

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**ROBERT ALEXY E A RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA
PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O VOTO DO MINISTRO
MARCO AURÉLIO NO CASO ELLWANGER**

LUIZ HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro

2018.2

LUIZ HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

**ROBERT ALEXY E A RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA
PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O VOTO DO MINISTRO
MARCO AURÉLIO NO CASO ELLWANGER**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Rio de Janeiro

2018.2

CIP - Catalogação na Publicação

S586r Silva de Oliveira, Luiz Henrique
Robert Alexy e a racionalidade da fundamentação da ponderação de direitos fundamentais: o voto do Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger. / Luiz Henrique Silva de Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2018. 71 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Robert Alexy. 2. racionalidade. 3. fundamentação. 4. argumentação jurídica. 5. proporcionalidade. I. Shecaira, Fábio Perin, orient. II. Título.

LUIZ HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

**ROBERT ALEXY E A RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA
PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O VOTO DO MINISTRO
MARCO AURÉLIO NO CASO ELLWANGER**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira (Orientador)

Prof. M.e Ernesto Feio Boulhosa Filho

Prof.^a M.^a Inês Ferreira Dias Tavares

Rio de Janeiro

2018.2

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Fábio Shecaira, sem cuja orientação não teria sido possível concluir este trabalho, pelos ensinamentos, pela seriedade, pela cortesia e pelo respeito – sobretudo, pelo respeito intelectual – que dispensa aos alunos.

À professora Prof.^a M.^a Inês Dias, pela grandeza na forma de compartilhar seu conhecimento quando das aulas das disciplinas Monografia Jurídica I e Filosofia do Direito.

Aos professores da Faculdade Nacional de Direito.

Agradeço pela oportunidade de ter estudado, mais uma vez, em uma universidade pública, gratuita, de qualidade, inclusiva, diversa e de acesso universal.

Considerando que a apresentação deste trabalho representa simbolicamente o fim do curso, o encerramento de um ciclo, que, pessoalmente, significa uma possibilidade de recomeço, devo ainda agradecer às pessoas fundamentais para a abertura de tal possibilidade.

À minha mãe, Marilda, exemplo de inabalável coragem, a quem devo o que sou e conquistei, pelo incessante e incondicional apoio ao longo de minha existência. Ao meu pai José Luiz (*in memoriam*), cuja memória também define minha essência. Aos meus irmãos Luiz Felipe e Luiz Gustavo, por terem sido determinantes para que eu empreendesse esta nova trajetória. Aos meus familiares, pelo carinho e pelo estímulo.

Aos amigos que fiz na FND, por partilharem comigo suas experiências, o aprendizado e o dia a dia pelos últimos cinco anos, tornando-os tão ricos – em especial, à Ana, à Rosi e ao Allan, pela parceria. Aos amigos da ANCINE, pela amizade sincera e pelo apoio, especialmente, aos amigos da *antiga* SEF e, neste último ano da graduação, aos amigos da CRO/SRE, pela generosidade na acolhida, para além do incentivo.

Aos meus mentores na Música, Prof.^a Dr.^a Miriam Ramos e Prof. Dr. Guilherme Bernstein Seixas, cujas contribuições determinantes para minha formação como estudante, como músico e como pessoa durante os anos de mútua convivência jamais poderiam se apagar pelo fato de não ter prosseguido em minha carreira profissional de músico.

Aos amigos músicos, cujo talento e cuja determinação continuo a admirar tanto, embora, ultimamente, um pouco à distância, por ter tido o privilégio de *com* eles ter feito música.

“Convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que mentiras”.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar em que medida o mero recurso ao teste da proporcionalidade está apto a garantir a racionalidade da fundamentação da argumentação jurídica relativa à ponderação de direitos fundamentais. A pesquisa se utiliza dos preceitos das teorias de Robert Alexy, em especial, de sua teoria da argumentação jurídica e de sua teoria discursiva do direito. Inicialmente, o trabalho descreve tais preceitos, buscando demonstrar sua importância para a análise da fundamentação no âmbito da argumentação jurídica. Para tanto, realiza revisão bibliográfica, essencialmente de obras do autor mencionado. Passa, então, a analisar voto do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no Caso Ellwanger (*Habeas Corpus* 82.424/RS), à luz daqueles preceitos, com o objetivo de demonstrar que sua fundamentação é ilustrativa do fato de que a aparente complexidade da fundamentação judicial não necessariamente garante a racionalidade da argumentação jurídica utilizada. Conclui-se, afinal, que a contribuição decisiva das teorias de Alexy para a racionalidade da fundamentação da argumentação jurídica reside na apresentação de critérios objetivos para a verificação da correspondência lógico-racional entre o procedimento argumentativo efetivamente empregado e a lógica argumentativa que nela se reputa utilizada.

Palavras-chave: Robert Alexy; racionalidade; fundamentação; argumentação jurídica; proporcionalidade; Caso Ellwanger

ABSTRACT

This study aims at examining to what extent the proportionality test on its own suffices to guarantee the justification rationality of the legal argumentation with regard to balancing of fundamental rights. Therefore, the research applied the theoretical framework of Robert Alexy, more specifically his theory of legal argumentation and discursive theory of law. Firstly, this study introduces these conceptual frameworks to reveal their relevance to the justification analysis within the legal argumentation. To this end, it was conducted a literature review of Robert Alexy's works. Subsequently, this research applied these theoretical frameworks to scrutinize the decision on the Ellwanger's case (Habeas Corpus 82.424/RS), pronounced by the Federal Supreme Court Minister Marco Aurélio. The main goal of this analysis was to disclose that his justification illustrates the fact that the alleged complexity of legal justification does not necessarily guarantee the rationality of legal argumentation. The study concludes that the crucial contribution of Alexy's theories to the rationality of legal argumentation lies in the proposition of objective criteria to test the logic-rational compatibility between the argumentative process effectively employed and the argumentative logic actually used.

Keywords: Robert Alexy; rationality; justification; legal argumentation; proportionality; Ellwanger's case

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DISCURSO PRÁTICO E ARGUMENTAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	13
2.1. Tipos de argumentação.....	13
2.1.1. Argumentação prática e argumentação teórica.....	13
2.1.1.1. Argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática.....	25
2.1.1.2. Argumentação prática institucional e argumentação prática substantiva.....	27
2.2. Processos de descoberta e justificação das decisões judiciais.....	29
3. ROBERT ALEXY E A RACIONALIDADE JURÍDICA DA ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
3.1. Justificação Interna e justificação externa.....	33
3.2. A pretensão de correção e a argumentação jurídica.....	41
3.3. A fundamentação das decisões e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy como teoria dos princípios: a racionalidade da ponderação e a fórmula peso.....	45
4. A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E A PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO NO CASO ELLWANGER.....	51
4.1. Sobre a construção argumentativa do voto do Ministro Marco Aurélio.....	51
4.2. A ponderação de direitos fundamentais e a proporcionalidade segundo o Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger.....	57
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
6. REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca investigar em que medida o emprego do teste da proporcionalidade na ponderação de direitos fundamentais é suficiente para garantir a racionalidade da argumentação na fundamentação de uma decisão judicial relativa à ponderação de direitos fundamentais.

Considera-se, em especial, a utilização do teste da proporcionalidade a partir dos parâmetros estabelecidos por Robert Alexy como necessários à garantia da racionalidade da argumentação jurídica adotada em fundamentação judicial.

Para tanto, analisa-se voto do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), em que declara realizar a verificação da proporcionalidade da colisão entre dois preceitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão. Trata-se de seu voto quando do julgamento do *Habeas Corpus* 82.424, originado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado pelo STF em 2003, a que habitualmente se refere como Caso Ellwanger.

Na ocasião, o STF foi provocado a responder os questionamentos relativos a em que medida e em que circunstâncias a limitação da liberdade de expressão em face de outro preceito fundamental seria adequada, bem como a considerar se seria devida a imposição de restrição à liberdade do paciente em esfera penal.

O paciente do *habeas corpus* publicara livros em que eram defendidas teses de cunho antissemita, que versavam sobre a tese da negação de que o povo judeu teria sido vítima do Holocausto, a condenação da causa sionista como motivo central da irrupção da Segunda Grande Guerra, dentre outras teses de revisão histórica cujo objetivo seria disseminar e estimular o ódio ao povo judeu.

O Caso Ellwanger se notabilizou em meio à jurisprudência brasileira como exemplo de que a mera menção à realização do teste de proporcionalidade não garantiria a racionalidade da fundamentação de decisões judiciais relativas a direitos fundamentais. Ressalta-se, em especial, o fato de que, no caso em questão, a aplicação da verificação de proporcionalidade levou a conclusões em sentidos contrários.

Embora tenham tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto o Ministro Marco Aurélio apontado o teste de proporcionalidade como meio eficaz de resolução daquele questionamento e alegadamente realizado o teste da proporcionalidade em suas três etapas tradicionais, suas conclusões foram divergentes.

Enquanto o Ministro Gilmar Mendes concluiu ser proporcional a decisão do Tribunal de Justiça que limitara a liberdade de expressão do paciente, no sentido de possibilitar que lhe fosse aplicada pena e de restringir a circulação dos referidos livros, o Ministro Marco Aurélio concluiu que a decisão do Tribunal não foi o meio mais adequado, necessário e razoável para compatibilizar a dignidade do povo judeu e a liberdade de expressão do autor.

O objeto central da presente pesquisa é a demonstração de que a consideração de determinados preceitos procedimentais quando da realização da justificação é decisiva para a racionalidade argumentativa da fundamentação judicial, em especial, quando são oferecidas as razões que justificam as conclusões afirmadas no contexto da verificação da proporcionalidade entre a interferência da realização de um direito na esfera da incidência de outro direito fundamental, no contexto da ponderação de direitos fundamentais.

O trabalho aborda de forma descritiva os parâmetros estabelecidos pelo trabalho de Robert Alexy, com enfoque especial em sua Teoria da Argumentação Jurídica e em sua Teoria Discursiva do Direito, com o propósito de definir bases a partir das quais seja assegurada a racionalidade da argumentação jurídica. A adoção de abordagem descritiva destes preceitos determinou o recurso essencialmente à literatura primária, não sendo objeto da presente pesquisa incorporar possíveis críticas colocadas por outros autores a tais preceitos. Não é, igualmente, objetivo do presente trabalho, a consideração de questionamentos relativos a categorias desenvolvidas pela doutrina do Direito Constitucional, sendo este também o caso das questões relativas ao Direito Penal.

O trabalho de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner acerca da teoria da argumentação jurídica também foi importante para o esclarecimento de conceitos gerais da argumentação jurídica, em especial no que se refere aos diferentes tipos de argumentação comumente empregados e às etapas do processo decisório na argumentação jurídica. Destaca-se, ainda, a relevância de sua *tese institucional*, relacionada à compreensão de que a argumentação jurídica se singulariza pela sua vinculação ao direito vigente – característica que, conforme se

demonstrará, é decisiva para a racionalidade da argumentação jurídica segundo os preceitos das teorias de Alexy.

Apesar de se tratar de uma análise da racionalidade jurídica em sentido primordialmente argumentativo, discursivo¹, não se desconsidera a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, até mesmo por se verificarem presentes os preceitos desta sua teoria em seus diversos trabalhos. Este também é o caso do seu conceito de direito, a que se realiza breve referência relativamente à sua importância para a determinação da racionalidade do discurso no contexto da argumentação jurídica.

A relevância do trabalho está em ilustrar, exemplificativamente, como a ponderação de direitos ou preceitos fundamentais por meio do recurso ao teste ou princípio da proporcionalidade tem sido aplicada como mecanismo de fundamentação judicial na prática jurisdicional pátria.

Num primeiro momento, são apresentados os tipos de argumentação possivelmente adotadas nesta práxis, com especial atenção à distinção entre a argumentação prática e a argumentação teórica. Passa-se, então, a apontar as regras aplicáveis à argumentação prática que permitem demonstrar a plausibilidade da tese de Alexy de que a argumentação jurídica consiste em caso especial da argumentação prática.

Com relação ao exame dos argumentos a que comumente se recorre no âmbito da argumentação jurídica, é traçada diferenciação entre argumentação prática institucional e argumentação prática substantiva.

¹ O próprio autor esclarece o que caracterizaria esta sua abordagem discursiva: “A ideia fundamental [...] é que a razão prática é, em primeiro lugar, possível e, em segundo lugar, destinada a se realizar no direito. A teoria do discurso é hoje um elemento necessário do meu sistema. Ela constitui a base da teoria dos direitos humanos e fundamentais [...]. Uma das teses centrais da teoria do discurso é que na argumentação são pressupostas a liberdade e a igualdade dos parceiros do discurso. Esse é o ponto de partida da fundamentação dos direitos humanos como direitos morais. Contudo, para que sejam realizados no mundo, como ele é, os direitos humanos precisam ser institucionalizados como direitos positivos. Direitos fundamentais constituem a tentativa de positivizar os direitos humanos e, nesse sentido, de transformá-los em direitos jurídicos. Essa institucionalização se realiza de forma plena com a criação do controle de constitucionalidade. Porém, com isso não estão todos os problemas resolvidos. Coloca-se a questão de como se deve interpretar e aplicar os direitos fundamentais. [...]. No centro está a distinção entre regras e princípios, que está inseparavelmente conectada à máxima mais importante da interpretação dos direitos fundamentais, a máxima da proporcionalidade. O discurso, os direitos humanos e fundamentais e a teoria dos princípios são pedras fundamentais da minha teoria sobre o conceito e a natureza do direito [...]. Trata-se, aqui, da defesa de um conceito de direito não-positivista, que constitui a expressão da dupla natureza do direito [...]”. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b, p. XIII.

Aborda-se, então, a importância do processo de descoberta e do processo de justificação em relação ao processo de determinação de conclusões que são retiradas das razões apontadas como fundamentação no contexto da argumentação jurídica. A caracterização dos preceitos relativos ao processo de justificação será determinante, uma vez que por meio deste processo são evidenciadas e fundamentadas as premissas utilizadas na construção dos diversos tipos de argumentos utilizados para justificar as conclusões a que a argumentação pretende levar.

Por fim, desempenha papel central para a análise do caso concreto em questão a definição da ponderação conforme delineada por Alexy, levando-se em consideração a noção de pretensão de correção e a fórmula peso, imprescindíveis à racionalidade da argumentação jurídica e, por conseguinte, da verificação da proporcionalidade em sentido estrito.

É propósito da análise determinar se a ponderação dos preceitos fundamentais, conforme no caso em tela pelo Ministro Marco Aurélio, atende aos preceitos propostos por Alexy (o emprego de razões que se adéquem às regras de argumentação por ele apontadas, bem como a realização de ponderação de acordo com a fórmula peso), ou se carece de uma racionalidade jurídica determinada, de modo a configurar argumentação contingente e caracterizada pelo manejo de considerações substantivas (de ordem moral, política, econômica, social etc.)² ou de atalhos (mecanismos retórico-argumentativos intuitivos e não conscientes de determinação de soluções)³.

Tomando-se como hipótese o fato de que, no referido voto a ser analisado, a realização do teste da proporcionalidade, assim como a própria estruturação da argumentação, não tenha se dado de modo adequado aos parâmetros delineados pelo trabalho de Robert Alexy aptos a garantirem a racionalidade da argumentação enunciada, pretende-se demonstrar ter restado comprometida a racionalidade da fundamentação do voto em análise.

² SHECAIRA, Fábio P. STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016. p. 36.

⁴ *Ibid.*, pp. 160 a 169.

2. DISCURSO PRÁTICO E ARGUMENTAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1. Tipos de argumentação

2.1.1. Argumentação prática e argumentação teórica

Importante distinção quanto às possibilidades argumentativas se refere ao tipo de conclusão a que pretendem levar. Shecaira e Struchiner apontam que a argumentação pode ser caracterizada como teórica ou como prática, de acordo como os argumentos de que se utilizam. Neste sentido, defendem que argumentos teóricos (factuais ou descritivos) se destinam a “conclusões sobre como as coisas são foram ou serão” e que argumentos práticos (prescritivos ou normativos), por sua vez, determinam “conclusões sobre como as coisas *devem ser*, *deveriam ter sido* ou *deverão ser*”. Deste modo, a argumentação teórica se diferenciaria da argumentação prática pelo fato de esta pretender afirmar conclusões normativas ou prescritivas, enquanto aquela pretende afirmar conclusões descritivas ou factuais⁴.

A partir do que defendem os autores, é possível afirmar que embora a argumentação jurídica se caracterize, primordialmente, como argumentação prática, tendo em vista sua pretensão de afirmar prescrições com sentido de *dever ser*, não se descarta a utilização de argumentação teórica. E isto se poderia vislumbrar claramente na habitual utilização do silogismo jurídico – argumento no qual a conclusão e a premissa maior têm caráter prescritivo, normativo, enquanto a premissa menor traz afirmação teórica ou factual.

A habitualidade do uso do silogismo jurídico acaba por determinar uma lógica de argumentação *silogística*, com o emprego de argumentos complexos – em síntese, uma argumentação em que outros argumentos sejam utilizados como fundamento para as premissas maior e menor de um argumento complexo que tenha um elemento central silogístico.

Nesta perspectiva, Shecaira e Struchiner apontam, igualmente, a necessidade de se levar em consideração o frequente expediente utilizado por aquele que argumenta profissionalmente no meio jurídico de buscar tantas quantas possíveis afirmações factuais que corroborem a afirmação prescritiva que seu argumento pretenda estabelecer.

⁴ SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 30-35.

Como decorrência, é possível afirmar que uma argumentação jurídica racional emprega argumentos de fato (argumentos teóricos) com o fim de reforçar a legitimidade de seus argumentos prescritivos (argumentos práticos).

Cumpra mencionar, ainda, que os autores defendem que afirmações práticas ou prescritivas podem aparecer como *avaliações* – uma espécie de conclusão prática que não seria “explícita ou obviamente prática”, não sendo, aqui, determinante a diferenciação entre avaliações e prescrições, no que diz respeito à consideração das conclusões a que os argumentos pretendam levar, por ser possível presumir que avaliações implicam prescrições.

É feita a ressalva, porém, de que, por vezes, avaliações podem consistir em forma de ocultar argumento falacioso, caracterizado por apenas empregar premissas fáticas. Para tanto, uma premissa normativa implícita – em geral, uma generalização a que se possa dar crédito – seria imputada a um argumento que se resume puramente ao emprego de premissas factuais.

Pode-se inferir que os autores pretendem sustentar que, neste caso, esta premissa normativa implícita faria as vezes de premissa maior do argumento, para suprir a ausência de premissa normativa, bem como se poderia utilizar, por derivação, um argumento pretensamente prático, em se tratando de argumentação complexa que apenas empregue argumentos factuais (que conjuga vários argumentos).

Embora seja evidente a contribuição da diferenciação entre a argumentação teórica e prática no que se refere às conclusões que duma e doutra decorrem, os autores advertem quanto ao que definem como “excesso de confiança” na utilidade da distinção entre argumentação prática e argumentação teórica. Neste ponto, ponderam que há vocábulos mais ou menos factuais, assim como há vocábulos mais ou menos prescritivos – há vocábulos, portanto, que transitam entre uma e outra categorias. Isto posto, defendem que apenas se devem considerar como argumentos práticos aqueles argumentos que empreguem termos puramente avaliativos ou mistos (que tenham conteúdo factual tanto quanto avaliativo ou prescritivo), desde que não se trate apenas do emprego de vocábulos puramente factuais⁵.

⁵ SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 33-34.

É possível aproximar as distinções entre argumentação prática e argumentação teórica anteriormente apresentadas, sobretudo no que se refere à delimitação da argumentação prática, aos preceitos determinados por Alexy com relação à teoria do discurso prático racional geral⁶. Segundo ele, à teoria do discurso normativo impõem-se regras de fundamentação do discurso racional tanto em sentido teórico quanto em sentido prático. Pretende-se aplicar, à presente pesquisa, seus preceitos relativos tanto à argumentação teórica (factual ou descritiva) quanto à argumentação prática (prescritiva ou normativa).

Também para Alexy, ainda que não seja suficiente para assegurar a racionalidade da fundamentação da argumentação, o recurso à argumentação teórica (construída com base em argumentos fáticos ou descritivos) faz sentido como ponto de partida para a verificação da racionalidade da própria argumentação. Dito de outro modo: a racionalidade da fundamentação poderá ser garantida, ainda que, inicialmente, a adoção de determinadas prescrições seja pressuposta, desde que também sejam utilizados seus argumentos prescritivos (argumentos práticos). Neste sentido, ele afirma que “é racional começar de alguma maneira a discussão, é também racional começá-la com base em regras não justificadas”⁷.

Nesta perspectiva, a utilização de argumentação teórica (factual ou descritiva) relacionada a própria forma de argumentar é significativa. Alexy indica quatro modos de fundamentação principais, utilizados quando se argumenta em sentido prático (prescritivo ou normativo) quanto à identificação das prescrições (regras) a serem aplicadas à argumentação; são eles: a fundamentação técnica; a fundamentação empírica; a fundamentação definitória; e a fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático-universal⁸.

Caracteriza-se como técnica a fundamentação que busca empregar regras técnicas – regras que prescrevam os meios empregados para que se atinjam os fins a que se propõem, considerando-se os valores justiça e verdade na justificação destes fins. A fragilidade deste

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 173-200.

⁷ Op. cit, p. 182.

⁸ Ibid., p. 178.

modo de fundamentação reside no fato de que os fins a serem justificados podem ser excessivamente abstratos ou são tomados como pressupostos.

A fundamentação se configura como empírica quando se ocupa da identificação de regras que “regem de fato” – regras que são suficientemente seguidas e produzem resultados que correspondem às expectativas que motivaram sua adoção. A deficiência da fundamentação empírica estaria no risco de se presumir a racionalidade da adoção de uma regra por nela se depositarem convicções normativas, de se tomar algo como racional apenas porque é real (porque existe). Por esta razão, a racionalidade da fundamentação empírica deve ser verificada por meio de outros modos de fundamentação.

A fundamentação se caracteriza como definitória quando é apontado um sistema de regras – isto é, quando a aplicação das regras é justificada pelo fato de que elas constituem um sistema. A fundamentação definitória é importante tanto para explicitar quais regras de fundamentação são adotadas quanto para tornar possível a apresentação de “sistemas de regras completamente novos” quando da justificação de prescrições normativas. A debilidade deste modo de fundamentação está na possibilidade de arbitrariedade da fundamentação, caso ela se reduza à mera apresentação de um outro sistema de definições sem a apresentação de razões que motivem sua adoção.

A fundamentação é pragmático-transcendental ou pragmático-universal quando busca determinar os pressupostos gerais da argumentação – quais as regras são pressupostas da existência da argumentação. A dificuldade em considerar tal expediente como um modo de fundamentação decorreria do fato de que suas regras necessariamente teriam caráter de pressuposições. Por este motivo, deve-se admitir que poucas regras fundamentais se estabeleçam a partir deste método.

Alexy reconhece serem possíveis outros modos de fundamentação para além dos quatro apresentados; faz, ainda, a ressalva de que nenhum método de fundamentação do discurso está isento de crítica e pode isoladamente garantir a racionalidade da argumentação. A racionalidade da argumentação decorreria da inter-relação de distintos modos de fundamentação.

As críticas aos quatro métodos apresentados não eliminam, entretanto, sua utilidade para a racionalidade da argumentação: o método técnico é útil determinar fins a serem justificados,

o método pragmático-universal para a definição de regras fundamentais, o método empírico para a determinação da conveniência da aplicação de regras e o método definitório para a crítica e o conseqüente ajuste das regras a serem empregadas.

Segundo Alexy, a utilização destes métodos de fundamentação evidencia um “discurso teórico-discursivo”, um discurso teórico sobre regras do discurso (uma argumentação teórica sobre regras de argumentação), em cujo contexto é racional considerar provisoriamente justificadas as prescrições adotadas por aqueles que argumentam. Esta justificação seria apenas provisória em razão da necessidade da consideração das regras aplicáveis ao prático geral (à argumentação prática geral), que teriam uma outra natureza, em que não está compreendido aquele caráter de pressuposição admissível quanto às regras do discurso teórico (da argumentação teórica).

Enunciam-se, então, as regras que determinam a racionalidade da argumentação prática geral. Estas regras serão decisivas para a constituição de sua Teoria da Argumentação Jurídica, porque, conforme se evidenciará adiante, Alexy considera o discurso jurídico (a argumentação jurídica) como um caso especial do discurso prático geral (da argumentação prática geral).

Ele afirma ser imprescindível que o discurso prático racional seja estabelecido por meio de regras com natureza de “obrigações, proibições e permissões⁹”. Apresenta, neste sentido, regras fundamentais para o discurso prático geral (relacionadas à verdade ou correção do discurso), regras de razão (atinentes às formas de justificação das assertivas dos enunciados normativos), regras sobre a carga da argumentação (relativas à possibilidade de problematização de qualquer assertiva), formas de argumento características do discurso prático e, finalmente, regras de fundamentação (referentes à utilização das formas típicas de argumento do discurso prático na justificação de qualquer proposição normativa ou regra).

As regras fundamentais do discurso prático geral seriam relevantes, sobretudo, quanto à verificação da validade do discurso prático, visto que a validade das regras fundamentais consistiria na condição de validade de qualquer comunicação relacionada à verdade ou correção¹⁰. Quatro regras fundamentais são estabelecidas.

⁹ ALEXY, 2017, p. 182.

¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 183.

A primeira aponta para a necessidade de que ninguém que argumente¹¹ possa se contradizer. A não-contradição remeteria às regras da lógica clássica, em especial à lógica deôntica, não devendo se limitar à verificação se proposições são “verdadeiras” ou “falsas”, devendo permitir, antes, a verificação das relações lógicas que enunciam, que pode se evidenciar pelo emprego de expressões como “e”, “se...então”, “todos” ou “alguns” e, então, pela avaliação da semântica dos enunciados que daí decorra como verdadeira ou falsa.

A necessidade de que quem argumenta acredite naquilo que afirma é posta como segunda regra fundamental do discurso prático. Isto garantiria a sinceridade da discussão e seria pressuposto até mesmo à identificação da mentira, já que, não se exigindo sinceridade de quem discursa, não se poderia conceber que este pudesse se enganar.

A terceira regra fundamental do discurso prático diz respeito à atribuição de predicados a determinados objetos. Alexy defende que quem atribui um predicado a um determinado objeto, deve sempre atribuí-lo a qualquer outro objeto que se identifique com aquele em todos os seus aspectos relevantes. Trata-se da necessidade de coerência de quem argumenta. Esta terceira regra estaria diretamente relacionada à quarta regra para determinação de regras fundamentais do discurso prático, de acordo com a qual diferentes pessoas que argumentam não poderiam empregar expressões idênticas com significados distintos.

Estas duas regras poderiam ser condensadas numa única regra que exige que todos que argumentam empreguem as mesmas expressões com os mesmos significados, com a condição de que quem emprega uma expressão apenas o faça quando, de fato, ela for utilizável.

A terceira regra – a necessidade de coerência – seria caracterizada por uma noção de *universalidade*, podendo ser enunciada como a necessidade universal de que quem argumenta somente pode afirmar juízos de valor se assume o compromisso de fazê-lo em todas situações que verifique serem iguais.

¹¹ Opta-se, aqui, pela referência ao “falante” como aquele que participa do discurso ou que argumenta. Neste mesmo sentido, considerados os propósitos da presente investigação, discurso e argumentação são tomados como conceitos intercambiáveis (ALEXY, 2017, p. 183).

Já a quarta regra fundamental do discurso prático exigiria, segundo Alexy, uma “comunidade de uso da linguagem¹²”. Embora aluda ao fato de o emprego desta noção de *comunidade* não estar isento de controvérsia, o autor afirma que ela se concretizaria na análise das expressões utilizadas que permitisse estabelecer definições sobre as palavras empregadas, quando se tratar de caso de obscuridade ou incompreensão.

No tocante às regras de razão, Alexy defende a necessidade de que asserções sejam reafirmadas ou refutadas por novas asserções, no processo de justificação de asserções de enunciados normativos. A estruturação do discurso prático somente seria possível, portanto, por meio desta utilização de asserções.

A regra de razão primordial estaria relacionada à ideia de que todo aquele que afirma algo, pretende que o que afirma seja fundamentável, verdadeiro, correto – tratem-se suas asserções tanto de proposições normativas quanto de proposições não normativas. De acordo com Alexy, esta *pretensão de fundamentabilidade*¹³ não se consubstanciaria na capacidade de quem argumenta de oferecer fundamentação às suas próprias asserções, bastando que apontasse para a capacidade de fundamentação de outras pessoas determinadas ou determináveis. Não seria suficiente, no entanto, que afirmasse genericamente que alguém poderia fundamentar sua proposição, sem dar razões para tanto. Esta regra também poderia ser denominada, segundo Alexy, como “regra geral de fundamentação¹⁴”.

Em decorrência desta “regra geral de fundamentação”, três outras regras serão estabelecidas relativamente às condições mais relevantes para a racionalidade do discurso.

A primeira regra de razão tem a ver com a própria admissão ao discurso, consistindo na previsão de que todo aquele que (efetivamente) argumenta, *pode* tomar parte no discurso. Já a segunda regra de razão garantiria a liberdade do discurso, subdividindo-se nas previsões de que todos que argumentem possam: problematizar uma asserção, se utilizar de qualquer asserção em sua argumentação e expressar seus desejos, opiniões ou necessidades. A terceira regra, por sua vez, cumpriria o papel de proteção do discurso à possibilidade de coerção, interna ou

¹² ALEXY, 2017, p. 185.

¹³ ALEXY, op. cit., p. 186.

¹⁴ Ibid., p. 186.

externa. De acordo com ela, ninguém que argumenta pode ser impedido de ser admitido (nos termos da primeira regra) ou de discursar com liberdade (conforme posto na segunda regra), seja em face de coerção interna ao discurso, seja mediante coerção externa ao discurso¹⁵.

Admitindo que a aplicação destas regras de razão como critérios positivos é problemática¹⁶, Alexy reafirma sua relevância quanto à garantia da racionalidade do discurso prático, na medida em que oportuniza a crítica a possíveis restrições injustificáveis de direitos e possibilidades dos participantes do discursos e, por consequência, permite justificar aquelas restrições que, relativamente a outras restrições ou à inexistência de restrições, possibilitem alcançar um resultado que também se alcançaria caso não houvesse restrições.

Neste sentido, segundo o autor, as regras da razão possibilitariam não apenas definir um ideal do qual o discurso prático deveria se aproximar, mas também explicar a noção de pretensão de verdade ou correção.

As regras sobre a carga da fundamentação seriam necessárias, por seu turno, porque, conforme aponta Alexy, embora as regras fundamentais e as regras de razão sejam suficientes para disciplinar a carga argumentativa com relação às asserções, isto não se verificaria relativamente à problematização das perguntas ou dúvidas colocadas em relação às asserções.

A primeira regra sobre a carga da argumentação pode ser enunciada como a obrigação de quem argumenta de fundamentar tratamento distinto dispensado a duas pessoas. Ela adviria das já apresentadas noção de universalidade e pretensão de fundamentabilidade. Preceitua-se aqui que, como as regras de razão determinariam uma presunção de igualdade, o afastamento desta presunção somente poderia ocorrer caso sejam apresentadas razões que o justifiquem.

A segunda regra sobre a carga da argumentação determina a necessidade imposta àquele que argumenta de apresentar uma razão para atacar uma proposição ou norma que não seja objeto de discussão, porque tenha sido tomada como verdadeira, válida pela *comunidade*.

¹⁵ ALEXY, 2017. p. 187.

¹⁶ ALEXY, op. cit., p. 187.

Como terceira regra sobre a carga da fundamentação Alexy aponta a proibição de que quem argumenta exija incessantemente razões de seus interlocutores; de acordo com ela, quem argumenta somente estaria obrigado a apresentar novas razões caso tenham sido apresentadas contrarrazões por parte de seus interlocutores.

Por fim, a quarta regra sobre a carga da fundamentação se relaciona com as regras de razão que asseguram a liberdade do discurso e a não coerção. Uma vez que não seria possível impedir a apresentação de tantos comentários e asserções quanto se desejar, não seria adequado excluí-los do discurso. No entanto, de quem argumenta se poderia exigir que indicasse razões para a apresentação do comentário ou da asserção em questão, caso estes não tenham sido apresentados como argumento relativo a uma manifestação anterior.

Como primordial forma de argumento típicas do discurso prático, Alexy apresenta as proposições normativas singulares. Elas poderiam ser fundamentadas de duas maneiras; estas duas maneiras consistem nas duas primeiras formas de argumento típicas do discurso prático.

A primeira maneira seria tomar como referência uma regra pressuposta como válida para avaliar se um enunciado a ela se adéqua, daí se extraíndo a conclusão (a proposição normativa).

Outra maneira seria a apresentar as consequências dos imperativos que de tal regra se originariam – isto é, realizar juízos de valor e de dever a partir desta –, para se fundamentar uma conclusão.

Segundo Alexy, enquanto, na primeira maneira, quem aponta a regra como razão presumiria que seu enunciado é verdadeiro, por trazer características, circunstâncias por ela determinadas, quem apresenta consequências de uma regra pressupõe que a produção de tais consequências a partir desta regra é boa ou é obrigatória¹⁷.

Outras duas formas típicas de argumento se refeririam à aplicabilidade de uma regra, à fundamentação do próprio emprego da regra; relacionam-se, porém, às duas primeiras formas típicas de argumento do discurso prático.

¹⁷ ALEXY, 2017, p. 191.

Em primeiro lugar, Alexy trata da possibilidade da utilização de uma regra de segundo nível relativa à regra que se pretenda empregar que permita apontar consequências dela avindas. Exemplo de uma regra de segundo nível que permite afirmar consequências seria uma regra que tratasse da vigência da regra.

Uma outra possibilidade seria a utilização de uma regra de segundo nível que impusesse uma condição ao enunciado, para que a regra pudesse ser aplicada. Neste caso, restando presente a condição trazida pela regra de segunda nível, o enunciado se adequaria à regra. Como exemplo de condição, Alexy menciona a indicação moralmente relevante de que uma regra foi estabelecida de uma determinada maneira.

A utilização destas formas típicas de argumento do discurso prático apresentadas não impossibilita que a utilização de distintas proposições conduzam a resultados incompatíveis entre si. Para solucioná-lo, seria necessária a determinação de regras de prioridade, prevejam elas que umas regras devem ter prioridade em relação a outras em qualquer caso ou que determinadas regras tenham prioridade sobre outras a partir de determinadas condições.

As regras de prioridade possibilitam determinar duas outras formas de argumento. A primeira consiste no caso em que uma regra deve ter preferência em relação a outra, trate-se de uma regra principal que tenha preferência sobre outra regra principal, trate-se de uma regra de segundo nível que deva se sobrepôr a outra regra de segundo nível. Outra forma típica de argumento do discurso prático decorrente das regras de prioridade é aquela em que está presente uma condição determinada por uma regra, seja uma condição de que decorra a preferência de uma regra principal relativamente a uma outra regra principal, seja uma condição de que decorra a preferência de uma regra de segundo nível sobre uma outra regra de segundo nível.

Alexy faz duas observações importantes acerca destas duas formas de argumento. A primeira delas aponta para o fato de não apenas ser possível a sua combinação, mas também que tal combinação comumente ocorre. A segunda observação atenta para a desnecessidade de que estas regras tragam justificção a si mesmas – basta que sejam aceitas. A racionalidade estará garantida, segundo ele, pela possibilidade de que tais regras se tornem objeto de justificção.

O recurso às regras até aqui expostas, para Alexy, garante maior racionalidade do discurso prático, do que o recurso a “meios como adulações, acusações e ameaças¹⁸” seria capaz. Ocorre que, embora as formas de argumento apresentadas permitam justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra, ainda se impõem como necessárias regras de fundamentação que regulem este processo de justificação.

A primeira destas regras de fundamentação do *princípio de generalizabilidade* apresentado em três variantes que se complementam. A primeira variante prevê que quem afirma uma proposição normativa que prescreva consequências relativamente aos interesses de outras pessoas deve poder aceitar tais consequências se viesse a se encontrar hipoteticamente no lugar daquelas pessoas. A necessidade de que regras relativas à satisfação dos interesses de cada pessoa sejam aceitas por todos constitui a segunda variante do princípio em referência. A terceira variante, por sua vez, alude à obrigatoriedade de que toda regra seja difundida de forma aberta e geral.

Alexy observa que nenhuma destas variantes está apta a garantir um *acordo* racional. A primeira variante possibilita que diferentes pessoas que participem do discurso partam de diferentes convicções normativas fáticas; a segunda apenas se refere ao caráter ideal das regras de razão; a terceira, por seu turno, somente é capaz de excluir algumas poucas regras morais¹⁹.

O autor propõe, então, como segunda regra de fundamentação, um procedimento *genético*, por meio do qual os participantes do discurso sejam capazes de compatibilizar suas distintas concepções práticas, com o fim de forjar um acordo racional. Para tanto, estes deveriam se utilizar de regras morais, para verificar em que medida as condições do discurso racional se realizaram, de modo a possibilitar críticas às regras que se pretendam impor ao discurso prático.

Neste sentido, Alexy postula que regras morais das quais derivam as concepções morais do participante do discurso devem poder ser comprovadas de acordo com sua origem. Uma regra moral poderá ser comprovada se pudesse ser justificada racionalmente quando do momento histórico de sua origem, ainda que sua justificação tenha vindo a perder sentido, ou

¹⁸ALEXY, 2017, p. 195.

¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 196.

ainda, caso sua justificação em sua origem não fosse possível, sejam apresentadas razões advindas em momento histórico posterior que sejam suficientes para justificá-la.

Alexy preceitua, igualmente, que a verificação da regra moral se realize a partir da comprovação da formação histórica da regra individualmente considerada com relação às condições de socialização então vigentes, advertindo quanto à possibilidade de futuramente se considerar justificada uma regra moral surgida em condições de socialização não justificáveis (situações em que o participante não esteja interessado ou não possa tomar parte no discurso).

A terceira e última regra de fundamentação se refere à *necessidade de realizabilidade*. De acordo com esta noção, considerando que a finalidade precípua do discurso prático é resolver questões práticas, os limites fáticos de realizabilidade das proposições devem ser respeitados. Segundo Alexy, a determinação de tais limites pressupõe a existência de razoável grau de conhecimento empírico.

Alexy assinala, por fim, três regras de transição para outras formas de discurso. Elas seriam imprescindíveis pela necessidade do recurso a outras formas de discurso que não o discurso prático para dirimir problemas surgidos no âmbito deste, sejam eles relativos a questões de fato, a problemas linguísticos ou ainda a questões referentes à própria discussão prática.

A primeira regra de transição para outras formas de discurso afirma que deve sempre ser possível para qualquer participante e a qualquer momento passar a um discurso teórico (empírico). A segunda prevê que deve sempre ser possível a qualquer participante e a qualquer momento passar a um discurso de análise da linguagem. Já a terceira regra determina a necessidade de que a qualquer participante e a qualquer momento seja possível passar a um discurso da teoria do discurso.

Alexy afirma que todas as regras determinadas no sentido de regular o discurso prático têm por objetivo propiciar um acordo racional entre seus participantes. Apesar disso, nem sempre será possível um acordo racional definitivo e irrevogável entre os participantes – a própria necessidade de que os resultados obtidos por meio do discurso sejam revistos, tendo em vista a mutabilidade das concepções normativas ao longo do tempo, impõe uma limitação ao discurso prático.

Também se destaca como limitação o fato de que, ainda que as regras do discurso prático permitam excluir ou exigir determinados juízos de valor e de dever, o discurso prático abrange vasto número de possibilidades. Neste sentido, pode-se depreender que Alexy considera como limites extremos do discurso prático a impossibilidade discursiva – caso em que estejam infringidas todas as regras do discurso prático relativas à participação no discurso – e a necessidade discursiva – casos em que as regras do discurso prático obriguem a participação de alguém.

Neste contexto, é possível haver discurso prático no qual, sem que regras do discurso sejam infringidas, fundamentem-se proposições normativas ou regras conflitantes, no sentido de determinar duas soluções discursivamente contraditórias entre si – trata-se, aqui, de casos de *possibilidade discursiva*. Exemplo desta possibilidade seria a discussão de regras jurídicas, no âmbito de cuja fundamentação se recorre a princípios fundamentais e procedimentos por meio dos quais as regras devam ser estabelecidas, para, afirmando-as como necessárias e razoáveis, determinar soluções vinculantes.

O discurso prático seria caracterizado, contudo, por uma grande variedade de possibilidades intermediárias, no âmbito das quais não necessariamente suas regras excluem ou exigem determinadas soluções (determinados juízos de valor e de dever). Propriamente na limitação do discurso quanto à possibilidade de alcançar soluções vinculantes é que se assentaria a necessidade da existência das regras jurídicas.

2.1.1.1. Argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática

Alexy desenvolve a tese de que o discurso jurídico é caso especial do discurso prático geral, fundamentando-o nos fatos de a argumentação jurídica se caracterizar por uma discussão de questões práticas (relativas ao que pode ou não ser feito ou omitido) e de a discussão das questões práticas se dar sob o prisma da pretensão de correção.

A alusão a *caso especial* se justificaria pela particularidade da argumentação jurídica que a distingue da argumentação prática geral: o fato de se limitar a um tipo mencionado, dada sua vinculação ao direito vigente. Enquanto o debate da argumentação prática geral submete todas

as questões à discussão, na argumentação jurídica há limitações às questões que devam ser debatidas.

Também na argumentação jurídica haveria, portanto, distintas possibilidades quanto à determinação de soluções vinculantes decorrentes das proposições normativas. Considerando as distintas aplicações da argumentação jurídica, as maiores limitações se observam, segundo Alexy, no âmbito do processo jurisdicional. Nele incidem regras processuais, a argumentação é limitada temporalmente, as partes podem se orientar a partir de seus interesses particulares e buscam sentença que lhes seja mais vantajosa, não a mais correta. Já na dogmática e na discussão pública de decisões judiciais, a argumentação se daria do modo mais livre. Aqui, a discussão não se restringiria a limitações temporais. No caso da mera discussão de decisões judiciais, seria possível, ainda, passar da argumentação jurídica à argumentação prática geral.

O fato de que as discussões jurídicas se relacionam a questões práticas poderia ser vislumbrado a partir do próprio escopo da argumentação jurídica de determinar soluções relativas a questões práticas.

A racionalidade da argumentação jurídica relacionada a direitos fundamentais também é determinada pela argumentação prática, em razão de, em considerável parcela dos casos, serem necessárias valorações adicionais, que não são extraídas diretamente das normas. Neste contexto, a racionalidade da fundamentação da argumentação jurídica depende, em grande medida, da possibilidade de fundamentação racional de premissas práticas em geral²⁰.

Relativamente à pretensão de correção, assim como na argumentação prática geral, não é possível que o participante se furte a dar razões para se negar a fundamentar algo que tenha afirmado. A previsão de que juízes estão obrigados a fundamentar suas decisões judiciais evidenciaria, igualmente, a presença de pretensão de correção na argumentação jurídica.

No contexto da argumentação jurídica, no entanto, a pretensão de correção pressupõe não a racionalidade das proposições normativas aduzidas em si mesmas; é suficiente a possibilidade de sejam fundamentadas racionalmente em face do direito vigente, do ordenamento jurídico

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

vigente. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca, com efeito, determinar parâmetros para uma fundamentação racional a partir do ordenamento jurídico vigente.

Em sua teoria de direitos fundamentais, Alexy ressalta, ainda, que a argumentação jurídica depende de uma teoria material da dos direitos fundamentais, que reconcilie juízos morais gerais (enquanto afirmação de juízos práticos) e o texto normativo, por meio da argumentação prática. Esta argumentação, caracterizada pela vinculação ao direito positivo (em especial, à lei, ao precedente e à dogmática, em ordem decrescente de força de autoridade), constituiria uma teoria institucional dos direitos fundamentais enquanto teoria de princípios²¹.

2.1.1.2. Argumentação prática institucional e argumentação prática substantiva

No âmbito da argumentação jurídica, é especialmente importante exame relativo ao conteúdo dos argumentos utilizados. Neste ponto, pode-se utilizar a distinção proposta em por Shecaira e Struchiner entre argumentação institucional e argumentação substantiva. Embora tanto uma quanto outra tenham por objeto afirmar prescrições – o que deve ou não ser feito –, uma vez que ambas consistem em formas de argumentação prática, numa e noutra se apontam razões de naturezas distintas para justificar as proposições normativas em questão. A argumentação prática institucional apontaria para regras e procedimentos previamente estabelecidos. Já na argumentação substantiva seriam empregadas razões de natureza moral, política, econômica, social etc²².

A distinção entre tais formas de argumentação pode ser tomada como mais uma constatação da existência de distintas possibilidades quanto à limitação da argumentação prática apontadas por Alexy. Enquanto a argumentação substantiva possibilita a utilização duma gama consideravelmente ampla de razões na fundamentação de um enunciado normativo, possibilitando, por consequência, a discussão de um grande número de questões práticas, a argumentação institucional impõe claros limites às questões práticas a serem avaliadas.

Deste modo, é possível associar a variabilidade do carácter vinculante decorrente da fundamentação das proposições normativas, observada por Alexy, ao emprego duma ou doutra destas formas de argumentação. Indicativo disto seria sua observação, com relação aos distintos

²¹ ALEXY, 2008, p. 548 et. seq.

²² SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 35-47.

meios em que a argumentação jurídica é utilizada (discussão de decisões judiciais, dogmática jurídica, processo judicial etc.), de que a discussão pode ser mais ou menos limitada.

Isto se coaduna com a *tese institucional* de Shecaira e Struchiner²³, que ressalta que, embora em situações corriqueiras que envolvam discussão de prescrições normativas mais comum que os participantes do discurso apelem para argumentação substantiva, os participantes que são *profissionais do direito* argumentam de modo predominantemente institucional. Apesar de o juiz ser exemplo evidente de figura de quem se espere tal comportamento, também os demais profissionais do direito argumentam no sentido de defender a conformidade ou não de determinadas prescrições normativas com regras e procedimentos previamente estabelecidos.

Algumas observações de Shecaira e Struchiner acerca da *tese institucional* são relevantes. Em primeiro lugar, está o fato empiricamente verificável de que profissionais do direito se utilizam majoritariamente de argumentação institucional não deva significar que a argumentação substantiva não possa ser empregada, não devendo se impor a compreensão de que profissionais do direito não podem empregar argumentos substantivos. É possível concluir que os autores não pretendem estabelecer uma hierarquia entre uma e outra formas de argumentação quanto à qualidade de sua argumentação jurídica.

A segunda observação aponta que a argumentação destes profissionais é predominantemente institucional. Nela também são utilizados argumentos substantivos. Embora, em geral, tais argumentos sejam empregados com o fim de corroborar argumentos institucionais anteriormente enunciados, a distinção entre argumentação institucional e substantiva deveria ser encarada como uma distinção de grau, uma vez que é possível reconhecer argumentações mais ou menos substantivas, ou mais ou menos institucionais.

Aponta-se, ainda, que a preponderância da argumentação institucional não confere por si mesma maior transparência ou sinceridade ao discurso. Para tanto, não basta que se empregue argumentação institucional; seria necessário verificar se, mesmo que o processo de fundamentação considere razões substantivas, estas não preponderam relativamente às prescrições do direito vigente.

²³ SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 37.

Pode-se concluir, neste ponto, que a preponderância da argumentação institucional na argumentação jurídica, observada pelos autores, resulta da própria necessidade de vinculação ao direito vigente quando da fundamentação de um enunciado normativo, traço característico que particulariza a pretensão de correção da argumentação jurídica, de acordo com Alexy.

Por fim, Shecaira e Struchiner fazem a ressalva de que não basta identificar apenas o recurso ao silogismo jurídico, para verificar se a argumentação do profissional do direito de fato se trata de argumentação institucional; é preciso que toda argumentação complexa de que ele seja parte venha a se analisada. Apenas deste modo se pode verificar se estão presentes razões implícitas que desvirtuem o caráter institucional da argumentação.

2.2. Processos de descoberta e justificação das decisões judiciais

É possível afirmar que a fundamentação da afirmação de prescrições normativas pelo participante do discurso no âmbito da argumentação jurídica ocorre em duas etapas. A primeira destas etapas se denomina *processo de descoberta*²⁴; nele se trata do levantamento das hipóteses possíveis das quais se possa inferir razões para afirmar determinadas prescrições normativas e da apuração da adequação destas hipóteses. O processo de descoberta se relaciona, portanto, à busca das melhores razões para determinar a adoção duma prescrição²⁵.

Num segundo momento, dá-se o processo relativo à fundamentação pública das conclusões daquele que discursa acerca das consequências da afirmação duma prescrição normativa relativamente a uma determinada situação; ele se denomina *processo de justificação*. Este processo é típico da argumentação jurídica e desempenha papel central com relação à garantia de sua racionalidade.

No contexto da argumentação jurídica, o processo de justificação corresponderia à própria fundamentação, segundo Alexy; por esta razão, o autor considera justificação e fundamentação conceitos equivalentes.

²⁴ SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 155-160.

²⁵ ALEXY, op. cit., p. 157.

Cumprе ressaltar que estes processos podem se dar tanto no âmbito de argumentação prática quanto da argumentação teórica. Enquanto, neste último caso, se levantará hipóteses que pretendam determinar descrição de fatos ou de situações contextuais, no primeiro caso, trata-se de determinar razões que justifiquem a adoção de prescrições ou enunciados normativos. Esta observação é importante porque, como visto, na argumentação jurídica é comum que se transite entre a argumentação prática e a argumentação teórica – isto é, recorre-se a argumentos complexos constituídos de outros argumentos tanto práticos quanto teóricos.

Tendo em vista o já apontado caráter prático da argumentação jurídica, importa averiguar de que modo estes processos deveriam ocorrer no contexto da argumentação prática, para que a racionalidade da argumentação jurídica seja assegurada.

É evidente que a avaliação do processo de justificação deve preponderar sobre o processo de descoberta. Enquanto a explicitação do processo de justificação é exigida pela própria prática da argumentação jurídica – e o mandamento legal que impõe aos juizes o dever de fundamentação é o exemplo típico desta exigência –, não é incomum que o processo de descoberta não seja revelado, que seja tomado como pressuposto.

De acordo com Shecaira e Struchiner, tal comportamento nem sempre garantirá que problemas que possam comprometer a racionalidade da fundamentação das prescrições normativas estejam afastados do processo de justificação. Assim, ainda que a fundamentação de prescrições normativas pelo participante da argumentação jurídica se concentre na segunda etapa – o *processo de justificação* –, não é adequado desconsiderar a importância do processo de descoberta²⁶.

A análise do processo de descoberta é especialmente relevante com relação àqueles que argumentam juridicamente para determinar decisões judiciais. Trata-se, neste ponto, de verificar se o processo de justificação que decorrerá do processo de descoberta não é alcançado por meio do recurso a uma argumentação enviesada e em que medida o recurso às fontes do direito é empregado na tomada de decisões.

²⁶ SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 160-174.

Shecaira e Struchiner aludem a dois sistemas distintos (ou duas etapas distintas) do processo cognitivo que poderiam ser aplicados ao processo de descoberta das decisões judiciais. O primeiro, denominado intuitivo ou implícito, seria automático, operado de maneira não intencional e inconsciente. Nesta primeira etapa, ocorreria a formação de hipóteses; esta poderia ser descrita como uma etapa em que o raciocínio é pouco controlado, automático, decorrente do mero acesso às memórias do participante do discurso.

O segundo sistema, denominado explícito ou deliberativo, seria mais lento, controlado e intencional, consciente. Esta segunda etapa poderia ser considerada uma fase de controle ou teste das hipóteses; precisamente neste momento, o participante buscaria as melhores razões possíveis para justificar as hipóteses preliminares por ele consideradas.

De todo modo, tanto numa quanto noutra etapas, a construção de argumentos indutivos seria característica do processo de descoberta; argumentos indutivos seriam empregados no sentido de possibilitar que as melhores razões que corroborem as hipóteses adotadas possam ser inferidas.

Alexy, porém, considera a importância do processo de descoberta apenas quanto a seu caráter deliberativo²⁷. Isto pode ser facilmente compreendido se se vislumbram os problemas relativamente à garantia da racionalidade do discurso que poderiam advir dum processo de descoberta meramente intuitivo.

Neste sentido, Shecaira e Struchiner sugerem que, em casos difíceis – aqui entendidos como aqueles em que o participante estaria mais suscetível a um maior envolvimento emocional (a uma maior influência de suas impressões morais) –, é necessário verificar se a determinação das razões que corroboram as hipóteses não se reduz a uma lógica meramente intuitiva.

Observam, ainda, que, por muitas vezes, embora fatores estranhos ao contexto fático em que se adotam as hipóteses tenham sido determinantes para sua adoção, estes não são revelados quando do processo de justificação. Neste caso, num processo de descoberta que se reduza tão somente a intuições, estas intuições poderiam se constituir como atalhos que dão azo a uma justificação enviesada.

²⁷ALEXY, 2017, p. 221.

Conforme apontam os autores, a constante consideração apenas de argumento que corroboram a tese que se pretenda afirmar, a desconsideração de argumentos plausíveis que fundamentem o contrário do que se busca afirmar e a invenção ou a utilização de argumentos inteiramente inadequados (cujas premissas não encontrem um suporte mínimo de verdade relativamente a um determinado contexto fático), constituiriam um *viés confirmatório*.

Uma justificação enviesada seria problemática, sobretudo, diante de caso em que, embora sejam utilizados atalhos ou vieses, não se os explicita, restando, comprometida a pretensão de correção da fundamentação.

3. ROBERT ALEXY E A RACIONALIDADE JURÍDICA DA ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Justificação Interna e justificação externa

Ponto central discutido em argumentação jurídica relativamente à fundamentação do discurso se refere à justificação das proposições normativas. Apresentam-se, em geral, dois aspectos da justificação: a justificação interna e a justificação externa. Relativamente à justificação interna, de acordo com Alexy, importa verificar se a conclusão apontada decorre logicamente das premissas utilizadas; ela se relaciona à racionalidade da relação entre premissas e conclusão. A justificação externa, por sua vez, está relacionada à correção destas premissas, sendo determinante para a racionalidade das conclusões (logo, das decisões, no caso da argumentação jurídica).

A utilidade da busca pela justificação interna, conforme aponta Alexy, é, sobretudo, deixar claro quais são, de fato, as premissas que estão sendo utilizadas e que, portanto, devem ser justificadas externamente. Ao explicitar pressupostos que, de outra maneira, permaneceriam ocultos, esta análise permite majorar a possibilidade de reconhecer e criticar erros e, como consequência, aumenta a consistência das decisões e contribui para a justiça²⁸. Alexy determina algumas regras que deveriam ser consideradas no processo de justificação interna.

Com relação à primeira regra aplicável ao processo de justificação interna, retomando a noção de universalidade, assinala a necessidade de que todos os indivíduos sejam tratados da mesma forma quando da construção do argumento jurídico (em geral, um silogismo), considerados os predicados exigidos pela norma, para que se determine sua aplicação ao caso.

Trata-se, aqui, da exigência de justiça formal, que se concretizaria a partir da adoção de duas regras em decorrência da adoção da já mencionada noção de *universalidade*. A primeira regra determina que, na fundamentação do discurso jurídico, deve ser apresentada ao menos uma norma universal.

Uma segunda regra a ser observada no processo de justificação interna prevê que a conclusão ou decisão deve consistir em decorrência lógica de ao menos uma norma universal que se tenha empregado junto a outras proposições normativas. Ou seja, na construção

²⁸ ALEXY, 2017, p. 221-222.

argumentativa deve necessariamente ser utilizada como premissa uma norma de caráter universal da qual se extrairá, a partir da relação daquela norma com outras premissas, uma conclusão.

Ocorre que há casos difíceis, em que é insuficiente a mera exigência de universalidade da norma, seja por trazer a norma diversas alternativas de fato hipotético, diversas possibilidades de consequências jurídicas, seja por exigirem complementação por outras normas jurídicas, seja por empregarem expressões sujeitas a diversas interpretações.

Para determinar a justificação interna da argumentação relativa a estes casos, Alexy se reporta a uma necessidade de *concreção progressiva*, que torne a argumentação mais sólida. Neste contexto, pode-se compreender que a justificação interna passa pela necessidade de demonstrar não estarem presentes requisitos de excludentes da aplicação da norma ou de regras que adaptem a solução a ser dada, se houver, para determinar a aplicação da norma geral em si. Para determinar estarem ou não presentes tais requisitos, devem ser consideradas condições relacionadas ao indivíduo que devem ser equivalentes aos atributos ou predicados trazidos pelas disposições da norma.

A *concreção progressiva* se dá, precisamente, numa construção argumentativa em etapas em que se desenvolve a demonstração da verificação de todo e cada um destes requisitos de excludentes da aplicação da norma ou de regras que adaptam a solução a ser dada. Neste processo, segundo Alexy, é fundamental a consideração às regras que garantem a racionalidade do discurso prático já mencionadas. Com relação à incidência destas, outras três regras que devem ser consideradas justamente no supramencionado processo de *concreção progressiva* são colocadas, também no contexto da justificação interna.

A terceira regra a ser levada em consideração no curso do processo de justificação interna determina que, sempre que houver dúvida se as condições de um indivíduo a que se pretenda aplicar uma norma se equivalem aos atributos ou predicados por ela trazidos, deve ser apresentada uma regra que permita decidir a questão. Parece ser um exemplo adequado o recurso a um outro dispositivo, seja da mesma lei da qual se tenha extraído a norma que traz tais predicados, seja numa outra lei do mesmo ramo do direito no contexto do qual o caso se insere.

A quarta regra a ser considerada no processo de justificação interna prevê a necessidade de que as etapas de desenvolvimento da justificação permitam formular expressões de modo que sua utilização não seja discutível quando da aplicação de uma regra a um caso. No que respeita à utilidade desta regra, pode-se concluir que, para Alexy, importa restar evidenciado que as circunstâncias fáticas do caso avaliado e pessoais daquele que postula um direito se coadunam com as expressões utilizadas para fundamentar os argumentos quem fundamentam uma determinada conclusão (por exemplo, as expressões retiradas dum texto legal).

Já a quinta regra necessária ao processo de justificação interna estabelece que deve ser articulado o maior número possível de etapas de desenvolvimento dos argumentos utilizados para esclarecer a fundamentação da conclusão a ser aplicada ao caso em análise. Quanto a este ponto, é relevante apontar que, segundo Alexy, argumentos desenvolvidos em poucas etapas seriam facilmente atacáveis, ainda que restasse demonstrada seu conteúdo normativo e embora a sua contestação frequentemente não seja específica.

Alexy faz, por fim, duas ressalvas com relação às cinco regras por ele determinadas relativamente à justificação interna. A primeira delas se refere à redução do processo de justificação à dedução lógica de conclusões de normas jurídicas. Neste sentido, afirma que a exigência de que a conclusão ou decisão seja decorrência lógica das premissas empregadas de nenhuma maneira deve importar na desconsideração da utilização de premissas que não consistem em normas de direito positivo. Esta exigência, na realidade, é que permitiria que se evidenciem explicitamente quais são as premissas não extraídas do direito positivo – e esta seria, possivelmente, a mais importante contribuição da justificação interna à racionalidade da argumentação. A não desconsideração da inter-relação entre fato e norma é o objeto da outra ressalva: é necessário que no desenvolvimento da argumentação tanto as especificidades dos fatos quanto as particularidades da norma sejam analisados em profundidade, buscando-se equilíbrio entre fundamentos relativos a fatos e a normas.

Passando a abordar a justificação externa, considerando que ela se relaciona à fundamentação das premissas utilizadas (evidenciadas por meio do processo de justificação interna), Alexy as distingue em três grupos, a cada um deles justapondo um distinto método de fundamentação.

O primeiro grupo de premissas consiste em regras de direito positivo. Relativamente a ele, o método a ser aplicado consiste na demonstração de sua conformidade com critérios de validade do ordenamento jurídico. O segundo grupo é composto de premissas ou enunciados empíricos, aos quais devem ser aplicados métodos das ciências empíricas, métodos de presunção racional ou regras sobre o ônus da prova no processo. Finalmente, ao terceiro grupo, composto de premissas é recomendada aplicação do que Alexy designa “argumentação jurídica”; este terceiro grupo de premissas é composto por enunciados que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos.

A justificação externa, segundo Alexy, é determinante com relação à argumentação jurídica justamente por se concentrar preponderantemente na fundamentação das premissas do terceiro tipo – que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos. Podem ser mencionadas exemplificativamente como premissas do terceiro tipo aquelas que se utilizem referência a precedentes, às formas de interpretação jurídica, à Dogmática, a regras da argumentação prática geral, ou mesmo que constituam formas de argumentos jurídicos especiais (tais como a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*).

Alexy indica como relevantes seis grupos de regras e formas de justificação externa a que comumente se recorre para fundamentar premissas no âmbito da argumentação jurídica: a argumentação empírica, a interpretação das normas, a argumentação dogmática, o uso de precedentes, a utilização de formas especiais de argumentos jurídicos e o emprego de argumentos práticos gerais no discurso jurídico.

A relevância da argumentação empírica se relaciona ao fato de que, no discurso jurídico, quase sempre, a consideração de enunciados empíricos, especialmente aqueles relacionados a fatos, desempenha papel fundamental. Estes argumentos podem exigir o recurso a distintos ramos do conhecimento, tais como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Linguística, etc²⁹. Retomando a já abordada exigência da regra de transição da argumentação prática geral de que a qualquer momento deva ser possível passar do discurso prático ao discurso teórico (empírico), Alexy afirma ser recomendável que se recorra tanto a uma cooperação interdisciplinar com outros ramos do conhecimento quanto a regras de presunção

²⁹ ALEXY, 2017, p. 224.

racional. Embora defenda ser impossível reduzir o discurso jurídico a um discurso empírico, os enunciados empíricos desempenham papel relevante também nas demais formas de argumentação jurídica ora em análise.

A análise da interpretação das normas jurídicas se realiza por meio de cânones que, tradicionalmente, constituem distintos métodos de interpretação, tendo como principal utilidade a garantia de segurança e da pretensão de correção das decisões.

No âmbito da interpretação semântica, busca-se verificar se a interpretação da norma é admissível semanticamente, determinando-se as interpretações que podem ou não ser aceitas na fundamentação da aplicação de uma norma a um caso concreto, a partir da aplicação de regras de uso de palavras utilizadas.

Já a interpretação genética tem por objeto a *vontade do legislador*, ocorrendo de duas formas principais: a vontade do legislador é determinada ou pela previsão do emprego de uma determinada regra do uso de palavras ou pela consideração dos fins que ele tiver estabelecido como alcançáveis pela norma, devendo ser consideradas as análises tanto duma quanto doutra situação em todos os casos.

A interpretação histórica se caracteriza pelo emprego de uma proposição normativa que deve ser racionalmente fundamentada por meio da exposição histórica do problema jurídico discutido, no sentido de apontar razões a favor ou contra uma determinada interpretação, tomando como referência um estado de coisas jurídicas anterior.

A interpretação comparativa, por seu turno, inclui enunciados empíricos e ao menos uma proposição normativa, para, recorrendo ao Direito Comparado, apontar interpretação adequada, tomando como referência um estado de coisas jurídicas de outra sociedade.

Considerando a regra do discurso prático de quem ninguém que argumenta deva se contradizer, a interpretação sistemática se refere à relação lógica entre normas que compõem um mesmo sistema jurídico-normativo.

Por fim, aproximando-se da argumentação sistemática, a interpretação teleológica trata da relação de finalidade entre uma norma e outras normas, fins ou princípios normativamente previstos (um estado de coisas ou fato prescritos normativamente).

Como se pode concluir, a inter-relação das distintas formas de interpretação é evidente. Com relação a ela, Alexy ressalta a necessidade do uso de regras de palavras, de regras gerais para uso de linguagem, da compreensão de que cada uma destas formas se aproveita a uma distinta utilidade e da compreensão de que não há hierarquia entre as formas de interpretação e de que elas não devam eliminar umas às outras.

Neste contexto, Alexy aponta quatro regras: a necessidade de que todo argumento que recorra a cânones de interpretação seja saturado, de modo a impedir afirmações vazias; a exigência de que argumentos que expressam vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevaleçam *prima facie* sobre outros argumentos, a menos que seja possível aduzir motivos racionais para dar prioridade a outros argumentos, prestigiando-se a vinculação ao direito vigente; a necessidade de que o peso dos argumentos caracterizados a partir destas distintas formas de interpretação seja determinado por meio de regras de ponderação; e a previsão de que todos os argumentos possíveis decorrentes dos cânones dos distintos métodos interpretativos possam ser considerados.

A argumentação dogmática deve, segundo Alexy, descrever o sistema jurídico vigente, por meio da análise conceitual deste, elaborando propostas para solucionar os problemas jurídicos. É, portanto, uma argumentação racional que remeteria à argumentação prática em geral, na medida em que emprega argumentos práticos gerais. Ele conceitua a dogmática jurídica não como com conjunto de atividades, mas como um conjunto de enunciados relacionados à legislação e à jurisprudência, que não se limitem a descrever legislação, princípios ou razões de decidir, mas que, formando um todo coerente, permitam propor soluções. Para tanto, estes enunciados não podem se contradizer, devem empregar os mesmos conceitos jurídicos, permitir explicitar as fundamentações de relações de inferências que ocorrerem entre eles, formando-se de modo pragmático, no âmbito de uma ciência que se fundamente de modo institucional.

Para que sirvam à justificação de proposições normativas, os enunciados dogmáticos devem ter conteúdo normativo, não podendo, assim, consistir em mera decorrência lógica nem

de normas jurídicas vigentes nem de enunciados empíricos. Sua comprovação deveria ocorrer em consideração a duas regras: a previsão de que todo enunciado dogmático que for posto em dúvida seja fundamentado por meio de outro argumento do tipo prático geral; e a necessidade de que todo enunciado dogmático seja submetido a uma comprovação sistemática.

A utilidade precípua da dogmática em sentido alexyiano seria a oportunização de um *controle de consistência*³⁰ da fundamentação jurídica, destacando-se seis funções: a estabilização das soluções dadas aos problemas jurídicos; a função de possibilitar progresso, por meio da ampliação da dimensão das comprovações pelo emprego de enunciados dogmáticos; a função de descarga, que consiste na delimitação de um âmbito razoável de questões a serem discutidas, dada a impossibilidade de que, em contexto prático, todas as questões relativas a um mesmo problema jurídico voltem a ser discutidas em cada novo caso; a função técnica, que permite que os argumentos relativos a distintas matérias jurídicas possam ser difundidos, ensinados e aprendidos; a função de controle, que possibilita maior grau de eficácia da noção de universalidade e, por consequência, da pretensão de correção, ao determinar soluções para casos não de maneira isolada, mas relacionando-os a casos decididos e por decidir; e a função heurística, por meio da instrumentalização de modelos de solução, de distinções e pontos de vista previamente à análise dos casos.

Alexy aponta, como fundamento essencial do emprego de precedentes, o prestígio à noção de universalidade enquanto condição geral, pressuposto de toda e qualquer concepção formal de justiça, que impõe fundamentação para ser afastado, devendo ser sempre levadas em consideração as já mencionadas regras da carga da argumentação. Esta previsão garantiria a segurança jurídica e a proteção de confiança nas decisões.

Para regular o uso de precedentes duas regras são determinadas: o precedente deve ser mencionado, sempre que for possível o seu emprego a favor ou contra uma conclusão; e aquele que deseja afastar a utilização do precedente deve assumir a carga da argumentação. Com relação a este ônus argumentativo, o autor indica, igualmente, a necessidade de análise da norma subjacente à decisão anterior, tendo em vista a possibilidade de distinção entre as circunstâncias do caso anterior e do caso em análise (*distinguishing*), caso em que se

³⁰ ALEXY, 2017, p. 251.

determinará abrangência distinta à aplicação da norma ao caso concreto, e a possibilidade de rejeição do precedente (*overruling*), caso em que o precedente será rejeitado.

Com relação às formas especiais de argumentos jurídicos, típicas da metodologia jurídica segundo Alexy, o autor defende ser fundamental a saturação destes argumentos – isto é, devem ser empregados enunciados que permitam justificá-los num caso concreto. Embora reconheça a facilidade de sua compreensão como vantagem destas formas válidas de inferência lógica, apresenta ressalvas que devem ser consideradas quando de sua utilização no sentido de garantir a racionalidade da argumentação. São mencionados, como exemplos de formas de argumentos tradicionalmente utilizados no âmbito da argumentação jurídica, a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

O *argumentum a contrario*, para Alexy, só será possível quando uma condição do indivíduo equivaler exatamente à condição determinada pela norma utilizada. Quanto à analogia, seria determinante a fundamentação da semelhança de condições que justifica a indicação da regra a ser aplicada, devendo-se considerar, neste ponto, que analogia se baseia na noção de universalidade e que fatos hipotéticos juridicamente semelhantes devem ter as mesmas consequências jurídicas.

A consideração da noção de universalidade e das consequências jurídicas dos fatos hipotéticos juridicamente semelhantes é igualmente mandatória em relação ao emprego do *argumentum a fortiori*, em que se busca deduzir uma proposição de conclusão uma dotada de generalidade a partir de uma circunstância ou premissa relativa a circunstância específica.

Já o argumento de redução ao absurdo seria um argumento que leva em consideração as consequências produzidas e somente deveria ser empregado quando, a partir de uma determinada interpretação de uma norma, decorrerem resultados “inaceitáveis, absurdos, incompreensíveis ou alguma outra expressão semelhante³¹” da proposição utilizada, que sugerirem um estado de coisas que é proibido na perspectiva de quem argumenta. Aqui, haveria necessidade de se demonstrar tanto que tal estado de coisas de fato decorre da proposição utilizada quanto o porquê de ele ser proibido.

³¹ ALEXY, 2017, p. 267.

Por fim, o emprego de argumentos práticos gerais no discurso jurídico seria necessária como forma de garantir a racionalidade das diferentes formas de argumentação. Alexy afirma que o deslocamento da argumentação para a argumentação prática geral deve ser sempre “provisório”; reafirma, contudo, sua utilidade, destacando seu papel relativamente à escolha e à saturação de uma determinada forma especial de argumento jurídico, à comprovação dos enunciados dogmáticos utilizados, à fundamentação do *distinguishing* e do *overruling*, bem como à fundamentação dos enunciados utilizados na justificação interna. Em relação a todos estes casos, defende que a ponderação deve orientar a escolha de enunciados e argumentos. Resta evidente que uma tal utilização de argumentos práticos gerais está relacionada à já abordada tese defendida pelo autor de que a argumentação jurídica seria caso especial da argumentação prática geral, dado que esta seria o fundamento daquela.

3.2. A pretensão de correção e a argumentação jurídica

A noção de pretensão de correção está relacionada ao conceito de direito adotado por Alexy. Ele afirma que o direito é definido por sua natureza dupla: sua dimensão real ou factual seria caracterizada por seus elementos de legalidade autoritativa e de eficácia social, ao passo que sua dimensão ideal ou crítica se relaciona à ideia de que o direito promove uma pretensão de correção que inclui uma pretensão de correção moral³².

Alexy defende que, embora esta pretensão de correção não seja promovida pelo direito em si mesmo, ela o é pelos seus representantes (incluindo-se, aqui, tanto legisladores quanto operadores do direito), os quais, quando discursam publicamente como tais, afirmam a correção de sua argumentação. Tal afirmação, além de implicar uma garantia de fundamentabilidade, seria pressuposto do reconhecimento da correção do ato jurídico esperado de um e por um representante do direito. A pretensão de correção poderia ser definida, portanto, por meio da tríade: afirmação da correção, garantia de fundamentabilidade e esperança de reconhecimento da correção³³.

Outra característica da pretensão de correção seria sua imprescindibilidade. Para Alexy, ela está necessariamente implícita no direito, não sendo indispensável, portanto, que seja afirmada. Isto poderia ser demonstrado, segundo o autor, por meio da ideia de contradição

³² ALEXY, 2015b. pp. 301 et. seq.

³³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. de Luís Afonso Heck. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. p. 21.

performativa. Uma contradição performativa se verificaria quando uma norma afirmasse uma cláusula de injustiça, sendo absurda por contrariar a própria finalidade do direito, ou, ainda, quando uma decisão afirmasse sua própria injustiça ou incorreção, caso em que o absurdo estaria na contradição entre a própria decisão e a ideia implícita de que as decisões aplicam o direito corretamente^{34 35}.

Alexy afirma, igualmente, que um sistema que se baseasse tão somente na imposição da força consubstanciaria, não um sistema jurídico, em relação ao qual a pretensão de correção seria necessária³⁶, mas sim mero sistema de relações de poder, em que as tomadas de posição seriam apenas a expressão de emoções e a pretensão de correção seria substituída por uma pretensão de poder³⁷.

No que diz respeito a seu conteúdo, a pretensão de correção é definida por Alexy tanto como uma pretensão de fundamentabilidade³⁸ – a ideia de que é possível fundamentar normas e proposições normativas – quanto como uma pretensão semelhante à pretensão de verdade, dirigida a todos, e, por isso, uma pretensão de objetividade – uma pretensão que afirma como objetivo a justiça, a correção.

De acordo com Alexy, a pretensão de correção não se relaciona apenas a fatos sociais, como fontes do direito (isto é, à dimensão real do direito): é necessário compreendê-la em relação à dimensão ideal ou crítica do direito. Isto se verifica verdadeiro tanto na atividade do legislador quanto em decisões judiciais, relativamente às quais são levantadas questões de ordem moral. Em razão disto, considerando a textura aberta do direito e a natureza das questões

³⁴ ALEXY, 2015a, p. 23.

³⁵ Alexy se utiliza dos seguintes exemplos, respectivamente: uma norma constitucional fictícia com a previsão de que “X é uma república soberana, federal e injusta” e uma decisão hipotética que viesse a afirmar que “o acusado é condenado à pena de prisão perpétua, o que constitui uma interpretação incorreta do direito existente” (ALEXY, 2015b, pp. 303 e 304).

³⁶ ALEXY, 2015b, p. 305.

³⁷ ALEXY, 2015a, p. 24.

³⁸ ALEXY, 2015a, p. 25.

jurídicas, a pretensão de correção sempre estaria relacionada à moralidade³⁹ (a uma dimensão ideal do direito).

A noção de pretensão de correção consistiria em traço fundamental de ligação entre a argumentação prática geral e argumentação jurídica, por também ser característica do discurso prático geral. Segundo Alexy, esta coincidência seria, porém, parcial. Isto porque, enquanto na argumentação prática geral esta noção se relacionaria à necessidade absoluta de racionalidade de proposições ou enunciados normativos, com relação à argumentação jurídica a pretensão de correção importaria a fundamentabilidade racional no âmbito do ordenamento jurídico vigente. A racionalidade da argumentação jurídica seria, deste modo, determinada pela racionalidade da própria lei⁴⁰ – o que evidenciaria a relação entre a pretensão de correção e a dimensão real ou fática do direito.

É possível concluir que, para Alexy, o caráter procedimental da teoria do discurso prático geral é exatamente aquilo que garantiria a lógica da pretensão de correção, de modo a evitar-se o excesso de subjetividade quanto à determinação se a resposta do direito a um problema é certa ou errada, justa ou injusta. Esta subjetividade poderia decorrer do fato de esta noção não poder se limitar à dimensão fática do direito. As regras do discurso seriam decisivas, neste sentido, por garantirem racionalidade. Por outro lado, uma pretensão de correção relacionada apenas à dimensão ideal do direito seria insuficiente, eis que não seria possível fundamentar do discurso jurídico apenas com considerações morais, eliminando-se a dimensão positiva do direito.

Neste ponto, Alexy busca reconciliar as dimensões ideal e real do direito: se, por um lado, da pretensão de justiça decorre, em sentido material ou substantivo, o princípio da justiça (que exige a correção moral da norma ou da decisão judicial), por outro lado, em sentido formal, dela decorre o princípio da segurança jurídica (que determina um compromisso com aquilo que fora estabelecido pela autoridade e produz eficácia social).

³⁹ Neste sentido, Alexy aponta que tanto a possibilidade de que uma lei considerada injusta seja invalidada quanto da excepcionalização da aplicação de uma lei que produziria uma decisão injusta se fundamentam em considerações morais (ALEXY, 2015b, p. 307).

⁴⁰ ALEXY, 2017, p. 272-273.

A institucionalização da razão nos sistemas jurídicos seria produzida, então, a partir do equilíbrio na coexistência destes dois princípios – que, como tais, nunca poderiam se eliminar mutuamente, sujeitando-se à ponderação.

Neste mesmo sentido, democracia deliberativa e direitos fundamentais enquanto posituação de direitos humanos (direitos morais) são colocados como elementos essenciais a esta institucionalização.

Embora em perspectiva ideal, as leis devam respeitar e concretizar direitos fundamentais, Alexy admite ser inevitável o conflito entre democracia e direitos fundamentais numa democracia real. Neste contexto, a jurisdição constitucional desempenha papel central⁴¹. O controle de constitucionalidade, se compreendido como uma representação argumentativa ou discursiva do povo, permitiria o resgate da perspectiva ideal do direito, por meio do emprego da argumentação jurídica (que promove pretensão de correção)⁴².

A argumentação jurídica também seria caracterizada por essa natureza dupla do direito. Inserindo-se no discurso prático geral, o discurso jurídico levanta argumentos éticos, morais (não-autoritativos) de natureza universal (que trabalham em perspectiva ideal do direito), relacionados à perspectiva ideal do direito. Já como forma especial do discurso prático geral, o discurso jurídico “está comprometido com a lei, o precedente e a dogmática”⁴³, evidenciando-se a perspectiva real do direito em tais compromissos.

Pode-se concluir que, para Alexy, a importância da pretensão de correção não se limita apenas a demonstrar a natureza dúplice do direito e a insuficiência do conceito positivista de direito⁴⁴: a pretensão de correção denotaria a indissociável relação entre direito e moral, dado que, no âmbito da argumentação jurídica, são discutidas questões de justiça, que são, em última análise, questões morais.

⁴¹ ALEXY, 2015a, p. 35-36.

⁴² ALEXY, 2015b, p. 318.

⁴³ ALEXY, op. cit. p. 319.

⁴⁴ Ibid., p. 321.

3.3. A fundamentação das decisões e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy como teoria dos princípios: a racionalidade da ponderação e a fórmula peso

Com o fim de dar resposta aos questionamentos quanto à alegada ausência de racionalidade da realização da ponderação no contexto da justificação relativa a direitos fundamentais, Alexy propõe uma versão da estrutura trifásica que muitos tribunais contemporâneos têm associado ao teste ou princípio da proporcionalidade.

De acordo com esta estrutura, nas duas primeiras fases – a verificação da adequação e a verificação da necessidade –, trata-se da otimização em relação às possibilidades fáticas, em que se deve evitar intervenções em outros direitos fundamentais que forem possíveis⁴⁵, buscando-se a otimidade de Pareto (evitando-se, ainda, a imposição de ônus ao legislador⁴⁶). Já a terceira fase – a verificação da proporcionalidade em sentido estrito – tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas (evitando-se a eliminação de outro direito fundamental).

Esta controvérsia quanto à racionalidade da aplicação da proporcionalidade à fundamentação relacionada a direitos fundamentais diz respeito à sua já tradicional teoria de direitos fundamentais como princípios. Nela se aponta que, consistindo direitos fundamentais em princípios, eles consistiriam em *mandamentos (ou comandos) de otimização*, cujas previsões, embora pudessem se ver restringidas em sua realização, jamais poderiam ser completamente eliminadas, devendo a fundamentação relacionada a tais direitos se sujeitar à ponderação. Por outro lado, a aplicação de regras, distintas dos princípios justamente por determinarem *mandamentos (ou comandos) definitivos*, deveria ocorrer por meio da subsunção.

Neste sentido, cumpre referir, ainda, ao fato de que, para o autor, há uma relação de implicação mútua entre a própria definição do caráter dos princípios e a necessidade da verificação da proporcionalidade, dado que as definições destas noções decorrem mutuamente uma da outra. Deste modo, formula-se que “se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios”⁴⁷.

⁴⁵ ALEXY, 2015a, p. 133.

⁴⁶ ALEXY, 2015b, p. 153.

⁴⁷ ALEXY, op. cit., p. 149.

A importância da ponderação em três etapas daí decorreria. Isto porque a identificação do grau de descumprimento ou interferência de um princípio noutro, num primeiro passo, e a demonstração da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, num segundo, é que possibilitariam que restasse clara, num terceiro e último passo, a importância do cumprimento do princípio que justifica o descumprimento ou a limitação do princípio oposto.

Alexy elabora, então, uma *lei da ponderação* relativa a esta terceira etapa (a etapa da proporcionalidade em sentido estrito), prevendo que “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁴⁸. Esta otimização das possibilidades jurídicas é decisiva para garantir a racionalidade da fundamentação por possibilitar a classificação da interferência de um direito fundamental em outro.

A racionalidade da fundamentação se evidenciaria exatamente quando são oferecidas as proposições que: no primeiro passo desta terceira etapa, não apenas justificam mas também atribuem um valor à intensidade da interferência de um princípio na concretização de outro; num segundo passo, justificam e atribuem um valor à importância das razões que justificam esta interferência; num terceiro passo, de modo mais relevante, permitem determinar, afinal, a relação entre a interferência de um princípio noutro e a razões que justificam aquela interferência.

Alexy defende que, em razão da racionalidade da demonstração de tal relação é que não poderiam subsistir as objeções que sustentam que não haveria critérios racionais para a realização da ponderação e que o exame de proporcionalidade estaria sujeito à subjetividade de quem o realiza. De outro modo, o fato de que “sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis” seria desconsiderado⁴⁹.

Levando-se em consideração a tese quanto à necessidade da realização da ponderação em três etapas realizada conforme sustentada pelo autor, é possível concluir que a impossibilidade

⁴⁸ ALEXY, 2015b, p. 154.

⁴⁹ ALEXY, 2015a, p. 133.

de se determinar um princípio (ou direito fundamental) cuja efetivação venha a suplantar a concretização do outro, de fato, não deveria ser controversa.

O fato de não ser possível a determinação de uma lógica disjuntiva, em que a incidência de um direito suplantara a incidência de outro, com efeito, não apenas demonstra o caráter dos princípios, como também torna possível defender a pertinência da aplicação da ponderação em consonância com o que Alexy sustenta.

A elaboração da fundamentação quanto à determinação da intensidade da interferência dum direito fundamental na concretização de outro e, sobretudo, quanto à importância das razões justificam o fato de que a avaliação da ocorrência desta interferência deva se pautar por uma escala de graus, em vez de se pautar por uma lógica de exclusão. Para tanto, é proposta uma formulação triádica leve-média-grave, seja para classificar o grau de interferência de um princípio relativamente ao princípio que a ele se opõe, seja para classificar a relevância do cumprimento do princípio em sentido contrário, no curso das duas primeiras etapas do processo de verificação da proporcionalidade.

O autor ressalva, porém, que a mera demonstração do grau de intensidade da interferência de um direito com relação ao outro e da relevância das razões que justificam esta interferência não garante, por si só, a racionalidade da ponderação. Para tanto, seria necessário construir um sistema de determinação de conclusões quanto à proporcionalidade que se sujeite, como um todo, à noção de correção.

Alexy aponta ser o sistema de conclusões da aplicação de regras (a subsunção de um caso a uma regra) mero esquema dedutivo, expresso pelo esquema da justificação interna, que opera por meio de uma lógica deontica e pretende demonstrar a consistência das conclusões decorrente de proposições normativas utilizadas. Com relação à ponderação, defende ser necessária uma outra estrutura; justamente na perspectiva da insuficiência da lógica da subsunção para determinar a proporcionalidade de um princípio relativamente a outro, após a realização das duas etapas já abordadas, é que Alexy elabora a fórmula peso.

A fórmula peso se aproveita à determinação do peso concreto do princípio cuja violação ou limitação está sendo examinada. Em sua forma mais simples pode ser apresentada apenas

como a razão entre a interferência na incidência de um princípio relativamente à incidência de outro sobre a interferência da incidência deste relativamente à incidência daquele⁵⁰.

Já em sua forma mais complexa a fórmula consiste na razão entre a interferência de um princípio com relação a outro sobre a interferência da incidência deste relativamente à incidência daquele, considerando (tanto com relação a um quanto com relação ao outro) o peso abstrato de cada um destes princípios e as variáveis para a certeza das suposições quanto às consequências de uma determinada medida de limitação ou não realização do princípio (em decorrência da interferência do outro princípio)⁵¹.

A grande contribuição da fórmula peso é determinar o peso concreto da incidência de um princípio relativamente à importância da incidência do outro princípio que limita a incidência do primeiro. O peso concreto, portanto, será o quociente entre a intensidade da interferência de um princípio na incidência de outro e a importância deste princípio oposto. Conclui-se, por consequência, que o peso concreto da incidência de um princípio será sempre relativo (por considerar o grau de incidência do princípio colidente).

Conquanto reconheça não se tratar aqui de efetuar simples cálculo numérico, Alexy defende a utilidade da fórmula peso, mencionando o fato de fórmulas serem igualmente utilizadas para sistematizar outras formas da argumentação jurídica.

A classificação triádica da interferência da incidência de um princípio na incidência de outro (em leve, moderada ou grave) é, por seu turno, útil porque permite verificar a proporcionalidade entre as interferências mútuas no âmbito das incidências dum e doutro princípios.

⁵⁰ $G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$, onde G é o peso concreto do princípio i , que consiste na razão entre a interferência I_i da incidência do princípio i com relação à incidência do princípio j e a interferência I_j da incidência do princípio j com relação à incidência do princípio i (ALEXY, 2015b, p. 156).

⁵¹ $G_{i,j} = \frac{I_i G_i S_i}{I_j G_j S_j}$, onde G_i é o peso concreto do princípio i , assim como G_j é o peso concreto do princípio j , e $G_{i,j}$ é o peso que i tem relativamente à incidência de j , que consiste na razão entre a interferência da incidência do princípio i com relação à incidência do princípio j e a interferência da incidência do princípio j com relação à incidência do princípio i , ponderadas não apenas por seus pesos abstratos (G_i e G_j) mas também pelas variáveis (S_i e S_j) quanto à aplicação de i e de j (ALEXY, 2015b, p. 156).

Haverá impasse sempre que ambas as interferências das incidências de cada princípio relativamente à incidência do outro se equivalerem – isto é, tanto a interferência do princípio cujo peso ocupa o numerador da razão quanto a interferência do princípio que estiver no denominador da razão tiverem a mesma classificação (seja ela leve, média ou grave), considerando que o peso abstrato de ambos os direitos seja equivalentes. Matematicamente, esta razão sempre necessariamente equivaleria a 1 (esta razão seria expressa em leve/leve, média/média ou grave/grave).

Por outro lado, sempre que a interferência relativamente à incidência de um princípio colidente for desproporcional restará evidente se o é porque o peso pende para o princípio que é avaliado ou para aquele que a ele se opõe (em cuja incidência interfere), não devendo ser desconsiderada a importância do peso de cada direito em abstrato.

Ressalvando que somente em face da complexidade do caso a ser analisado é que se poderá determinar a forma mais adequada de se determinar como a proporcionalidade em sentido estrito deve ser avaliada, Alexy faz referência, ainda, a outras formas de sopesamento entre a interferência que um princípio exerce relativamente à incidência outro. Pode ser adequada a utilização tanto duma simplificação da aplicação da fórmula peso, do que é exemplo a “fórmula da diferença”⁵², quanto, ao contrário, duma complexificação da aplicação da fórmula, como é o caso da avaliação de colisões que envolvam mais de dois princípios⁵³.

Em todos os casos, importa que a racionalidade da fórmula peso decorrerá da possibilidade de representar as premissas enquanto valores – que têm um peso e designam juízos. Destes juízos decorrerá, por seu turno, a possibilidade de promover uma pretensão de correção justificada por meio de um discurso racional – que se utilizará, por óbvio, da noção de desproporcionalidade entre a lesão ou limitação de um direito em face de outro.

⁵² A fórmula da diferença é expressa da seguinte por $G_{i,j} = I_i - I_j$, onde G_i é o peso concreto do princípio i , assim como G_j é o peso concreto do princípio j , e $G_{i,j}$ é o peso que i tem relativamente à incidência de j ; neste caso, naturalmente, a razão do impasse (ou empate) será matematicamente igual a 0 (ALEXY, 2015a, p. 144).

⁵³ Alexy reelabora a fórmula, como “fórmula peso ampliada”, considerando a cumulação aditiva de princípios colidentes da seguinte forma: $G_{i,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$ (ALEXY, 2015a, p. 152).

Para Alexy, a possibilidade de se atribuir valores, pelo emprego das classificações relativamente a ambos os direitos submetidos à ponderação, é assegurada pelo fato de a fundamentação ser construída a partir de um ponto de vista uniforme: o ponto de vista da constituição⁵⁴. Dela se deveriam retirar os pesos em abstrato dos direitos e princípios fundamentais. Esta fundamentabilidade permite evitar que se conduza de modo irracional a justificação da discussão da interferência de um direito em outro.

A ponderação enquanto verificação da proporcionalidade de acordo com seus preceitos é considerada por Alexy como mais uma forma especial de argumento do discurso jurídico racional, capaz de afastar a compreensão de que a argumentação relativa a direitos fundamentais será necessariamente irracional. Pode, contudo, ser apontada como um dos mais relevantes corolários do que preceituam suas teorias relativamente à racionalidade da fundamentação da argumentação relativa a direitos fundamentais.

Isto porque, como já afirmado, por meio da ponderação pela aplicação da verificação da proporcionalidade que pretende determinar o peso concreto das interferências de um ou mais direitos fundamentais na esfera da incidência de outros direitos fundamentais é que se evidencia, precisamente, o caráter dos direitos fundamentais de princípios, de mandamentos de otimização. É, por esta razão, decisiva para a garantia da racionalidade da fundamentação relativa a estes direitos.

A ponderação levanta uma pretensão de correção, ao avaliar a razão entre a interferência de um direito na incidência de outro que importe lesão ou limitação deste outro, a partir de um ponto de vista de equilíbrio, já que considera o peso abstrato da incidência de tais direitos ou princípios em disputa, a importância das razões que justificam a interferência de um direito na incidência do outro, bem como as variáveis que permitem determinar as consequências empíricas da não realização de um princípio e realização de outro.

⁵⁴ ALEXY (2015), p. 159.

4. A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E A PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO NO CASO ELLWANGER

4.1. Sobre a construção argumentativa do voto do Ministro Marco Aurélio

Algumas considerações acerca da construção argumentativa da fundamentação do voto Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger são importantes no sentido de contextualizar como foi efetivamente utilizada a verificação da proporcionalidade da limitação da liberdade de expressão em seu voto. Para tanto, busca-se trazer exemplos de razões de decidir apontadas ao longo do voto que ilustram a forma de argumentar do Ministro.

Já no relatório que realiza do estado do julgamento, antes mesmo de passar às suas razões de decidir, o Ministro Marco Aurélio deixa clara sua discordância da conclusão decorrente da aplicação de ponderação “a partir do princípio da proporcionalidade” conforme já realizada pelo Ministro Gilmar Mendes em momento anterior. Tal desconfiança motivou um pedido de vista antecipada do Ministro Marco Aurélio.

O trecho inicial do voto já revela claramente que a argumentação do Ministro Marco Aurélio evidenciará o seu processo de descoberta. Embora, como já mencionado, seja comum que os juízes omitam este processo ao fundamentar suas decisões, a fim de evitar questionamentos quanto à racionalidade de sua fundamentação, este não parece ser o caso do Ministro Marco Aurélio.

É significativo, neste sentido, o fato de que, em seu voto no caso em análise, o Ministro tenha declarado: “informo, desde já, que refletir principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão”. Nesta mesma perspectiva, afirma: “(...) muitas vezes, deixo atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário”.

Embora o faça em trecho em que trata do direito à liberdade de expressão de minorias, a garantia da sinceridade de seu próprio discurso aparenta ser a verdadeira preocupação do Ministro. Com efeito, o Ministro Marco Aurélio parece se empenhar na iniciativa de apontar as melhores razões possíveis para reafirmar a verdade e a correção de sua argumentação.

Não é inoportuno pressupor, entretanto, que o Ministro não entenda ser problemático que sua fundamentação se caracterize pela adoção de razões que afirmem majoritariamente conclusões sobre fatos; pode ser que sua noção de fundamentação esteja relacionada, sobretudo, à garantia da sinceridade de sua argumentação. Esta é, possivelmente, a razão pela qual ele revela a importância por ele atribuída à possibilidade de fundamentar seus votos em sentido contrário à maioria.

Cumprido retomar, com relação a este ponto, a compreensão de Alexy no sentido de que a racionalidade do processo de justificação somente resta garantida se o processo de justificação ocorre por meio de uma argumentação majoritariamente prática e institucional, nos termos do que já se abordou relativamente a estas categorias, e se o processo de descoberta que o preceder recorre às fontes do direito.

Ainda que o Ministro faça referência a normas e princípios do direito positivo vigente a partir das quais pretenda atingir conclusões prescritivas, sua fundamentação se estrutura majoritariamente com base em argumentos que afirmam fatos ou conclusões sobre fatos.

Afirmando fatos ou compreensões de fato aos quais relaciona considerações substantivas (de ordem moral, política, social etc.) em fração considerável de seu voto, a argumentação do Ministro se caracteriza como *descritiva*, sendo possível, portanto, classificá-la como uma argumentação majoritariamente teórica e substantiva, nos termos do que se discorreu quanto aos tipos de argumentação.

Disso é revelador que uma das primeiras razões de decidir apontadas em seu voto, com o propósito de fundamentar a conclusão de que a obra publicada pelo paciente do *habeas* não compreenderia discurso discriminatório contra o povo judeu apto a motivar restrição de sua liberdade de expressão, seja a seguinte avaliação acerca da obra publicada por Ellwanger: “É uma obra de revisão histórica, ainda que pouco atraente e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil”.

Como se pode observar, a justificação do voto do Ministro não toma como ponto de partida uma razão *prescritiva* (uma prescrição normativa), em decorrência da qual buscaria afirmar sua conclusão de que a obra não deveria ter sua circulação limitada; não recorre a termo

cujo conteúdo semântico afirme um sentido de *dever ser*, uma norma do direito positivo, ou mesmo a um princípio ou regra dotado da característica da universalidade, da generalidade, mas sim a uma avaliação que realiza sobre a obra em si mesma.

Ainda com o fim de deixar clara, desde já, a sua conclusão quanto à impossibilidade da imposição de limitação à liberdade de expressão no caso em análise, o Ministro trata da importância histórica deste preceito fundamental, realizando uma longa exposição de fatos históricos. Neste contexto, afirma que “a censura, em suas diversas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial –, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos”.

Passa, então, a mencionar documentos jurídicos históricos que afirmaram a importância da liberdade de expressão como preceito fundamental (desde o *Licensing Act*, de 1695, passando pela Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, pela Constituição Americana, de 1787, pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, até a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969), finalizando sua exposição com a menção aos fatos de, em 1890, ter sido ordenada a destruição de documentos relativos à Escravidão no Brasil e de, em 1543, terem sido proibidos livros contrários à doutrina católica, pelo *Index librorum prohibitorum*, ressaltando que, no período da Inquisição, “tamanho violência não foi apenas intelectual, mas resvalou para a física: aos escritores considerados hereges, caberia o julgamento pelo tribunal da Inquisição e, condenados, morreriam queimados na fogueira”.

Embora afirme ser relevante considerar as circunstâncias do caso concreto, o Ministro não aponta prescrições normativas a partir das quais demonstraria a importância desta análise de percurso histórico para elucidar de que modo a liberdade de expressão e a dignidade humana deveriam ser avaliadas no caso concreto; não aponta de que modo historicamente vem sendo interpretada a limitação da liberdade de expressão em face da tutela da dignidade da pessoa humana ou mesmo em face de outros preceitos ou direitos fundamentais, por exemplo, abordando entendimento aplicado pelo próprio Tribunal, no sentido de determinar uma prescrição da qual se pudesse extrair a regulação do caso, como se pode verificar no trecho a seguir:

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata. e se tentar extrair daí uma regra. geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada. pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave e suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada. não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

No entanto, as premissas que utiliza na justificação sobre suas conclusões acerca das especificidades do caso concreto, deixarão claro, uma vez mais, que o processo decisório do Ministro é majoritariamente informado por considerações sobre fatos, conforme se pode verificar na seguinte passagem:

Diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade. Ou seja, não é o caso de um carro de som que fica jorrando idéias as quais todos são obrigados a ouvir. O livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção da escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura. Nessa óptica, o livro é democrático por excelência, já que o poder de transformar os pensamentos em realidade não depende dele ou de quem o publica, mas de quem o lê e o apreende, de quem se interessa pelo tema ou título e desembolsa quantidade monetária para obtê-lo ou se vale do empréstimo de uma biblioteca.

É ainda sugestiva do fato de que a avaliação acerca das peculiaridades do caso pelo Ministro se circunscreve a considerações substantivas sobre fato a premissa de que a existência de pré-disposição à prática de discriminação contra o povo judeu seja determinante para concluir se houve ou não ofensa à dignidade do povo judeu conforme por ele elaborada; veja-se:

A questão agora, portanto, surge com novo enfoque. A sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu? Temos indícios em nossa história de movimentos sociais discriminatórios contra aquele povo? Não me refiro, obviamente, a iniciativas isoladas deste ou daquele governante em determinado momento. Circunstâncias esporádicas não mudam a natureza da sociedade.

Com base nesse entendimento, uma simples análise da história revelará que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria deste legado discriminatório. Aliás, pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são

constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.

[...]

Repita-se – inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade.

Este é, igualmente, o caso da conclusão de que o livro não teria potencial lesivo à dignidade do povo judeu, dentre outros motivos, levando em consideração que “o fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, **o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler** (grifo nosso)”.

Ainda assim, como se poderia esperar, em se tratando de decisão judicial, a fundamentação do Ministro não prescinde do apelo à *institucionalidade*, por meio da referência a normas, princípios e procedimentos previamente determinados e a autoridades competentes para aplicá-los. Deste modo, embora sua argumentação reiteradamente empregue argumentos teóricos (descritivos), o Ministro também utiliza argumentos práticos (prescritivos) institucionais.

O seguinte trecho no qual o Ministro afirma a conclusão de que a realização da ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção da dignidade do povo judeu é necessária para resolver o caso, que encerra a seção inicial de seu voto, é exemplificativo disso, conforme se pode notar no seguinte excerto deste trecho:

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: **estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores**, o que, por óbvio, força **este Tribunal, guardião da Constituição**, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor **ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade**. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela (grifos nossos).

Embora a racionalidade do argumento seja questionável, em razão de não ter sido demonstrada a relação entre a conclusão pela necessidade da ponderação e a exposição histórica que a precedera, resta evidente a reafirmação não apenas do papel institucional do Supremo

Tribunal Federal, mas também da fonte do direito positivo a ser utilizada como premissa (a Constituição Federal).

Este também é o caso da seguinte passagem de seu voto que inicia a seção em que o Ministro Marco Aurélio trata do conteúdo da liberdade de expressão e sua vinculação à noção de Estado Democrático de Direito:

Dando fim a período inaceitável de ditadura militar, a Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do § 2º desse mesmo artigo 5º, é condição essencial para a consolidação e amadurecimento de nossas instituições políticas e para a conservação e promoção da democracia.

O recurso ao Direito Comparado, por meio da exposição de casos em que a limitação à liberdade de expressão em face da colisão com outros direitos fundamentais foi apreciada em outras cortes constitucionais (nomeadamente, da Alemanha, dos Estados Unidos da América e da Espanha), também é possivelmente utilizado como mais uma forma *institucional* de corroborar sua conclusão no sentido de que, no caso concreto, não deveria haver limitação daquela liberdade. Verifica-se, contudo, que o Ministro não aponta as premissas (prescrições normativas) que justificam a menção aos casos em referência.

É, igualmente, significativo o fato de que o Ministro se limite a mencionar os diversos casos sucessivamente, sem apontar qualquer relação entre cada caso que passa a expor e os que o precedem, bem como entre cada caso e com o caso que está a analisar; somente com relação ao último caso exposto – uma decisão da Corte Espanhola, na qual o Tribunal Constitucional Espanhol deliberou pela possibilidade da limitação da liberdade de expressão em face de sua colisão com outros direitos fundamentais (a honra e a dignidade do povo judeu) –, busca estabelecer uma conexão com o caso em análise, conforme se observa no trecho a seguir:

A distinção realizada pela Corte Espanhola revela-se de suma importância. Se a hipótese deste *habeas* fosse uma manifestação jocosa cuja intenção objetivasse apenas agredir o povo judeu, a glosa poderia ocorrer, sem no entanto se proclamar o cometimento do crime de racismo. Mas, já que o livro do paciente procurou realizar a revisão histórica dos fatos, deve-se proteger a liberdade de manifestação do pensamento.

Apesar de tentar estabelecer relação entre aquele caso e o caso concreto a ser decidido, o Ministro o faz com base na afirmação de que, não se tratando de obra cômica, mas sim de obra de revisão histórica, não caberia limitação à liberdade de expressão. Não é oferecida, porém, nenhuma razão que justifique a premissa de que a *ratio* do caso espanhol é relevante para a resolução do caso em análise; do mesmo modo, não é apontada justificativa quanto à importância da distinção entre obra cômica e obra de revisão histórica, que justificaria a conclusão retirada a partir da sua aplicação.

Ainda quanto o apelo *institucional*, cumpre mencionar trecho em que o Ministro afirma a pretensão da correção de sua decisão, em que ressalta, em especial a esperança do reconhecimento da correção de sua conclusão; veja-se:

É dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente, nosso, membros deste Tribunal, guardião oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil. Essa é a posição que devemos adotar na análise dos problemas constitucionais que diariamente nos chegam, e é nesse ponto que reside nossa função institucional e, mais do que isso, a própria esperança do cidadão nas instituições brasileiras, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, na República Federativa do Brasil, a última palavra sobre os descompassos havidos.

Ainda que tenha recorrido a argumentos cujas premissas são sobretudo considerações de cunho político e social, o Ministro assevera, como já mencionado, a necessidade da ponderação entre a liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu para resolução do caso, para tanto, aplicando o que denomina *princípio da proporcionalidade*. Passa-se, então, à análise da aplicação deste *princípio* ao caso pelo Ministro.

4.2. A ponderação de direitos fundamentais e a proporcionalidade segundo o Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger

Acerca da noção de proporcionalidade, conforme pretende aplicá-la, o Ministro afirma:

O princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade. São eles a idéia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se verificar, então, o atendimento ao que determinaria o conteúdo de cada um destes subprincípios no caso concreto. Considerando que pode ser traçado paralelo entre os três subprincípios referidos pelo Ministro Marco Aurélio e a estrutura trifásica proposta por Alexy para a ponderação de direitos fundamentais, cumpre verificar em que medida estes três subprincípios atendem ao que Alexy preceitua relativamente a esta estrutura.

O primeiro subprincípio adotado – a conformidade ou adequação dos meios –, segundo o Ministro, “examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público”.

O Ministro afirma a conclusão de que aplicar pena ao paciente e proibir a publicação de livros por ele não são meios adequados para resguardar a dignidade do povo judeu, podendo ser apontadas duas premissas utilizadas, a partir das quais esta sua conclusão foi extraída.

A primeira premissa aponta que o fato de o paciente querer transmitir sua versão da história não significa que os leitores concordarão com suas posições e passarão, por isso, a discriminar os judeus. Como justificativa desta premissa o Ministro afirma que “ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros”.

A segunda premissa se refere à distinção entre mero preconceito e discriminação; o Ministro afirma que apenas a discriminação deveria ser juridicamente condenável; justifica-o com o entendimento de que, no caso de preconceito, “a maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das ideias, das reservas mentais, não chegando a ser externada”.

No caso da primeira premissa, tanto a afirmação quanto a razão apresentada para justificá-la consistem em afirmações sobre fatos. No que se refere à sua correção, ainda que o Ministro não apresente mais razões para corroborar o fato de que a mera leitura da obra não incitaria prática discriminatória, é possível entender que, num contexto democrático nos termos do que o Ministro propõe, esta primeira premissa pudesse se reputar válida. De todo modo, ele sequer afirma este caráter de pressuposição da correção desta premissa.

A segunda premissa, por seu turno, não se verifica externamente justificada, ainda que se trate de prescrição normativa, já que afirma que apenas a discriminação *deve ser* juridicamente condenável, não sendo este o caso do mero preconceito. Como primeiro motivo para tanto pode

ser apontado o fato de o Ministro não enunciar a regra de palavras que adota para determinar a distinção semântica entre discriminação e preconceito. Além disso, apesar de o próprio Ministro defender que se trata de preconceito no caso em tela, afirma, como razão para justificar esta premissa, que “a maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das ideias, das reservas mentais, não chegando a ser externada” – sendo evidente que o propósito precípua de quem publica livro é divulgar suas ideias, resta clara a incorreção desta premissa, dado que não pode se reputar justificada pela razão apontada.

A incorreção da premissa que consiste em prescrição normativa e o caráter de pressuposição da razão apontada como justificativa da premissa teórica (fática) tornam, no mínimo, problemática a possibilidade de que a conclusão que delas decorre seja considerada racionalmente fundamentada.

Relativamente ao segundo subprincípio adotado pelo Ministro – a exigibilidade ou a necessidade, “segundo a qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretenda alcançar” –, ele afirma buscar avaliar, no caso concreto, “se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos e geral”.

Nesta segunda etapa da verificação da proporcionalidade, o Ministro afirma a seguinte conclusão:

[...] ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

Neste caso, a conclusão pela impossibilidade de aplicação de outro meio menos gravoso decorre, aparentemente, de premissas pressupostas, não evidenciadas. Neste sentido, é indispensável considerar que, mesmo que fosse considerada como uma premissa a afirmação de que a restrição à liberdade de expressão do paciente não garantiria a preservação da dignidade do povo judeu, o Ministro não apresenta nem uma única razão para justificá-la. Deste modo, nada tendo se declarado quanto à sua correção, esta premissa não pode ser considerada justificada externamente.

Seria igualmente precário considerar como argumento internamente justificado a afirmação de apenas ser possível conceder a ordem em face da impossibilidade de aplicação de meio menos gravoso, neste contexto. Em consonância com a lógica da justificação interna, deveriam ter sido evidenciadas quais premissas teriam sido utilizadas para determinar a conclusão pela concessão da ordem; ocorre que, como se constata, o Ministro não as apresentou.

Pode-se concluir, deste modo, que, nas duas primeiras etapas do processo de verificação da proporcionalidade (verificação da adequação e a verificação da necessidade), o Ministro deixa de considerar a demonstração da tentativa de otimizar as possibilidades fáticas – de demonstrar em que medida seria possível de evitar intervenções no outro direito fundamental colidente.

Com relação ao último subprincípio – o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “também conhecido como *lei da ponderação*” –, conforme declara o Ministro, deve-se verificar “se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativa-interventiva desta medida”, realizando “juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente”.

A conclusão do Ministro nesta terceira etapa afirma que:

[...] aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar a sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

No caso desta terceira etapa, observa-se que as premissas das quais decorreria a conclusão acima exposta são dispostas mediante a realização de dois questionamentos, colocados no trecho a seguir, em relação aos quais o Ministro pretende inferir que as respostas são negativas.

Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por idéias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*.

A primeira premissa empregada nesta terceira etapa seria uma resposta negativa ao primeiro destes questionamentos e pode ser reelaborada da seguinte maneira: não é razoável a restrição da liberdade de expressão no caso concreto, por não haver risco de ofensa à dignidade do povo judeu. Como razões para justificá-la o Ministro aponta, em primeiro lugar, que um livro, ainda que contenha discurso preconceituoso e despropositado, não é uma forma de manifestação de pensamento apta a produzir tal risco e, ainda, que, não haveria uma propensão à aceitação de um tal discurso pela sociedade brasileira.

As razões que justificam esta primeira premissa são considerações teóricas e substantivas, conforme já se afirmou, no momento em que se examinou trecho do voto do Ministro do Marco Aurélio que precede a realização da ponderação no caso concreto. Estas justificativas, além de apenas levarem em consideração observações sobre fatos, revelam que as razões apresentadas pelo Ministro para sua adoção consistem em observações de cunho social, político pelo, tais como o fato de que “o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler” e de que o “a sociedade brasileira não é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu”.

Neste ponto, cumpre referir que, embora o propósito de traçar um histórico seja demonstrar que, na sociedade brasileira, não haveria espaço para a aceitação da discriminação do povo judeu (como seria o caso de outros grupos historicamente marginalizados, como negros e índios, de acordo com o Ministro), não sendo a discriminação do povo judeu problema social relevante no Brasil, não há procedência lógica na utilização desta afirmação enquanto justificativa daquela premissa.

Há uma grave contradição na utilização da afirmação de que não se trata de caso de limitar a liberdade de expressão com base no fato de que não haveria risco à dignidade do povo judeu a sociedade brasileira. Deste modo, seria admissível a adoção duma racionalidade tendente à eliminação da tutela à dignidade humana daquele povo, não fazendo sentido nem que se considerasse a dignidade humana, no caso concreto, como um princípio enquanto mandamento de otimização (que não poderia ser objeto de interferência da realização da liberdade de expressão tendente a eliminar sua tutela, mas apenas a limitá-la), nem que, por conseguinte, fosse necessária a ponderação em face da colisão entre os dois direitos.

A segunda premissa adotada na terceira etapa da verificação da proporcionalidade consistiria numa resposta negativa ao segundo questionamento; ela afirmaria que: não é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que não são suas. Para justificá-la são apresentados como razões: o fato de que “há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*”; o fato de que a editora de propriedade do paciente publicara livros que nada tinham de preconceituosos; e o fato de que, historicamente, outros livros que continham discurso preconceituoso não foram objeto de censura.

Mais uma vez, observa-se que as justificativas apresentadas não são aptas a justificar a correção da premissa adotada. Na realidade, há, em primeiro lugar, uma contradição interna à premissa em si mesma com relação aos fatos do caso: Ellwanger foi condenado também pela publicação de obras de sua autoria.

Além disso, é possível defender que os fatos apontados como justificativas não têm relação com a demonstração da correção da premissa, empregando-se discurso falacioso. Com relação ao fato de haver outros meios para ter acesso a ideias semelhantes àquelas defendidas pelo paciente e ao fato de que outros livros cujo conteúdo era preconceituoso nunca foram censurados, aponta-se para fatos externos ao contexto dos fatos do caso. Quanto ao fato de sua editora também publicar livros cujo conteúdo nada teria de preconceituoso, são atribuídas características de um fato a outro apenas em razão de terem sido praticados pela mesma pessoa.

Destaca-se, ainda, o fato de que, embora o Ministro faça expressa menção à *lei da ponderação* de Alexy, a ser aplicada à terceira etapa da verificação da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito –, quando supostamente passa por esta etapa, o Ministro não observa que ela se deveria realizar em três subetapas sucessivas, de acordo com o que Alexy prescreve.

Não há sequer menção às três subetapas, quando se deveria demonstrar: que, na primeira subetapa, as proposições oferecidas teriam justificado a intensidade da interferência de um princípio na concretização do princípio colidente e atribuído um valor a esta intensidade; que, na segunda, as proposições oferecidas teriam justificado importância das razões que justificam esta interferência e atribuído um valor a esta importância; e que, na terceira, teria sido

determinada a relação entre a interferência de um princípio noutro e a razões que justificam aquela interferência.

Nesta terceira etapa (a verificação da proporcionalidade em sentido estrito), o Ministro não busca, igualmente, demonstrar a otimização das possibilidades jurídicas, isto é, de que modo se poderia evitar a eliminação de outro direito fundamental.

Ressalta-se, por fim, o fato de que, embora o Ministro tenha mencionado a importância da avaliação dos valores do ordenamento jurídico vigente relevantes para o caso em concreto quando da ponderação, não adota um procedimento que demonstre que o peso em concreto da liberdade de expressão prevalece face ao peso concreto da dignidade humana, considerando os pesos concretos extraídos do ordenamento jurídico vigente. Quanto a este ponto, vale retomar o que Alexy propõe ao apresentar a fórmula peso, no sentido de que se realize ao menos uma classificação triádica (em leve, moderada e grave) relativamente às interferências recíprocas da incidência de um princípio em relação à incidência do outro princípio colidente.

É possível concluir que o voto do Ministro pretendia demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro vigente privilegia a liberdade de expressão, de modo a atribuir a ele um peso em abstrato mais relevante, por meio do recurso a longa exposição histórica relativa à previsão da liberdade de expressão por documentos jurídicos históricos e a abordagem de sua importância para a concretização da noção de democracia pela teoria política e pela dogmática. Não se adota, porém, um procedimento racional, que busque determinar os pesos a serem atribuídos em concreto a cada um dos direitos colidentes a partir dos pesos abstratos retirados da Constituição no momento da realização da ponderação, conforme o preceitua Alexy quando aborda a fórmula peso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sentido discursivo, procedimental, é possível afirmar que Alexy compreende que a argumentação jurídica é uma argumentação vinculada às normas do discurso prático geral, por se tratar de caso especial da argumentação prática geral – por pretender afirmar conclusões práticas (sobre como as coisas *devem ser*).

Com vistas à racionalidade da fundamentação da argumentação jurídica, destaca-se, em especial, a atenção às noções de *universalidade*, de *pretensão de fundamentabilidade* e de *pretensão de correção*.

Da primeira noção decorre a conclusão de que a argumentação jurídica deve partir sempre de premissas de caráter universal, mesmo quando o argumento não parte de norma do direito positivo. Com base nesta noção, relacionada a noções como igualdade e justiça é que, de acordo com Alexy, fundamenta-se um compromisso com a igualdade que impõe à argumentação jurídica a necessidade de que os argumentos e as razões que fundamentem uma afirmação considerem a igualdade no tratamento a ser dado aqueles que reivindicam direitos ou devem suportar a limitação do exercício de seus direitos.

Da segunda noção – a *pretensão de fundamentabilidade* – deriva a previsão de que aquele que afirma algo compreende como possível a fundamentação de sua afirmação; associada ao *princípio da generalizabilidade*, esta noção determinará que, no âmbito da argumentação jurídica, aquele que afirma algo com relação a um direito ou a uma pessoa que suportará uma consequência relativamente a seus direitos deve suportar uma carga argumentativa. Esta carga argumentativa impõe um dever de fundamentação àquele que argumenta – um dever de apontar as razões que fundamentem as suas afirmações, de apontar razões que fundamentem por que não o faz ou, ainda, de apontar quem possa fazê-lo, conforme o caso. Considerando, ainda, a *necessidade de realizabilidade*, a argumentação jurídica deve respeitar os limites fáticos de realização das suas prescrições. Estas duas noções têm relação com a garantia da racionalidade da fundamentação, na medida em que possibilitam liberdade e justiça na argumentação.

Ainda quanto à fundamentação, impõem-se como necessária, a possibilidade de transição para a argumentação teórica (que pretender afirmar conclusões teóricas – sobre como as coisas *são*) para justificação das afirmações.

Já quanto à *pretensão de correção*, pode-se concluir se tratar de elemento central das teorias de Alexy, que permite objetivar seu conceito de direito, considerando-se o seu papel relevante na reconciliação da dimensão real ou factual do direito e à sua dimensão ideal ou crítica, que pode ser enunciado por meio da ideia de que o direito, ao promover em si mesmo uma pretensão de correção, promove também uma pretensão moral. Nesta perspectiva, ele defende que pretensão de correção se relaciona tanto à *pretensão de fundamentabilidade* quanto a uma pretensão de objetividade. Desta harmonização entre as dimensões ideal e real do direito, decorre a previsão de que haja equilíbrio entre as noções de justiça e segurança jurídica.

Embora Alexy admita a possibilidade de se prescindir de sua afirmação na sua fundamentação, considerando que tal noção seria ínsita à própria noção de direito, ressalva que a pretensão de correção da argumentação jurídica determinará que a vinculação às normas do direito positivo é indispensável à racionalidade da fundamentação na argumentação jurídica. Com efeito, a pretensão de correção é comumente afirmada pelos operadores do direito (aqueles que se utilizam da argumentação jurídica), podendo ser elaborada como afirmação da correção, garantia de fundamentabilidade e esperança de reconhecimento da correção.

Igualmente determinante para a racionalidade da argumentação jurídica será o processo de justificação, sendo possível afirmar que Alexy compreende que justificação e fundamentação como conceitos equivalentes, já que a argumentação jurídica deve necessariamente ser racionalmente justificada. Para se considerar racional, a justificação deverá considerar dois aspectos essenciais: a verificação de que a conclusão é decorrência lógica das premissas apontadas e a correção das premissas.

A justificação interna, que tem por objeto a verificação de que a conclusão apontada decorre logicamente das premissas utilizadas, tem a função de deixar claro quais são, de fato, as premissas que estão sendo utilizadas e que, portanto, devem ser justificadas externamente. A ela se aplicam quatro regras.

A primeira regra prescrita por Alexy para o processo de justificação interna consiste na regra da universalidade: a previsão de que deve ser apresentada ao menos uma norma universal na fundamentação do discurso jurídico e a conclusão ou decisão deve consistir em decorrência lógica de ao menos uma norma universal que se tenha empregado junto a outras proposições normativas; para solução dos casos difíceis, deve ser realizada *concreção* progressiva – uma

construção argumentativa em etapas, em que se desenvolve a demonstração da verificação de todo e cada um dos requisitos de excludentes da aplicação da norma ou de regras que adaptam a solução a ser dada. Já a segunda regra consiste no mandamento de que, sempre que houver dúvida se as condições de um indivíduo a que se pretenda aplicar uma norma se equivalem aos predicados por ela trazidos, deve ser apresentada uma regra que permita decidir a questão. A terceira regra estabelece que a justificação deve se formular em etapas que permitam formular expressões cujo emprego no caso não seja discutível (as circunstâncias fáticas do caso avaliado e pessoais daquele que postula um direito devem se coadunar com as expressões utilizadas para fundamentar os argumentos quem fundamentam uma determinada conclusão). Por fim, a quarta regra determina que o maior número possível de etapas de desenvolvimento dos argumentos utilizados deve ser articulado para esclarecer a fundamentação da conclusão.

Alexy preceitua, ainda, que o processo de justificação interna não deve se reduzir a uma dedução lógica de conclusões de normas jurídicas – o que não deve implicar o abandono de argumentos que não partam de normas de direito positivo –, assim como deve necessariamente considerar a interação entre fato e norma, de modo que tanto as especificidades dos fatos quanto as particularidades da norma sejam analisados em profundidade na argumentação, buscando-se equilíbrio entre fundamentos relativos a fatos e a normas.

A justificação externa terá como propósito avaliar se há correção nestas premissas e, por consequência, racionalidade nas conclusões que delas decorrem. Neste caso, a racionalidade da argumentação dependerá do tipo de premissa ou enunciado que cuja correção se pretenda verificar: com relação às regras de direito positivo, deve ser demonstrada a conformidade da regra com critérios de validade do ordenamento; em se tratando de premissas ou enunciados empíricos, devem ser utilizados métodos das ciências empíricas, de presunção racional ou, ainda, regras sobre o ônus da prova no processo; aos enunciados que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos, aplicam-se técnicas de argumentação jurídica.

A ponderação de princípios fundamentais nada mais é do que uma técnica de argumentação jurídica aplicável à argumentação jurídica relativa à colisão de direitos fundamentais. Estruturada por Alexy como uma análise trifásica, a verificação da proporcionalidade é empregada para ponderar princípios fundamentais. Por meio dela se busca tanto otimizar as possibilidades fáticas, no sentido de evitar intervenções em outros direitos fundamentais sempre que possível, nas duas primeiras etapas (verificação da adequação e a

verificação da necessidade), quanto otimizar as possibilidades jurídicas, para evitar a eliminação de outro direito fundamental, na terceira etapa (a verificação da proporcionalidade em sentido estrito).

Para regular a terceira etapa (da verificação da proporcionalidade em sentido estrito) prevê uma *lei da ponderação*, que afirma que “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

A proporcionalidade em sentido estrito é subdividida por Alexy em três subetapas sucessivas: na primeira, devem ser oferecidas proposições que justificam e atribuem um valor à intensidade da interferência de um princípio na concretização do princípio colidente; na segunda, devem ser oferecidas de proposições que justificam e atribuem um valor à importância das razões que justificam esta interferência; na terceira, determina-se a relação entre a interferência de um princípio noutra e a razões que justificam aquela interferência.

Em relação à realização da ponderação de direitos fundamentais, Alexy elabora a fórmula peso; sua aplicação se adéqua à fase de verificação da proporcionalidade em sentido estrito, porque seu objetivo é, precipuamente, atribuir um peso concreto ao princípio cuja violação ou limitação está sendo examinada.

A fórmula peso tem a função de possibilitar a representação das premissas como valores, a partir de pesos em abstrato de cada direito retirados da Constituição. Mediante a aplicação da fórmula, determina-se a razão entre a interferência de um princípio com relação à esfera de incidência de outro princípio e a interferência da incidência deste relativamente à esfera de incidência daquele. Consideram-se, para tanto, não apenas o peso em abstrato de cada um destes princípios, mas também as variáveis para a certeza das suposições quanto às consequências da medida de limitação à realização dum princípio em decorrência da interferência do princípio colidente.

A representação das premissas em valores contribui decisivamente para dotar a argumentação relativa à ponderação de racionalidade, porque os valores das justificativas, de acordo com seu peso, determinariam um juízo (a proporcionalidade ou desproporcionalidade da limitação concreta de um direito em face de outro), por meio do qual restaria promovida uma pretensão de correção.

Como se pode verificar ilustrativamente no caso analisado, a mera afirmação do recurso à verificação da proporcionalidade quando da ponderação de direitos fundamentais colidentes, não garante a racionalidade da fundamentação judicial, sendo, para tanto, necessário atentar a regras procedimentais.

O voto do Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger é ilustrativo de como pode haver contradição entre o procedimento argumentativo efetivamente realizado e aquele que afirma adotar na fundamentação da argumentação jurídica.

A alegada aplicação da verificação da proporcionalidade é o exemplo mais evidente deste fato, já que o Ministro, ao abordá-la, menciona categorias que tradicionalmente são associadas a suas etapas. Como demonstrado, contudo, para além de não aplicar, na prática, as sucessivas verificações que afirma estar a realizar, sua argumentação desconsidera preceitos que garantiriam sua racionalidade.

A manifesta tendência inicial à primazia da noção de liberdade de expressão do paciente em prejuízo da avaliação do efetivo risco à dignidade do povo judeu se evidencia também por meio do próprio procedimento inicialmente por ele adotado (por meio da revelação de processo de descoberta): é a própria razão apresentada para justificar o pedido de vista do Ministro no caso em análise.

A racionalidade da construção argumentativa do voto do Ministro pode ser questionada ainda em face das noções de *universalidade*, *pretensão de fundamentabilidade* e de correção, conforme preceituadas por Alexy, por não privilegiar a adoção de argumentos que partam de normas do direito positivo, ou mesmo de premissas de caráter universal, geral, mas recorrer constantemente a descrições sobre fatos.

Embora Alexy preceitue que a transição para a argumentação teórica não apenas deve ser possível como também é recomendada, estabelece como necessária a afirmação das razões que justificam o recurso aos argumentos teóricos, o que não se verifica no caso. Ainda com relação a este ponto, verifica-se haver tanto prescrições quanto afirmações sobre fatos em relação às quais sequer tenha sido oferecida razão que pretendesse justificá-la.

Quanto à justificação dos argumentos empregados pelo Ministro, cumpre observar que ela se baseia, primordialmente, no oferecimento de razões que pretendem demonstrar a veracidade ou correção de suas premissas (o que é objeto da justificação externa), oferecendo poucas razões que permitam evidenciar as premissas de que as suas conclusões decorrem (o que se realiza por meio da justificação interna).

Deste modo, não é imprópria a afirmação de que se trata de fundamentação que se preocupa em justificar externamente seus argumentos, dando pouco relevo à justificação interna, cuja importância seria determinante de acordo com Alexy. É significativo, nesta perspectiva, o fato de que há conclusões em relação às quais não seja possível sequer que se evidenciem as premissas de que decorrem.

Deste modo, o tipo de fundamentação decorre do próprio tipo de argumentação de que se utiliza – majoritariamente indutiva, teórica e substantiva –, que se ocupa principalmente com a correção dos fatos apontados, não se atentando ao equilíbrio entre fundamentos relativos a fatos e a normas recomendado por Alexy.

Não se verifica, igualmente, a realização da *concreção* dos argumentos, por meio da articulação de etapas ao longo das quais fossem sendo reveladas as premissas dos argumentos que permitiriam resolver o caso, com a enunciação de regras sobre a aplicação de uma premissa em detrimento de outra, por exemplo. Passa-se pelos argumentos que afirmam uma conclusão que corrobora a conclusão central, sem que se demonstre sua relevância ou mesmo sem que se revelem suas premissas – em relação a este ponto, relembre-se, a título de exemplo, o trecho de seu voto em que o Ministro recorre ao Direito Comparado, no qual se limita a expor casos de cortes estrangeiras sucessivamente, sem demonstrar uma relação concreta de um caso com o seguinte ou com o caso em análise.

O voto do Ministro Marco Aurélio no Caso Ellwanger revela, pois, que, por vezes, ainda que a fundamentação da argumentação jurídica seja construída de forma aparentemente complexa, não necessariamente ela terá se constituído com base em critérios que garantam sua racionalidade. Esta observação é significativamente importante para determinar uma outra: ainda que se trate de fundamentação longa, que se utilize de muitas categorias extraídas da Dogmática Jurídica, da Ciência do Direito, da Teoria Política, bem como de outros ramos do

conhecimento, a racionalidade jurídica da fundamentação da argumentação jurídica nunca poderá ser pressuposta, deve ser demonstrada.

Cumpra afirmar, em conclusão, que a contribuição decisiva da teoria discursiva de Alexy para a racionalidade da fundamentação da argumentação jurídica reside justamente em seu potencial revelador: o fato de que ela oferece critérios objetivos para a verificação da correspondência lógico-racional entre o procedimento argumentativo efetivamente empregado e a lógica argumentativa que se reputa utilizada.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. de Luís Afonso Heck. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.

SHECAIRA, Fábio P. STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016.