

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO I**

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

LEONEL SEVERO ROCHA

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Leonel Severo Rocha; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-828-8

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Envolvendo TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

Iniciando os trabalhos, destaca-se o trabalho de Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva, denominado “Argumentação Jurídica de Alexy no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/STF.

O trabalho busca Identificar alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy no julgamento da ADI 481/DF, destacando elementos da teoria alexyana nos votos dos diferentes ministros do STF ao longo do referido julgamento. A pesquisa, nesse sentido, busca demonstrar a utilização e recepção da teoria da ponderação no Brasil por meio de um caso prático.

Na sequência, o texto de Renata Almeida da Costa, Germano Schwartz e Karen Lucia Bressane Rubim, denominado “ A internet como sistema diferenciado e seu acoplamento estrutural com o Direito: uma análise sociológica à luz de Niklas Luhmann” é vinculado à linha de pesquisa Direito e Sociedade, aplica a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao contexto da internet, apresentando a natureza sistêmica da internet, sustentando sua definição como um subsistema da sociedade mundial. Destaca-se, nesse sentido, por meio de uma perspectiva transdisciplinar , a formação de acoplamentos estruturais e da observação da seleção de novos elementos da internet ao sistema jurídico, com ênfase aos novos conceitos, próprios da internet, que passam a integrar a comunicação jurídica.

Os trabalhos seguem com a contribuição de João Luiz Martins Teixeira Soares, no texto “A liquidez do Direito Positivo e a (in)efetividade dos direitos de grupos vulneráveis.”

Neste trabalho, o autor busca observar o Direito Positivo a partir das categorias de Baumann, destacando-se o conceito de modernidade líquida, como possibilidade de observação entre as diferentes matrizes epistemológicas do Direito. Com esse propósito, o autor transita entre as diferentes correntes do pensamento jurídico.

Dando seguimento, Leandro Martins, em seu texto “A relação entre Direito e Religião e suas implicações para o debate jurídico contemporâneo” faz uma abordagem da religião nos debates da esfera pública, apresentando as possíveis iterações e contrapontos na relação Direito, Religião e Política. Para além da crítica direta, o autor busca demonstrar não apenas o combate direto às abordagens religiosas sobre o Direito, mas também questiona sobre as possibilidades de contribuição que essa transdisciplinaridade pode contribuir ao pensamento jurídico.

De autoria do mesmo pesquisador, a sequência conta com a pesquisa “Tolerância em Pierre Baile e sua pertinência para o período moderno e para o debate contemporâneo”

Por meio de um recorte histórico, o século XVII, o autor busca demonstrar e influência da obra de Pierre Baile no pensamento moderno, destacando sua influência nos trabalhos de John Locke e de Voltaire, elucidando sua contribuição para o pensamento jurídico, sobretudo a partir do conceito de tolerância.

O trabalho seguinte denomina-se “Análise da (In)constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 sob a ótica kelseniana”.

Neste trabalho Eduardo Felipe Veronese analisa a Emenda Constitucional nº 95/2016, cuja discussão envolve a efetivação de direitos sociais, apontando o modo como o teto de gastos públicos determinado por referida emenda pode ser reconhecido como (in)constitucional sob esse posto de vista; e, de outro lado, o autor aponta como Kelsen destacaria a validade de referida norma a partir de aspectos internos do Direito.

Na sequência, no texto “Constitucionalismo Garantista: uma nova proposta teórica”, Willian Barreto Júnior e Sérgio Cademartori demonstram a dualidade entre constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, dando-se ênfase ao pensamento de Luigi Ferrajoli, apontando os 04 (quatro) postulados básicos do constitucionalismo garantista, que sustentam a relevância das garantias primárias e secundárias na aplicação de direitos fundamentais na Teoria do Direito no momento Pós-Segunda Guerra Mundial.

O texto subsequente denomina-se “Liberalismo, Marxismo e Conservadorismo: a influência das ideologias nas democracias liberais na distribuição dos direitos.”

Abordando as diferentes teorias econômicas, José Claudio Monteiro de Brito Filho faz uma análise das possíveis ideologias que influenciam a distribuição dos direitos nas democracias liberais. Para tal, aborda os principais autores clássicos vinculados a cada uma das referidas teorias, elencando a presença desses escritos em processos de distribuição dos direitos.

Ato contínuo, a pesquisa “Neoconstitucionalismo no Direito Animal: uma análise a partir do caso das búfalas de Brotas” é apresentada no Livro.

Neste trabalho, Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva abordam a abordagem neoconstitucionalista e o pensamento de Robert Alexy para observar o “caso das búfalas de Brotas”, destacando a abordagem do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos vinculados aos direitos dos animais. A pesquisa, portanto, aponta as contradições do posicionamento da jurisdição constitucional brasileira em conceder a, após, regredir sua postura em relação a casos análogos envolvendo direitos dos animais.

Envolvendo elementos de Teoria do Direito, no texto “Non liquet: a exceção como forma de contingência para decisão, diferenciação funcional e desdobramento dos paradoxos do sistema jurídico”, a partir da matriz pragmático-sistêmica de abordagem do Direito, João Paulo Sales Pinto e Leonel Severo Rocha buscam enquadrar o conceito de “exceção” como integrante da comunicação jurídica, com uma abordagem que parte da concepção de tribunal como centro do sistema jurídico e avançam para concepções de paradoxo de decisão judicial no conceito organizacional. O non liquet, nesse sentido, representa a obrigatoriedade da decisão no Sistema do Direito. Por meio desse conceito os autores abordam os desdobramentos paradoxais do Sistema do Direito.

A sequência do texto conta com a pesquisa “O papel da dogmática jurídica: variedade doutrinária e segurança jurídica”,

Neste trabalho, Marcelo Antonio Theodoro Daiane Sabbag David França abordam os traços do sincretismo metodológico utilizado para a observação da dogmática jurídica atualmente. Nesse sentido, diferenciam dogmática e zetética jurídica, apontando a relevância dessa diferenciação para o âmbito da aplicação, sobretudo na perspectiva de aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais.

A pesquisa subsequente é denominada “Quem simpatiza com o vilão? Acesso à justiça, inclusão e exclusão nos casos de júris midiáticos e a (im)parcialidade do julgador.”

Lucas Manito Kafer Renata Almeida da Costa, articulando a concepção de tribunal como centro do Sistema do Direito, em Niklas Luhmann, com a competência de decidir nos casos direcionados ao tribunal do júri. Nesse sentido, além de destacar a função dos jurados nesses casos, os autores também demonstram os ruídos oriundos dos meios de comunicação de massa em casos destacados pela mídia.

Dando sequência aos trabalhos, há o texto “Uma Crítica à Teoria Geral do Direito sob o prisma da Filosofia e da Sociologia Jurídicas”, de João Luiz Martins Teixeira Soares

Por meio da Filosofia do Direito, sobretudo da abordagem de Mascaro, o autor propõe uma crítica à Teoria do Direito. Nesse aspecto, diferencia as categorias de Filosofia e Direito, de modo a separar a Filosofia Geral das abordagens filosóficas sobre o Direito. A categoria “Direito”, segundo essa abordagem, reduziria o jurista a um técnico. De outro modo, a Sociologia do Direito possibilitaria uma observação mais ampla, permitindo destacar a influência das relações de poder no fenômeno jurídico.

A análise subsequente denomina-se “Warat e o Anel para todos governar.”

Neste trabalho, Leonel Severo Rocha e Pedro Ernesto Neubarth buscam analisar duas metáforas do poder (o anel e Luís Alberto Warat) a partir da em encontro entre a literatura contemporânea e Luís Alberto Warat.

O presente livro, portanto, representa um relevante passo na consolidação das áreas de TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO junto ao CONPEDI.

Composto por relevantes textos, todos com pesquisas inéditas e em nível de pós-graduação, trata-se de uma coletânea que representa a seriedade e dedicação dos pesquisadores envolvidos na referida temática, tendo todos os textos sido debatidos e acrescidos das relevantes contribuições dos doutores Leonel Severo Rocha, Sérgio Urquhart de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4815/DF

ALEXY'S LEGAL ARGUMENT IN THE JUDGMENT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4815/DF

Iandara Bergamaschi de Freitas ¹
Amanda Ferst Pereira da Silva ²

Resumo

O trabalho apresenta um estudo das teorias de Robert Alexy, relativas ao sopesamento de princípios e à argumentação jurídica, e busca analisar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 4815/DF à luz de tais teorias. O problema se constitui de identificar as teorias sobre a colisão de princípios e da argumentação jurídica de Robert Alexy nos votos dos ministros no acórdão da ADI n.º 4815/DF. O objetivo geral é buscar entender as teorias supramencionadas no intuito de identificá-las no referido acórdão. Os objetivos específicos do trabalho são: estudar textos de Robert Alexy de modo a conseguir apresentar suas teorias; analisar o acórdão da ADI n.º 4815/DF, sintetizar o voto dos ministros e identificar a sua relação com as teorias ora estudadas. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, partindo da premissa de que os ministros usaram das teorias alexyanas em seus votos na ADI n.º 4815/DF. São utilizadas abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica. O artigo está dividido, em 5 subtítulos, sendo o primeiro a introdução e o sétimo a conclusão. O segundo subtítulo trata da fundamentação das sentenças no direito brasileiro. O terceiro, fala da dupla natureza da argumentação jurídica de Alexy. O quarto, trata da teoria da argumentação de Robert Alexy. O quinto, chama-se princípios e regras para Robert Alexy. O sexto, denomina-se fundamentação na ADI 4815/DF e as teorias de Robert Alexy. Por fim, a pesquisa conclui que é possível afirmar que nesse acórdão os ministros utilizaram de aspectos da argumentação jurídica e da teoria do conflito de princípios.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões, Robert alexy, Argumentação jurídica, Sopesamento de princípios, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The paper presents a study of the theories of Robert Alexy, related to the weighing of principles and legal argumentation, and seeks to analyze the direct action of unconstitutionality 4815/DF in the light of such theories. The problem is to identify the theories about the collision of principles and the legal argument of Robert Alexy in the

¹ Mestranda em Direito na Atitus Educação. Bacharel em Direito pela UPF. Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito das Famílias e das Sucessões.

² Mestranda em Direito da Atitus Educação. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdades, vinculado ao CNPq. Bacharel em Direito pela IMED. Pós-Graduanda em Direito Animal pela UNINTER.

judgment above mentioned. The general objective is to seek to understand the aforesaid theories in order to identify them in the said judgment. The specific objectives are: to study texts by Robert Alexy for to present his theories; analyze the judgment above mentioned, summarize the vote of the ministers and identify its relationship with the theories studied here. The methodology used is the hypothetical-deductive one, starting from the premise that the ministers used the theories in their votes in ADI 4815/DF. A qualitative approach and bibliographic research are used. The article is divided into 5 subheadings, the first being the introduction and the seventh the conclusion. The second subtitle deals with the grounds of judgments in Brazilian law. The third speaks of the dual nature of Alexy's legal argument. The fourth deals with Robert Alexy's theory of argumentation. The fifth is called principles and rules for Robert Alexy. The sixth is called the foundation of ADI 4815/DF and the theories of Robert Alexy. Finally, the research concludes that it is possible to affirm that in this judgment the ministers used aspects of legal argumentation and the theory of conflict of principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reasoning of decisions, Robert alexy, Legal argumentation, Weighing of principles, Theory of law

1. Introdução

A teoria do direito possui diversas referências importantes, mas nesse trabalho o estudo se dá em torno das teorias de Robert Alexy. É sabido que o ordenamento brasileiro exige a fundamentação das decisões, e tem isso como direito fundamental. As decisões judiciais, muitas das vezes, extrapolam os fundamentos legais e principiológicos do contexto jurídico vigente. Este artigo busca analisar como as teorias de Robert Alexy foram usadas no acórdão da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4815/DF, no intuito de melhor entender os elementos da fundamentação do acórdão.

O problema se constitui de identificar as teorias sobre a colisão de princípios e da argumentação jurídica de Robert Alexy nos votos dos ministros no acórdão da ADI n.º 4815/DF. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, partindo da premissa de que os ministros usaram das teorias alexyanas em seus votos na ADI n.º 4815/DF. São utilizadas abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica.

O objetivo geral é buscar entender as teorias supramencionadas no intuito de identificá-las no referido acórdão. Os objetivos específicos do trabalho são: estudar textos de Robert Alexy de modo a conseguir apresentar suas teorias; analisar o acórdão da ADI n.º 4815/DF, sintetizar o voto dos ministros e identificar a sua relação com as teorias ora estudadas.

O artigo está dividido, além da introdução e conclusão, em 4 subtítulos. O primeiro, fundamentação das sentenças, aborda como o direito brasileiro trata a necessidade de motivação das decisões. O segundo, a dupla natureza da argumentação jurídica, busca trazer, de forma resumida, as definições de Alexy sobre esse assunto. O terceiro, a teoria da argumentação de Robert Alexy, busca trazer de forma sintética alguns dos aspectos acerca dessa teoria.

O quarto, princípios e regras para Robert Alexy, apresenta a diferenciação do autor entre regras e princípios e explica como se solucionam conflito entre regras e colisão entre princípios. O quinto, fundamentação na ADI 4815/DF e as teorias de Robert Alexy, traz a análise dos votos prolatados no acórdão e a tentativa de neles identificar elementos das teorias de Alexy.

Por fim, a pesquisa conclui, que é possível afirmar que nesse acórdão os ministros utilizaram de aspectos da argumentação jurídica e da teoria do conflito de princípios. O tema é relevante na medida em que a fundamentação das decisões é instrumento de controle pelas partes do processo e pela população. E nesse sentido, a exigência de motivação dos julgadores reflete o valor democrático do Estado brasileiro.

2. A fundamentação das sentenças

A sentença é o ato que resolve a lide. Passada a fase instrutória, na qual são produzidas as provas, o juiz, a partir dos elementos de convicção colhidos durante o processo, profere a decisão sobre as questões que lhe foram apresentadas. Do ponto de vista lógico, a sentença é um silogismo, no qual a norma legal a ser aplicada é a premissa maior, o fato é a premissa menor, e a norma concreta que se extrai da submissão do fato à norma é a conclusão. É um ato de inteligência, pelo qual o juiz concretiza a norma abstrata. O julgador não exprime qualquer vontade própria, somente manifesta o seu juízo sobre a vontade da lei ao caso concreto, afirmando a força do Estado, garantindo a paz social e o império do direito. (ALVIM, 2021).

O sistema processual brasileiro determina a necessidade de que o julgador fundamente as suas decisões. É seu dever apresentar a motivação nas sentenças que profere. A motivação das sentenças também é uma garantia do indivíduo. É um dever do Estado e um direito do ser humano. A Constituição Federal da República dispõe sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões em seu artigo 93, inciso IX¹ (BRASIL, 1988). Essa disposição constitucional impõe dois princípios: o princípio constitucional da fundamentação e do livre convencimento motivado do juiz (JACINTHO; CRUZ, 2021, p. 33).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) determina como elementos essenciais da sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O relatório conterá os dados das partes e do fato e as principais ocorrências do processo. Nos fundamentos o julgador analisará as questões de fato e de direito. E, no dispositivo, decidirá as questões que lhe foram apresentadas durante o processo. (BRASIL, 2015). O Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/41) segue o mesmo parâmetro em seu artigo 381². (BRASIL, 1941)

O princípio do livre convencimento motivado dá ao juiz a autonomia para analisar as provas e decidir de acordo com o seu convencimento, o qual será declarado e deve ser explicado na sentença, sob pena de nulidade. Não pode usar fórmulas genéricas que nada dizem e nem

¹ Art. 93, IX - “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

² 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.

deixar de decidir apenas dizendo que não há norma que ampare a situação. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 519)

A necessidade de fundamentação das decisões permite às partes do processo contestá-las diretamente nos pontos que o juiz entendeu como pertinentes para decidir. Além disso, é um instrumento de controle popular sobre a imparcialidade do julgador. (JACINTHO; CRUZ, 2021, p. 134). “Deve-se considerar que a motivação fornece um instrumento de controle popular da imparcialidade do juiz, para verificar se sua decisão foi fruto de opções arbitrárias, em vez de resultar diretamente de sua sujeição a preceitos legais”. (JACINTHO; CRUZ, 2021, p. 134).

Dessarte, “princípio instituidor da relação jurisdição - democracia, a obrigação de fundamentar [...] visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios”. (STRECK, 2011, p. 33). Desta forma, a motivação decisória tem efeitos endoprocessuais e extraprocessuais. Endoprocessuais, na medida em que permite o controle pelas partes envolvidas na lide. E extraprocessuais, em virtude do Estado Democrático de Direito, onde a população é órgão de controle dos atos do Poder Público. (LOURENCINI; DE ALMEIDA; FLAVIO DA COSTA, 2019, p.109)

3. A dupla natureza da argumentação jurídica

Robert Alexy entende que o Direito possui dupla natureza: uma dimensão real ou factual, e uma dimensão ideal ou crítica. A dimensão real diz respeito à lei positiva. A dimensão ideal diz respeito à correção da lei, que por sua vez tem como fonte critérios morais, e assim não implica em positivismo³. (ALEXY, 2010). “Com isso, o autor pretende apresentar bases para a comprovação da insuficiência do modelo positivista na revelação do conteúdo do próprio Direito”. (AYALA PEREIRA, 218, p. 375)

A pretensão de correção é requisito para toda a norma jurídica, sendo seu elemento essencial. É pressuposto inafastável da razão de existir de qualquer norma, sem a qual a ordem jurídica não seria válida. (AYALA PEREIRA, 218, p. 376). Assim, a dimensão real do direito tem origem na dimensão ideal. Outrossim, a insuficiência da dimensão ideal faz de complemento à dimensão real. E essa consiste na positividade do direito, cujas normas são definidas pela emissão autoritária e eficácia social (Alexy, 2010, p. 173).

³ Sabe-se que o positivismo possui várias vertentes, mas para esse trabalho será considerado somente o aspecto superficial da restrição do intérprete à letra da lei.

Nesse sentido, “com base em um conceito não-positivista de direito, segue-se que o Estado de Direito é um estado de direito de dupla natureza”. (KLATT, 2016, p. 4). Mathias Klatt afirma que o Estado de Direito é uma regra da razão, tem como último significado a igualdade de dignidade e liberdade dos cidadãos. Essa significação é requisito fundamental para a argumentação jurídica, pois o raciocínio jurídico deve implicar justificativa moral. Sendo assim, a dupla natureza está presente também na argumentação jurídica. (KLATT, 2016, p.5)

4. A teoria da argumentação de Robert Alexy

O jusfilósofo Robert Alexy elaborou a tese do caso especial para distinguir a argumentação jurídica da argumentação geral. O modelo mais simples de argumentação prática geral é quando duas pessoas estão discutindo sobre determinado ponto. Há duas formas para se chegar a um acordo nesse discurso: provar a verdade ou induzir o outro a acreditar em sua afirmação, através de métodos de persuasão, pressão psicológica, propaganda (ALEXY, 2001, p. 45-46). Cabe mencionar aqui que a argumentação jurídica demanda da argumentação prática geral (ALEXY, 2001, p. 271)

Nesse contexto, referido autor elabora traços básicos para uma teoria da argumentação jurídica. A decisão precisa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalente (ALEXY, 2001, p. 213). O julgamento depende de justificação, a qual ele categoriza em interna e externa. De forma extremamente sintética, pode-se dizer que a justificação interna se refere a lógica entre a opinião e as premissas aduzidas para justificá-la. E a justificação externa diz respeito à correção dessas premissas. (ALEXY, 2001, p. 218)

Alexy explica a fórmula que aplica os métodos de lógica moderna para a justificação interna. Segundo ele, a mais simples é (J.1.1), conforme o exemplo: os soldados em missão oficial devem dizer a verdade; o Sr. R é um soldado; o Sr. R deve dizer a verdade quando em missão oficial. A fórmula (J.1.1) usa de regras universais estabelecidas pelo princípio de universalizabilidade, o qual está por trás o princípio de justiça formal. Esse último implica tratamento igual a todos que se enquadrarem numa mesma categoria, e com o uso da fórmula supramencionada o julgamento jurídico segue logicamente esse princípio de justiça formal. (ALEXY, 2001, p. 218 - 219)

Por sua vez, as regras de justificação (J.2.1) e (J.2.2) são realizadas como concretização do princípio da universalizabilidade. A regra (J.2.1) impõe que ao menos uma norma universal deve ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico. A regra (J.2.2) diz que um

juízo jurídico deve seguir logicamente ao menos uma norma universal junto a outras afirmações. Essas formulações são usadas quando há uma norma positiva usada na justificação. Quando nenhuma regra pode ser obtida a partir da lei, então faz-se necessário que se crie uma regra para atender ao caso. (ALEXY, 2001, p. 219).

Casos que demandam fórmulas mais complexas decorrem, dentre outros, da existência de múltipla interpretação de uma regra, da necessidade de norma suplementar para o cumprimento de outra, de a regra prever informações alternativas de um fato operativo, e de consequências diversas em razão de circunstâncias especiais de um fato. Alexy dá como exemplo o homicídio da mulher praticado pelo marido sob certas características, como a perversidade do crime, a interpretação dos tribunais, etc. (ALEXY, 2001, p. 219-221)

São situações que envolvem diversas premissas. Nesses casos, as fórmulas servem para estruturar a justificação interna e não se preocupam com a validade das premissas (isso está no âmbito da justificação externa). O que mais importa é que com o estabelecimento de cada uma das premissas no desenvolvimento de uma norma aplicável, se obtém uma norma ainda mais concreta. (ALEXY, 2001, p. 219 - 221)

A justificação interna abrange o processo cognitivo de subsumir o fato à norma. É o momento em que o julgador identifica as premissas que fazem com que a determinado fato seja aplicada a regra correspondente. Mas não é somente a dedução das normas dadas, e sim o estabelecimento de premissas que não se encontram em estatutos legais. Além disso, às vezes a norma da qual se parte não se encontra positivada. Esse é o aspecto de maior importância da justificação interna. (ALEXY, 2001, p. 223)

As premissas identificadas no processo de justificação interna são explicitadas na justificação externa. Essas premissas podem ser: regras da lei positiva, afirmações empíricas, e premissas que se enquadram nas duas categorias anteriores. Para cada tipo de premissa há um método de justificação. Ao primeiro tipo deve-se demonstrar a validade da regra dentro da ordem jurídica prevalente. Ao segundo, pode-se utilizar de métodos das ciências empíricas até máximas de presunção às regras que tem o encargo de prova num processo. À terceira utiliza-se da argumentação jurídica. Esses métodos possuem muitas relações diretas entre si. (ALEXY, 2001, p. 224-225)

A justificação das premissas que não são regras da lei positiva nem afirmações empíricas e os tipos de argumentação são divididas, por Alexy, em seis grupos: interpretação (estatuto), argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação geral prática (razão),

argumentação empírica (fatos), e as formas especiais de argumentos jurídicos. (ALEXY, 2001, p. 225)

Referido autor inicia explicando a argumentação empírica, a qual compreende afirmações sobre fatos particulares, ações individuais, motivos dos agentes, eventos ou estados de coisas, ciências naturais e sociais, em diversos campos do conhecimento, tendo que lidar com todos os problemas do conhecimento empírico. Esses tipos de argumentos necessitam de cooperação interdisciplinar, de modo a poderem integrar o discurso jurídico. Algumas questões surgem em razão somente dos fatos, e a norma não gera dúvidas de sua aplicação. (ALEXY, 2001, p. 226-227)

Nesse contexto, Alexy menciona seis grupos de cânones de interpretação: o semântico, o genético, o histórico, o comparativo, o sistemático, e o teleológico. O argumento semântico ocorre pela interpretação da norma a partir de costumes linguísticos. A regra deve ser entendida como uma descoberta em linguagem natural ou técnica, em particular a jurisprudência. É um apelo para a competência linguística, a investigação empírica, e o uso de um dicionário. (ALEXY, 2001, p. 228-229)

O argumento genético diz respeito à intenção do legislador. Há duas formas básicas: quando o legislador queria dizer diretamente o que está na regra, ou quando o legislador determina algo para atingir outro objetivo. Nem sempre a intenção está explícita, e nesse caso é necessário que haja saturação das afirmações sobre as intenções do legislador. (ALEXY, 2001, p. 229-231)

Por sua vez, o argumento histórico se desenvolve a partir de problemas jurídicos já discutidos. É revista a solução já apresentada para uma questão. Se a consequência dessa solução anterior for indesejável, e não sendo o caso atual tão diferente ao ponto de afastar a possibilidade de ocorrência da mesma consequência, o argumento histórico conduzirá à conclusão de que a solução anterior não deve ser utilizada no presente. (ALEXY, 2001, p. 231-232)

Os argumentos comparativos têm por foco não só o estado legal das coisas no passado, mas muito mais algum estado de outra sociedade. O argumento sistemático refere-se à relação lógica e teleológica de uma norma com outras normas, objetivos e princípios. Se a interpretação de uma norma não condiz com outra que é considerada válida, então aquela deve ser abandonada. (ALEXY, 2001, p. 232)

Por último, o argumento teleológico diz respeito aos objetivos racionais ou àqueles objetivamente prescritos no contexto da ordem jurídica em vigor. São argumentos teleológicos objetivos, pois não se baseiam na intenção do legislador (interpretação genética). Pode ocorrer de o objetivo ser definido como o estado de coisas em que certas normas são consideradas boas e a sua referência não tem outro valor a não ser o de esclarecer o que significa para a norma ser válida. Esse caso requer normas gerais no escopo ou princípios, o que transforma o argumento teleológico em um argumento de princípios. O problema aqui não está tanto na justificação dos princípios, mas em que a norma a ser justificada nem sempre segue logicamente os princípios. Então, faz-se necessária ajuda de novas afirmações normativas. (ALEXY, 2001, p. 233-235)

Não há uma hierarquia entre esses cânones. Contudo, via de regra, os argumentos que tem ligação com o objetivo da lei ou com a vontade do legislador possuem precedência sobre os demais. Embora os cânones não garantam a resposta certa, eles são formas pelas quais a argumentação jurídica deve se dar para cumprir a exigência de correção. Além disso, eles fazem com que se reconheça a qualidade obrigatória da legislação. (ALEXY, 2001, p. 239-240)

Retomando os tipos de argumentação jurídica, a espécie da dogmática engloba os conceitos e teorias de um sistema jurídico institucionalizado. Alexy define que a dogmática jurídica contém proposições relacionadas à lei, mas que com ela não se confundem. Essas proposições tem conteúdo normativo e relacionam-se mutuamente, de forma coerente, e são compostas e discutidas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada. (ALEXY, 2001, p. 245)

Alexy categoriza as proposições em seis classes, dentre as quais menciona-se neste trabalho a chamada de formulação de princípios, por possuir ligação com o julgamento a ser estudado nessa pesquisa. Princípios possuem um caráter de generalidade e, por isso, para serem aplicados demandam outras premissas normativas. Outrossim, habitualmente encontram limitação em outros princípios. (ALEXY, 2001, p. 248)

Além das proposições, uma teoria da dogmática jurídica se constitui de quatro partes: linguagem da dogmática, aplicação das proposições da dogmática, justificação dessas proposições e a função da dogmática. (ALEXY, 2001, p. 248). Porém, essas partes não serão aprofundadas nessa pesquisa, em razão da simplicidade dessa.

Outro tipo de argumentação jurídica é o uso de precedentes, e essa tem como razão o princípio da universalizabilidade, na medida em que se deve dar tratamento igual à casos iguais (justiça formal). Mas a modificação de entendimentos é perfeitamente compatível com esse

princípio, em virtude de a necessidade de correção envolver satisfazer o princípio da universalizabilidade, embora inicialmente pareça contraditória tal possibilidade. (ALEXY, 2001, p. 259)

Por fim, a aplicação das formas especiais de argumento jurídico são as utilizadas na metodologia jurídica, tais como: analogia, *argumentum a contrario sensu*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*. Eles são expressos nas formas válidas de inferência lógica, permitem entender a estrutura lógica da argumentação e tornam aparente sua estrutura não lógica. (ALEXY, 2001, p. 262).

5. Princípios e regras para Robert Alexy

O ordenamento jurídico deve seguir os preceitos estabelecidos pela Constituição, e então todo o andamento do processo e da concretização dos direitos devem se dar sob o manto constitucional. Além da necessidade de fundamentação, as decisões precisam estar de acordo com a ordem jurídica vigente. Nesse contexto surgem os princípios, os quais permitem ao intérprete o raciocínio jurídico nos casos que demandam mais do que regras positivas.

Alexy define os princípios como normas de otimização. Eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, ou seja, podem ser realizados em graus variados. Além disso, a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2006, p. 90).

Já as regras, por sua vez, são determinações que podem ou não serem cumpridas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. São normas com conteúdo exato, ou seja, são satisfeitas ou não são satisfeitas. A diferença entre princípios e regras ocorre em âmbito qualitativo e não em grau. As regras e os princípios são espécies de normas. (ALEXY, 2006, p. 91)

Alexy explicita a colisão entre princípios e o conflito entre regras para melhor evidenciar as suas diferenças. O conflito entre regras soluciona-se através de uma cláusula de exceção. Por exemplo: a regra de que os alunos podem sair da sala de aula somente após ouvirem o sinal, e a regra de que se o alarme de incêndio tocar devem os alunos sair imediatamente. A solução dá-se incluindo a exceção na primeira regra: os alunos podem sair da sala de aula somente depois do sinal tocar, exceto se o alarme de incêndio for acionado, caso em que devem sair imediatamente. (ALEXY, 2006, p. 92)

Se a cláusula de exceção não solucionar o conflito, então uma das regras deve ser declarada inválida. Nessa situação devem ser seguidas regras estabelecidas pelo ordenamento, tais como: lei posterior revoga a anterior, lei específica revoga a geral. O conflito também pode ser resolvido de acordo com a importância de cada regra. Em qualquer caso, a decisão será sempre acerca da validade. (ALEXY, 2006, p. 92-93)

Já na colisão entre princípios um deles terá de ceder para o outro prevalecer. O princípio que não prevaleceu não será declarado inválido, mas somente inaplicável no caso em discussão. Outrossim, a cláusula de exceção não funciona na colisão entre princípios. O que ocorre é que um deles tem precedência em face do outro em determinadas condições. Assim, nos casos concretos os princípios terão pesos diferentes, e os que tiverem maior peso tem precedência. (ALEXY, 2006, p. 93-94)

Os princípios, abstratamente, estão no mesmo nível, então serão sopesados a cada caso concreto. Esse sopesamento tem como objetivo perceber qual dos interesses tem maior peso na situação discutida. Assim, há o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios. Esse estabelecimento consiste na fixação de condições sob as quais um princípio precede outro. Com condições diversas, pode o outro princípio prevalecer (ALEXY, p. 96). Para melhor elucidação desse conceito citam-se as palavras do autor em estudo:

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P¹ tem peso maior que o princípio colidente P² se houver razões suficientes para que P¹ prevaleça sobre P², sob as condições C, presentes nesse caso concreto. (ALEXY, 2006, p. 96)

Uma das formas de denominações dos objetos do sopesamento é a dos valores constitucionais. (ALEXY, 2006, p. 101). Alexy, utiliza como exemplo o caso Lebach. O caso tratava dos interesses de uma emissora de televisão que pretendia apresentar um documentário sobre a história de um crime envolvendo quatro soldados da guarda de sentinelas de um depósito de munições do exército alemão, localizado perto da cidade de Lebach. Um dos cúmplices do crime estava para sair da prisão, e entendeu que o documentário feriria um direito fundamental seu, sobretudo porque a ressocialização seria prejudicada. (ALEXY, 2006, p. 100)

O caso foi levado ao tribunal federal constitucional alemão, o qual resolveu a colisão de princípios do seguinte modo:

A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse

atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C^2), a proteção da personalidade (P^1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P^2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência ($P^1 \mathbf{P} P^2$) C^2 . C^2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização¹⁰). A regra $C^2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático: $T1$ e $T2$ e $T3$ e $T4 \rightarrow R$. Ou seja: uma notícia repetida ($T1$), não revestida de interesse atual pela informação ($T2$), sobre um grave crime ($T3$), e que põe em risco a ressocialização do autor ($T4$), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2006, p. 101-102)

Normas de direito fundamental, conforme Alexy, são tanto as estabelecidas pela Constituição quanto as atribuídas. “Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. (ALEXY, 2006, p. 102) Assim, a norma de direito fundamental pode ou não estar expressa constitucionalmente. Pode também corresponder a uma regra a qual o caso pode ser subsumido, tendo fundamentação relativa a direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 102).

Sendo assim, os princípios implicam a máxima da proporcionalidade em virtude de sua natureza. A proporcionalidade possui três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A exigência de sopesamento é a proporcionalidade em sentido estrito e decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Já a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2006, p. 117-118)

Necessário destacar nesse momento a explicação de Lênio Streck:

A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insistisse, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”. (STRECK, 2011)

Streck afirma que a teoria da argumentação de Robert Alexy “recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*” (sic) (STRECK, 2011, p. 10). Nesse mesmo sentido, Flávio Quinaud Pedron e Flávio Lopes Rodrigues afirmam que as teses alexyanas, por vezes, são empregadas pelo Supremo Tribunal Federal sem critério metodológico e de forma equivocada, servindo como um método coringa para a fundamentação da escolha do julgador. Isso permite que seja afastada a letra da lei e partir para um enfoque menos reducionista das normas. (QUINAUD PEDRON; LOPES RODRIGUES, 2022, p. 52)

6. Fundamentação na ADI 4815/DF e as teorias de Robert Alexy

Diante do estudo realizado das teorias de Robert Alexy, intenta-se a seguir analisar os votos prolatados pelos ministros do Superior Tribunal Federal brasileiro no acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF. Salienta-se que a análise será o mais sucinta possível para a facilitação da leitura. Com isso, o objetivo é conseguir perceber como as teorias de Alexy foram usadas pelos ministros na fundamentação de seus votos.

A supramencionada ação diz respeito à colisão dos princípios constitucionais da liberdade de expressão, de informação artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (artigo 5º, incisos IV, IX, XIV; artigo 200, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal da República, e artigos 20 e 21 do Código Civil) com os princípios da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 5º, incisos IX, da Constituição Federal da República). A ementa menciona o uso do critério da ponderação para a interpretação de princípios constitucionais. O objeto da ação é a divulgação de escritos, transmissão da palavra, produção, publicação, e exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. (BRASIL, STF, 2015, p. 1-2)

A ação foi julgada procedente por unanimidade, para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, “para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais [...]”. (BRASIL, STF, 2015, p. 3)

A Ministra Relatora Cármen Lúcia delimita o objeto do acórdão em tornar compatíveis os artigos 20 e 21 do Código Civil com os preceitos constitucionais de direitos fundamentais. Em seu voto, ela relembra que desde as Ordenações Filipinas até o Código Civil de 1916, criaram-se regras para proteção de segredos etc. Ela colaciona o teor de regra antiga que tratava de como haviam de ser tratados os que abriam as cartas do rei ou da rainha. A ministra menciona ainda a mudança da privacidade e da propagação de informações na sociedade hodierna. (BRASIL, STF, 2015).

Nesse trecho parece haver a menção da sua justificação interna, já que, a lembrança desses fatos e a análise da realidade atual fizeram parte do raciocínio que a levou a decidir. Ainda, quando menciona sobre a realidade atual da sociedade, está expressando as condições fáticas sobre as quais serão analisados os princípios.

Então, ela adentra aos postulados em conflito, e afirma que a história humana se faz de histórias humanas. Escreve que o direito admite formas de ponderação dos valores que demonstram os artigos atacados. Decide apoiando-se nas garantias constitucionais de liberdade de pensamento e de sua expressão, acesso à informação e proibição de censura. Pondera esses princípios com o da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da dignidade da pessoa. (BRASIL, STF, 2015)

A ministra conclui afirmando que norma infraconstitucional não pode cercear ou restringir direitos fundamentais, nem sob o argumento de proteção, impondo condições ao exercício das liberdades de forma diversa do que previsto constitucionalmente. Por fim, diz que esses fatores impõem interpretação que compatibilize a regra civil com a sua norma fundante, sob pena de sua exclusão do sistema jurídico. (BRASIL, STF, 2015)

Na justificação externa, a ministra usa a ponderação de princípios, os quais possuem formas de regras constitucionais e infraconstitucionais. Ela entendeu, diante das condições fáticas, que os princípios de liberdade de pensamento e expressão, a proibição de censura e acesso à informação têm peso maior que o princípio da inviolabilidade da intimidade e privacidade. A interpretação conforme demonstra claramente que entre colisão de princípios não há declaração de invalidade. Isso fica evidente na medida em que não houve a invalidade das regras dos artigos 20 e 21 do Código Civil, pois tratam-se de uma norma de direito fundamental atribuído.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso explica que a controvérsia é limitada a determinar “se a lei pode arbitrar abstratamente a colisão entre os direitos fundamentais em jogo, de modo a consagrar a absoluta precedência dos direitos à honra, à intimidade e à imagem, em detrimento da liberdade de expressão [...]”. Segundo ele, quando convivem normas constitucionais que guardam tensão entre si, a técnica predominantemente adotada para a solução dessa tensão é a denominada ponderação. Menciona o princípio da unidade da Constituição, que impede a hierarquização entre normas constitucionais (BRASIL, STF, 2015). Segue, o ministro, dizendo:

Dito isso, a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estruturação do raciocínio que se desenrola em três etapas. Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. [...] . A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na

hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. [...] (BRASIL, STF, 2015)

Essa parte do voto é extremamente relevante para esse trabalho, pois explica como o ministro procede na ponderação entre princípios. Como pode-se ver, primeiro o intérprete faz a subsunção das normas ao caso concreto; segundo, analisa os fatos relevantes; e terceiro, testam-se as soluções. Aqui está a explicação de como o ministro faz a sua justificação interna, para depois a externalizar. Os pontos de sua justificação externa são sintetizados nos parágrafos seguintes.

Luís Roberto Barroso entende que a liberdade de expressão é preferencial, mas isso não significa uma hierarquização em relação a outros direitos fundamentais. O resultado desse entendimento é a transferência de ônus argumentativo. Para ele a liberdade de expressão é o princípio que *prima facie* prevalece. A sua justificação para essa conclusão de prevalência se dá por três razões. A primeira é a história brasileira permeada de episódios de censura. A segunda razão reside em que a liberdade de expressão é um pressuposto democrático. E a terceira é que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, aprendizado, avanço social e conservação da memória nacional. (BRASIL, STF, 2015)

O ministro também se utiliza da apresentação de precedentes, os quais tiveram decisão contrária ao acórdão ora analisado, exigindo a autorização prévia para a publicação de biografias, o que deu base para indenizações. Ele menciona os seguintes casos: (i) de Ruy Castro, "Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha"; (ii) de Paulo César Araújo, "Roberto Carlos em detalhes"; (iii) de Alaor Barbosa dos Santos, "Sinfonia de Minas Gerais - a vida e a literatura de João Guimarães Rosa"; (iv) de Toninho Vaz, a biografia de Paulo Leminski, "O bandido que sabia latim"; (v) a biografia do Anderson Silva, escrita por Eduardo Ohata, "Anderson Spider Silva, o relato de um campeão nos ringues da vida"; (vi) de Pedro de Moraes, "Lampião, o mata sete". Todas essas obras foram proibidas de circulação. (BRASIL, STF, 2015)

Por sua vez, a ministra Rosa Weber, comungando com o voto da relatora, entende que controlar biografias implica controlar a história. Assim a autorização prévia constitui uma forma de censura incompatível com o Estado Democrático de Direito. Também tratou do conceito de biografia e do quanto esse tipo de obra é importante, possuindo uma função social que é instigar as pessoas. (BRASIL, STF, 2015)

Ela acrescenta que o assunto em questão envolve também a liberdade de imprensa. Menciona precedentes que seguem a decisão da inexigência de autorização para biografias.

Afirma que o contrário “aniquila a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeadas em seu núcleo essencial” (BRASIL, STF, 2015). Ela usa da ponderação de princípios, conforme demonstra-se com suas palavras:

A imposição de restrições às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostram necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, não sobrevive ao teste da proporcionalidade. (BRASIL, STF, 2015)

O ministro Luiz Fux mencionou em seu voto a lembrança de um texto que leu em sua juventude que reprovava a censura. Para ele o tema discutido envolve duas questões paradoxais: as liberdades de expressão, de informar, de pensamento, em contraposição à necessidade de licença prévia, que representa censura obstativa do exercício dessas liberdades. A censura prévia aniquila o núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e informação e, por consequência, fragiliza todos os demais direitos e garantias que a Constituição protege. (BRASIL, STF, 2015)

Referido ministro defende também que haja limites éticos das informações, as quais devem ser verdadeiras e vindas de fontes legítimas. A dignidade da pessoa humana deve prevalecer contra excessos eventualmente praticados. Ele diz ainda que a pessoa que se torna notória pela vontade pública gera o direito ao público de saber quem é essa pessoa. Fala em um direito natural de se saber se a admiração é merecida. (BRASIL, STF, 2015)

Também menciona a lembrança de uma peça teatral que assistiu sobre a vida e morte de Elis Regina, a qual demandou inúmeras autorizações de descendentes e personalidades ali retratados. Nesse episódio, diz o ministro, que se convenceu que a necessidade de obtenção dessas autorizações impediria que a sociedade tivesse conhecimento da obra e da realidade dessas personalidades. (BRASIL, STF, 2015)

Veja-se que o ministro apresenta justificações internas e externas, demonstrando o paradoxo entre as normas em foco. Ainda, ele menciona um direito natural, ponto do voto que evidencia a dupla natureza do direito e da argumentação jurídica. Usa também da análise dos efeitos negativos que a necessidade de autorização causaria.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli afirma que a interpretação que conclui pela necessidade de autorização do biografado dá absoluta precedência aos direitos à vida privada, imagem e honra. Sendo assim, tais direitos prevaleceriam sobre a liberdade de expressão,

manifestação de pensamento e direito à informação. Tal interpretação, pois, é incompatível com a Constituição de 1988. (BRASIL, STF, 2015)

Ele também menciona os efeitos negativos dessa exigência de autorização para a memória nacional, tais como o desestímulo a esse tipo de produção literária. Para ele a narrativa biográfica confunde-se com a própria escrita da História. Afirma que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão e que, via de regra, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade. (BRASIL, STF, 2015)

O Ministro Gilmar Mendes menciona o caso dos assassinatos de soldados em Lebach, na Alemanha (que foi usado por Alexy, conforme escrito anteriormente). Diz que o principal tema em questão é a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Menciona que nos Estados Unidos houve profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de expressão. (BRASIL, STF, 2015).

Em suas palavras, “há inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais”. Escreve nessa passagem a palavra alemã *Grundrechtskollision* para se referir a essa colisão. Afirma que no processo de ponderação entre direitos individuais não se deve dar primazia absoluta a um ou outro, e que o tribunal se esforça para assegurar a aplicação das normas conflitantes, mesmo que no caso concreto uma delas sofra atenuação. (BRASIL, STF, 2015)

Nota-se que a sua motivação é constituída de elementos de justificação interna, e na justificação externa usa de comparação com casos semelhantes ocorridos em outros países. Trata, também, do conceito de ponderação entre os direitos individuais, os quais se traduzem em princípios constitucionais. Os dois seguintes votos, também trazem elementos de justificação acerca do sopesamento de princípios.

O Ministro Marco Aurélio diz que para ele biografia é sinônimo de memória do país. Que “é algo que direciona aqueles que procedem à leitura à busca de dias melhores nesta sofrida República”. Afirma que havendo “conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, sopesando-se valores, está em dar-se primazia, em dar-se predominância, ao interesse coletivo, [...] e este é o dos cidadãos em geral”. Disse isso, declarando que lê apenas as biografias não autorizadas. (BRASIL, STF, 2015)

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, falou das biografias em meios digitais. Disse que em sua opinião o que se está fazendo nesse acordão é: o afastamento da censura

prévia; que não há censura no Brasil; que há plena liberdade de publicação de biografias, sem autorização de quem quer que seja; a reafirmação da plena liberdade de expressão artística, científica, literária e etc. (BRASIL, STF, 2015)

7. Conclusão

O trabalho buscou apresentar aspectos das teorias de Robert Alexy, em especial sobre a argumentação jurídica e o sopesamento de princípios. Percebeu-se que as fórmulas de argumentação jurídica se fazem imprescindíveis para direcionar o julgador a emitir decisões que sejam passíveis de justificação racional no contexto do ordenamento jurídico.

Alexy ensina que a argumentação jurídica deve ser pautada na racionalidade, e para isso demonstra fórmulas que se baseiam no uso da lógica. Ele conceitua princípios e regras e explicita as suas diferenças, elucidando ainda mais os seus conceitos. O Direito, segundo ele, possui dupla natureza, implicando assim em uma dupla natureza da argumentação jurídica.

Foi visto também, a relevante importância da fundamentação das decisões, endo e extraprocessual, permitindo o controle das partes do processo e de toda a sociedade, para a proteção contra arbitrariedades e subjetivismos. A motivação permite que as partes possam impugnar a decisão, sem ela seria apenas uso arbitrário do poder julgador.

O Direito demanda uma teoria da argumentação, pois além da argumentação prática, necessita de elementos específicos, considerando que se trata de uma forma especial de discurso. Pôde-se identificar nos votos dos ministros no acórdão da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4818/DF, elementos que Alexy identifica como necessários para uma teoria da argumentação jurídica. Por fim, registra-se aqui a importância do trabalho para a pesquisadora. Ele fez aumentar o encanto e o interesse pelo estudo da Teoria do Direito.

Referências:

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/106489/Robert%20Alexy.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____, Teoria da argumentação jurídica. 2.ed. trad. São Paulo: Landy, 2001.

_____, Teoria dos direitos fundamentais. trad. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AYALA PEREIRA, M. A. A Dupla Natureza do Direito de Robert Alexy. De Jure | Ministério Público do Estado de Minas Gerais, [S. l.], n. 31, 2018. Disponível em: <https://dejure.mpmg.mp.br/dejure/article/view/319>.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____, Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

_____, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

_____, Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815/ DF. Relatora Ministra Cárme Lúcia. Julgado em 10 jun. 2015. DJe 19 jan. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>

JACINTHO, Jussara Maria Morena; CRUZ, Jorge Flavio Santana. O Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais na Realidade dos Tribunais. Percurso, v. 6, n. 37, p. 129-149, 2021. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/5311/371373236

LOURENCINI, Antônio Rogério; DE ALMEIDA, Gianluca; FLÁVIO DA COSTA, Yvete. ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNCIONAIS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: DA ANTIGUIDADE ÀS ATUAIS DEMOCRACIAS. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 35, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/294>.

KLATT, Matthias, Argumentação Jurídica e Estado de Direito (2016). Este artigo foi publicado como 'The Rule of Dual-Natured Law' em Legal Argumentation and the Rule of Law, editado por Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug e Carel Smith, 27–46. 2016. Haia: Onze International Publishing., Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2984342>

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

QUINAUD PEDRON, Flávio; LOPES RODRIGUES, Flávio. A teoria da norma e o Supremo Tribunal Federal: estudo de casos. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 51–67, 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/474>.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba. v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.