

## A TEORIA DE PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY COMO FORMA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES DO STF

João Pedro Schuab Stangari Silva<sup>1</sup>, Fernanda Franklin Seixas Arakaki<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela FACIG, Técnico em Meio Ambiente pelo IFES,  
joaopedroschuab@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios na UFF-RJ, professora da FACIG -  
fernandafs@sempre.facig.edu.br

**Resumo-** A pesquisa que se pretende visa selecionar, analisar as decisões da Suprema Corte que fizeram menção à ponderação de princípios da teoria de Robert Alexy (1988), haja vista a indispensabilidade da motivação e justificação das decisões judiciais, tendo como escopo compreender se a ponderação foi utilizada como mecanismo de solução das colisões de princípios, ou se a ponderação estava associada a alguma estratégia retórica pragmática de argumentação jurídica. Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica com a abordagem qualitativa, cujo método será o analítico, a qual se pautará fundamentalmente nas ideias-proposições de Robert Alexy (1988), fazendo uma abordagem descritiva e valorativa dessas teorias e das decisões da suprema corte, verificando as inter-relações entre o Direito e a Argumentação Jurídica.

**Palavras-chave:** Ponderação de Princípios; Argumentação Jurídica; Decisões do STF; Robert Alexy; Fundamentação.

**Área do Conhecimento:** Ciências Sociais Aplicadas.

### 1 INTRODUÇÃO

A necessidade cada vez maior da justificação das decisões judiciais, no chamado pós-positivismo, principalmente na suprema corte, colocou um interesse ainda maior na compreensão das conexões entre argumentar e decidir, numa tentativa de trazer ao processo decisório um cunho mais científico, uma vez que as premissas empíricas do processo de julgamento dos tribunais devem trabalhar tanto com o peso dos argumentos atribuídos pelo julgador, quanto com a veracidade dos argumentos que lhe são apresentados.

Nessa perspectiva, como problema de pesquisa, busca-se averiguar se a teoria da argumentação jurídica e a ponderação de princípios de Alexy (1988) são utilizadas como mecanismo de solução das colisões de princípios nas decisões do Supremo Tribunal Federal ou tratam-se apenas de uma estratégia retórica de argumentação dessas decisões.

Esse problema faz-se importante na medida em que a Constituição Federal (1988) impõe o princípio da fundamentação das decisões judiciais, em seu artigo 93, inciso IX<sup>1</sup>, consagrando que as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, tornando-se um princípio explícito em nossa Carta Magna, autorizando a sociedade como um todo aferir de fato a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões na busca constante por uma maior racionalidade no processo decisório ao invés do arbítrio e subjetividade do julgador, trazendo maior segurança jurídica na composição dos conflitos de interesses<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. art. 93, inc. IX, da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). em 13/05/2018.

<sup>2</sup> Dispõe o art. 153 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 que: "Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. § 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

Nesse desiderato, a partir das teorias da argumentação jurídica e da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (1988) é que essa pesquisa pretende se desenvolver, buscando apreciar algumas das decisões da Suprema Corte e como são efetivadas a ponderação e o sopesamento das mesmas, tendo em vista que a motivação dessas decisões está frequentemente associada às teorias supracitadas quando enfrentam colisão de princípios no caso concreto.

A Constituição Federal de 1988 juntamente com o pós-positivismo jurídico, justificou e ainda justifica a necessidade da fundamentação das decisões judiciais, principalmente no atual cenário brasileiro de incertezas político-estruturais dando ensejo a um ativismo judicial exacerbado, desestruturando ainda mais os poderes insculpidos e necessários a um verdadeiro estado democrático de direito.

Os doutrinadores e operadores do direito voltam-se os olhos cada vez mais à necessidade de uma justificação e correção das decisões judiciais de forma a torná-las cada vez mais científicas, dando ênfase às conexões entre decidir e argumentar, principalmente quando se trata das decisões da Suprema Corte, colocando à prova a necessidade de justificação por argumentos das decisões, encontrando nas teorias apresentadas por Robert Alexy. Sendo assim, a presente pesquisa tem como preocupação reunir, analisar e avaliar as decisões do Supremo Tribunal Federal que fizeram menção à ponderação e às teses de Robert Alexy, tendo como escopo compreender se a ponderação está sendo utilizada como mecanismo de solução das colisões de princípios, tal como teorizada pelo doutrinador, ou se a ponderação está mais associada a alguma estratégia retórica pragmática de argumentação empírica.

## 2 METODOLOGIA

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

Para tanto, utilizou-se a pesquisa com a abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da atual compreensão processual perante a teoria de Alexy. O artigo baseia-se em revisões bibliográficas e documentais, cujo método será o analítico posto a necessidade de se levantar referências já analisadas e publicadas.

Quanto aos objetivos, abordou-se a pesquisa explicativa, que identifica os fatos que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

## 3 A FUNÇÃO CENTRAL DO ARGUMENTO NA DECISÃO JUDICIAL

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

Günther também sustenta que, como procedimento, argumentações são processos de entendimento, e os participantes ingressam em um discurso cooperativo em busca da verdade.<sup>3</sup>

---

fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. **§4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.** O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977) (cf. BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*; promulgada em 5/10/1988. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Em 18/02/2018 destaque não-original).

<sup>3</sup> Para Günther, parte-se da preposição de reconhecimento mútuo de iguais direitos aos participantes, sem pressão de agir, com franqueza, buscando um consenso racionalmente motivado entre os participantes. A simetria discursiva deve ser tal que evite qualquer coação “senão a do melhor

Apesar de que os autores que dissertam sobre a Argumentação Jurídica, com bastante redundância utilizam teorias da argumentação jurídica, a palavra teoria não está dissociada da prática, é de grande preocupação a prática de tal argumentação, que se busca com as decisões judiciais e a práxis do Direito de uma maneira geral.

O que se busca é uma ciência do Direito que apresenta não só a forma de se explicar a decisão, mas acima de tudo, como justificá-la.<sup>4</sup>

Assim, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy surge como uma solução a argumentação jurídica pelos tribunais, visto que segundo ele trata-se a argumentação jurídica de uma atividade linguística que procura corrigir os enunciados normativos – denominada “discurso prático”, ou seja, segue uma postura “analítico-normativa”, uma vez que à estrutura lógica dos argumentos efetuados ou possíveis e porque estabelece e fundamenta para a racionalidade do discurso.

É exatamente nesse ponto que surge a problemática em alguns atos decisórios, pois, diante as opções casuísticas<sup>5</sup>, utilizam-se de uma aparência de racionalidade, para fundamentar suas decisões ao invés de compatibilizar as teorias da Argumentação Jurídica com o Estado Democrático de Direito, levando inclusive a não solução racional do conflito na estruturação do Direito.

Importante dessa forma, entender as teorias de Alexy, de forma a aplicá-la como forma de argumentar de maneira racional as decisões, assim, o que o teórico sustenta é que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral<sup>6</sup>, pois que seus enunciados normativos, tanto num quanto noutro discurso, apresentam apenas uma “pretensão de correção”, mas, o discurso jurídico possui uma série de condições que o limitam, como a subordinação à lei, aos precedentes obrigatórios e à dogmática, e, no caso do processo judicial, ao estabelecido pela ordem processual.

Na verdade, o que Alexy procura estabelecer é um “código da razão prática”<sup>7</sup>, com um conjunto de regras e formas, de maneira que possuam pouco conteúdo normativo e, assim, mesmo pessoas com concepções normativas totalmente distintas consigam estar de acordo com elas, mas, tão sólidas que uma discussão realizada de acordo com elas possa ser qualificada como racional<sup>8</sup>.

Desta forma, a racionalidade do discurso jurídico segundo Alexy depende de se saber se e em qual medida essas valorações adicionais são susceptíveis de um controle racional, se há

---

argumento”. Para ele, discursos de aplicação são possíveis, porque a pretensão de validade se orienta dessa forma e, como discurso prático, está aberto a qualquer um. (Günther 2011, p. 36)

<sup>4</sup> Segundo Bustamante, o contraponto das teorias jurídico-argumentativas seria o positivismo metodológico, que em decorrência da subjetividade existente nas interpretações jurídicas, as valorações seriam arbitrárias, negando a possibilidade de uma racionalidade prática. Esse ceticismo constitui o ponto de arranque e o paradigma a ser combatido por uma teoria da argumentação jurídica. (BUSTAMANTE, 2008, p. 358)

<sup>5</sup> Embora se saiba que o marco teórico do presente trabalho considere as peculiaridades do caso concreto, por opção casuística não se entende o resultado de uma ação que buscaria a resolução do problema de uma certa e determinada pessoa (o que seria um aspecto positivo), mas a uma opção que não suportaria o exercício/teste argumentativo, uma opção arbitrária baseada em uma opinião não suportada no exercício de racionalidade (aspecto negativo).

<sup>6</sup> Por discurso prático geral Alexy entende exatamente um discurso em que participam argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais.

<sup>7</sup> O “código da razão prática” pode ser abordado de dois modos: - uma classificação completa que pode ser encontrada na obra Teoria de la Argumentación Jurídica.(p.187 e ss.), sendo composto por 28 regras e formas as quais se organizam em uma escala decrescente com relação à sua amplitude; - e uma classificação simplificada encontrada em seu artigo ‘A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason’.

<sup>8</sup> ‘regras fundamentais’:

- nenhum orador pode se contradizer; (1.1)
- todo orador só pode afirmar o que ele mesmo crê; (1.2)
- todo orador que aplique um predicado F a um objeto B deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a outro objeto que apresente as mesmas características relevantes de B; (1.3)
- distintos oradores devem usar a mesma expressão com o mesmo significado;(1.4)

\_\_\_\_. Teoria de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 183 e ss

possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais, um sistema de regras e princípios capazes de atribuir a racionalidade à argumentação e a seu resultado.

Não obstante, esse “código da razão prática”, não implica renúncia à racionalidade do debate judicial, posto que as especialidades das questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo são objeto de decisão e não apenas de argumentação, pois essas questões valorativas decididas a partir de vinculações racionais fundamentadas discursivamente podem também ser decididas com base em uma argumentação racional.

Desta forma, Robert Alexy elabora um código da razão prática e a sua associação com a teoria do direito, de maneira que aquela não apenas complemente as regras do discurso jurídico, mas, inclusive, constitua uma base para sua justificação e crítica, no âmbito da justificação e crítica do próprio sistema jurídico em seu conjunto.

Alexy, na Teoria da Argumentação Jurídica, vê uma ciência do direito em três dimensões: 1) analítica, investigando a estrutura do sistema jurídico e de conceitos jurídicos fundamentais; 2) empírica, que se preocupa com o conhecimento do direito positivamente válido e com o uso de certas premissas empíricas e 3) normativa, para orientação e crítica a práxis jurídica, procurando no caso concreto qual a decisão correta baseada no direito válido.

Concluindo que as justificações internas e externas são mais que necessárias para a existência da Ciência do Direito, tanto na sua produção, interpretação ou aplicação.

#### 4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY

Alexy na busca de uma forma racional das operações decisórias desenvolve a teoria da argumentação jurídica e a teoria dos direitos fundamentais, trazendo a realidade fática um cunho científico através da ponderação e do sopesamento.

Para o referido teórico do Direito, a tensão entre o parlamento (*representação política*) e o tribunal (*a representação argumentativa*), provocada pelo tribunal constitucional na função precípua de guardião dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, é visto acima do processo democrático<sup>9</sup>, uma vez que a positivação dos direitos do homem, que os “transforma” em direitos fundamentais<sup>10</sup>, não anula a validade dos direitos do homem como direitos morais, dada a supra positividade desses direitos<sup>11</sup>.

Não obstante, a teoria dos princípios fundamentais de Alexy, traz uma conotação científica do direito enquanto dogmática, ou seja, tem as estruturas de direitos fundamentais como pertencentes à Ciência do Direito, compreendendo uma formação dogmática complexa, pela sua divisão em empírica, analítica e normativa, cada qual especificando uma dimensão do direito enquanto ciência humana e enquanto uma teoria estrutural dos direitos fundamentais.

A teoria geral dos direitos fundamentais propõe uma análise total dos problemas referentes a cada um dos direitos fundamentais, significando que tende a levar a cabo todas as interrogações cabíveis dentro de cada direito em específico, onde o próprio conceito de norma tende a dispô-la enquanto noção genérica de regramento da conduta, além disso, essas normas, sendo de direitos fundamentais, versam justamente sobre direitos fundamentais, no sentido de especificar a problemática da positivação e da principiologia que norteia suas concepções e atuações.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Huck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 11 e 53-4. Para Alexy, “[o] cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos”(ibidem, p. 54).

<sup>10</sup> Destaca, Hermes Zaneti Jr., que “os direitos fundamentais são conquistas históricas dentro do Estado, sem serem ‘confináveis a uma época’ e são políticos, à medida que superam a abstração do indivíduo, para aderir ao sujeito, à pessoa, não sendo apreensíveis de todo, e não são estáticos, estão sempre em constante mutação, não se limitando ao institucionalizado” (cf. idem – destaques não constam no texto original).

<sup>11</sup> Segundo Alexy, “para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, vale moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional pode ser justificada” (ALEXY, op. cit. 47).



Importante destacar, que na concepção de MacCormick (2011, p. 194) na aplicação do modelo teórico importado, há um risco iminente de afastamento do compromisso de coerência e justificação do conjunto decisório<sup>12</sup>, prejudicando a concretização de direitos fundamentais e dos valores em construção próprios a nossa sociedade, provocando o reforço de estruturas de poder, pavimentando um caminho para um incremento do ativismo judicial casuísta<sup>13</sup>, principalmente em um momento de transição e implantação de um novo modelo processual que acaba de entrar em vigor, o código de processo civil, e, dá especial importância às fundamentações das decisões para o fortalecimento do estado democrático de direito.

Não obstante, segundo o autor só se pode legitimar e considerar bem sucedido a argumentação sobre a política se for possível uma resolução racional da colisão entre os direitos fundamentais e ainda entre os direitos fundamentais e os bens coletivos.

Dessa forma, o teórico indica uma teoria dos princípios, trazendo a máxima da proporcionalidade como forma determinante da racionalidade ao discurso que, apesar de ter a teoria da argumentação jurídica vasta difusão nos meios acadêmicos e também na prática forense (mesmo que não de forma expressa)<sup>14</sup>, a teoria dos princípios trás tentativas reais de institucionalização da argumentação jurídica na lei processual através da ponderação de princípios, pelo menos no que toca à metodologia oferecida para a estrutura das decisões judiciais.

A partir do momento em que os princípios, assim como as regras, são aceitos como espécies do gênero norma, surge o problema do que fazer quando dois princípios constitucionais representarem interesses contraditórios. Alexy (1988) afirmou que, se fosse possível uma variante “forte” da teoria dos princípios, seria aquela que contivesse toda uma relação de princípios e todas as relações de prioridade abstrata e concreta entre eles. Por isso, propõe uma teoria dos princípios a partir de três elementos: 1) um sistema de condições de prioridade, 2) um sistema de estruturas de ponderação e 3) um sistema de prioridades *prima facie*, explicando:

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

2) estruturas de ponderação: a realização dos princípios como mandados de otimização, exigem a realização mais completa, em relação a circunstâncias jurídica e fáticas. As possibilidades fáticas são analisadas pelo 73 princípio da adequação e da necessidade. As possibilidades jurídicas implicam aplicação da lei da ponderação, que formula o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e conferem estruturas para uma argumentação racional. (ALEXY, 1988, p. 147)

3) um sistema de prioridades *prima facie*: tais prioridades estabelecem uma carga de argumentação mais forte, pois estabelecem, no sistema jurídico, algum tipo de ordem no campo dos

<sup>12</sup> MacCormick (2011, p. 194) alerta para as pessoas avocadas de autoridade e o risco de suas decisões. Ao relembrar o rei francês Luís XV afalar ao seu povo ‘Après moi le déluge’ ou Hobbes – ‘grant absolute sovereignty or put up with the war of all against all’, reafirma o papel central da razão em refutar o absolutismo da autoridade, a autoridade formalmente em si, como licença à arbitrariedade na imposição de condutas e pensamentos. As decisões moralmente orientadas devem ser produto de uma natureza humana madura e orientada. Pessoas que agem e vivem de acordo com a razão não ignoram, segundo ele, a dimensão sentimental da vida humana, mas passam através das paixões. Isso será fundamental para se enfrentarem alguns desafios postos à Argumentação Jurídica para a definição de condições de precedência em um sopesamento.

<sup>13</sup> Segundo MacCormick (2011), desenvolve-se uma espécie de sentimentalismo casado com imparcialidade, em um ajuste metafórico da teoria moral sentimental de Adam Smith, ajustada a elementos de Kant.

<sup>14</sup> Brasil Júnior sustenta que antes de se tornar disciplina autônoma da ciência jurídica, “a Ciência Processual já utilizava a argumentação para justificar e legitimar as decisões judiciais, mesmo sem destacar explicitamente o método argumentativo” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007 – nota 3, p. 52).

princípios. Essa ordem não tem caráter definitivo, mas exige o cumprimento de suficiente carga argumentativa para a prevalência dos argumentos em favor de um sentido contrário.

A distinção entre os tipos normativos, as regras e os princípios é que formam a base da teoria dos princípios.<sup>15</sup>

## 5 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

No presente Capítulo, buscar-se-á, compreender, a aplicação da ponderação em 3 decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal. É interessante ressaltar, que as jurisprudências selecionadas não são as únicas que contêm conflitos de direitos, dos quais, os ministros utilizam a ponderação. No entanto, delas decorrem a restrição de algum direito individual, considerados pertinentes à discussão proposta.

### POSSE DE ARMA DE FOGO - HC 104410/RS <sup>16</sup>

Foi julgado em 2012, Habeas Corpus com o tema de Porte/Posse ilegal de arma de fogo desmuniada e o tratamento constitucionalizado dos crimes de perigo abstrato pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Realizando a análise do referido, a orientação constitucional sobre a criminalização em abstrato de condutas e os parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais, gera a dicotomia pela vedação dos excessos, mas também pela proibição de uma proteção integral insuficiente.

Na referida decisão, foi dissertado que a linha de pensamento predominante no Supremo Tribunal tem sido a de reconhecer os princípios da lesividade e ofensividade preponderantemente como vetores interpretativos, e foi identificada uma colisão de princípios.

Conforme dito no citado habeas corpus:

*Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, prima facie, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.*

*Esse entendimento pode ser traduzido segundo o postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.*

*A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: quanto*

<sup>15</sup> Para Alexy, o ponto central distintivo entre os dois modelos normativos é que “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Princípios são por ele qualificados como mandamentos de otimização e têm como característica a possibilidade de satisfação em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90)

<sup>16</sup> Habeas Corpus 104.410 - Rio Grande do Sul, Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 06/03/2012

*mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional.*

Houve a adesão ao voto do relator, constituído fundamentalmente em acordo com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Como em outros julgados semelhantes e contemporâneos, houve votos em dissidência à conclusão que chegou o relator nesse julgamento, podendo-se concluir que, como houve migração de posicionamento diferentes para o posicionamento estabelecido com a ponderação, pode-se falar em um potencial retórico importante para a argumentação jurídica feita neste voto.

#### PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL - RE 466.343/SP<sup>17</sup>

O recurso propôs a questão ainda atual, a que a Corte tem, por maioria, dado resposta positiva, da compatibilidade, ou não, de aferir se a seqüela da prisão civil, inerente à ação de depósito, se ajusta, ou não, à exceção prevista no cânone constitucional, quando a depositário infiel ficou equiparado, por força da norma subalterna, o devedor fiduciante.

A discussão se dava em dois planos: a possibilidade do credor financeiro atentar a ação de depósito, quando o bem não fosse encontrado na posse do devedor fiduciante, e também a admissibilidade da prisão civil ao devedor fiduciante pelo não cumprir da obrigação de entregar o bem.

Neste diapasão, foram realizados testes de proporcionalidade (verificação da adequação e necessidade) para a verificação da compatibilidade de tal prisão com a Constituição Federal de 1988, pois, conforme dito no Recurso:

*Como ensina Alexy, "o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção".*

*A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante.*

Segundo a argumentação do recurso, a concessão da prisão civil não seria mais necessária, pois existem outras formas e mecanismos de expropriação e garantia do crédito menos danosas, sem a necessidade da restrição da liberdade, pois é uma medida totalmente extrema.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, na colisão entre liberdade do devedor e proteção ao patrimônio do credor, no caso concreto precedeu o direito fundamental daquele. A prisão civil prevalece no caso do valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente, pois se justifica diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta.

#### PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - HC 126.292/SP<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Recurso Extraordinário 466.343-1 - São Paulo. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008.

Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 17/02/2016, que, após a segunda instância, poderia a decisão condenatória ter sua pena executada, ainda que antes do seu trânsito em julgado.

É notório em tal julgado o conflito de princípios constitucionais, de um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

A argumentação tecida ao longo do Habeas corpus foi no sentido em que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. Conforme dito no *Habeas Corpus*:

*Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.*

*Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.*

Portanto, a decisão transmitiu que o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.

## 6 CONCLUSÃO

Uma das características atribuídas ao pós-positivismo é a necessidade de solução para a colisão de princípios. Na complexidade valorativa da contemporaneidade e com as características dos conflitos houve uma reaproximação entre a Direito e a Argumentação Jurídica, destacadamente a partir de meados do Século XX.

Assim, o presente trabalho analisou as inter-relações entre Direito e Argumentação Jurídica. Verificou-se a insuficiência de visões particulares do Direito através ou do estudo das normas, ou da

<sup>18</sup> Habeas Corpus 126.292. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença Penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Habeas Corpus denegado. Relator : Min. Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Julgamento em 17/02/2016.



prática dos operadores do Direito ou ainda de uma visão ideal ou crítica, mas sim a possibilidade de uma visão não excludente, baseada na articulação discursiva, cujo papel da Argumentação Jurídica é importante. Ou seja, a argumentação foi compreendida como um procedimento de resolução de problemas, estabelecendo soluções e apontando razões.

A Suprema Corte é especialmente associada às teorias da ponderação e da argumentação de Alexy quando enfrenta questões em que há no caso concreto a colisão de princípios, isso porque a própria Constituição Federal, topo da pirâmide no âmbito normativo Federal, tendo como marco filosófico e pano de fundo o pós-positivismo, invoca uma demanda ainda maior da Teoria do Direito sobre as decisões judiciais, principalmente no que se refere às exigências dos argumentos, uma vez que, precisa decidir com segurança jurídica, colocando à prova a necessidade de justificação por argumentos das decisões, encontrando nas teorias apresentadas por Robert Alexy esse papel fundamental, sendo inclusive indicado nas referências das etapas argumentativas e na ponderação de princípios.

As relações verificadas entre a Argumentação Jurídica e o Direito, principalmente no aspecto argumentativo das decisões, especialmente no que se refere às opções teóricas<sup>19</sup>, sustentam a necessidade de uma construção racional dessas alternativas decisórias, assim como na importância de um sistema bem estruturado de procedimentos nessa construção.

O que se pretendeu averiguar, foi a coerência e compromisso do Supremo Tribunal Federal com o sistema normativo jurídico e sua integridade, já que é de suma importância em um estado democrático à coerência entre as normas institucionalizadas e os poderes constitucionais, trazendo maior responsabilidade ao tribunal constitucional vez que é ele quem através de suas decisões tem o dever de proteger o conjunto democrático de Direito.

## 7 REFERÊNCIAS

AGUILÓ, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In: AGUILÓ, Josep. **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): Lleonard Muntaner, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Constitutional Rights and Proportionality**. *Revus* [Online], 22 -2014, Online since 25 Jun. 2014, connection on 08 Jul. 2014. Disponível em: <http://revus.revues.org/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783. Acesso em: 12/02/2018.

\_\_\_\_\_. **Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional**. *Isonomía01\_03*, p. 48. [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01\\_03.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf?portal=4). em 26/02/2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A teoria do discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3 ed. Trad. Zilda Hutchinson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito. Organização**, Tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios y razón práctica**. Tradução de Manuel Atienza. **DOXA 5**.

<sup>19</sup> De acordo com a identificação proposta por Atienza (2013), uma concepção de direito vem a ser um conjunto de respostas a questões básicas, tais como: quais seriam seus componentes básicos, como se determinaria o Direito válido, quais as relações mantidas com a moral e com a política e em que consistiria as operações de interpretação e aplicação do Direito. Do século XX para hoje, dentro de uma cultura jurídica ocidental, podem-se agrupar as concepções nos seguintes termos: normativismo positivista, realismo jurídico, jusnaturalismo, as chamadas teorias críticas do Direito e pós-positivismo.

**DIAS 8 E 9 DE NOVEMBRO DE 2018**

1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. promulgada em 5/10/1988. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Em 18/04/2018BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 104410**. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (a)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 06/03/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 25/05/2018.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 126.292**. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença Penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas Corpus denegado. Relator : Min. Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Julgamento em 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=tp&docid=10964246>. Acesso em: 25/05/2018.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 466343**. Recurso Extraordinário. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 25/05/2018.BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, RT, 2009.GÜNTHER, KLAUS. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.\_\_\_\_\_. **Retórica e Estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.\_\_\_\_\_. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2011.SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm). Acesso em: 24/02/2018.