88;</li> <li>5) Liberdade, privacidade e saúde, art. 5º, II; 6º e 196, CFRB/88.</li> </ol>
4. Teses	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) A realização da interrupção da gravidez intrauterina de feto anencéfalo seria uma violação ao direito à vida e, portanto, punível criminalmente.</li> <li>2) A realização da interrupção da gravidez intrauterina de feto anencéfalo, espécie de interrupção terapêutica, como proteção da relação médico paciente, faria prevalecer a saúde, autonomia e dignidade da mãe.</li> </ol>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Existência de substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência no anencéfalo.</li> <li>2) Não caberia ao Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas suas deficiências.</li> <li>3) A interrupção seria uma opção pela certeza de uma morte, frente a um risco de morte (mãe).</li> </ol>

	<p>Para a tese 2:</p> <p>1) O Estado brasileiro é laico, neutro, secular tolerante. As religiões não podem guiar o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais.</p> <p>2) O anencéfalo, tal qual um morto cerebral, não tem atividade cortical, não havendo substrato para o sentimento de dor ou sensibilidade em geral.</p> <p>3) Não se trata de uma vida potencial, mas de uma morte segura.</p> <p>4) O anencéfalo não é pessoa com deficiência, face à inexistência de expectativa de vida fora do útero.</p>
6. Princípios colidentes	Tendo o referencial de dignidade: proteção da vida do feto (P1) e proteção da liberdade, autonomia e saúde da mãe (P2/P3/P4).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 segurança sobre a existência de vida do feto anencéfalo (C1).</p> <p>Assim, a garantia de proteção à vida do feto (P1), tendo como condição de precedência a existência de vida (C1), prevaleceria. Em representação matemática <math>(P1 \ P \ P2/P3/P4) \ C1</math>.</p> <p>Como exceção da condição de precedência (C1) tem-se:</p> <p>1.2 existência de vida fetal intrauterina, mas inexistência de viabilidade extrauterina e risco de vida da mãe. (C1E1)</p> <p><math>(P2/P3/P4 \ P \ P1) \ C1E1</math></p>

	<p>2) Condições de precedência para P2/P3/P4:</p> <p>2.1 ausência de expectativa de vida extrauterina (C2)</p> <p>A proteção da liberdade, autonomia e saúde da mãe (P2/P3/P4), havendo as condições de precedência C2 preponderaria: <span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">(P2/P3/P4 P P1) C2</span></p>
8. Escolhas	<p>Para a escolha, a decisão apresenta um argumento ao extremo, mulheres que optaram, aproveitando-se da concessão acautelatória, pela antecipação terapêutica “tiraram o peso do mundo de suas costas”, diferenciando o evitável do inevitável, a tragédia da tortura. Ou seja, “[...] ‘de um lado, o inevitável da tragédia e, de outro, o sofrimento desnecessário e evitável da continuidade da gravidez com diagnóstico de morte cerebral. Quiseram a supressão da situação torturante.’” (p.26 do Inteiro Teor do Acórdão). Pela escolha feita, considerou-se preponderante, para as hipóteses do caso, a liberdade, autonomia e saúde da gestante, afastando-se a tipificação penal respectiva.</p>

Com a análise, é possível estabelecer **avaliações** sobre a estrutura da ponderação e a argumentação jurídica apresentada pela decisão.

Inicialmente, existem algumas percepções: o Ministro Relator, ao reconhecer, de partida, antes de qualquer tipo de argumentação, que tomaria uma decisão. Isso contribuiu para a confirmação de que não se utiliza a argumentação jurídica como um método de procura decisória (construção decisória), mas, sim, um método de justificação de uma decisão que já se tomou por critérios psicológico-existenciais, ideológicos, econômicos, religiosos ou morais. A argumentação feita pode ser considerada, dessa forma, como estratégia retórica.

Identifica-se na decisão um ponto central, origem da dificuldade de solução: o anencéfalo seria uma pessoa com deficiência severa e

implacável ou sequer existiria o potencial para vir a ser uma pessoa. Em outros termos: é vida intrauterina ou sequer chegaria a isso?

A opção decisória concentrou-se em identificar a expectativa de vida extrauterina. Assim, face à inviabilidade fetal, haveria espaço para tratamento semelhante ao atribuído ao morto (conceituado pela legislação que regulou a remoção de órgãos). Com esse raciocínio pode-se perceber que toma maior corpo na decisão a proteção à pessoa envolvida: a mãe. Um dos requisitos mais importantes, que é o da saturação, não foi observado, posto que a argumentação não se concentra em demonstrar a exata compreensão sobre o feto anencéfalo, enquanto realmente em gestação, mas, como dito, não sua inviabilidade futura. A sua inviabilidade futura geraria a autorização para sua inviabilização presente (poderia ser retirada essa conclusão). Antes da tabulação da avaliação, comenta-se sobre a ponderação e sobre os testes de regras e formas de argumentação:

#### 1. Ponderação:

Na construção argumentativa, percebe-se uma falha grave: ao se utilizarem as informações das audiências públicas, com participação opinativas religiosas, sociológicas e científicas, há uma carga forte na argumentação direcionada a fundamentar a opção brasileira pelo Estado secular tolerante. O caminho para o sopesamento aponta possíveis inconsistências, isto é, a dúvida posta à solução pelo Supremo Tribunal Federal foi circunscrita por dois outros pontos de vista: o legislativo, que previa o crime de aborto, e o médico-científico, que se preocupava com a defesa dos profissionais de saúde na sua atuação para salvaguardar a saúde das gestantes. Nenhum dos dois, ao menos fortemente, fazia um apelo ao conteúdo religioso da vida. Assim, ao associar a precedência da proteção do feto anencéfalo ao posicionamento majoritariamente defendido pelas opiniões com reflexões religiosas, na verdade, estava se fazendo uma desqualificação dessa proteção [é argumentativamente muito forte que o Estado não possa se vergar a posicionamentos de cunho religioso].

Pode-se considerar ainda outro fator que dificultou a determinação das condições de precedência para a colisão principiológica: a



definição fixada para o caso. Ao definir como antecipação terapêutica do parto, *a priori*, construiu-se simbolicamente um bloqueio para identificação de uma condição de precedência na proteção ao feto anencéfalo. A definição carrega consigo a força de um argumento de autoridade. Afinal é um procedimento terapêutico, portanto, algo previsto e recomendado pelo profissional médico. Como ser contrário a uma terapia médica? Dificilmente. Talvez, apenas se houvesse uma terapia melhor! Não se pode esquecer que a referida antecipação terapêutica do parto também poderia significar uma solução médica para preservar a vida de feto e mãe, algo que não se aplica ao caso do feto anencéfalo.

## 2. Regras e formas de Argumentação

A discussão intensa que seria a existência ou não de uma pessoa em estado fetal com deficiência foi mais arrefecida em termos argumentativos, com o uso reiterado e concentrado na inexistência de cognição, vida relacional e consciência, a insensibilidade a estímulos, inclusive dor e a impossibilidade de potencial para vida.

Aos moldes do tratamento dado ao morto apto à remoção de tecidos, houve a identificação de precedência à proteção do direito a saúde (física e psíquica) da mãe. Dessa forma, regras básicas, principalmente aquelas que determinam a identidade de predicados e os mesmos significados foram insuficientemente observadas, e a regra de justificação interna (saturação) igualmente, assim como a regra de universalidade.

Com isso, para facilitar o estudo, é possível identificarem-se dificuldades com relação ao cumprimento de testes perante as regras de argumentação:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regras ou formas propostas por Alexy	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	1) Identificação da intensidade de afetação e sopesamento.	1) 10 páginas, das 36 destinadas à argumentação do voto relatoria foram designadas ao entendimento pelo Estado laico. Com isso,

		houve um comprometimento na identificação de variáveis e condições de precedência.
2. Regras e formas de argumentação	1.3 Todo falante, que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual em aspectos relevantes.	1) Legislação civil, jurisprudência e doutrina dominantes não condicionam a vida extrauterina para a proteção existencial de qualquer um.
2. Regras e formas de argumentação	1.4 Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.	1) O conceito de antecipação terapêutica de parto pode designar medida terapêutica justamente para salvar a vida do feto (e também da mãe).
2. Regras e formas de argumentação	5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.	1) A ausência cognitiva, vida relacional, consciência e insensibilidade não são fundamentos para definir limites de proteção da vida.
2. Regras e formas de argumentação	Regras de saturação: 1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica 2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador 3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica 4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática	1) Os argumentos postos à tese vencedora teriam dificuldades para ser utilizados, em casos de pacientes terminais e discussões hipotéticas como aceleração da morte ou eutanásia.

Ao final deste julgamento, percebeu-se que o Ministro Gilmar Mendes, vencido, embora também julgasse procedente a ADPF, mas com argumentos diferentes ao do Relator, buscou convencer o tribunal (também Celso de Mello o fez) no sentido de haver necessidade de regulamentação procedimental para o diagnóstico da anencefalia (decisão com efeitos aditivos). A sua argumentação foi no sentido de se afastar a tipicidade cerrada, que para o caso específico (crime de aborto) previa duas situações

excludentes (aborto terapêutico e aborto humanitário), para incluir mais uma (aborto do diagnosticado anencéfalo), condicionada a uma normatização do procedimento de diagnóstico, concretizando uma leitura conforme e atualizada da CRFB 88. Argumentos de precedentes e direito comparado não conduziram a alteração dos votos dos demais Ministros.

GRUPO Direito-Ciência:

## DECISÃO 2: BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA- RE 363.889/DF

Em 2011, foi realizado julgamento de Recurso Extraordinário (RE), no qual se discutiu a possibilidade de flexibilização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade, face ao direito de busca da identidade genética.

Os autores do RE, que recebeu o número 363.889/DF, fundamentaram suas pretensões na proteção constitucional prevista nos artigos 5º,XXXVI e 227, parágrafo 6º da CRFB 88, que garantem estabilidade à coisa julgada<sup>103</sup> e, portanto, impedem o prosseguimento de ações nela fundamentadas. Como consequência, havendo julgamento anterior que julgou improcedente um pedido com base em insuficiência de provas, atingiu-se o mérito e estabilizou-se a situação.

Ao iniciar a construção do voto-relatoria, o Ministro Dias Toffoli referiu-se ao acórdão que estava sendo objeto de reapreciação pelo Recurso Extraordinário, como a tentativa de resolver um problema entre a coisa julgada e uma relação jurídica de Direito de Família: a paternidade. Em suas palavras, “ [...] Embora o aresto não tenha feito alusão explicitamente a esse constructo teórico, o Tribunal *a quo* fez-se valer da técnica de conflito de princípios, tendo, de um lado, a segurança jurídica, e, do outro, a dignidade humana e a paternidade responsável.” (STF, 2011, p. 5 voto-relatoria).

Interessante passagem, já no início da construção do voto-relatoria, é que, expressamente, o Ministro relator descarta a premissa da

---

<sup>103</sup> Explicar coisa julgada:

dignidade humana e considera haver um “abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas” (STF, 2011, p. 5 voto-relatoria). Afirma que, se para tudo se empregar esse princípio, para nada ele servirá, em última análise<sup>104</sup>.

Com a narrativa histórica da evolução do conceito de paternidade, uma premissa para o julgamento foi identificada: o enfraquecimento da imutabilidade do estado de paternidade. O conjunto normativo anterior à CRFB/88 em evolução histórica, suavizou a lógica binária filhos legítimos-ilegítimos e foi, aos poucos, possibilitando o reconhecimento de paternidade das filiações natural e espúria.

Outra premissa é creditada ao artigo 226, parágrafo 7º da CRFB/88, ao concretizar a paternidade responsável, e o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispôs sobre o caráter de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação.

Reconhece, como *leading case*, assegurar o direito personalíssimo de todo ser humano conhecer a verdade sobre sua origem biológica, um Recurso Extraordinário que tratava da legitimação extraordinária do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade (RE 248.869/SP, relator Ministro Maurício Corrêa). Tal entendimento atribui peso, com caráter de preeminência ao direito geral de personalidade.

Na identificação de premissas para o julgamento, segue no sentido de recusar julgamentos baseados em provas tecnicamente frágeis e um elemento importante a ser considerado na questão específica: “[...] o exame de DNA e o direito de ter acesso a um meio de prova conducente ao que os alemães têm denominado de *direito fundamental à informação genética*.” (STF, 2011, p. 16 voto-relatoria)

---

<sup>104</sup> “Creio que é necessário salvar a dignidade da pessoa humana de si mesma, se é possível fazer essa anotação um tanto irônica sobre os excessos cometidos em seu nome, sob pena de condená-la a ser, como adverte o autor citado ‘um tropo oratório que tende à flacidez absoluta’. E parece ser esse o caminho a que chegaremos, se prosseguirmos nessa *principlatria* sem freios.” (STF, 2011, p. 5 voto-relatoria). Refere-se Dias Toffoli a passagem do livro de João Baptista Vilella, cujo título é *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*.

Resgatou o Ministro relator a fundamentação monocrática realizada pelo Ministro do STF Cezar Peluso, que o “[...] direito fundamental à segurança jurídica não é, como todos os demais, absoluto, podendo ceder em caso de conflito concreto com outros direitos de igual importância teórica” (AC 2182/DF), e especificamente sobre a segurança jurídica “[...] se pode admitir, em tese, a chamada ‘*relativização da coisa julgada*’, mediante ponderação dos respectivos bens jurídicos, com vistas a solução do conflito” (STF, 2011, p. 21 voto relatoria). Segue a tabulação:

<p>1. Identificação</p>	<p>RE 363.889/DF</p> <p>Julgado em 2011.</p> <p>Detalhamento da composição do STF para a decisão:  <b>Relator:</b> Dias Toffoli  <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lucia e Luiz Fux  <b>Contrários ao voto do Relator:</b> Ministros Marco Aurelio e Cezar Peluso.  <b>Ausentes:</b> Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie .</p> <p>A discussão central dizia respeito à possibilidade de flexibilização da coisa julgada em uma ação de investigação de paternidade face ao direito do filho de buscar sua identidade genética.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) Enquanto era menor, a mãe do Recorrente propôs ação de investigação de paternidade contra o Recorrido.</p> <p>2) Na primeira ação, em razão do ônus da prova e dos custos, à época, tornou-se inacessível o exame de DNA e a ação foi julgada improcedente.</p>

	<p>3) A impressionante evolução e acessibilidade de exames genéticos para esclarecimento sobre a paternidade</p> <p>4) A grande quantidade de ações que haviam decidido sobre a paternidade/ausência de paternidade baseada em provas tecnicamente frágeis.</p> <p>5) Posteriormente, em nova ação, com acesso a exames, surgiu a barreira processual da coisa julgada.</p> <p>6) Ao tempo do julgamento do RE, registrou-se que o Recorrente é “homem feito”.</p>
<p>3. Questões jurídicas</p>	<p>1) As pretensões se fundamentam, por um lado, na proteção constitucional prevista nos artigos 5., XXXVI e 227, parágrafo 6º da CRFB/88 garantindo a estabilidade pela coisa julgada.</p> <p>2) Por outro lado, a certeza sobre a paternidade, como relação jurídica do Direito de Família, como expressão de direitos e deveres dos mais próximos à dignidade e existência responsável.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Segurança jurídica;</p> <p>2) Dignidade humana;</p> <p>3) Paternidade responsável art. 226, par. 7º , CRFB/88;</p> <p>4) Conhecimento da origem genética/direito fundamental à informação genética.</p>
<p>4. Teses</p>	<p>1) O direito fundamental à segurança jurídica, como não é absoluto, cederia ao direito igualmente fundamental à informação genética pela relevância da paternidade</p>

	<p>responsável.</p> <p>2) É necessária uma estabilidade às decisões judiciais, que não podem ficar condicionadas e dependentes aos recursos e tecnologias posteriores, sob pena de se inviabilizar completamente o próprio sistema de justiça.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) O caráter personalíssimo, indisponível e destacadamente imprescritível confere um significado de peso ao direito à informação da origem genética.</p> <p>2) É benéfica a recusa a julgamentos baseados em provas tecnicamente frágeis.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Há um abuso na fundamentação de opções decisórias pela dignidade. Se para tudo se utilizar a dignidade, em última análise, para nada servirá.</p> <p>2) As possibilidades no reconhecimento da relação de paternidade se ampliaram, destacadamente após a CRFB 88, mas a base do sistema processual está na estabilização pela coisa julgada.</p>
6. Princípios colidentes	<p>Informação à origem genética (P1) e segurança jurídica pela imutabilidade da coisa julgada (P2).</p>
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 julgamento baseado em provas tecnicamente frágeis e insuficientes para reconhecer a paternidade (C1).</p> <p>Assim, prevaleceria a informação sobre a origem genética (P1), tendo como condição de precedência a existência de um julgamento baseado em provas tecnicamente frágeis e</p>

	<p>insuficientes para reconhecer a paternidade (C1), Em representação matemática <math>(P1 \text{ P } P2) C1</math>.</p> <p>2.1 enfraquecimento da imutabilidade do estado de paternidade (C2).</p> <p>Assim como o próprio conceito de imutabilidade do estado de paternidade foi identificado como enfraquecido historicamente (C2), não haveria problemas em reconhecer a mutabilidade instrumental do processo que reconheceria tal estado e, portanto, precederia o direito fundamental à informação sobre a origem genética (P1), Em representação matemática <math>(P1 \text{ P } P2) C2</math>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 casos em que há a consolidação das relações familiares e de afinidade (C2)</p> <p>A estabilidade conferida pela coisa julgada (P2) prevaleceria sobre (P1), identificando-se que uma alteração de julgamento promoveria uma instabilidade sobre relações familiares consolidadas. É o caso das ações negatórias de paternidade biológica, na qual está presente a identificação de um vínculo de afetividade. <math>(P2 \text{ P } P1) C2</math></p>
8. Escolhas	<p>Pela identificação da evolução histórica que impõe um enfraquecimento da própria ideia de paternidade e pela identificação da fragilidade e insuficiência das provas técnicas da época, decidiu-se pela flexibilização da coisa julgada. A coisa julgada é um mecanismo pragmático, que não assegura a solução da verdade da filiação e origem genética, a qual merece prevalente proteção.</p>



Com a análise, é possível estabelecer **avaliações** sobre a argumentação jurídica apresentada pela decisão. Curioso da decisão é que ela reconhece a ponderação e o uso na instância inferior e desqualifica, em alguma medida, o sopesamento, mas identifica, por fundamentos constitucionais, uma premência da proteção aos direitos da personalidade.

Tal construção argumentativa, fundada fortemente no preceito constitucional do artigo 226, parágrafo 7º da CRFB/88, estabelecendo precedência abstrata teria dificuldades de passar em alguns testes de racionalidade. O primeiro deles, por exemplo, ao se imaginarem situações semelhantes, em que houvesse colisões de proteções a direitos de personalidade de pessoas distintas, ou entre direitos da personalidade e direito à vida ou à saúde, isto é, direitos amparados por pesos abstratos de forte intensidade. Qual seria a solução a ser dada em um exercício de expansão argumentativa feita nessa decisão? Haveria, acredita-se, grande espaço para o casuísmo.

De todas as decisões analisadas, tem-se a impressão de que essa é a mais frágil, sob o aspecto argumentativo, e mais retórica como mecanismo de sustentação de uma escolha. Foi feito um esforço considerável de desqualificação do princípio da segurança jurídica, reiteradamente qualificado como mero óbice processual, ao passo que (abstratamente) considerado-se precedente o “direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

A argumentação feita pode ser considerada, dessa forma, como mecanismo retórico. Nessa decisão, coincidentemente, o Ministro relator inicia a argumentação apresentando sua escolha, o que novamente reforça a forma de construção das decisões judiciais, que buscam pelo seu mecanismo formal (Relatório antecedendo o Dispositivo), dando a impressão de que se reúnem as informações relevantes para depois decidir, quando na realidade a escolha das informações relevantes já é um mecanismo de suporte da escolha feita.

Antes da tabulação da avaliação, comenta-se sobre a ponderação e sobre os testes de regras e formas de argumentação:

#### 1. Ponderação:

Na construção argumentativa, percebe-se uma falha grave: de maneira expressa, o Ministro relator faz restrição à ponderação, mas utiliza como precedentes decisões de outros Ministros, especialmente Cezar Peluso, a tese da chamada relativização da coisa julgada, que chegou a essa conclusão pelo mecanismo da ponderação.

Destaca-se a passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecendo os critérios aventados por Robert Alexy e mencionando a contribuição de Klaus Gunther, no sentido de que normas conflitantes podem ser compatibilizadas dentro de um discurso ético. Acompanhou o voto do relator, mas o fez alegando ter chegado à conclusão aplicando a ponderação.

#### 2. Regras e formas de Argumentação

A escolha de alguns precedentes devem ser destacados na avaliação. O primeiro deles estabelece a relativização da coisa julgada na AC 2182/DF e um outro julgamento feito, quando ainda estabelecida a ordem constitucional de 1967, basicamente sobre avaliação de bem para uma justa indenização. Nests último, face aos sucessivos “lamentos” dos magistrados e procuradores em suas manifestações, fez surgir no julgamento a necessidade de uma solução mais justa com base em formações humanistas dos julgadores (p. 24 do inteiro teor). Tal argumento teria muita dificuldade em ultrapassar qualquer intenção de aplicação da regra da universalização. E mais, no precedente estabelecido, o argumento de maior força para a relativização da coisa julgada foi a proteção da essência da coisa julgada, que seria a estabilidade da decisão judicial de indenização, desestabilizada pelos efeitos nocivos da ausência da possibilidade de atualização dos valores. Em outras palavras, a justa indenização fixada na sentença estabilizada ficou injusta, justamente pela estabilização e não permissão da incidência da atualização dos valores. Tal raciocínio não serviria para a solução apresentada no caso em avaliação.

Com isso, para facilitar o estudo, é possível identificarem-se dificuldades com relação ao cumprimento de testes perante as regras de argumentação:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regras ou formas propostas por Alexy	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	<p>1) Identificação do peso em abstrato.</p> <p>* percebe-se reiterada argumentação no sentido de desqualificar a proteção a coisa julgada.</p>	<p>1) Nas causas em que a busca da verdade assume concretamente um valor fundamental, como é o caso do direito ao conhecimento da própria identidade e origem, a coisa julgada a pouco se presta.</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p>	<p>“abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas” (STF, 2011, p. 5 voto-relatoria). Afirma que se para tudo se empregar esse princípio, para nada ele servirá. Na realidade, esse argumento exagerado também é uma forma retórica.</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p>	<p>“Basta dizer, para exemplificá-lo, que o recorrido já deixou de comparecer, sem apresentar para tanto nenhuma justificativa plausível nesses autos, há pelo menos duas datas designadas pelo Juízo de primeiro grau para a coleta de material para a realização do exame de DNA” (p. 42 do inteiro teor) Essa ida a elementos fáticos e de instrução do processo</p>

		não é rotineira no STF.
2. Regras e formas de argumentação	1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.	Reitera-se, uma vez mais, que o autor da presente ação, criança quando do ajuizamento da primeira demanda investigatória, adolescente, à época da propositura dessa ação, e já homem feito, ao tempo em que se realiza este julgamento em que se propõe a retomada de seu trâmite, obstado pelo acórdão recorrido, não obterá, ao cabo da demanda, senão uma resposta definitiva acerca de seu ancestral biológico paterno, com as possíveis consequências materiais que disso logicamente ainda podem defluir, decorridos, até agora, quase seis lustros desde seu nascimento.” (p. 38 do voto-relatoria).
2. Regras e formas de argumentação	1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.	“A questão deixa de ser principiológica. Como tenho realçado ao longo deste voto, o Direito de Família, no estado-da-arte das Ciências Médicas, não pode se valer de avoengas presunções. Recorde-se da jovem <b>Helena</b> , de <b>Machado de Assis</b> . Se não há como impedir o reconhecimento, no plano da validade, de uma relação jurídica existente por efeito de um testamento, o que se dirá de

		semelhante efeito por uma sentença?
--	--	-------------------------------------

### DECISÃO 3: PESQUISA EM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS – ADI 3510/DF

Em 2008, foi realizado julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) cujo objeto era a discussão de previsões da chamada Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), face a possíveis colisões com as proteções constitucionais do direito à vida digna, saúde e planejamento familiar.

A ADI, que recebeu o número 3510/DF, teve como discussão a legitimidade de pesquisas com células-tronco embrionárias e o chamado constitucionalismo fraternal.

A referida ação foi proposta, tendo como alvo o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que estabelece ser permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento e atendidas específicas condições<sup>105</sup>.

Como argumentos, o autor da Ação (Ministério Público Federal) elencava a inviolabilidade do direito à vida e a consequente necessidade de proteção do embrião humano; em última análise, o fundamento maior do Estado democrático de direito e a proteção da dignidade humana.

<sup>105</sup> Lei 11.105/05, artigo 5o: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I- sejam embriões inviáveis; ou II- sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Parágrafo 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. Parágrafo 2o. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Parágrafo 3o. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo, e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997.

De outro lado, como argumentos pela constitucionalidade do artigo atacado, foram destacados os direitos fundamentais à saúde e à livre expressão da atividade científica.

Para o julgamento, foram utilizados os instrumentos do *amicus curiae*, bem como audiências públicas. Desses instrumentos algumas premissas para julgamento foram destacadas: a superior virtude das células-tronco embrionárias, sobre as células-tronco adultas para fins terapêuticos; para considerável grupo de pessoas, a pessoa humana, a “individualidade genética” e “especificidade ôntica” se dão no instante da fecundação, mesmo em uma fecundação artificial. Assim, trata-se de um ser humano embrionário, uma pessoa em estágio de embrião e não um embrião a caminho de ser pessoa.

Da mesma forma, não ficou de fora, como premissa, a consideração de que avanços na qualidade e duração de vida humana também estão vinculadas à investigação e terapia biológicas. Para esse conjunto de pensamento, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, como a manifestação da vida em estágio inicial, mas que não pode ser comparada ao embrião que evolui em uma gestação, posto que útero e tempo são condições necessárias para o surgimento do feto.

Curiosa, e não poderia ficar de fora de um relato voltado a uma análise argumentativa da decisão, é a passagem em que o voto-relatoria faz uma síntese das audiências públicas e faz um exercício retórico sobre a importância do útero e da ligação entre o feto, em gestação e a mãe:

[...] valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com célebre sentença de que ‘Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã

filosofia' (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V)" (STF, 2008, ADI 3510/DF, p. 150).

Outro raciocínio também é transcrito como premissa decisória: no aborto, tem-se uma vida intrauterina que seria interrompida por intervenção humana. No embrião congelado, por outro lado, só haveria vida pela intervenção humana. Existe outra, para enfraquecer a premissa anterior: a fecundação cria algo irrepetível. Nesse momento, são definidos sexo, características genéticas, eventuais doenças genéticas e tendências herdadas. O Ministro-relator reproduz a argumentação trazida nas audiências públicas: "O zigoto de Mozart já tinha dom para música e Drummond, para a poesia. Tudo já estava lá. É um ser humano irrepetível." (fala da Dra. Lenise Garcia, transcrita pelo Ministro Relator, STF, 2008, ADI 3510/DF, p. 151)

Na tabulação:

<p>1. Identificação</p>	<p>ADI 3510/DF</p> <p>Julgado em 2008.</p> <p>Detalhamento da composição do STF para a decisão:  <b>Relator:</b> Ayres Britto – pela improcedência total  <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, Eros Grau (com ressalvas), Cezar Peluso (com ressalvas)  <b>Contrários ao voto do Relator:</b> Ministros Menezes Direito (Parcial Procedência) e Ricardo Lewandowski (Parcial Procedência).</p> <p>A discussão na ação direta teve como epicentro as pesquisas com células-tronco embrionárias, especialmente o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que estabelece ser permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos <i>in vitro</i> e não utilizados no respectivo procedimento.</p>
-----------------------------	--

	<p>Questionava-se se esse artigo seria ou não constitucional na medida da proteção constitucional do embrião humano, por um lado, e, de outro, na proteção a atividade científica e os avanços a saúde.</p>
2. Fatos	<p>1) Havia dúvida sobre tratar-se de um ser humano embrionário e, por consequência, um ser humano em estágio de embrião ou um embrião a caminho de ser uma pessoa.</p> <p>2) A necessidade e a busca ininterrupta pela qualidade e duração da vida humana, com a consequente necessidade de investigação e terapia biológicas.</p> <p>3) A superior virtude das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos.</p>
3. Questões jurídicas	<p>As pretensões se fundamentam, por um lado, na inviolabilidade do direito à vida e consequente proteção do embrião humano. Além disso, para muitos a individualidade genética e a especificidade ôntica acontecem com a fecundação.</p> <p>Por outro lado, o embrião <i>in vitro</i> seria uma realidade do mundo do ser, mas não poderia ser comparado a um embrião que evolui na gestação.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Proteção à vida;</p> <p>2) Proteção à saúde;</p> <p>3) Proteção à atividade científica.</p>
4. Teses	<p>1) Como expressão máxima da dignidade humana, a inviolabilidade do direito à vida.</p>



	<p>2) A incomparável diferença entre um embrião em desenvolvimento e um embrião <i>in vitro</i> não destinado à gestação, e sua importância para os direitos fundamentais à saúde.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) A individualidade genética e a especificidade ôntica se dão no momento da fecundação.</p> <p>2) É um ser humano embrionário.</p> <p>3) A fecundação cria algo irrepetível.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) Não haveria ligação do útero gestante com o feto.</p> <p>2) No embrião congelado, só haveria vida pela intervenção humana, atitude, na fronteira contrária ao aborto (intervenção humana para tirar a vida).</p>
6. Princípios colidentes	<p>Proteção a vida até mesmo em estágio embrionário (P1) e proteção à atividade científica e incremento da saúde (P2).</p>
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 identificando-se no embrião produzido <i>in vitro</i>, não sendo implantando para gestação como manifestação de uma vida (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1</b>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2): C2</p> <p>2.1 inexistência de viabilidade de vida, mas significativa utilidade para pesquisa e desenvolvimento de tratamentos de saúde (C2).</p>

	(P2 P P1) C2
8. Escolhas	A proteção à saúde deve preceder, havendo o embrião sido desenvolvido para fertilização <i>in vitro</i> e não utilizado, sendo encaminhado para o adequado descarte. Assim, a pesquisa e o desenvolvimento científico para a saúde seriam ideias mais próximas à realização de uma dimensão da dignidade humana.

Com a análise, é possível estabelecer **avaliações** sobre a argumentação jurídica apresentada pela decisão.

#### 1. Ponderação:

Em um primeiro momento, a ponderação é utilizada na argumentação em sua acepção de razoabilidade, no sentido de que, para os que são voto vencido, não seria razoável sacrificar o meio para se atingir o fim, isto é, a busca cega pelos resultados, em uma redução meramente utilitarista e desprovida de ética. Para essa argumentação, os cientistas médicos e jurídicos não podem, pelo bem, praticar o mal, ou para salvar uma vida sacrificar outra. Seria assim um descompromisso com o futuro da humanidade.

No voto da Ministra Cármen Lúcia, há expressa menção à necessidade de ponderação como técnica de enfrentamento de colisão de princípios não absolutos para a compatibilização do sistema. Nela há passagem importante que indica a condição de precedência:

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver. Possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana. (p. 209 do inteiro teor)

## 2. Regras e formas de Argumentação

Com isso, é possível identificarem-se dificuldades com relação ao cumprimento de testes perante as regras de argumentação, bem como apontar elementos importantes da argumentação:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regras ou formas propostas por Alexy	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	<p>1) Não haverá adequação, quando não se proteja o direito fundamental de maneira ótima;</p> <p>2) Não haverá necessidade, quando existir outro meio alternativo que favoreça mais a realização do direito fundamental e</p> <p>3) Violará a proporcionalidade em sentido estrito, quando se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.</p>	<p>Sob o aspecto decisório: a Constituição estabelece o direito à vida, mas também estabelece o princípio da solidariedade entre gerações (art. 225, par. 1º, inc. II, CRFB 88). Tal previsão busca garantir a dignidade da existência humana, não apenas do vivente (agora), mas do viver e da possibilidade de tal condição aos que depois vierem. (p. 212 do inteiro teor).</p> <p>Sob o aspecto legislativo: a proporcionalidade se divide-se entre a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente. No primeiro, funciona basicamente como vedação a intervenção, no segundo, considerando consideram-se direitos fundamentais como imperativos de tutela.</p> <p>Assim, embora a ponderação feita indique para a possibilidade de utilização das células-tronco,</p>

		reconheceu-se uma deficiência normativa no tocante a à atuação e aprovação de um Comitê Central de Ética e Pesquisa.
2. Regras e formas de argumentação	<p>Insuficiência da observação da regra:</p> <p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p>	<p>Ao argumentar como voto vencido, o Ministro Menezes Direito busca uma construção para o que chama de precaução, como necessária aos limites da ciência, posto que é inegável a existência de limites, que devem ser aceitos. A evolução da ciência desperta preocupação e esperança. Esperança na cura de doenças, que esbarram na morte como certeza da vida. Preocupação, porque é sempre necessário estabelecer limites éticos, especialmente para evitar a criação de fontes de renda, comercialização e lucros, ao custo da deturpação de valores.</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p>	<p>“Basta dizer, para exemplificá-lo, que o recorrido já deixou de comparecer, sem apresentar para tanto nenhuma justificativa plausível nestes autos, a pelo menos duas datas designadas pelo Juízo de primeiro grau para a coleta de material para a realização do exame de DNA” (p. 42 do inteiro teor) Esta Essa ida a elementos</p>

		fáticos e de instrução do processo não é rotineira no STF.
--	--	--

### GRUPO 3: LIBERDADES DE IMPRENSA, EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO

#### DECISÃO 9: EDIÇÃO E TRUCAGEM DE MATERIAL HUMORÍSTICO EM FACE DE CANDIDATOS - LIBERDADE DE EXPRESSÃO - ADI 4451 MC-REF/DF

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Radio e Televisão para impugnar parte da Lei 9504/97, especificamente o artigo 45, incisos II e III<sup>106</sup>.

A referida previsão legal visa proibir, a partir do dia 1º de julho do ano da eleição, que as emissoras usassem recursos de edição para ridicularizar candidato ou difundir opinião sobre candidatos, partidos, coligações, etc.

O debate axiológico desenvolveu-se, especialmente na identificação da importância da liberdade de expressão, em todas as suas manifestações, especialmente principalmente para o caso a de manifestação pelo humor. Igualmente de conteúdo constitucional a paridade de armas, especialmente em especial durante um período eleitoral, como garantia da isonomia dos candidatos.

1. Identificação	ADI 4451 MC-REF/DF  (referendo na medida cautelar)  Julgado em 02/09/2010.
---------------------	--

<sup>106</sup> artigo 45: inciso II: usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito. Inciso II: veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, aos seus órgãos ou representantes.

	<p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Ayres Britto</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Cezar Peluso</p> <p><b>Contrários ao voto do Relator:</b> Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.</p> <p>Alcance da liberdade de expressão, como liberdade de imprensa ao humor.</p>
2. Fatos	<p>1) ADI proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Radio e Televisão para impugnar os incisos II e III do artigo 45 da Lei 9504/97.</p> <p>2) A passagem da Lei vedava, a partir de 1º de julho do ano da eleição, veiculação de material editado que implicasse possível ridicularização de candidato ou exteriorização de opinião da emissora.</p>
3. Questões jurídicas	<p>1) Compõe as atividades de imprensa a porção respectiva do humor, que realiza uma visão crítica do mundo e tem no riso efeito colateral.</p> <p>2) A norma impugnada pode trazer um artifício silenciador às emissoras.</p> <p>3) Há uma pretensão pela lisura do processo eleitoral.</p> <p>4) Restrição à manifestação do pensamento, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.</p> <p>5) É saudável para a democracia a existência de um livre, aberto e robusto mercado de ideias e informações.</p> <p>6) Liberdades de expressão e imprensa: o sistema constitucional de liberdade de expressão abrange as</p>

	<p>dimensões substantivas e instrumental.</p> <p>7) Direito difuso da cidadania à informação.</p> <p>8) (Voto vencido) um controle de constitucionalidade tardio, feito 10 anos após a edição da lei atacada fica comprometido.</p> <p>9) (Voto vencido) as eleições devem ser protegidas da influência do poder econômico, sob pena de se criar uma assimetria entre os poderosos e os vulneráveis.</p> <p>10) (Voto vencido) as restrições da lei impugnada coincidem com as restrições da lei eleitoral e só visam o equilíbrio de forças.</p> <p>11) Seria incabível censura prévia à crítica e à opinião.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Liberdade de imprensa;</p> <p>2) Paridade de armas;</p> <p>3) Isonomia dos candidatos.</p>
4. Teses	<p>1) Ao se restringir a atividade de edição para ridicularizar candidato ou limitar opinião das emissoras, estar-se-ia a violar a liberdade de imprensa.</p> <p>2) A restrição estabelecida na Lei atacada pela ADI estaria salvaguardando a paridade de armas, expressão democrática para a isonomia eleitoral entre os candidatos.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) A liberdade de expressão e de imprensa são imprescindíveis para a livre, aberta e robusta circulação de</p>

	<p>ideias e informações, fundamentos da democracia</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) É princípio republicano o combate à propaganda política destinada a favorecer uma das partes em disputa eleitoral.</p> <p>2) Não há vedação legal <i>prima facie</i> à liberdade comunicativa dos artistas humoristas no espaço público alheio ao modelo de outorgas de serviços de radiodifusão, inclusive Internet. A imprensa escrita idem.</p> <p>3) Nunca houve, na vigência da lei impugnada, qualquer punição a humorista.</p> <p>4) A dogmática jurídica é quase unânime em afirmar a inexistência de lesividade a direitos fundamentais nesses dispositivos.</p> <p>5) Concretamente, candidatos não podem ser prejudicados por predileção de proprietários de veículos de radiodifusão. Uma coisa seria proibir a liberdade de expressão, outra o partidarismo dos meios de comunicação.</p> <p>6) O estado da arte da hermenêutica infraconstitucional, seja pretoriana, seja dogmática, é sensível à conformidade do artigo 45 e de todos os seus incisos com princípios e direitos fundamentais da CRFB/88.</p>
6. Princípios colidentes	Liberdade de imprensa (P1) e isonomia de candidatos (P2).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 reconhecendo-se que o humor externa crítica e compõe expressão da liberdade de imprensa, ela é elemento para a circulação de ideias e informações(C1).</p>



	<p>(P1 P P2) C1.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 a propaganda política destinada a favorecimentos deve provocar uma restrição à liberdade de imprensa que não é absoluta (C2)</p> <p>(P2 P P1) C2</p>
8. Escolhas	<p>O Estado, dentro de uma perspectiva constitucional, se obriga, tanto em veículos outorgados ou não a garantir <i>a priori</i> a liberdade de imprensa que se apresenta como componente imprescindível à circulação de ideias e informações relevantes à expressão democrática, e a restrição, <i>a priori e abstracta</i> apresentada pela Lei, viola a constituição.</p>

Realizou-se uma tabulação para a avaliação das etapas argumentativas da decisão, destacando-se muito a incompreensão da proposta teórica da argumentação jurídica de Alexy, especialmente quanto à discricionariedade decisória:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	1) A ponderação é um método de solução de colisão de princípios em casos difíceis.	Para o Ministro Dias Toffoli, “ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito à críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.” E prossegue: “Tenho muito

		<p>receio da principiolatria, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga legislatria. (p. 57 do inteiro teor.</p> <p>“A ponderação feita pelo legislador é legítima.” (p. 62 do inteiro teor)</p>
1. Ponderação	1) A justificação visa possibilitar o afastamento das escolhas por motivos psicológico, existenciais, ideológicos, morais, econômicos, religiosos do julgador.	<p>Em outra passagem, afirma o Ministro Dias Toffoli, citando Shakespeare (Medida por Medida), na qual um personagem, tomado pela beleza da irmã de um condenado faz uma reinterpretação da lei. Para o Ministro, “[...] a mesma lei inflexível, <b>por meio da ponderação</b>, pode ser flexibilizada, chegando-se a um resultado absolutamente diverso, conforme juízos subjetivos e incontroláveis da autoridade, em desapego à segurança jurídica da norma legal. (p. 58 do inteiro teor)</p>
2. Regras e formas de argumentação	1.1) Nenhum falante pode se contradizer.	<p>“Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a <i>legisprudência</i>, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre.” (p. 57 do inteiro teor)</p>

### GRUPO 3: LIBERDADES DE IMPRENSA, EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO

DECISÃO 10: DESCOMPASSO DA LEI DE IMPRENSA COM A CRFB/88 –  
ADI 130/DF

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal analisou, em controle de constitucionalidade, se a chamada Lei de Imprensa teria ou não sido recepcionada pela CRFB de 1988. A referida lei, de 1967, fora confeccionada em período ditatorial e continha várias passagens incompatíveis com preceitos constitucionais.

A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, e houve pedidos alternativos que variaram desde a declaração incompatibilidade da integralidade da Lei, até a incompatibilidade parcial e de interpretação conforme<sup>107</sup>.

Na relatoria, o entendimento foi encaminhado pela ideia de que não haveria espaço, em uma avaliação *a priori*, para se pensar em liberdade de imprensa a meio-termo ou temporizada; ou ela seria inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como um jogo de aparência jurídica.

O reequilíbrio de valores importantes seria dado pela conciliação entre liberdade *a priori* e responsabilidade *a posteriori*.

A construção da relatoria não obteve o consenso entre os

---

<sup>107</sup> A ação pugnou pelo reconhecimento da total invalidade jurídica da Lei no 5.250/67, porquanto "*incompatível com os tempos democráticos*". Alternativamente, pediu a declaração de não-recebimento, pela Constituição: a) da parte inicial do § 2o do art. 1o, atinentemente ao fraseado "... *a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem...*"; b) do § 2o do art. 2o; c) da íntegra dos arts. 3o, 4o, 5o, 6o, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) da parte final do art. 56, no que toca à expressão "...*e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...*"; e) dos §§ 3o e 6o do art. 57; f) dos §§ 1o e 2o do art. 60; g) da íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. Mais: requereu interpretação conforme a CF/88: a) do § 1o do art. 1o; b) da parte final do caput do art. 2o; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do art. 17. Tudo isso para postular que as expressões "*subversão da ordem política e social*" e "*perturbação da ordem pública ou alarma social*" não sejam interpretadas como censura de natureza política, ideológica e artística, ou venham a constituir embaraço à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão jornalística. Já alusivamente ao art. 37, requereu o emprego da técnica da "interpretação conforme a Constituição" para deixar claro que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada. À derradeira, tornou a postular o uso da técnica da "interpretação conforme" de toda a Lei de Imprensa, de maneira a rechaçar qualquer entendimento significativo de censura ou restrição às encarecidas liberdades de manifestação do pensamento e expressão jornalísticas. (paginas 15-16 do voto)

Ministros, porque em um contraponto afirmou-se que a proteção a direitos da personalidade não poderia ficar restrita a um direito de resposta (de eficácia no mínimo questionável) ou uma reparação pecuniária. A esse raciocínio se soma a afirmação feita pelo Ministro Gilmar Mendes de que “[...] o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas [...]” (p. 82-83 do inteiro teor)

<p>1. Identificação</p>	<p>ADI 130/DF</p> <p>Julgado em 30/04/2009.</p> <p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Ayres Britto</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.</p> <p><b>Contrários:</b> Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Marco Aurélio.</p> <p>Alcance da liberdade de expressão e compatibilidade com preceitos constitucionais.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) ADPF proposta pelo PDT impugnando alternativamente toda Lei de Imprensa ou parcialmente os artigos, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51, 52, 56, 57, 60, 65</p> <p>2) A referida Lei é de 1967, período de intensa intervenção estatal sobre a liberdade de imprensa e de expressão (período ditatorial)</p> <p>3) Sobre a informação, “[...] livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas vias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas.” (p. 32 inteiro teor do Acórdão)</p>

3. Questões jurídicas	<p>1) A CFRB, no artigo 220 parágrafo 1º fala em liberdade de informação jornalística.</p> <p>2) Como lição da História, em matéria de imprensa, não há espaço para meio-termo ou contemporização. Ou ela é inteiramente livre ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica.</p> <p>3) A harmonia do sistema é dada pela conciliação liberdade/responsabilidade.</p> <p>4) A imprensa, como parâmetro para uma avaliação ou controle de constitucionalidade, passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. São verdadeiras “irmãs siamesas” (p. 40 inteiro teor do Acórdão).</p> <p>5) A imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e expressão dos indivíduos em si mesmos considerados, posto que serão mais intensamente veiculadas, ganhando costas largas, o que faz do capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Liberdade de imprensa;</p> <p>2) Paridade de armas;</p> <p>3) Isonomia dos candidatos.</p>
4. Teses	1) Expurgar a norma inadequada do ordenamento jurídico brasileiro resolveria o problema de liberdade de imprensa,

	<p>mas geraria insegurança jurídica devido ao constante estado de ameaça a direitos da personalidade.</p> <p>2) A liberdade de expressão divide espaço com a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos de personalidade.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) Nos Estados Unidos da América (EUA), há já na primeira emenda uma afirmação: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião; ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade da palavra, ou da imprensa.”</p> <p>2) Citando Thomas Jefferson “[...] se lhe fosse dado a escolher entre um governo sem jornais e jornais sem governo, não hesitaria pela última fórmula” (p. 34 inteiro teor do Acórdão)</p> <p>3) A ABI (Associação Brasileira de Imprensa) mencionou que até mesmo os escandalosos tabloides ingleses, premidos pela perda de leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação, numa ideia de autocontrole para evitar abusos.</p> <p>4) “[...] quem quer que seja pode dizer o que quer que seja [...], ao menos em linha de partida, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e expressão”</p> <p>5) Se há plena liberdade, tanto o tempo de início e duração do exercício, quanto a extensão ou tamanho de seu conteúdo, estão abrangidos.</p> <p>Para a tese 2:</p>

	<p>1) O entrecchoque entre direitos à liberdade de expressão com direitos de personalidade não pode se traduzir num direito de precedência do primeiro apriorística sobre o segundo. Um direito não pode, de antemão ser maior que o outro, pois seria uma forma de absolutizá-lo.</p> <p>2) A CRFB/88 não previu, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum; evidentemente não poderia conceber à liberdade de imprensa uma largueza absoluta.</p> <p>3) O simples período de produção da norma atacada (1967) não confere caráter contraditório às previsões da CFRB/88, posto que, por analogia, diversas normas penais, com conteúdos de acréscimo humanitário, no âmbito da aplicação e execução da pena, foram feitos no referido período.</p> <p>4) A liberdade de expressão não pode amparar comportamentos intolerantes, contrários à dignidade. O próprio Pacto de San Jose da Costa Rica exclui do âmbito de proteção da liberdade de pensamento a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.</p>
6. Princípios colidentes	Liberdade de imprensa (P1) e direitos da personalidade (P2).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 reconhecendo-se uma opção democrática para o Estado brasileiro. (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1</b>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 como não há possibilidade de se absolutizar um</p>

	<p>princípio havendo identificação de violação a limites impostos à liberdade: apologia ao ódio racial, religioso, ou nacional, ou incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime e à violência (C2)</p> <p>(P2 P P1) C2</p>
8. Escolhas	<p>O Estado, dentro de uma perspectiva democrática e constitucional, deve preservar <i>a priori</i> a liberdade de imprensa, garantindo direito de resposta, reparação e responsabilidade penal aos excessos. Lei viola preceitos fundamentais da constituição e portanto a ação, por maioria, foi julgada procedente.</p>

Na tabulação, passagens de avaliação:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	<p>1) A ponderação necessariamente considera elementos concretos. Não há precedência absoluta.</p> <p>No processo de ponderação, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Deve-se assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra uma atenuação.</p>	<p>No voto do relator, há a seguinte passagem: “Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão [...]”(p. 50 do inteiro teor)</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve apresentar</p>	<p>Quando o relator comentou sobre o núcleo duro da liberdade de imprensa, após aditamento do voto do Ministro Joaquim Barbosa, e</p>



	uma razão para isso.	foi questionado sobre a ponderação de valores, respondeu que há matérias perifericamente de imprensas ou lateralmente de imprensa. (p. 118 do inteiro teor). Tal argumento gerou dúvidas sobre a extensão do entendimento do Ministro Relator, que afirmou em seguida sobre a lei: “É uma lei orgânica e ela tratou, de cambulhada, todos os temas; além de ser, nas suas linhas e entrelinhas, visceralmente inimiga da atual Constituição (p. 118 do inteiro teor.)”
--	----------------------	--

#### GRUPO 4: PRISÃO E PENA

##### DECISÃO 12: Execução Provisória da Pena - HC 84078

Em 2009, no HC 84078/MG, o STF enfrentou o problema da execução provisória de pena privativa de liberdade. O cenário tornou-se mais colidente em termos principiológicos, tendo em vista as previsões que autorizam as chamadas prisões cautelares ou processuais, somadas a mudanças legislativas que ocorreram sobre os efeitos que os recursos extraordinários teriam a um processo.

A partir da construção da relatoria, alguns argumentos se consolidam: a clareza da previsão constitucional ao exigir o trânsito em julgado para se afastar a prévia concepção de inocência; a justiça penal eficaz, que não seria alcançada com o sacrifício do devido processo legal; a

coerência com julgados em matérias semelhantes, que envolviam patrimônio ou restrições de direitos, sempre exigindo o trânsito em julgado. Relembrou-se também um argumento histórico em favor do princípio da inocência, que já em Beccaria (1764), em momento pré-Revolucionário portanto, tal princípio surgiu como reação primária e básica contra o tratamento desumano e injusto que o Estado dispensava. Assim, a pessoa humana que seja réu no processo penal não perde sua dignidade por isso, e o processo deve ser com isso compatível: garantístico. Assim, toda medida judicial que seja baseada em juízo de culpabilidade (como seria a prisão com sentença condenatória com recursos extraordinários pendentes) ofende a garantia constitucional.

Por outro lado, também tem forte peso argumentativo uma outra construção, como aquela em que a interpretação dada por uma corte judicial, num caso concreto, poderia dar efeito suspensivo a um recurso, cuja lei confere expressamente somente o efeito devolutivo. E ainda, assim como a prisão cautelar justifica-se para garantir a persecução criminal durante o processo penal, ou seja, restringe-se a liberdade como meio de assegurar o bom resultado do processo penal; não admitir o início da execução da pena, vencido o duplo grau e com condenação, seria reconhecer que o bom andamento do processo é mais importante que seu alvo: a sentença e o acórdão condenatórios. Protege-se o instrumento, mas desprotege-se a razão da existência desse instrumento?

Nesse mesma linha, argumenta-se também segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 7º, n. 2), que exige apenas o amparo legal para privação antecipada da liberdade e não assegura, por outro lado, o direito de sempre recorrer em liberdade.

Há também interessante passagem que compara a tolerância às prisões processuais com a privação de liberdade, em virtude de decisão condenatória com pendência de recurso extraordinário. Na página 1103 do inteiro teor, argumenta-se que os princípios, citando Dworkin, não poderiam ser aplicados de forma discricionária. Assim, não seria possível a afirmação de que a privação de liberdade antes do trânsito em julgado ora viola (execução provisória de condenação), ora não viola (prisões processuais) o

princípio da inocência. E textualmente afirma o Ministro: lembre-se de que segundo Robert Alexy (Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 pág. 105 a 107), os princípios nos dão critérios para tomar uma posição diante de situações concretas indeterminadas.

E reafirma o Ministro que tais situações são as mesmas; portanto, conclui ele, que a posição tomada não pode ser variável, valendo-se a mesma tolerância que se tem para as prisões cautelares para a prisão em virtude de sentença condenatória, com pendentes recursos extraordinários (REsp. ou RE). Para esse âmbito de discussão, o Ministro Menezes Direito arremata o argumento de que não vê diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação de liberdade do acusado e, a se erigir a norma do artigo 5º, LVII da CRFB 88, em uma absoluta aplicação do princípio da presunção da inocência, ambas não deixariam de constituir a sua violação.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal encontrou um cenário legislativo infraconstitucional, que autorizava e disciplinava a prisão ao longo de um processo. Por outro lado, há dispositivo constitucional que considera a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da ação penal, que só ocorreria quando não coubesse recurso à decisão condenatória. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal se dividiu, e a decisão final foi por maioria, com diversidade argumentativa inclusive por votos que chegaram à mesma opção decisória.

Nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes foi o último a proferir o voto. Destaca-se, no seu entendimento, que o recolhimento à prisão, por determinação legal, na pendência de recursos extraordinários restringiria de forma grave o direito fundamental de liberdade, e esse raciocínio impediria a aplicação da proporcionalidade, pois tomaria como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente em um juízo de desvalor genérico, violando a acepção de necessidade, que seria o primeiro passo de uma construção decisória baseada na proporcionalidade. Concluiu,

portanto, que a espécie de recolhimento à prisão afrontaria, de partida, os postulados da presunção de inocência, dignidade humana e proporcionalidade (afronta a necessidade).

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

<p>1. Identificação</p>	<p>HC 84078/MG</p> <p>Julgado em 05/02/2009.</p> <p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Eros Grau</p> <p><b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Celso de Mello, Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes.</p> <p><b>Contrários:</b> Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia.</p> <p>Sobre uma inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.</p>
<p>2. Fatos</p>	<p>1) O paciente foi denunciado pela prática de homicídio tentado com agravantes (artigo 121, par. 2º, I e IV combinado com o artigo 14,II do Código Penal brasileiro)</p> <p>2) Houve condenações, embora diferentes em dois juris, e no segundo houve a condenação a 7 anos e 6 meses, em regime inicialmente fechado para cumprimento da pena.</p> <p>3) O Ministério Público requereu a decretação de prisão preventiva à época do julgamento, alegando movimentações do réu no sentido de liquidar seu patrimônio (vultoso patrimônio) indicativo de uma possível evasão à aplicação da pena. À época do julgamento, a prisão preventiva tinha sido negada. Ao negar a possibilidade da preventiva, o</p>

	<p>Ministro Nelson Jobim entendeu razoável o argumento trazido pelo paciente de que a venda de seus bens se destinava à aquisição de novos insumos para o desenvolvimento de nova atividade econômica.</p>
3. Questões jurídicas	<p>1) Se não há fundamentos para prisão preventiva, o encarceramento do paciente, após julgamento de apelação, mas pendente recursos extraordinários, ganha contornos de execução antecipada da pena.</p> <p>2) Precedentes do Supremo Tribunal Federal informam que não haveria óbice à execução de sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo.</p> <p>3) O artigo 637 do Código de Processo Penal (DL 3689/41) disciplina a possibilidade de execução provisória da sentença.</p> <p>4) A Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105).</p> <p>5) A CRFB 88 estabeleceu, no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (presunção de não culpabilidade).</p> <p>6) Os preceitos da lei de execuções, além de compatíveis com a CRFB 88, sobrepõem-se temporal e materialmente ao artigo 637 do CPP.</p> <p>7) O STF já entende que a pena privativa de direitos não pode ter execução iniciada antes do trânsito em julgado da sentença.</p> <p>8) As prisões antes do trânsito em julgado são: em flagrante, temporária ou preventiva.</p>

	<p>9) A ampla defesa abrange todas as fases processuais.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Liberdade e presunção de não culpabilidade</p> <p>2) Legalidade e efetividade da Justiça</p> <p>3) Devido processo legal</p> <p>4) Duplo grau de jurisdição</p>
4. Teses	<p>1) O princípio da não culpabilidade é compatível com restrições legalmente estipuladas, como a que permite a execução provisória da sentença penal condenatória, que respeita o duplo grau e a exigência de uma Justiça penal eficaz.</p> <p>2) É ampla a proteção dada pelo princípio constitucional da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado, só admitindo as exceções do flagrante e das prisões processuais. A violação dessa garantia afeta também o princípio do devido processo legal (na sua proteção a um processo justo)</p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) A sensação de impunidade: haveria casos em que o réu recorreria, em REsp. ou RE, sem qualquer fundamento ou base legal, apenas para retardar o trânsito em julgado e o consequente andamento da execução.</p> <p>2) A inviabilidade operacional das cortes extraordinárias (STJ e STF), que seriam afetadas também com recursos protelatórios.</p>

3) No RE, o que se está discutindo são teses jurídicas e não matéria de fato, que já está decida e que concluiu pela prisão.

4) Ao se aceitar a tese 2, estar-se-ia, por via de interpretação, a dar efeito suspensivo a um recurso que, por processo legislativo, só tem efeito devolutivo.

5) Ao se aceitar a tese 2 e mudar o entendimento do STF, estar-se-ia concluindo que todos os ministros antecedentes durante 20 anos estavam equivocados.

6) A confirmação da sentença condenatória faz um juízo de certeza.

Para a tese 2:

1) O STF já entende que a pena privativa de direitos não pode ter execução iniciada antes do trânsito em julgado da sentença, e com maior razão não permitir a execução provisória de uma pena mais severa. Ao se dar tratamento mais severo e desigual em pior sentido, estaria sendo também violado o princípio da isonomia, que veda a aplicação desigual do direito em situações paralelas.

2) A ampla defesa abrange todas as fases processuais, e a prisão restringe-a. Portanto, somente nos casos excepcionais (flagrante, temporária e preventiva) ela pode ser tolerada.

3) A Lei 7960/89 (prisão temporária), a Lei 8072/90 (crimes hediondos) e a Lei 8038/90 (estabelecendo somente efeito devolutivo ao recurso especial (REsp) e recurso extraordinário (RE) demonstram um período de extrema repressão. Evandro Lins e Silva sintetiza essa fase: “quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está

	<p>querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente.” Esse raciocínio não deixa de ser uma substituição de justiça por vingança.</p> <p>4) Em precedente, o STF afastou a possibilidade de lei que determinava redução de vencimentos de servidor afastado em virtude de processo criminal. Tal restrição patrimonial foi considerada antecipação de pena. No atual julgamento, portanto, o STF corre o risco de concluir que a propriedade (vencimentos) é mais importante que a liberdade (prisão)</p> <p>5) A execução provisória da pena privativa de liberdade pode até ser formalmente legal, mas não é compatível com a Constituição e não é justa.</p> <p>6) para a execução provisória, é preciso a possibilidade de retorno ao “statu quo ante”, impossível para esse tipo, com restrição de liberdade.</p>
6. Princípios colidentes	Efetividade da Justiça (P1) e presunção de inocência (P2).
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 em matéria eleitoral, pelo efeito de proteção coletiva que a representatividade popular tem, seria possível a restrição da ampla liberdade que a presunção de não culpa confere (participação passiva eleitoral vedada pela condenação em Tribunal, mesmo pendentes recursos extraordinários) (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1.</b></p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 havendo o risco irreparável de dano ao inocente, a liberdade (prisão) deve prevalecer sobre eventuais riscos à</p>



	efetividade da Justiça (C2)  <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;">(P2 P P1) C2</div>
8. Escolhas	Por maioria, concedeu-se a ordem para que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Seria incompatível com o direito fundamental a presunção de inocência a qualquer restrição de ordem jurídica, somente justificável com a irrecorribilidade de decisões judiciais.

Para a avaliação dessa decisão, dentro do recorte do presente trabalho constatou-se que o único Ministro disposto a realizar a ponderação, não avança na técnica, pois esbarra no primeiro passo da proporcionalidade, isto é, no exame da necessidade. Conclui que a medida contestada pelo *Habeas Corpus* não passa nessa primeira etapa da proporcionalidade, e assim o Ministro conclui seu voto e acompanha o Relator. Dessa forma, a ponderação é mencionada, mas não efetuada.

Pela ausência total da realização da ponderação, embora seja possível aferir os argumentos trazidos ao longo do inteiro teor dos votos sob o ponto de vista do cumprimento ou não das regras e formas de argumentação, não seria esse o sentido do presente trabalho, que se propõe a avaliar o cumprimento das regras e formas em articulação com a ponderação e não de forma exclusiva.

#### GRUPO 4: PRISÃO E PENA

##### DECISÃO 15: Prisão e pena - HC 82959

Em 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* (HC) nº 82959, originário do Estado de São Paulo. Analisando um caso concreto, em um período de grandes debates sociais sobre a questão

delicada de política de combate às drogas (explicitamente apresentada pela Lei 11.343 do mesmo ano do HC), em uma situação na qual caberia, segundo a legislação posta, controle de constitucionalidade incidental, com efeito restrito às partes, o Acórdão abstrativizou seus efeitos, tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

A princípio, tratava-se de situação jurídica estabilizada e definida na legislação. O controle 'subjeto' de constitucionalidade tinha sua particularidade e seus efeitos restritos aos sujeitos integrantes da específica relação processual e que não se confundiam com o controle 'objetivo' de constitucionalidade - esse sim voltado ao controle normativo em tese, cujos efeitos deveriam ser a todos. Um novo quadro interpretativo surge com o *Habeas Corpus*: nesse julgado, há uma construção argumentativa para a necessidade de modular os efeitos de um controle de constitucionalidade, atingindo a todos e vinculando futuras decisões de suas turmas, outros Tribunais, Juízes e demais órgãos públicos.

Assim, tem-se nessa dimensão todo um complexo de tensões entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que sincronicamente normatizam temas complexos. Pelo julgado no HC 82959, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8072/90<sup>108</sup>, que vedava a progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Nessa parte da decisão, a interpretação sobre a dogmática do controle concreto de constitucionalidade e seus sucedâneos sofreu profundas alterações. Tal decisão trouxe a argumentação pela adoção da teoria da abstrativização dos efeitos da sentença, algo só previsto pelo Legislador para a outra modalidade de controle - o controle abstrato de constitucionalidade, previsto no artigo 27, da Lei 9868/99<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

<sup>109</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

No referido julgado, o STF aponta os pilares que fundamentam sua tese de abstrativização: a compatibilidade do sistema difuso, com a doutrina da limitação dos efeitos ao tempo, e a possibilidade de compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, no tocante à opção do julgador em atribuir excepcional modulação dos efeitos de uma decisão de controle concreto.

Na construção de sua decisão, o STF argumentando pelo valor que se deve dar à segurança jurídica, prosseguiu no entendimento de que seria razoável que o próprio Tribunal declarasse, nos casos de controle de constitucionalidade concreto, os efetivos alcances de sua decisão.

Com base nessas duas teses, o STF consolidou caminho para a argumentação de uma forma diferenciada de interpretação do Direito, no sentido de flexibilização das características de suas decisões de controle concreto de constitucionalidade, justificando que a norma de abstrativização contida na Lei 9868/99 possui caráter interpretativo, devendo ser orientada pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social, ambos revestidos por normas constitucionais. Com a combinação de fundamentos e teses constantes no relatório e votos, o STF construiu a tese da flexibilização dos efeitos de uma decisão em controle concreto de constitucionalidade, estendendo tais efeitos, pela interpretação constitucional marcante realizada, a situações além das partes envolvidas.

Na tabulação do inteiro teor do Acórdão:

1. Identificação	HC 82959/SP  Julgado em 23/02/2006.  Detalhamento da composição do STF – Pleno <b>Relator:</b> <b>A favor do voto do Relator:</b> Ministros Celso de Mello, Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar
---------------------	---

---

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

	<p>Mendes.</p> <p><b>Contrários:</b> Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia.</p> <p>Sobre uma inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime prisional e a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade.</p>
2. Fatos	<p>1) O julgamento inicialmente versava sobre a situação de um único paciente, que desejava ter a progressão de regime prisional.</p>
3. Questões jurídicas	<p>1) O controle de constitucionalidade em combate à inconstitucionalidade normativa.</p> <p>2) Do incidental para a abstrativização modulada: o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro impõe um tratamento mais equilibrado, isonômico e seguro. Não sendo modulada a decisão, a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia <i>ex tunc</i>) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução, causando insegurança jurídica.</p> <p>3) O efeito vinculante: tal como verdadeira norma de extensão, poderia a decisão do STF vincular as demais instâncias do Judiciário, sob o argumento de que todo o Poder Judiciário advém da mesma Constituição e que, portanto, toda inconstitucionalidade deve ser por ele observada.</p> <p>Princípios ou valores em discussão:</p> <p>1) Nulidade de ato inconstitucional;</p>

	<p>2) Legalidade;</p> <p>3) Segurança jurídica.</p>
4. Teses	<p>1) Identificando-se uma norma inconstitucional, ela deve ser declarada nula, com efeito <i>ex tunc</i>.</p> <p>2) O princípio da legalidade deve ser observado impedindo-se interpretação extensiva à constituição.</p> <p>3) Declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos.<sup>110</sup></p>
5. Razões	<p>Para a tese 1:</p> <p>1) O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro.</p> <p>Para a tese 2:</p> <p>1) O primeiro dos pilares partiu do reconhecimento do dispositivo expresso na Lei 9868/99, que autoriza a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos para o controle concentrado.</p> <p>Para a tese 3:</p> <p>1) Em uma argumentação comparativa: nos Estados Unidos passou-se a admitir, marcadamente após a Grande</p>

<sup>110</sup> Em passagem marcante: “Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto. Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.[...] Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.[...] Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada [...]”

Depressão, a necessidade de se estabelecer limites a uma decisão de inconstitucionalidade. Lá, como argumentou o Ministro Gilmar Mendes, a questão da necessidade de se enfrentar a flexibilização dos efeitos ficou mais evidente, na exata delimitação do alcance de uma declaração de inconstitucionalidade para questões criminais, pois “Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, [...]”. E isso, obviamente, teria consequência para uma impugnação imediata de todas as condenações baseadas na lei inconstitucional. Por outro lado, se a declaração tivesse seus efeitos apenas entre as partes não haveria de causar esse efeito nos julgamentos anteriores.

2) No mesmo sentido: os Estados Unidos foram, ao tempo, tratando a questão como uma questão de política e permitiram a flexibilização da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que deveria harmonizar-se com a realidade política do momento do País. Tal percepção deveria ser, segundo a argumentação, papel da Suprema Corte.

3) A possibilidade, com base nas origens históricas do modelo, de modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso, ou, sob um outro prisma, a compatibilidade do sistema difuso com a doutrina da limitação dos efeitos ao tempo.

4) Sobre a compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, destacadamente a possibilidade de optar-se por uma modulação excepcional dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto. Essa decisão afetará demais situações idênticas, inclusive situações que já tenham sido levadas ao Judiciário e

estejam tramitando em instâncias diversas, pois, para o STF: “A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado.” Dessa forma, fundamenta o julgado: “[...] Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.”

5) No que diz respeito à segurança jurídica, argumenta o STF que parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. A argumentação segue, no sentido de que o excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. É importante assinalar que o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica, ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716) referencia o voto no inteiro teor do Acórdão.

6) Sobre a proporcionalidade, explica: “O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.”

	7) Uma eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito <i>ex tunc</i> ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.
6. Princípios colidentes	Princípio da nulidade de norma inconstitucional (P1) e segurança jurídica (P2)
7. Condições de precedência	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 risco estrutural a modelo de direitos e deveres constitucionais (C1).</p> <p><u>(P1 P P2) C1</u>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 havendo o risco de um caos pela declaração de nulidade do dispositivo normativo e seu efeito retroativo (C2)</p> <p><u>(P2 P P1) C2</u></p>
8. Escolhas	Houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990, com efeito <b>ex nunc</b> , nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999. O efeito <i>ex nunc</i> deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Das 218 páginas de construções argumentativas, a avaliação se concentrará nos argumentos envolvidos no processo de ponderação, que essencialmente compõe o voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Étapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	1) A orientação de limitações no	1) Ao se discutirem



	<p>caso concreto de direitos fundamentais deve observar a identificação de precedências, sem o esvaziamento do princípio eventualmente flexibilizado.</p>	<p>limitações a direitos fundamentais, surge a argumentação sobre a identificação de um núcleo essencial, que deve ser protegido através de um exercício de proporcionalidade (cuja ponderação é parte componente): “[...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição, ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais” (p. 85 do inteiro teor).</p>
<p>1. Ponderação</p>		<p>Quanto à segurança jurídica e sua análise concreta, a condição de precedência para a modulação é identificada pela repercussão da decisão tomada em um âmbito de controle abstrato ou em um de controle concreto. A técnica de decisão forneceria uma adequada solução ao difícil problema de convivência dos dois modelos de controle de constitucionalidade. (p. 119 do inteiro teor)</p>
<p>1. Ponderação</p>		<p>“Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da</p>

		nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem <i>status</i> constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.” (p. 124 do inteiro teor)
2.Regras e formas de argumentação	<p>3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não seja objeto da discussão deve apresentar uma razão para isso.</p> <p>5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que se encontraria na situação daquelas pessoas.</p> <p>5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.</p> <p>(J 13) Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado.</p>	1) não é raro que [...] alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. [...] Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais.” Ao fazer esses reconhecimentos, a argumentação ainda apresenta que a avaliação das consequências da decisão são irrenunciáveis ao julgador. (p. 105 do inteiro teor
2. Regras e formas de argumentação	3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve apresentar	1) “[...] o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas

	<p>uma razão para isso.</p> <p>5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.</p> <p>(J 13) Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado.</p> <p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p> <p>1) quando se pode citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo;</p> <p>2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação</p>	<p>as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia <i>ex nunc</i>. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do "<i>fiat justitia, pereat res publica</i>". Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico 'overruling', e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas." (p. 146 do inteiro teor)</p>
--	---	---

#### GRUPO 4: PRISÃO E PENA

#### DECISÃO 8: Estatuto do desarmamento ADI 3112/DF

A Lei 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento sobre a incidência de 10 ações diretas de inconstitucionalidade, todas apensadas a ADI 3112.

1. Identificação	ADI 3112/DF  Julgado em 02/05/2007.
---------------------	---

	<p>Detalhamento da composição do STF – Pleno</p> <p><b>Relator:</b> Ministro Ricardo Lewandowski</p> <p><b>A favor do voto do Relator para improcedência:</b> Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio, Cármen Lucia, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes.</p> <p>Observação importante para ponderação: o Ministro Gilmar Mendes, embora votando com o Relator (improcedência da inconstitucionalidade formal), divergiu ao entender somente pela inconstitucionalidade material da vedação da liberdade provisória. Foi vencido juntamente com Ayres Britto e Sepúlveda Pertence.</p> <p>Sobre uma inconstitucionalidade do estatuto do desarmamento.</p>
2. Fatos	1) Ação proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)
3. Questões jurídicas	<p>1) Inconstitucionalidade material do estatuto por usurpação da competência residual dos Estados-membro e desrespeito ao princípio federativo.</p> <p>2) Ofensa ao direito de propriedade e à legítima defesa dos cidadãos.</p> <p>3) Violação dos princípios da presunção de inocência.</p> <p>4) Violação do princípio da razoabilidade e ofensa ao devido processo legal.</p> <p>Princípios ou valores em discussão central:</p> <p>1) Propriedade, liberdade, direito a legítima defesa e lesividade;</p> <p>2) Segurança pública, em um duplo significado:</p>

	<p>2.a) previsão de crimes de mera conduta</p> <p>2.b) restrição de fiança ou liberdade provisória</p> <p>3) Presunção de não culpa.</p>
4. Teses	<p>1) A previsão de crimes de perigo abstrato fere os princípios da lesividade, restringe abstratamente a propriedade e fere o direito a legítima defesa e liberdade.</p> <p>2) Para executar o dever de segurança pública, é possível ao Estado prever e coibir condutas que aumentem a insegurança.</p> <p>3) A restrição legislativa a medidas de privação anteriores a uma condenação transitada em julgado, exceto cautelares ao processo penal, fere o princípio da presunção da inocência, pois antecipa de certa forma uma pena.</p>
5. Razões	<p>Para a tese 2:</p> <p>1) É possível a interferência prévia na esfera dominial, através da restrição de acesso a um bem, cuja associação ao incremento da insegurança é notória.</p> <p>Para a tese 3:</p> <p>1) A restrição à liberdade provisória e à inafiançabilidade são modalidades de execução antecipada da pena, adversas ao dispositivo do art. 5º, LVII da CFRB 88.</p>
6. Princípios colidentes	Princípio da nulidade de norma inconstitucional (P1) e segurança jurídica (P2)
7. Condições de	<p>1) Condição de precedência para (P1)</p> <p>1.1 risco estrutural a modelo de direitos e deveres</p>

precedência	<p>constitucionais (C1).</p> <p><b>(P1 P P2) C1</b>.</p> <p>2) Condições de precedência para (P2):</p> <p>2.1 havendo o risco de uma caos pela declaração de nulidade do dispositivo normativo e seu efeito retroativo (C2)</p> <p><b>(P2 P P1) C2</b></p>
8. Escolhas	<p>É possível, para implementação do dever de segurança pública, a imposição de crimes que incrementam o nível de segurança coletiva. Contudo, especificamente sobre a vedação da fiança, para o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e para o disparo de arma de fogo e sobre a proibição de liberdade provisória nos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo há a violação constitucional.</p>

De uma maneira geral, a passagem argumentativa do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, não decisiva para o voto, apresenta elementos compatíveis com as regras da ponderação e da argumentação geral, as quais serão destacadas na tabulação a seguir:

Etapas argumentativas do modelo teórico	Regra	Avaliação caso concreto
1. Ponderação	1) Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.	“[...] quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional.” (p. 83 do inteiro teor)
1. Ponderação	Identificação de níveis de	1) O primeiro nível deve

	<p>intensidade: evidência, justificabilidade e controle material.</p>	<p>reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação, quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional que as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico. (p. 84 do inteiro teor)</p> <p>2) o controle de justificabilidade está orientado para se verificar se a decisão legislativa foi tomada observando todas as fontes de conhecimento disponíveis (p. 85 do inteiro teor). Isto é, a diligência e suficiência em buscar informações e fazer prognósticos para a decisão.</p> <p>3) o terceiro nível, em especial, cuida da intervenção legislativa que afeta intensamente bens jurídicos de extraordinária importância [campo muito apropriado para a proporcionalidade em sentido estrito]. E quando esteja evidente grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações</p>
--	---	--

		e valorações fáticas realizadas pelo legislador, para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.
1. Ponderação	1. Máxima da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.	“[...] no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que <i>prima facie</i> constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.” (p. 92 do inteiro teor)
2. Regras e formas de argumentação	1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do	“O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso



	<p>tipo geral;</p>	<p>(Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Ütermassverbot) – deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.”</p>
<p>2. Regras e formas de argumentação</p>	<p>1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.</p> <p>5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que ele se encontraria na situação daquelas pessoas.</p> <p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.</p> <p>1) quando se pode citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo;</p> <p>2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação</p>	<p>“Nesse terceiro nível [controle material], portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador. (p.92 do inteiro teor).</p> <p>Disso tem-se duas conclusões:</p> <p>a) [...] não há inconstitucionalidade nos artigos 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento, visto que a prescrição da inafiançabilidade dos crimes neles descritos não proíbe a concessão de liberdade provisória, face a previsão do artigo 310 do Código de Processo Penal;</p>

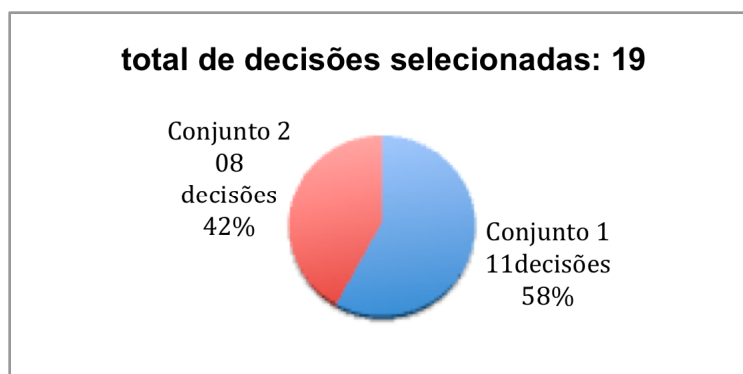
		<p>b) o problema está na proibição peremptória da liberdade provisória em face do que dispõe o artigo 5º incisos LVII e LXVI da CFRB 88 (p. 95 do inteiro teor).</p> <p>A vedação da liberdade provisória equivaleria a uma antecipação da pena incompatível com o princípio da presunção da inocência.</p>
2. Regras e formas de argumentação	(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, tem que cumprir o requisito da saturação.	<p>“A norma [a qual se quer argumentar pela inconstitucionalidade], como se vê, estabelece um tipo de regime de <i>prisão preventiva obrigatória</i>, na medida em que torna a prisão uma regra, e liberdade, a exceção. (p. 97 do inteiro teor)</p>
2. Regras e formas de argumentação	<p>(J10) Toda proposição dogmática deve ser justificada recorrendo-se, ao menos, a um argumento prático geral.</p> <p>(J11) Toda proposição dogmática tem que ser capaz de passar por um teste sistemático.</p> <p>(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, têm que cumprir o requisito da saturação.</p>	<p>“ Assim, em vista do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, o qual consagra o <i>princípio da presunção da inocência</i>, a proibição total da liberdade provisória prescrita pelo art. 21 do Estatuto do Desarmamento é patentemente inconstitucional.</p> <p>Ademais, e por consequência, a norma do art. 21 do Estatuto inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva</p>

		(na verdade, estabelece uma presunção de necessidade de prisão), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.” (p. 98 do inteiro teor)
2. Regras e formas de argumentação	(J18) Formas de argumento jurídico especiais devem ter razões para elas citadas por completo, ou seja, têm que cumprir o requisito da saturação.	A decisão termina por enfatizar a desproporcionalidade da regra geral apresentada pela proibição da liberdade provisória para os crimes de posse ou porte de armas “[...] comparado com o homicídio doloso simples [...]. De acordo com a legislação atual, o indivíduo que pratica o crime de homicídio doloso simples poderá responder ao processo em liberdade [...]; por outro lado, a prisão será obrigatória para o cidadão que simplesmente porta uma arma.” (p. 98 do inteiro teor)

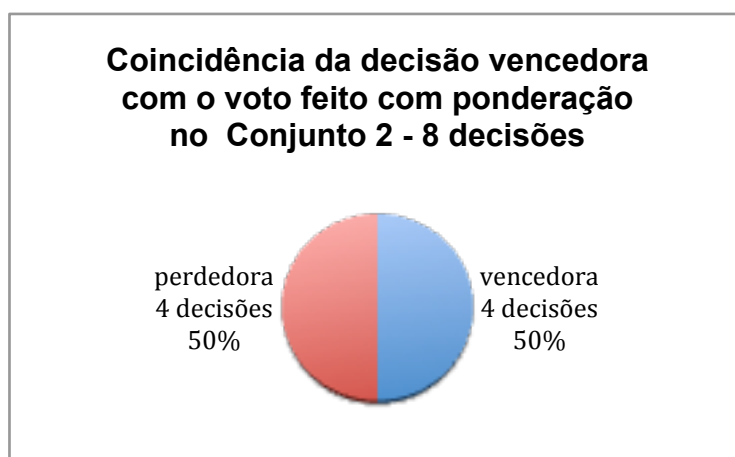
## 6.2 O uso da ponderação: avaliação do conjunto.

Nesta seção, também após a análise e avaliação individuais, é possível fazer algumas associações.

O Conjunto 2 contou com 8 decisões, representando o percentual de 42% do objeto de análise e avaliação.



No Conjunto 2, reduziu-se o percentual de coincidência entre os votos proferidos com ponderação com os votos componentes da decisão vencedora.



Participaram das decisões do Conjunto 2 ao todo 15 Ministros. Desse total, 6 Ministros<sup>111</sup> realizaram ou aderiram à ponderação realizada<sup>112</sup>. Sete Ministros<sup>113</sup> não realizaram ou condenaram a utilização da ponderação, e 2 Ministros<sup>114</sup>, embora em outras decisões fora do Conjunto 2 tenham feito, nesse conjunto não a fizeram.

<sup>111</sup> Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

<sup>112</sup> Reafirma-se que a ponderação realizada nesse conjunto foi feita de forma mais precária, superficial ou parcial, conforme já apontado nas passagens das respectivas avaliações.

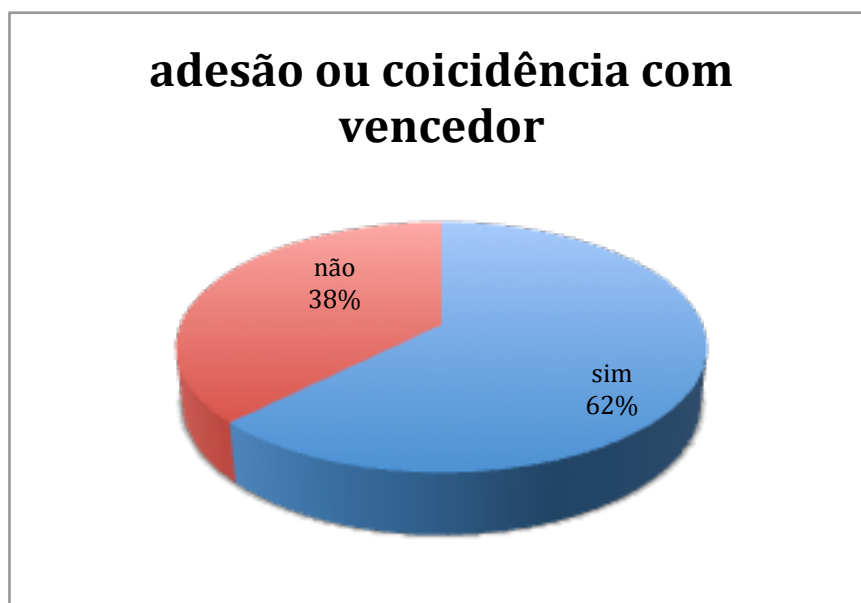
<sup>113</sup> Ministros Menezes Direito, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

<sup>114</sup> Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.



Do total de decisões, houve adesão à ponderação em 2 decisões. Das 6 restantes, embora não haja adesão, em 3 delas há coincidência entre o resultado da ponderação e o voto vencedor. Isso permite um raciocínio paralelo: sem considerar a necessidade de se atingir a maioria em um julgamento judicial colegiado, mas apenas sob a ótica de uma mudança individual de decisões, em 5 das 8 decisões (62%) a ponderação, mesmo de forma moderada, apresenta consequências concretas no processo decisório.





A tese do caso especial e a ponderação apresentadas e desenvolvidas por Robert Alexy receberam um considerável destaque ao longo de praticamente quatro décadas. Mesmo estando no centro de um acalorado debate, com severas e variadas críticas, há um reconhecimento da relevância acadêmica conferida a suas propostas teóricas. Com essa tese buscou-se responder se as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que invocam a ponderação e referenciam Alexy, efetivamente passam em um teste de aplicação das regras procedimentais do modelo teórico. Percebeu-se uma fragilidade na aplicação ponderação. Por outro lado percebeu-se uma força persuasiva importante, mesmo no grupo de decisões com a ponderação feita de forma mais moderada. Dessa resposta também é permitida a sugestão que, salvo exceções apontadas ao longo das específicas análises e avaliações, a invocação da ponderação é utilizada como estratégia retórica.

Para se chegar a elementos que permitissem a resposta ao problema levantado pelo trabalho os modelos de tabulação para análise e avaliação se mostraram realmente importantes. Com eles a abordagem ao conjunto argumentativo se tornou mais objetiva e a forma de identificação da (in)observação das regras e condições da argumentação jurídica e da ponderação mais direta. Tais modelos tornaram também possível a constatação da associação entre a realização mais intensa da ponderação e

a força retórica do conjunto argumentativo, com uma considerável adesão às decisões feitas com ponderação intensa, inclusive com alteração de decisões anteriores. Porém, mesmo as decisões qualificadas como de ponderação moderada apresentaram também um certo peso. Feitas essas considerações é possível afirmar que de maneira muito marcante a ponderação feita pelo STF de 2003 até 2014 apresentou muitas inconsistências com a base teórica que a desenvolveu.

## 7 CONCLUSÃO

Uma das características atribuídas ao pós-positivismo é a necessidade de solução para a colisão de princípios. Na complexidade valorativa da contemporaneidade e com as características dos conflitos houve um reaproximação entre o Direito e a Argumentação Jurídica, destacadamente a partir de meados do Século XX.

Está colocada, da mesma forma, uma demanda argumentativa às decisões judiciais que não resiste a uma pura aplicação da exclusiva lógica subsuntiva. Assim, o trabalho desta tese iniciou por compreender as interrelações entre Direito e Argumentação Jurídica. Verificou-se a insuficiência de visões particulares do Direito através ou do estudo das normas, ou da prática dos operadores do Direito ou ainda de uma visão ideal ou crítica, mas sim a possibilidade de uma visão não excludente, baseada na articulação discursiva, cujo papel da Argumentação Jurídica é importante. Destacou-se a compreensão estabelecida com o destaque às decisões judiciais como base de raciocínio para a tese. Buscou-se justificar tal opção.

Da mesma forma, sem uma pretensão de realizar um histórico precursor da Argumentação Jurídica contemporânea, buscou-se extrair elementos importantes para o entendimento da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, inclusive com entendimentos em alguma medida conflitantes com a teoria desse autor.

Por outro lado, buscou-se também no início do trabalho, em alguma medida, estabelecer a opção pelo marco teórico firmado dentro do pensamento de que é possível (ao menos em algum nível) afastar-se no contexto decisório jurídico de uma opção sem suporte de racionalidade.

Assim, a Argumentação foi compreendida como um procedimento de resolução de problemas, estabelecendo soluções e apontando razões. Tal procedimento também é pertinente ao raciocínio jurídico. Aliás, a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação



prática geral.

Com esse papel procedimental há possibilidades de potencialização da Argumentação Jurídica com o Direito, inclusive sob o ponto de vista institucional de garantia das “regras do jogo”, posto que tanto o xeque colocado ao constitucionalismo quanto o paradoxo estabelecido pela tensão entre constitucionalismo e democracia, na dimensão dos compromissos constitucionais, demandam uma atividade permanente de justificação ou, em outras palavras, a linguagem apresenta possibilidades de interface com as alterações de características do homem ao longo de suas gerações sujeitas ao efeito do tempo.

Também no início do trabalho buscou-se identificar dificuldades no estudo do argumento e da argumentação. Com uma compreensão sobre premissas, inclusive dentro de culturas jurídicas de certa forma avessas a um grau maior de indeterminação, buscou-se destacar a centralidade da ótica de correção, tão importante para a Argumentação Jurídica.

Muito embora não tenha sido em momento algum objetivo da tese a confirmação ou refutação pelas críticas das teses de Alexy, após as compreensões resumidas acima, buscou-se um estudo analítico da justificação e da ponderação. O principal objetivo foi compreender os elementos das teses de Alexy de modo a permitir a evolução do trabalho para analisar e avaliar as decisões reais do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Alexy entende a Argumentação Jurídica como um caso especial da Argumentação Prática Geral. Chega a essa conclusão por dois caminhos distintos. O primeiro, como reflexo das preocupações do raciocínio jurídico com aquilo que é permitido, facultado ou proibido. Portanto, condutas eminentemente pertencentes a prática. Segundo, pela aplicação de uma de suas regras fundamentais da Argumentação Jurídica (dar novos argumentos para um argumento em xeque) conciliada a esgotabilidade (no sentido de finitude) dos argumentos jurídicos. Assim, na base de toda Argumentação Jurídica haveria uma argumentação geral. A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy também se refletirá sobre a ponderação no sentido de que

além das regras de justificação interna importarão o cumprimento das regras de justificação externa. Esse conjunto de regras, de construção de um raciocínio dentro de um sistema de coerência e correção buscam apontar opções falhas (irracionalidade), sem a pretensão do objetivo da “única resposta correta”.

Em um padrão de compatibilidade teórica com a Argumentação Jurídica, com a identificação de normas de otimização, Robert Alexy propõe a aplicação da proporcionalidade para o problema da colisão dos princípios. Como a discussão da proporcionalidade se dará na dimensão do peso, o sopesamento demandará a identificação de condições de precedência. A opção por tais condições fará parte de um procedimento baseado em regras e condições de Argumentação Jurídica.

Assim, dentro de um universo teórico com muitas possibilidades buscou-se o recorte que permitisse a solução do problema proposto ao trabalho. Para tanto e pela importância, a observação foi direcionada a um conjunto de decisões do STF. O Tribunal, a partir de 2003, associou tomadas de decisão à ponderação de Alexy. Mas em que grau de fidelidade ao modelo teórico?

Antes dessa avaliação houve outra dificuldade: a apresentação, a extensão e a diluição dos elementos argumentativos que estavam nos votos. Foi desenvolvido um modelo de análise e um modelo de avaliação, com apresentação em formato de tabulação. Os modelos partiram de uma base observada por Manuel Atienza, mas que foram adaptados às necessidades dos elementos da ponderação. Assim, no modelo base houve alterações para identificar princípios em rota de colisão, bem como configurações típicas do caso e condições de precedência. Ao final também foi identificada a escolha feita para o resultado decisório.

Dessa maneira, tabulou-se as decisões para destacar: identificação, fatos, questões jurídicas, teses, razões, princípios colidentes, condições de precedência e escolhas. Esse modelo gerou uma forma compactada de observação e, por cautela, foi aplicado ao caso concreto

utilizado por Alexy para explicar a ponderação. Só a análise das decisões não seria suficiente. Optou-se por um modelo separado de avaliação, também construído em formato de tabulação, que permitisse, de forma mais simples a identificação das regras e formas de Argumentação Jurídica e de ponderação com a respectiva passagem no caso concreto.

Como esses modelos de tabulação foi possível a verificação das regras: básicas de argumentação, de racionalidade, de encargo argumentativo, de justificação geral, de transição, de justificação interna e de justificação externa.

Para uma melhor organização estrutural também foi realizada uma série de divisões do material de observação, agrupando-se as decisões de acordo com a intensidade da ponderação. De acordo com grupos temáticos, identificou-se também que as tensões entre princípios eram muito variadas: proteção a saúde, vida, autonomia, segurança jurídica, paternidade responsável, liberdade à pesquisa, intimidade e diversas conexões a partir da dignidade humana; lesividade, ofensividade, proteção à segurança pública, reserva legal proporcional; liberdade de imprensa, proteção à propriedade e aos direitos de personalidade, reserva legal, proteção ao interesse social; proteção à constituição e ao pacto federativo.

Com isso, além da identificação de (des)cumprimentos das regras e formas propostas por Alexy também foi possível perceber nesses temas extremamente variados em quantas decisões houve coincidência entre a conclusão associada a ponderação e a decisão vencedora (critério da maioria) ou ainda em quantas a ponderação está associada aos votos vencidos. Ainda foi possível identificar em quantas decisões associadas a ponderação houve alteração de votos ou adesão a votos com as suas argumentações.

Ao longo do estudo dos votos observou-se que o grau de importância argumentativa a ponderação era variável. A composição atual do STF também se apresenta dividida quanto a associação de sua argumentação à ponderação. Da observação das avaliações também é

possível verificar constantes imprecisões na aplicação do modelo teórico e em 18% das decisões houve alteração de voto para acompanhar o voto construído em associação à ponderação o que sugere um efeito retórico não desprezível.

A somatória dessas estratégias permitiu uma clareza sobre o problema levantado e a conclusão que de maneira muito marcante o conjunto de decisões avaliado indicou que a ponderação feita pelo STF de 2003 até 2014 apresentou muitas inconsistências com a base teórica que a desenvolveu.

Tais modelos tornaram também possível a constatação da associação entre a realização mais intensa da ponderação e a força retórica do conjunto argumentativo, com uma considerável adesão às decisões feitas com ponderação intensa, inclusive com alteração de decisões anteriores indicando que poderia ser um instrumento retórico estratégico, mesmo em desacordo aos parâmetros teóricos propostos por Robert Alexy.

## REFERÊNCIAS

AGUILÓ , Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In: AGUILO , Josep. **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): Lleonard Muntaner, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã, 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, princípios y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. **DOXA 5**. 1988.

\_\_\_\_\_. Constitutional Rights and Proportionality. **Revus [Online]**, 22 - 2014, Online since 25 June 2014, connection on 08 July 2014. Disponível em: <http://revus.revues.org/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783. Acesso em: 12/02/2015.

\_\_\_\_\_. **The argument from Injustice**. A reply to Legal Positivism. Translated by Bonnie Litschewski Pauson and Stanley L. Paulson. Oxford. : Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_. **El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación**. Barcelona: Editora Ariel, 2006.

\_\_\_\_\_. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 104410**. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 06/03/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Segunda Turma. **HC 96759**. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Tipificação. Supressão de instância. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. Paciente: José Evanildo Bezerra Almeida. Impetrante: José Evanildo Bezerra Almeida. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 28/02/2012. Disponível Em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=629956>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Segunda Turma. **HC 102087**. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandados constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. Paciente: Renato de Sales Pereira. Impetrante: Renato de Sales Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 28/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. **HC 82424**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 17/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 25/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 466343**. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação

fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. **RE 349703**. Recurso Extraordinário. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 1842**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intdo: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 3689**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.066, do estado do Pará, que alterando divisas, desmembrou faixa de terra do município de água azul do norte e integrou-a ao município de ourilândia do norte. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do poder legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança da jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.



Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB.  
Requerido: Governador do Estado do Pará e Assembleia Legislativa do Estado do Pará. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento:10/05/2007 . Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469708>.  
Acesso em: 25/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3489**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2.002, do estado de Santa Catarina, que anexou a localidade de Vila Arlete, desmembrada do município de campos novos, ao município de Monte Carlo. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à ec 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da constituição do brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança da jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina e Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento:09/05/2007 . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 3316**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso, que criou o município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à ec 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da constituição do Brasil. Omissão do poder legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança da jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Mato Grosso e Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento:09/05/2007 . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 2240**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à ec 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da constituição do brasil. Omissão do poder legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança da jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT . Requerido: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento:09/05/2007 . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 25/11/2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional. **Temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FIGUEROA, ALFONSO G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed., Madrid: Trotta. 2005.

GUASTINI, Riccardo. La ‘Constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano.’ In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed., Madrid: Trotta. 2005.

GÜNTHER, KLAUS. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Retórica e Estado de direito.** Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. **Practical Reason in Law and Morality.** Oxford: Oxford University Press, 2011.

MARTINS, Argemiro C. M.; ROESLER, Claudia R.; e JESUS, Ricardo A.R..A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos/UNIVALI**, volume 16, n. 2, mai-ago 2011, p.207-221.

PIETRO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed., Madrid: Trotta. 2005.

ROESLER, Cláudia R. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade.** Florianópolis: Momento Atual, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renavan, 1999.