



Bruna Romano Pretzel

O MINISTRO MARCO AURÉLIO
E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
Uma análise de argumentação

Monografia apresentada à banca examinadora da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, como exigência parcial para conclusão da Escola de Formação, sob a orientação do Professor Diogo Rosenthal Coutinho.

SÃO PAULO
2007

Agradecimentos e dedicatória

Pelo resultado final de meu trabalho, gostaria de deixar registrados meus agradecimentos pelas excelentes críticas e comentários feitos pela equipe de coordenação da Escola de Formação da SBDP: Diogo R. Coutinho, Adriana Vojvodic, Evorah Cardoso e Paula Gorzoni. Agradeço também aos meus colegas da turma 2007 da Escola de Formação, que contribuíram tanto com críticas quanto com companheirismo e *comic relief* para o envolvente, mas não menos árduo processo de elaboração desta monografia. Sem o auxílio dessas pessoas, minha monografia teria resultado muito menos rica.

Dedico este trabalho à minha família (minha mãe, Angela, meu pai, Luis, e meus irmãos André e Daniel), que passou por um teste de paciência ao aturar uma filha e irmã completamente dedicada ao estudo e à redação por meses a fio. Valeu a pena.

Índice

1. Introdução	1
1.1. O Ministro Marco Aurélio Mello, retratado e auto-declarado.....	1
1.2. A liberdade de expressão nas decisões do Ministro Marco Aurélio	4
2. Esclarecimentos metodológicos	6
3. Análise argumentativa dos votos do Ministro Marco Aurélio	16
3.1. Caso das gravações na propaganda eleitoral.....	16
3.1.1. Síntese do caso.....	16
3.1.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	16
3.1.2.1. Estrutura da argumentação.....	16
3.1.2.2. Estratégias argumentativas.....	20
3.2. Caso Folha e imunidade tributária	22
3.2.1. Síntese do caso.....	22
3.2.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	22
3.2.2.1. Estrutura da argumentação.....	22
3.2.2.2. Estratégias argumentativas.....	27
3.3. Caso das manifestações em Brasília	28
3.3.1. Síntese do caso.....	28
3.3.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	28
3.3.2.1. Estrutura da argumentação.....	28
3.3.2.2. Estratégias argumentativas.....	33
3.4. Caso ECA e comunicação social.....	36
3.4.1. Síntese do caso.....	36
3.4.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	36
3.4.2.1. Estrutura da argumentação.....	36
3.4.2.2. Estratégias argumentativas.....	40
3.5. Caso de ofensa às Forças Armadas	41
3.5.1. Síntese do caso.....	41
3.5.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	42
3.5.2.1. Estrutura da argumentação.....	42
3.5.2.2. Estratégias argumentativas.....	47
3.6. Caso do proselitismo em emissoras comunitárias	47
3.6.1. Síntese do caso.....	48
3.6.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	48
3.6.2.1. Estrutura da argumentação.....	48
3.6.2.2. Estratégias argumentativas.....	52
3.7. Caso da propaganda partidária e coligações	53
3.7.1. Síntese do caso.....	53
3.7.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	54
3.7.2.1. Estrutura da argumentação.....	54
3.7.2.2. Estratégias argumentativas.....	57
3.8. Caso da divulgação de pesquisas eleitorais.....	59
3.8.1. Síntese do caso.....	59
3.8.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	61
3.8.2.1. Estrutura da argumentação.....	61
3.8.2.2. Estratégias argumentativas.....	62
3.9. Caso O Globo versus Garotinho.....	62

3.9.1. Síntese do caso.....	62
3.9.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	65
3.9.2.1. Estrutura da argumentação.....	65
3.9.2.2. Estratégias argumentativas.....	73
3.10. Caso Ellwanger	76
3.10.1. Síntese do caso	76
3.10.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	78
3.10.2.1. Estrutura da argumentação	78
3.10.2.2. Estratégias argumentativas	88
3.11. Caso Law Kin Chong e CPI da Pirataria	90
3.11.1. Síntese do caso	90
3.11.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	91
3.11.2.1. Estrutura da argumentação	91
3.11.2.2. Estratégias argumentativas	95
3.12. Caso Jorge Pinheiro e difamação	96
3.12.1. Síntese do caso	96
3.12.2. Voto do Ministro Marco Aurélio	98
3.12.2.1. Estrutura da argumentação	98
3.12.2.2. Estratégias argumentativas	104
4. Conclusão: pela otimização da garantia de motivação das decisões do Ministro Marco Aurélio	105
5. Bibliografia	114
6. Acórdãos citados.....	114

1. Introdução

A presente monografia¹ tem como escopo o exame das estruturas e estratégias argumentativas utilizadas pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões que envolvam discussões a respeito da liberdade de expressão. Ao empregar os termos *estruturas e estratégias argumentativas*, refiro-me a um método de análise de argumentação aplicado a decisões judiciais, explicado detalhadamente no capítulo 2 desta monografia e desenvolvido com base em obras de outros autores, como Alec Fisher e Chaïm Perelman. Este trabalho não tem, contudo, a pretensão de empregar diretamente as complexas teorias da argumentação jurídica existentes para realizar uma análise aprofundada, mas parte de certas premissas teóricas sobre argumentação para examinar criteriosamente os pronunciamentos do Ministro Marco Aurélio a respeito do tema escolhido.

A análise argumentativa compreenderá doze votos do ministro, proferidos no âmbito de decisões colegiadas – acórdãos – do STF. Nos tópicos 1.1 e 1.2 abaixo, bem como no capítulo 2, aprofundo as justificativas do tema escolhido e explico com maiores detalhes a delimitação do universo de decisões analisadas.

1.1. O Ministro Marco Aurélio Mello, retratado e auto-declarado

O primeiro aspecto que chama a atenção a respeito do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (pela praxe conhecido por seus dois primeiros nomes) é o fato de ele ser freqüentemente visto como defensor de teses discrepantes das decisões majoritárias do STF. Em um perfil do ministro, constante da revista *Análise – Justiça*, KOSTMAN (2006) apresenta um quadro de estatísticas segundo o qual, em um determinado universo de decisões², a

¹ Foram incorporadas a esta versão da monografia as sugestões apresentadas pelos arguidores Diogo R. Coutinho e Emerson Fabiani, durante a banca examinadora do dia 04/12/2007, na Sociedade Brasileira de Direito Público.

² A pesquisa apresentada no artigo referido limitou-se ao período de 1998 a 2006, compreendendo 110 decisões, das quais foram selecionadas aquelas em que o Ministro Marco

posição defendida pelo Ministro Marco Aurélio foi voto vencido em 39% dos casos. O ministro foi o único a discordar dos demais julgadores em 11% das decisões analisadas.

Se as estatísticas acima apresentadas podem significar algo quanto à independência decisória do ministro, não dizem muito a respeito de seu posicionamento substancial ou mesmo a respeito de suas intenções no STF. Do modo como os julgamentos do STF são realizados, a decisão de um ministro pode concordar com as decisões dos demais, no sentido de procedência ou improcedência de uma ação, mas possuir uma motivação diferente das outras.

O fato de o Ministro Marco Aurélio ter um bom número de “votos vencidos” tampouco é decisivo para que se afirme que ele tenha uma *intenção* persistente de representar uma voz dissonante no tribunal. Em prefácio à obra *Vencedor e vencido*, compilação de decisões e pronunciamentos do Ministro Marco Aurélio, BERMUDES (2006) afirma que o ministro não procura agradar a opinião pública nem aos outros ministros do STF, asseverando suas convicções de modo independente, porém nem sempre restando vencido. Frequentemente, o ministro profere votos condutores das decisões majoritárias da corte. Nas palavras de BERMUDES (2006:VII), “[v]encedor ou vencido, o Ministro Marco Aurélio deixará, nos seus julgamentos, a sua marca pessoal”. Essa afirmação colabora para despertar a seguinte dúvida: essa marca pessoal de fato existe? É possível defini-la? A resposta – que, adianto, não é identificável apenas a partir do universo de pesquisa delimitado nesta monografia – parece depender do exame do conteúdo argumentativo das decisões do ministro.

KOSTMAN (2006:99), além de apresentar as estatísticas acima referidas, afirma que o Ministro Marco Aurélio é considerado liberal: “[n]ão admite a prisão de réu sem que haja trânsito em julgado da condenação”, é “voz respeitada em termos de liberdade de expressão” e, na área econômica, “posiciona-se normalmente ao lado do contribuinte”. BUCK (2006), em artigo sobre o posicionamento do Ministro Marco Aurélio na área econômica, conclui

Aurélio se manifestou. Explicações metodológicas mais detalhadas constam do próprio artigo e da revista em que este foi publicado.

que o ministro defende, em geral, uma abordagem econômica liberal, mas identifica casos que fogem a esse padrão, diminuindo a possibilidade de se falar em um padrão decisório liberal para o ministro. Isto desperta novamente a dúvida a respeito do conteúdo das decisões do Ministro Marco Aurélio, e sobre o modo como as decisões envolvendo *liberdades*, mais especificamente, são construídas: a liberdade é defendida incondicionalmente pelo ministro? Circunstâncias concretas podem modificar o referido padrão decisório liberal? Enfim, como são estruturadas e motivadas as decisões do Ministro Marco Aurélio no âmbito das liberdades – no caso deste trabalho, no campo da liberdade de expressão?

A respeito do procedimento de construção de decisões, o Ministro Marco Aurélio declara o seguinte à revista *Análise – Justiça* (KOSTMAN, 2006:99): “Primeiro idealizo a solução mais justa. (...) Só depois vou buscar apoio na lei.” Em seu discurso de posse no STF, o ministro (MELLO, 2006:243-246) também afirma que “(...) o Poder Judiciário não é um mero aplicador de lei, pois, deve, acima de tudo, indicar e consagrar o que é justo”, e que o juiz, “materializando o ideal de Justiça”, deve ter em vista “sobretudo o ministério que o elegeu: dar a cada qual o que é de direito”. O ministro chegou a adicionar esse posicionamento à ementa de um recurso extraordinário para o qual foi relator, o RE 111.787, julgado em 16 de maio de 1991. O início da ementa do referido acórdão possui as seguintes palavras:

“OFÍCIO JUDICANTE - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.”

Essas afirmações despertam ainda mais dúvidas a respeito da atuação do Ministro Marco Aurélio: como o ministro define o conteúdo de justiça, um termo tão plurívoco e polêmico? Como se define o *que* “é de direito para cada qual”? A visão do Ministro Marco Aurélio sobre a atuação do Judiciário, sobretudo no aspecto de “buscar a decisão mais justa”, resulta na curiosidade de perquirir o modo como o ministro constrói e motiva suas decisões. Se a própria definição de justiça não é unívoca, parece razoável supor que a decisão judicial que procura o justo tem como alicerce legitimador sua motivação, a

exposição das razões que conduzem a um conteúdo decisório, enfim, um exercício de persuasão que o magistrado realiza, tendo o jurisdicionado como destinatário.

Assim, a análise da argumentação apresentada pelo Ministro Marco Aurélio tem o escopo de explorar a consistência da prestação jurisdicional realizada por ele, bem como a transparência de seu trabalho. Em última análise, o exame da argumentação, nas decisões selecionadas por esta monografia, objetiva prover elementos para a aferição do potencial democrático de uma parcela da atuação do Ministro Marco Aurélio. Afinal, um importante meio de controle democrático das decisões judiciais é a garantia de que estas sejam motivadas. Não basta, no entanto, que sejam motivadas de qualquer maneira. É necessário, a meu ver, que as decisões possuam clareza na exposição dos argumentos envolvidos e que tenham bom potencial persuasivo³, colaborando para a transparência e consistência da atuação do juiz, que, ao dialogar com o jurisdicionado, demonstra exercer um poder que não é – ou, pelo menos num regime democrático, não deveria ser – arbitrário.

Apesar de esta monografia tecer diversas críticas ao modo como o Ministro Marco Aurélio argumenta para suas decisões, tenho consciência de que o modo como o STF opera, com uma quantidade desproporcional de processos a julgar por ano⁴, prejudica muito a qualidade dos pronunciamentos de seus ministros. Penso, no entanto, que as referidas críticas apenas reiteram a necessidade de que a situação do STF, quanto à carga de trabalho do tribunal, seja revista – embora essa não seja a única providência possível para que melhore a qualidade da prestação jurisdicional dos ministros do STF.

1.2. A liberdade de expressão nas decisões do Ministro Marco Aurélio

³ Mais comentários a respeito da análise do potencial persuasivo das decisões e da subjetividade envolvida nessa análise serão feitos no capítulo 2 desta monografia.

⁴ No ano de 2007, até o mês de outubro, o STF julgou 137.289 processos. Este número foi retirado da seção de estatísticas do sítio do STF, disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 11 de novembro de 2007.

O tema da *liberdade de expressão*⁵ foi escolhido para esta monografia, em primeiro lugar, em decorrência de certas dúvidas quanto à obediência a um “padrão decisório liberal” pelo Ministro Marco Aurélio. Conforme já apontado no tópico anterior, existe uma certa impressão de que o ministro tem, em geral, um posicionamento liberal, o que não significa que decida a favor da liberdade – econômica, de expressão, entre outras – em todos os casos em que esta figure em um dos pólos do conflito judicial. Isto desperta a seguinte curiosidade adicional: qual é, afinal, o papel que a liberdade de expressão possui na construção argumentativa das decisões do Ministro Marco Aurélio?

Este recorte temático, no entanto, serviu para limitar o universo de decisões examinadas neste trabalho, e não para definir inteiramente o problema ao qual a monografia procura enfrentar, que não se limita ao uso argumentativo da liberdade de expressão nos votos do ministro. O objetivo desta monografia é examinar como o Ministro Marco Aurélio estrutura seus votos e utiliza estratégias argumentativas em decisões que envolvam a liberdade de expressão. Isto inclui, por certo, a análise do uso argumentativo da referida liberdade nas decisões selecionadas, mas não se limita a essa análise.

A liberdade de expressão foi escolhida para o recorte temático por ser um elemento – um princípio jurídico – que freqüentemente conflita com outros direitos fundamentais, principalmente os direitos à honra, à imagem e à intimidade do indivíduo. A solução dos conflitos que envolvem a liberdade de expressão e outros direitos constitucionalmente previstos impinge um ônus argumentativo de considerável monta sobre os ministros do STF, que precisam justificar cuidadosamente a escolha, em suas decisões, da preponderância de um direito ou de outro. Nesse sentido, considere que seria mais representativo da atuação do Ministro Marco Aurélio, em termos de argumentação em decisões judiciais, abarcar o tema da liberdade de expressão.

⁵ Cf. o capítulo 2 deste trabalho para uma explicação sobre a delimitação do tema.

2. Esclarecimentos metodológicos

Neste capítulo, pretendo apresentar os caminhos trilhados – alguns abandonados, outros definitivamente seguidos – para a delimitação do objeto de pesquisa desta monografia, bem como o método de análise do universo pesquisado.

O projeto inicial do trabalho objetivava uma análise da argumentação de votos vencidos selecionados de alguns acórdãos do STF. A opção pelos votos vencidos foi justificada a partir da impressão (por mim adquirida ao longo dos debates na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, durante o primeiro semestre de 2007) de que sobre o ministro dito “vencido” recairia um ônus argumentativo maior na sustentação de seu voto, justamente por, em tese, representar uma dissidência dentro do tribunal. O objetivo inicial, nesse contexto, era examinar a consistência e a racionalidade de tais votos, a partir de uma hipótese segundo a qual a suposta intenção de formar dissidência, centrada mais na decisão final pretendida do que no caminho que levaria a ela, resultaria em um cuidado menor com a construção de uma argumentação consistente.

Um dos elementos que me conduziram a essa hipótese foi uma afirmação feita pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto para o HC nº 82.424 (mais conhecido como o caso Ellwanger), nos seguintes termos:

"(...) a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário."

A afirmação intrigou-me porque o ministro parecia buscar, no trecho acima, numa posição aparentemente condizente com sua fama de “ministro vencido” (conforme apontado no capítulo 1), a dissidência como fim em si mesmo, sem se concentrar numa fundamentação consistente de modo a legitimar o discurso minoritário e incrementar seu potencial de influenciar opiniões majoritárias.

Durante a discussão do projeto inicial da monografia com os coordenadores da Escola de Formação (entre eles o Prof. Diogo Coutinho, meu orientador, e Adriana Vojvodic, minha constante interlocutora), chegamos à conclusão de que o fato de o voto ser “vencido” – isto é, de conter uma decisão contrária àquela tomada pela maioria – não necessariamente implicava uma linha argumentativa diferente da seguida por outros ministros. De fato, uma das dificuldades de análise encontradas durante os debates da Escola de Formação dizia respeito justamente a este aspecto: os ministros do STF não necessariamente se preocupam com a correlação entre linha argumentativa e decisão, chegando, diversas vezes, ao ponto de tomar uma decisão diametralmente oposta ao que indicava grande parte da argumentação adotada no decorrer de seu voto. Isto ocorre, em boa parte dos casos, possivelmente porque os ministros desejam deixar registrado como se posicionariam em outras circunstâncias que não a do caso concreto examinado. Não é o objetivo deste trabalho tentar comprovar esta hipótese, no entanto. A observação fica registrada apenas como impressão adquirida durante a delimitação do objeto de pesquisa desta monografia.

Nesse sentido é que considereei, então, mais adequado modificar o escopo deste trabalho e direcioná-lo ao exame das estruturas e estratégias argumentativas presentes em votos, vencidos ou não, contidos em acórdãos do STF. Definida esta trilha, procedi à delimitação propriamente dita do universo de acórdãos a examinar.

O interesse pelos pronunciamentos do Ministro Marco Aurélio, como já indiquei, havia sido despertado desde o projeto inicial. O posicionamento desse ministro quanto a um parâmetro ideal de atuação e convencimento do juiz, conforme já apontado acima, levou-me a procurar analisar a estrutura da motivação de suas decisões, bem como identificar certas estratégias argumentativas recorrentes em seus votos.

Além do recorte de pesquisa relativa ao Ministro Marco Aurélio, foi estabelecido também o campo temático da liberdade de expressão. Para os fins deste trabalho, este campo foi definido de maneira bastante ampla, de

modo a englobar os direitos positivados no artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220, caput e §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988, abaixo transcritos:

"Art. 5º. (...)
 IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
 (...)
 IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
 (...)
 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
 § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

A partir da redação destes artigos e de seu significado, reuni as palavras e expressões-chave *expressão, manifestação, pensamento, comunicação, imprensa, comunicação social, informação, criação e informação jornalística*. Essas palavras ou expressões foram combinadas ao termo *liberdade*, na fórmula *liberdade adj2 (palavra ou expressão)*, de modo a formarem expressões de pesquisa a serem inseridas no campo "Pesquisa livre" da página "Pesquisa de Jurisprudência" do sítio do STF⁶. Isto é, inseri no campo de pesquisa os termos *liberdade adj2 expressão, liberdade adj2 manifestação* e assim por diante⁷. Além desses termos, utilizei também o campo "Data" da mesma página no sítio do STF, inserindo as datas de 13 de junho de 1990 (data da posse de Marco Aurélio Mello como ministro do STF) e 30 de junho de 2007 como limites ao universo temporal de acórdãos.

A partir da pesquisa na internet com todos os termos acima mencionados, filtrei os acórdãos encontrados com os seguintes critérios: presença de voto do Ministro Marco Aurélio no acórdão, pronunciamento

⁶ Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

⁷ No caso das expressões *comunicação social e informação jornalística*, foram utilizadas as expressões *liberdade adj2 comunicação adj1 social* e *liberdade adj2 informação adj1 jornalística*.

substancial do ministro no voto, e real pertinência temática ao campo escolhido. O segundo critério consistiu na verificação da aptidão dos argumentos apresentados no voto do Ministro Marco Aurélio para conduzir, sem remissão aos votos de outros ministros, à decisão adotada no voto analisado⁸. Já o terceiro critério consistiu na verificação da presença, no acórdão encontrado, de discussão de mérito diretamente relacionada às liberdades inseridas nos artigos selecionados da Constituição⁹. Ao fim desse processo, foram selecionados doze acórdãos para a análise da argumentação presente nos votos do ministro, abaixo relacionados em ordem cronológica de julgamento:

- ADI 956 – *Caso das gravações na propaganda eleitoral*¹⁰;
- RE 203.859 – *Caso Folha e imunidade tributária*;
- ADI-MC 1.969 – *Caso das manifestações em Brasília*;
- ADI 869 – *Caso ECA e comunicação social*;
- ADI-MC 2.566 – *Caso do proselitismo em emissoras comunitárias*;
- ADI-MC 2.677 – *Caso da propaganda partidária e coligações*;
- ADI 3.741 – *Caso da divulgação de pesquisas eleitorais*;
- Petição 2.702 – *Caso O Globo versus Garotinho*;
- HC 83.125 – *Caso de ofensa às Forças Armadas*;
- HC 82.424 – *Caso Ellwanger*;
- MS-MC 24.832 – *Caso Law Kin Chong e CPI da Pirataria*;
- Inquérito 2.154 – *Caso Jorge Pinheiro e difamação*.

⁸ A aplicação deste critério de seleção retirou, dos acórdãos previamente obtidos, apenas um acórdão, o Inquérito 2.036. Neste acórdão, o Ministro Marco Aurélio vota, mas suas considerações sobre o caso não sustentam, sozinhas, sua decisão. O ministro acaba remetendo à argumentação do relator do acórdão. Nesse sentido, considerei que não haveria interesse em analisar o voto do Ministro Marco Aurélio apresentado para este caso.

⁹ A aplicação deste critério de seleção retirou também um acórdão, o MS 24.831, daqueles previamente encontrados. Este acórdão versa sobre Comissões Parlamentares de Inquérito, mais especificamente sobre o direito de investigar das minorias parlamentares, passando apenas superficialmente pelo tema da liberdade de expressão dessas minorias. Considerei, portanto, que a discussão de mérito deste caso não estava diretamente relacionada à liberdade de expressão.

¹⁰ Incluí denominações próprias para os casos para que sua identificação fosse facilitada, principalmente quando citados em outras partes da monografia.

Todo este processo de pesquisa foi realizado e revisado entre 23 de julho e 1º de outubro de 2007.

Como o objetivo deste trabalho é a análise de argumentação dos pronunciamentos do Ministro Marco Aurélio (que, pelo procedimento decisório do STF, são individuais), não enxerguei motivo para examinar o inteiro teor dos acórdãos selecionados, isto é, para ler os votos dos demais ministros. O objeto de pesquisa em cada acórdão limita-se, portanto, à ementa e ao relatório do acórdão e ao voto do Ministro Marco Aurélio, salvo nos casos em que o próprio ministro faz referência aos votos de outros ministros.

Os votos do ministro serão analisados em ordem cronológica, para facilitar a identificação de uma possível evolução nas estruturas e estratégias argumentativas empregadas. A análise de cada voto divide-se em três etapas: uma síntese do caso, baseada principalmente na ementa e no relatório do acórdão¹¹; uma análise da *estrutura da argumentação*; e uma análise das *estratégias argumentativas* utilizadas pelo Ministro Marco Aurélio no voto em questão. O exame da estrutura da argumentação consiste, em linhas gerais, na identificação dos argumentos que conduzem à decisão tomada pelo ministro no voto analisado¹², e na verificação de como esses argumentos se articulam para formar a referida decisão. A análise das estratégias argumentativas consiste na identificação de determinadas maneiras com que o Ministro Marco Aurélio veicula seus argumentos, para incrementar o potencial persuasivo destes, e também na verificação de certos tipos de conteúdos argumentativos recorrentes. Adiante, explico mais detalhadamente como serão realizados os dois tipos de análise referidos.

Para analisar a *estrutura da argumentação* de cada voto, utilizo um procedimento baseado no método de análise definido por FISHER (2004). O procedimento delineado para esta monografia consiste nos seguintes passos:

¹¹ Em alguns casos, precisei recorrer a outras fontes, como a parte de notícias do sítio do STF ou o voto do relator, para complementar a referida síntese. Estas fontes adicionais de informações serão indicadas em cada caso específico.

¹² Nesse sentido, utilizo, em alguns pontos da monografia, as expressões *ratio decidendi* e *obiter dictum*, para designar, respectivamente, um argumento que conduz à decisão apresentada no voto, e um ponto do texto do voto que não contribui para a formação dessa decisão.

1. Identificação da decisão do Ministro Marco Aurélio para o caso em questão. Por exemplo, procedência ou improcedência, deferimento ou indeferimento;

2. Identificação do conteúdo dos argumentos que conduzem à decisão do caso. Por exemplo, a *constatação de incompetência legislativa de determinado órgão* (argumento) leva à *procedência de uma ADI* (decisão);

3. Identificação de conclusões intermediárias formadas por um ou mais argumentos, se houver esse tipo de conclusão no voto. Conclusões intermediárias cumprem o papel de argumentos que conduzem à decisão final, como um passo necessário colocado entre argumentos singulares e a decisão do caso – daí o termo *intermediárias*. A formação de uma conclusão intermediária pode passar pela formação anterior de sub-conclusões, que cumprem o papel de argumentos formadores de conclusões intermediárias;

4. Análise da *independência* ou *concorrência* dos argumentos singulares e/ ou conclusões intermediárias para a decisão do ministro no caso. Um argumento ou conclusão intermediária é *independente* se tem aptidão para conduzir isoladamente à decisão do caso. Dois ou mais argumentos ou conclusões intermediárias são *concorrentes necessários* se mostram dependência recíproca para formar uma decisão. Um argumento ou conclusão intermediária é *concorrente com função de reforço* em relação aos outros argumentos do voto se não for *independente*, mas tampouco relacionar-se *necessariamente* a outro argumento. Esta análise de independência ou concorrência também pode ser aplicada a argumentos que formam conclusões intermediárias ou sub-conclusões, e sobre sub-conclusões que formam conclusões intermediárias.

Quanto às *estratégias argumentativas* empregadas pelo Ministro Marco Aurélio, defini algumas categorias a partir da leitura dos votos e da identificação de certas estratégias ou posicionamentos recorrentes e próprios do magistrado, sem prender-me a uma tipologia previamente definida (embora tenha me inspirado em tipologias já existentes – isto será detalhado mais adiante). Considero como estratégia, em primeiro lugar, a maneira como o conteúdo de um argumento é veiculado, o modo como o ministro apresenta o

argumento, de modo a acrescentar potencial persuasivo ao conteúdo do voto. Pode também consistir em estratégia argumentativa o emprego recorrente de um certo tipo de conteúdo argumentativo nos votos do ministro. Em cada voto, poderão ser identificadas uma ou mais das categorias de estratégias que seguem.

O tipo de estratégia que designo *abordagem absolutizante* é aplicada na veiculação de um argumento que se refere a um direito fundamental. No caso dos votos do Ministro Marco Aurélio, esta estratégia é utilizada frequentemente em relação à liberdade de expressão (em sentido amplo), que diversas vezes é abordada de maneira tal que aparenta ser um direito absolutamente preponderante, que prescindir das circunstâncias do caso para que sua prevalência seja afirmada. É importante frisar que o emprego da *abordagem absolutizante*, por consistir no modo de apresentação de um argumento e não no conteúdo do mesmo argumento, não necessariamente significa que o Ministro Marco Aurélio considera um determinado direito como absoluto, embora isto possa se verificar em certos casos específicos. O emprego desta estratégia consiste, a princípio, na utilização de expressões e termos que reforçam a argumentação do voto, potencialmente causando no destinatário do voto a impressão de que o direito em questão é absolutamente preponderante.

Ao identificar da estratégia de *abordagem absolutizante*, parto da premissa de que os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, conforme afirma SILVA (2003) ao aludir à *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy¹³. Segundo SILVA (2003), a distinção entre princípios e regras ganhou vigor a partir das teorias de Alexy e Ronald Dworkin, que pressupõem uma diferenciação qualitativa entre os dois tipos de norma jurídica. Numa explicação bastante sucinta de tais teorias, um princípio é uma estrutura normativa cuja realização depende de possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, depende das circunstâncias do caso concreto em exame. Em caso de aplicabilidade de mais de um princípio ao mesmo caso, a prevalência de um

¹³ Para uma explicação mais completa e fidedigna a respeito da distinção entre regras e princípios, o mais adequado seria recorrer diretamente à obra de Alexy. Não obstante, visto que este não é um trabalho de cunho teórico, mas de análise de jurisprudência, considerei suficiente, para um esclarecimento simples e preliminar, utilizar como base teórica a leitura feita por SILVA (2003).

princípio sobre outro é afirmada levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, de modo que não haveria possibilidade de asseverar a prevalência absoluta, em abstrato, de um princípio sobre outro. Nesse sentido, Alexy refere-se aos princípios como *mandamentos de otimização*, já que são “normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível” (SILVA, 2003:610).

Portanto, ao empregar a estratégia da *abordagem absolutizante*, o Ministro Marco Aurélio aparenta negar a premissa de que o direito fundamental em questão tem a estrutura normativa de um princípio. Esta aparência de negação da referida premissa pode tanto limitar-se ao texto do voto, sendo apenas uma estratégia retórica de reforço argumentativo, quanto transferir-se ao conteúdo do argumento e, assim, deixar de ser mera aparência para realmente afirmar a preponderância absoluta (com aplicabilidade definitiva, como ocorreria com uma regra) do direito em questão.

A estratégia da *pragmaticidade em sentido amplo* consiste na invocação de elementos da ordem dos fatos, dentro do conteúdo de um argumento. Considerei o uso deste tipo de conteúdo como estratégia argumentativa porque não é algo freqüente em um tribunal como o STF, que é uma instância recursal e de controle de constitucionalidade de normas, em que os processos versam muito mais sobre questões jurídicas do que fáticas. Não obstante, a alusão a elementos fáticos mostrou-se freqüente nos votos do Ministro Marco Aurélio, no sentido amplo apresentado e em outros dois sentidos mais específicos, que apresento a seguir.

Como desdobramentos da pragmaticidade em sentido amplo, o Ministro Marco Aurélio emprega, nos votos pertencentes ao universo analisado, *pressuposições fáticas* e a *pragmaticidade em sentido estrito*. Considero como *pressuposição fática* a estratégia pela qual o ministro toma como indiscutivelmente certos e verdadeiros determinados pontos da ordem dos fatos, sem necessariamente proceder a uma verificação empírica de tais fatos. A *pragmaticidade em sentido estrito* corresponde, em linhas gerais, à categoria definida por PERELMAN (2004:11) como “argumento pragmático”, isto é, “um argumento das conseqüências que avalia um ato, um acontecimento, uma

regra ou qualquer outra coisa, consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis”. Isto é, essa estratégia corresponde ao uso persuasivo, pelo ministro, de possíveis conseqüências de algum elemento examinado no voto. Dentro desta categoria, também incluo a consideração da *ausência de conseqüências* de um determinado elemento.

Outra estratégia encontrada nos votos pertencentes ao universo analisado é a utilização de figuras de linguagem na veiculação de argumentos, mais especificamente, a *hipérbole* e a *metáfora*. A *hipérbole* consiste no emprego persuasivo de termos e expressões superlativas em sentido amplo, isto é, que exageram algum ponto de um determinado elemento levado em conta na argumentação: a importância, magnitude ou gravidade do elemento para o caso em exame. A *metáfora* consiste em uma comparação implícita entre um ponto do caso concreto e um elemento externo, cuja função persuasiva é concentrar a atenção do leitor no referido ponto, por meio de uma variação em meio ao discurso denotativo (isto é, em que os termos são empregados em seu sentido corrente para o meio jurídico) que predomina na decisão judicial.

Há, ainda, a estratégia do *argumento de autoridade*, que consiste numa remissão aos pronunciamentos e decisões de outras pessoas ou órgãos dos quais emana algum tipo de autoridade pessoal ou institucional, em busca de legitimação, pelo apoio na opinião de outrem, do que afirmado no voto do ministro.

Por fim, identifiquei a estratégia do emprego de *lugares-comuns* nos votos examinados. Para este trabalho, defini lugar-comum como uma expressão de sentido variável, como “razoabilidade” ou “interesse coletivo”, que adiciona potencial persuasivo ao pronunciamento do Ministro Marco Aurélio. Embora plurívocas, tais expressões possuem uma força argumentativa inerente, principalmente porque utilizadas com freqüência no meio jurídico. Essa definição de lugar-comum baseia-se, em parte, no conceito de *topos* identificado por FERRAZ JR. (2003), ao referir-se à tópica aristotélica. Entretanto, é importante frisar que não pretendo seguir à risca a complexa

definição de *topos*, que abarca outros sentidos além do que denominei *lugar-comum* para os objetivos deste trabalho.

Considero oportuno afirmar, desde já, que a invocação da própria liberdade de expressão (em sentido amplo), nos votos em que é verificada, pode ser considerada como emprego de lugar-comum, visto que se trata de uma expressão polissêmica com considerável força persuasiva na argumentação do Ministro Marco Aurélio.

Para fechar este capítulo, considero necessário mais um esclarecimento quanto às pretensões deste trabalho. Pode-se dizer que a análise de argumentação, com a identificação do conteúdo dos argumentos, a verificação da independência ou concorrência entre estes e do emprego de estratégias argumentativas tem uma certa carga de subjetividade, visto que leituras diferentes do mesmo voto podem – e é natural que seja assim em um campo como este - ser realizadas por diferentes estudiosos das decisões do STF. A avaliação da consistência e do potencial persuasivo dos votos também carrega uma boa carga de subjetividade, já que cada leitor considera razoáveis ou persuasivos, para si, diferentes elementos e estratégias. Assim, friso que toda a análise empreendida por esta monografia é perfeitamente contestável (como, aliás, ocorre com qualquer trabalho acadêmico). Contudo, penso que a subjetividade aqui referida não é absoluta, visto que é minimizada através da aplicação de critérios objetivos uniformes para o exame dos votos compreendidos no universo de pesquisa desta monografia. Procurei, portanto, não providenciar avaliações definitivas, mas oferecer subsídios e pontos de partida para a discussão a respeito dos pronunciamentos do Ministro Marco Aurélio.

3. Análise argumentativa dos votos do Ministro Marco Aurélio

3.1. Caso das gravações na propaganda eleitoral

Ação direta de inconstitucionalidade nº 956-7 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Francisco Rezek

3.1.1. Síntese do caso

Esta ADI foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e impugnou o § 1º do artigo 76 da Lei nº 8.713 de 1993, cuja redação é a seguinte:

"Art. 76. Os programas destinados à veiculação no horário gratuito pela televisão devem ser realizados em estúdio, seja para transmissão ou vivo ou pré-gravados, podendo utilizar música ou jingle do partido, criados para a campanha eleitoral.

§ 1º. Nos programas a que se refere este artigo, é vedada a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens." (Sem negrito no original.)

O STF julgou a ação improcedente, por maioria de votos, em 1º de julho de 1994.

3.1.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.1.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência desta ADI, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 76 da Lei nº 8.713/1993.

O primeiro argumento (A_1) que se verifica neste voto é a afirmação do ministro de que a Constituição de 1988 "objetivou garantir uma liberdade maior de manifestação do pensamento, preservando a criação, a expressão e a informação (...) sob qualquer forma, processo ou veículo, impedido que haja restrição" ou censura prévia. Esta afirmação é feita, segundo o Ministro Marco Aurélio, de acordo com a linha que tem adotado nos julgamentos do STF, "no que visa a preservar, *acima de tudo*, as garantias constitucionais ligadas à liberdade (...) *tomada no sentido lato*" (sem itálicos no original). Assim, o

ministro invoca a liberdade prevista no artigo 220 da Constituição, que, como dá a entender pelo uso da expressão “acima de tudo”, considera como preceito absolutamente preponderante. A preponderância da liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação leva o Ministro Marco Aurélio a decidir pela inconstitucionalidade da norma impugnada, que restringe as formas de expressão dos partidos políticos no âmbito da propaganda eleitoral.

Pode-se afirmar com certa probabilidade que, neste voto, não é apenas a liberdade do artigo 220 da CF que o Ministro Marco Aurélio considera como preceito constitucional absolutamente preponderante. O ministro afirma também que a norma impugnada nesta ADI “conflita com a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de participação política” (sem itálico no original). Apesar de não basear expressamente a invocação da liberdade de participação política em algum outro preceito constitucional (como o artigo 17, *caput*¹⁴ ou mesmo o artigo 1º, V¹⁵), o ministro, neste voto, claramente afirma crer na preponderância da liberdade em geral, “em sentido lato”. É plausível a interpretação de que a referência genérica à liberdade abrange, neste caso, também a preponderância absoluta da liberdade de participação política, como direito distinto da liberdade do artigo 220 da CF.

O segundo argumento (A₂) apresentado pelo Ministro Marco Aurélio é a crença de que a proibição do § 1º do artigo 76 da Lei nº 8.713/1993, ao vedar a realização de gravações externas, montagens e trucagens, poderia impedir que um partido ou candidato revelasse “a realidade nacional, os grandes contrastes no campo social que temos no Brasil, alfim, as desigualdades existentes”. Para o ministro, a proibição mostra-se excessiva porque impede que a propaganda eleitoral seja feita “da forma mais clara, mais transparente, mais livre possível”, afastando dessa propaganda “o que de fato ocorre”.

¹⁴ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:”

¹⁵ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

V – o pluralismo político.”

O terceiro argumento (A₃) presente neste voto consiste na afirmação de que a proibição da norma impugnada é inócua quanto à sua possível finalidade, isto é, a preservação do equilíbrio entre partidos e candidatos na disputa eleitoral. Na opinião do Ministro Marco Aurélio, se a norma impugnada não existisse, a igualdade entre partidos e candidatos não seria prejudicada, visto que “*qualquer dos que se apresentem*” em propaganda eleitoral poderia “lançar mão quer de gravações externas, quer de montagens e trucagens”.

Porém, o próprio ministro parece hesitar em afirmar esse pressuposto, conforme se verifica pela expressão destacada no trecho abaixo:

*“Nem se diga que o preceito tem como escopo maior a igualação dos candidatos, ou seja, a preservação do equilíbrio na disputa, no certame eleitoral, visto que qualquer dos que se apresentem poderá lançar mão quer de gravações externas, quer de montagens e trucagens, aliás, **fatos que tenho imensa dificuldade em delimitar.**”* (Sem negrito no original.)

Se o Ministro Marco Aurélio baseia parte de sua argumentação no pressuposto fático de que “qualquer dos que se apresentem” poderá utilizar os recursos proibidos pela norma impugnada, por que afirmar que há dificuldade em delimitar esses “fatos”? Aliás, qual a real função argumentativa da expressão “fatos que tenho imensa dificuldade em delimitar”? Ela se relaciona ao pressuposto fático acima referido – e, nisso, acaba minando a própria pressuposição -, ou às possibilidades de recursos publicitários (montagens, trucagens, gravações externas) que os partidos ou candidatos teriam à disposição, caso não houvesse a norma impugnada? É importante destacar a falta de clareza do trecho acima transcrito porque, se adotada a primeira interpretação aqui referida, este ponto da argumentação do ministro fica bastante enfraquecido.¹⁶

¹⁶ FISHER (2004:20), para apresentar uma solução à falta de clareza por vezes encontrada em textos argumentativos, afirma o seguinte: “(...) *choose whichever interpretation yields the better argument, i.e. whichever is the hardest to fault.*” (“(...) escolha uma interpretação que resulta na melhor argumentação, isto é, que é mais difícil de apresentar falhas.” A tradução é minha.) Não concordo inteiramente com essa orientação. Penso que a análise da argumentação deve apresentar todas as interpretações que a falta de clareza acarreta, de modo a possibilitar uma crítica quanto às falhas da argumentação examinada.

Arrolados os argumentos deste voto, cabe apresentar o quadro sinótico a seguir:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Preponderância absoluta da liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220, CF), e da liberdade de participação política	Não identificadas
A ₂	Cerceamento, pela proibição impugnada, da possibilidade de que a propaganda eleitoral mostre cenas da realidade nacional nos programas veiculados	Não identificadas
A ₃	Inocuidade da norma impugnada quanto à finalidade de preservar equilíbrio entre partidos e candidatos na propaganda eleitoral	Qual a real função da expressão "fatos que tenho imensa dificuldade em delimitar", relacionada a A ₃ ?

Pelo exame da independência ou concorrência dos argumentos acima sintetizados, pode-se afirmar que o argumento A₁ é independente, visto que a superioridade que o Ministro Marco Aurélio confere às liberdades envolvidas no caso é suficiente, em sua argumentação, para declarar a inconstitucionalidade do preceito impugnado nesta ADI.

Já os argumentos A₂ e A₃, se considerados de forma individual, não parecem levar independentemente à declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 76 da Lei nº 8.713/1993. A inocuidade de uma norma ou as considerações puramente pragmáticas de A₂, sem apoio na invocação de direitos fundamentais (como em A₁), não levam à inconstitucionalidade da referida norma. Por outro lado, não há concorrência necessária entre A₁ e A₂ ou entre A₁ e A₃, ou mesmo entre os três argumentos, haja vista a independência de A₁. Portanto, tanto A₂ quanto A₃ podem ser considerados argumentos concorrentes com função de reforço em relação a A₁.

3.1.2.2. Estratégias argumentativas

Quanto ao argumento A₁, fica claro o emprego, pelo Ministro Marco Aurélio, da estratégia de *abordagem absolutizante* das liberdades envolvidas no caso, o que se evidencia pelo seguinte trecho:

*"Peço vênua, Senhor Presidente, para, na linha que tenho adotado nesta Corte, no que visa a **preservar, acima de tudo**, as garantias constitucionais ligadas à liberdade, liberdade aqui tomada no sentido lato, (...) concluir que a limitação imposta pelo § 1º do artigo 76 da Lei nº 8.713/93 conflita com a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de participação política preservadas na Constituição Federal."* (Sem negrito no original.)

Principalmente a partir da expressão destacada no trecho acima, é possível concluir que o ministro considerou haver, pelo menos no que dá a entender ao leitor esta passagem, superioridade absoluta da liberdade de manifestação do pensamento (como veiculada no artigo 220 da CF) e da liberdade de participação política, o que descartou a necessidade de examinar outros direitos possivelmente envolvidos no caso e justificadores da proibição da norma impugnada.

Ao apresentar o argumento A₂, o Ministro Marco Aurélio lançou mão da estratégia da *pragmaticidade em sentido estrito*, já que examina possíveis conseqüências fáticas negativas – a ausência de programas que veiculem a dita "realidade nacional" – da aplicação da proibição sobre gravações externas, montagens e trucagens na propaganda eleitoral. O ministro também utiliza uma *hipérbole* ao fazer alusão a tais conseqüências. Confere, com função persuasiva, grande destaque à negatividade que empresta às mesmas, por meio da expressão "a mais não poder", marcada no trecho abaixo:

*"No meu entender, obstaculiza-se, **a mais não poder**, a possibilidade de um certo partido, um certo candidato, produzir programa que revele, até mesmo, a realidade nacional, os grandes contrastes no campo social que temos no Brasil, alfim, as desigualdades existentes."*

Já o argumento A₃ apresenta o emprego estratégico da *pressuposição fática*, pois o Ministro Marco Aurélio pressupõe que todos os partidos e

candidatos possuem as mesmas condições (financeiras, logísticas, entre outras) para utilizar, na propaganda eleitoral, gravações externas, montagens e trucagens. Isto, para o ministro, acarretaria a inocuidade da proibição prevista na norma impugnada, quanto à finalidade de preservar o equilíbrio na disputa eleitoral, visto que este equilíbrio seria preexistente à aplicação da norma. É importante ressaltar que a identificação desta estratégia, na veiculação do argumento A_3 , depende de uma determinada interpretação da expressão “fatos que tenho imensa dificuldade em delimitar”: a interpretação que enxerga nesses “fatos” os numerosos recursos que partidos e candidatos poderiam utilizar na propaganda eleitoral, como gravações externas, montagens e trucagens. De outro modo, a pressuposição fática seria minada pela própria expressão do Ministro Marco Aurélio.

Um problema que se verifica, no emprego do argumento A_3 e da estratégia da pressuposição fática (se houver entendimento no sentido do real emprego desta estratégia), é a possibilidade de que A_3 seja interpretado como se veiculasse uma confusão entre igualdade formal e igualdade material. O Ministro Marco Aurélio parece afirmar que, se não houvesse a norma impugnada, todos os partidos e candidatos teriam a *autorização formal* de utilizar os recursos referidos e, portanto, também teriam a *capacidade material* de fazê-lo. Não pretendo afirmar categoricamente que o ministro, ao apresentar o argumento A_3 , teve a intenção de afirmar a igualdade material entre partidos e candidatos, mas ressalto que o modo como este argumento foi veiculado e redigido possibilita uma interpretação problemática, conforme apresentada acima.

3.2. Caso Folha e imunidade tributária

Recurso extraordinário nº 203.859-8 (São Paulo)

Relator: Ministro Carlos Velloso

3.2.1. Síntese do caso

Este recurso extraordinário foi interposto pela empresa Folha da Manhã S/A contra a Fazenda do Estado de São Paulo. A recorrente havia pedido, em primeira instância, a declaração de inexistência de relação jurídica que autorizasse a recorrida a exigir-lhe o pagamento do ICMS, relativo à importação de insumos destinados à produção de jornais e periódicos. A ação ordinária foi baseada na alegação de que a recorrente estaria protegida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "d" da Constituição, abaixo transcrito:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão."

A ação da recorrente foi julgada improcedente na primeira instância, sentença que foi confirmada pela Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O recurso extraordinário foi apresentado ao STF com alegação de ofensa ao mesmo artigo acima transcrito. O STF julgou este recurso em 11 de dezembro de 1996, conhecendo-o em parte e provendo-o, nesta parte, para declarar a imunidade pretendida pela recorrente em relação a uma parcela dos insumos (filmes e papéis fotográficos).

3.2.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.2.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e provimento deste RE, para declarar a imunidade pretendida pela recorrente em relação a todos os insumos importados e destinados à produção de jornais e periódicos.

Os primeiros argumentos apresentados neste voto dizem respeito ao que o Ministro Marco Aurélio considera como “razão de ser” do artigo 150, VI, “d” da Constituição. Para o ministro, essa razão de ser está nos artigos 5º, XIV e 220 da Constituição, cuja redação é a seguinte:

“Art. 5º (...) (...) XVI – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Na opinião do Ministro Marco Aurélio, o principal fundamento do preceito constitucional invocado pela autora é o acesso à informação, em uma acepção ampla que o ministro dá a esses termos: “(...) para mim, não se limita àquele que consta de um certo banco de dados; ele é abrangente e assim devemos enfocar o texto constitucional, retirando dele a maior eficácia possível.” Este é, portanto, o primeiro argumento (A₁) apresentado pelo ministro: a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d” da CF busca tornar menos oneroso o acesso à informação – em sentido amplo, isto é, a informação veiculada por jornais e periódicos – para todos.

O artigo 220 da CF é citado pelo ministro para reforçar essa finalidade da referida imunidade tributária, na medida em que também preconiza a ausência de restrições à informação. Não fica perfeitamente claro se, ao citar o artigo 220, o Ministro Marco Aurélio introduz outro argumento além da referência ao acesso – pelos leitores – à informação, já que este artigo trata também da livre manifestação do pensamento, criação e expressão. Nesse sentido, poderia haver no caso, além de um direito dos leitores à informação, também um direito da própria recorrente, cujo conteúdo fosse a mínima onerosidade à manifestação de pensamento, expressão e criação. Entretanto, a afirmação do trecho abaixo colabora para uma interpretação no sentido de que a citação do artigo 220 não apresenta argumento novo:

*"(...) vemos a imunidade em tela não como um benefício objetivando o maior sucesso deste ou daquele empreendimento comercial, mas almejando proporcionar um campo próprio à **eficácia maior dos dois dispositivos constitucionais a que me referi, ou seja, o acesso menos oneroso aos veículos de comunicação.**" (Sem negritos no original.)*

Portanto, neste voto, o Ministro Marco Aurélio parece concentrar-se no que considera ser um direito dos destinatários do veículo de comunicação, e não um direito da recorrente à liberdade de informar.

O segundo argumento (A₂) aduzido pelo ministro é a afirmação da impossibilidade de se restringir o alcance do artigo 150, VI, "d" da CF, na medida em que este abrange, na sua visão, "todo e qualquer produto que seja consumido na confecção de livros, jornais e periódicos". Abrange, portanto, todos os insumos importados a que se referiu a recorrente em seu pedido, por serem tais insumos "praticamente indispensáveis à confecção de jornais".

É curioso notar que, apesar de afirmar que não lhe cabe estabelecer restrições ao teor do artigo 150, VI, "d", o ministro chama a interpretação acima referida de "interpretação estrita", porque não chega a abarcar "equipamentos que integrem o ativo fixo" ou o "prédio em que situado um empreendimento comercial, jornalístico ou editorial", mas apenas os produtos indispensáveis à confecção dos veículos de comunicação.

Ocorre que a alínea "d" do inciso VI do artigo 150 da Constituição, ao tratar do material necessário à confecção de livros, jornais e periódicos, refere-se expressamente apenas ao papel destinado à impressão desses veículos. Desse ponto surge uma questão: se o Ministro Marco Aurélio decidiu adotar uma postura não-restritiva perante o preceito, afirmando que este se refere não apenas a papel, mas a quaisquer produtos indispensáveis à confecção de jornais, muito provavelmente o fez baseado no argumento A₁, em que defende a mínima onerosidade para o acesso à informação. Entretanto, se o que se busca neste voto é, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, retirar do texto constitucional "a maior eficácia possível", garantindo o "acesso menos oneroso aos veículos de comunicação", por que o ministro adotou uma "interpretação

estrita” dentro da abordagem não-restritiva que fez do artigo 150, VI, “d”?

Qual foi o motivo que levou o ministro a utilizar o critério “utilidade direta para a confecção de jornais” e alargar o significado literal do preceito apenas para os produtos ditos indispensáveis a essa confecção? Este é um ponto que não ficou claro no voto.

A bem da verdade, o ponto acima referido constitui um *obiter dictum* no voto do Ministro Marco Aurélio. Isto é, a discussão a respeito do alcance, ou não, do artigo 150, VI, “d” sobre equipamentos ou prédios não tem efeito de convencimento para a decisão do ministro, que se limitou devidamente ao pedido do recurso e tratou apenas dos insumos importados pela recorrente, todos considerados indispensáveis, pelo ministro¹⁷, à confecção dos jornais. Não obstante, há uma probabilidade de que este posicionamento do Ministro Marco Aurélio, quanto à interpretação do artigo 150, VI, “d” da CF, venha a ser citado como precedente jurisprudencial. Nesse sentido, embora a discussão a respeito de equipamentos e prédios não seja uma razão de decidir (ou *ratio decidendi*) neste caso específico, pode ser utilizada como *ratio decidendi* em algum outro caso, e a dúvida apontada no parágrafo anterior representa um elemento de inconsistência deste precedente em potencial. Portanto, é interessante, para este trabalho, ressaltar este aspecto pouco claro do voto do Ministro Marco Aurélio.

Ao afirmar o seguinte: “Não me cabe (...) estabelecer restrições relativamente ao teor da alínea ‘d’”, o Ministro Marco Aurélio pode também ter querido dizer que não pode afastar a incidência deste preceito, seja apenas em relação ao conflito entre o direito de propriedade da empresa recorrente e o poder de tributar do Estado de São Paulo, seja também em algum outro contexto¹⁸. Não obstante, é difícil pensar no poder estatal de tributar como um

¹⁷ Esta não foi, contudo, a opinião majoritária da Corte, que não estendeu a imunidade tributária em questão ao insumo “solução alcalina”.

¹⁸ Se se admite este sentido para a afirmação citada, há também outra incerteza envolvida, que diz respeito ao caráter absoluto (para quaisquer casos concretos) ou relativo (apenas em relação a este contexto) da inafastabilidade da imunidade tributária. Não examinarei esta outra incerteza a fundo, já que a dúvida despertada pela afirmação do ministro é anterior à discussão sobre o caráter relativo ou absoluto da inafastabilidade do artigo 150, VI, “d” da CF.

direito fundamental contraposto ao direito de propriedade da recorrente, passível de provocar o afastamento da imunidade tributária constitucionalmente prevista. Assim, parece ser mais adequado o primeiro sentido apresentado neste tópico para a abordagem não-restritiva do artigo 150, VI, "d" da CF; isto é, o Ministro Marco Aurélio afirma que não pode "estabelecer restrições" quanto à interpretação do preceito e não quanto à sua aplicabilidade. Fica registrada a dúvida aqui apresentada quanto à consideração, pelo ministro, da afastabilidade ou inafastabilidade da imunidade tributária em questão.

O quadro abaixo sintetiza os argumentos acima apresentados:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Redução da onerosidade do acesso à informação (artigos 5º, XIV e 220, CF) por meio da imunidade tributária do art. 150, VI, "d" da CF	Não identificadas
A ₂	Abordagem não-restritiva do art. 150, VI, "d" da CF, de modo a abarcar quaisquer produtos indispensáveis à confecção dos veículos de comunicação	1. Por que a limitação dessa abordagem dita não-restritiva pelo critério da <i>utilidade direta para a confecção</i> ? 2. O ministro faz alusão à (in)afastabilidade da imunidade tributária?

Para examinar a independência ou concorrência dos argumentos acima arrolados, partirei do pressuposto de que o argumento A₂ não faz alusão à afastabilidade ou inafastabilidade da imunidade tributária envolvida no caso, tomando tal imunidade como norma automaticamente aplicável neste contexto. Isto é, para efeito desta análise, a abordagem não-restritiva veiculada pelo argumento A₂ diz respeito apenas à interpretação do artigo 150, VI, "d", sem fazer alusão à sua inafastabilidade. Este pressuposto baseia-se na idéia, acima apresentada, de que o poder de tributar do Estado não é

propriamente um direito fundamental que se contrapõe ao direito de propriedade da recorrente, no caso¹⁹.

Assim, é possível afirmar que A_2 contribui independentemente para a decisão do Ministro Marco Aurélio neste caso. Este argumento apresenta uma interpretação que vai além da literalidade do artigo 150, VI, "d" da Constituição, possibilitando o deferimento do pedido da recorrente, no que tange à incidência da imunidade tributária em questão sobre a importação de determinados insumos.

Nesse sentido, o argumento A_1 , apesar de ter sido apresentado em primeiro lugar, adiciona ao voto do Ministro Marco Aurélio apenas uma dita "razão de ser" ao preceito constitucional referente à imunidade tributária. A exposição de uma "razão de ser", ou finalidade, não é essencial à aplicação da norma, se esta já é considerada automaticamente aplicável ao caso (conforme o pressuposto acima estabelecido). A interpretação finalística do preceito teria sentido para afirmar a preponderância da imunidade tributária sobre algum outro direito – vide a nota de rodapé nº 12, acima. Como não considero ser este o caso, observo que o argumento A_1 , ao apresentar uma finalidade ao artigo 150, VI, "d", não leva independentemente à decisão do Ministro Marco Aurélio, já que é necessária a interpretação que este realizou em A_2 . Tampouco concorre necessariamente com A_2 , pois este é argumento independente; nesse sentido, A_1 pode ser considerado argumento concorrente com função de reforço em relação a A_2 .

3.2.2.2. Estratégias argumentativas

Em relação ao argumento A_2 , o Ministro Marco Aurélio utiliza como lugar-comum a expressão "interpretação estrita", embora estranhamente lhe empreste o sentido de abordagem não-restritiva do artigo 150, VI, "d" da

¹⁹ Caso não se adotasse o referido pressuposto, seria o caso de afirmar a concorrência necessária entre A_1 e A_2 para a decisão do ministro. Isto porque A_1 justificaria a inafastabilidade da imunidade tributária em questão, colocando-a como superior ao poder de tributar do Estado por meio da apresentação da "razão de ser" (interpretação teleológica ou finalística) do artigo 150, VI, "d" da CF. A_2 , por sua vez, afirmaria a incidência desse preceito sobre os insumos importados pela recorrente.

Constituição, despertando a dúvida já apresentada acima. O uso deste lugar-comum parece ter sido empregado com função legitimadora da interpretação realizada sobre o dispositivo constitucional referido, como se o ministro quisesse afirmar que essa interpretação poderia ter sido mais ampla, mas que adotar tal amplitude não seria defensável. O porquê deste posicionamento, no entanto, não fica claro no voto do ministro.

3.3. Caso das manifestações em Brasília

Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.969-4 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Marco Aurélio

3.3.1. Síntese do caso

Esta ADI foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), com pedido de medida cautelar. A ação impugnou o Decreto nº 20.098, de 15 de março de 1999, editado pelo então governador do Distrito Federal, Joaquim Domingos Roriz. Este decreto proibia a realização de manifestações públicas com o uso de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios, na Praça do Buriti e vias adjacentes.

A medida cautelar foi deferida por unanimidade em 24 de março de 1999.

3.3.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.3.2.1. Estrutura da argumentação

O voto do Ministro Marco Aurélio, neste caso, deferiu o pedido de liminar, para suspender a eficácia do decreto impugnado até o julgamento final da ADI.

O primeiro argumento (aqui referido como A₁) que parece ter levado a esta decisão é a consideração, pelo ministro, do decreto impugnado como ato normativo autônomo. Isto é, o ministro asseverou que o decreto regulamentara diretamente o inciso XVI do artigo 5º da Constituição²⁰, sem reportar-se a nenhuma lei intermediária, o que possibilitaria a impugnação do ato por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

O segundo argumento (A₂) apresentado é a constatação dos limites da competência do governador do Distrito Federal, que, segundo o inciso VII do artigo 100 da Lei Orgânica do Distrito Federal, é competente para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a execução dessas mesmas leis. O governador não estaria autorizado, portanto, a regulamentar diretamente os preceitos constitucionais.

O terceiro argumento (A₃) que o ministro apresenta é a impossibilidade (em sua opinião) de cerceio das liberdades de reunião e expressão constitucionalmente assegurada. O Ministro Marco Aurélio parece, em um primeiro momento, afirmar que considera essa liberdade como um direito quase absoluto dentro do Estado democrático. Em outros momentos, no entanto, parece indicar que a decisão sobre a supremacia dessa liberdade foi informada pelas circunstâncias do caso concreto²¹. E, por último, o ministro acaba por afirmar que admite a atuação do poder de polícia sobre as liberdades em questão, mas apenas de modo repressivo e não preventivo, quando, no exercício dessas liberdades, sejam "extravasados os limites ditados pela razoabilidade, vindo à balha (sic) violências contra prédios e pessoas".

A dificuldade em definir o conteúdo do argumento A₃ advém, principalmente, da diversidade de estratégias argumentativas que o Ministro Marco Aurélio utiliza para defender as liberdades previstas no artigo 5º, inciso XVI da CF/88. Essas estratégias serão mais bem explicadas no próximo tópico. Para fins de análise da estrutura argumentativa do voto, admitirei como

²⁰ "Art. 5º. (...)

(...)

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;"

²¹ Este ponto específico será explorado mais adiante.

conteúdo de A₃ o último tratamento que o ministro conferiu às liberdades em questão (isto é, a possibilidade de repressão e impossibilidade de cerceio preventivo), uma vez que o tratamento absolutizante acima referido, no contexto do voto, cumpre mais uma função estratégico-retórica do que de conteúdo argumentativo. E é importante notar que o próprio ministro afirma expressamente o seguinte: “Embora *não se tenha direito fundamental absoluto*, forçoso é concluir pela existência de limitação discrepante da Carta da República.” (Sem itálico no original.)

Outra dificuldade relacionada ao argumento A₃ advém da seguinte afirmação do ministro:

“(...) o preceito do inciso XVI do rol das garantias constitucionais (...) mostrou-se, desde logo, norma auto-aplicável, independente de regulamentação, mesmo porque se fugiu à abertura de via ao cerceio da liberdade de reunião.”

A consideração da norma aludida como auto-aplicável pode ser considerada como um argumento em si mesmo, ou é uma afirmação intrinsecamente ligada ao argumento A₃ (impossibilidade relativa de cerceio da liberdade de reunião e expressão)? A auto-aplicabilidade do inciso XVI do artigo 5º, por si só, não tiraria a eficácia do decreto regulamentar. Por outro lado, segundo a linha argumentativa do ministro, a impossibilidade de cerceio preventivo da liberdade em questão leva à auto-aplicabilidade da norma. Assim como o argumento A₁, a afirmação de auto-aplicabilidade pode não levar isoladamente à decisão de procedência da ADI, mas ainda assim ser considerada um argumento (A₄), ainda que altamente dependente de A₃.

Há outro trecho que parece relacionar-se ao argumento A₃, e que traz uma dúvida. O referido trecho tem o seguinte conteúdo:

*“(...) o Estado opor-se-ia, obstaculizando o acesso à praça do povo que é a Esplanada, à celebração, por hipótese, da conquista de um pentacampeonato mundial futebolístico, impedindo a população de, em apoteótica catarse, sair ‘atrás do trio elétrico’ (...)? **De forma alguma!** Ou, por outra, obstruiria, pela força das armas, do poder de polícia a si conferido pelo povo, a comemoração alvissareira dos habitantes da cidade por alguma melhoria comunitária, como a conquista esperada do recorde negativa quanto ao número de vítimas no trânsito? **Jamais!** (...) viesse novamente Sua Santidade, o Sumo Pontífice, visitar a capital brasileira, o Governo haveria de impedir a realização de uma missa campal na Esplanada (...)?”*

*resposta, novamente, **sem sombra de dúvidas**, é negativa.”*
(Sem negritos no original.)

O Ministro Marco Aurélio procura, portanto, sustentar a tese de que a restrição presente no decreto impugnado teve motivações ideológicas, pressupondo que a proibição de manifestações sonoras nos locais indicados pelo decreto “não ocorreria em hipótese alguma”, caso as manifestações tivessem outro propósito que não a expressão de conteúdo político-ideológico. Esta asserção, à primeira vista, parece servir de sustento ao argumento A₃, mas este não é um ponto claro do discurso do Ministro Marco Aurélio. Uma questão que pode ser levantada é a seguinte: o ministro sustenta a supremacia da liberdade de reunião e de expressão em qualquer contexto, ou foi motivado a fazê-lo porque o decreto em questão parecia concretamente cercear a liberdade de expressão *político-ideológica*? O seguinte trecho colabora para despertar a dúvida:

*“(…) cabe sobretudo ao Governo do Distrito Federal (…), inclusive para a comunidade internacional, proteger o cidadão em seus direitos básicos, mormente o de se manifestar sem peias quaisquer, **principalmente as ideológicas!**”* (O grifo é meu.)

Não obstante o trecho anterior, o ministro afirma que a razão de ser do inciso XVI do artigo 5º da Constituição, que versa sobre a liberdade de reunião, “está na veiculação de idéias, pouco importando digam respeito a aspectos religiosos, culturais ou políticos”. Portanto, a questão acima colocada parece ficar sem resposta, se nos limitarmos à análise do voto isolado.

Uma asserção ligada aos quatro argumentos acima, e que chega a relacioná-los, está evidenciada na seguinte passagem do voto:

“(…) não cabe à autoridade local regulamentar preceito da Carta da República, muito menos a ponto de mitigá-lo, como ocorreu na espécie dos autos.”

A asserção acima poderia ser considerada, à primeira vista, como conclusão intermediária deste voto, para a qual concorreriam os argumentos A₁, A₂, A₃ e A₄. Não obstante, esta afirmação será contestada mais adiante.

O Ministro Marco Aurélio utiliza, ainda, um outro argumento (A_5) para sustentar sua decisão: o fato de a Esplanada dos Ministérios, local sobre o qual recai a proibição do decreto, ter sido projetada arquitetonicamente de modo a permitir a máxima extensão da liberdade de manifestação.

Arrolados os argumentos do voto para a ADI em questão, cabe apresentar uma sinopse no quadro abaixo.

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A_1	Decreto impugnado como ato normativo autônomo	Não identificadas
A_2	Ausência de competência do governador do DF para regulamentar diretamente os preceitos constitucionais	Não identificadas
A_3	Impossibilidade de cerceio preventivo das liberdades de reunião e expressão	1. O ministro não deixa claro se considera essas liberdades como absolutamente preponderantes, ou prevalentes no caso concreto. 2. Qual o papel da oposição à proibição político-ideológica na argumentação do ministro?
A_4	Auto-aplicabilidade do inciso XVI do artigo 5º	Não identificadas
A_5	Arquitetura da Esplanada dos Ministérios como estímulo à liberdade de manifestação	Não identificadas

A partir da síntese acima, é possível verificar se os argumentos arrolados são concorrentes ou independentes para a decisão final do ministro.

Os argumentos A_1 e A_2 parecem depender um do outro para levar à asserção de falta de competência do governador quanto ao decreto impugnado, o que por si só poderia afastar a eficácia do ato. Assim, A_1 e A_2 são argumentos concorrentes necessários, e o conjunto A_1/A_2 leva independentemente à decisão de procedência da ADI.

Como já afirmado acima, o argumento A_4 é dependente do argumento A_3 , apesar de a recíproca não ser necessária. A_3 poderia ter sido apresentado

independentemente de A_4 , pois o dispositivo constitucional referido no voto não precisa ser auto-aplicável para ser infringido por um decreto. Além disso, a eficácia do decreto impugnado pode ser retirada mesmo que não se alegue a falta de competência do governador, desde que se alegue violação a direito fundamental. Daí a independência do argumento A_3 também em relação ao conjunto A_1/A_2 . A_3 pode, portanto, conduzir independentemente à decisão do caso, enquanto que A_4 é argumento concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos, principalmente em relação a A_3 .

Quanto a A_5 , trata-se de um argumento essencialmente formado por uma estratégia de ordem pragmática (a invocação de um elemento fático, a configuração espacial da Esplanada dos Ministérios). Não parece ser uma justificativa suficiente, se isolada, para a suspensão da eficácia do decreto impugnado. Pode, portanto, ser considerado um argumento concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos apresentados, já que não se liga de modo necessário a nenhum dos argumentos precedentes.

3.3.2.2. Estratégias argumentativas

Em boa parte do voto proferido para esta ADI, o Ministro Marco Aurélio faz, em suas próprias palavras, uma “digressão em torno do que, à luz da mais comezinha lógica, parece ser óbvio”. No entender do ministro, esta “obviedade” diz respeito à supremacia do direito à liberdade de expressão e de reunião, dentro de uma ordem democrática; o ministro desenvolve, assim, a premissa A_3 acima apresentada. Neste ponto, são utilizadas diversas estratégias argumentativas, que passo a apresentar.

Ao desenvolver o argumento A_3 de seu voto, o Ministro Marco Aurélio faz principalmente uma abordagem absolutizante dos princípios da liberdade de expressão e de reunião, apesar de o conteúdo mais amplo que verifiquei para esse argumento admitir alguma limitação a essas liberdades. Nesse sentido é importante lembrar que a abordagem absolutizante cumpre um papel estratégico na construção de um argumento; não é, portanto, o conteúdo do argumento, mas uma maneira de veiculá-lo. Em outras palavras, o fato de o

ministro abordar as liberdades envolvidas no caso de modo absolutizante não quer dizer, necessariamente, que enxerga tais liberdades como absolutas (embora isso possa ocorrer eventualmente).

A mencionada abordagem absolutizante pode ser exemplificada por meio das seguintes passagens:

"(...) a quem é dado calar ou manipular, com ardis, a expressão soberana e legítima do povo, ao qual compete exclusivamente conferir poder àqueles investidos em cargos de comando? Em outras palavras, a quem é facultado amordaçar os autênticos senhores, em primeira e última instância, do poder de decisão? (...) é nesse palco de consagração quase ritual à expressão da cidadania que se quer impedir, num contra-senso, manifestações plenas, como se se pretendesse obstaculizar o inexorável veredicto do povo." (Há sublinhado no original.)

É interessante observar que o Ministro Marco Aurélio refere-se, conforme apresentado acima, a uma certa "lógica" que sustenta seu juízo de supremacia das liberdades envolvidas no caso, e utiliza alguns termos próprios de uma lógica formal-dogmática, como contradição e paradoxo. Isto corrobora sua estratégia retórica de colocar a liberdade como regra, e não como princípio cuja supremacia verificar-se-ia apenas em relação ao caso concreto. Nesse sentido, é digno de nota o trecho abaixo:

"A contradição afigura-se mais que evidente ao se constatar que, ironicamente, aqueles que se empenham, por qualquer meio, na obstrução da liberdade de expressão são quase sempre os que, em um momento anterior, usaram do direito à mesma garantia constitucional para pedir apoio ou simplesmente impingir um programa governamental. Um outro paradoxo sobressai nesse contexto extravagante: como, em nome da preservação da democracia, pode-se agredir os princípios e valores que verdadeiramente a sustentam? Como pelear pela liberdade combatendo-a em seus mais elementares alicerces? Como robustecê-la à medida que se a restringe?"

É importante frisar que o ministro faz alusão a princípios e valores, que freqüentemente não são considerados estruturas normativas absolutas, mas relacionais, aplicáveis ou afastáveis de acordo com o caso concreto, como já apontado no capítulo 2, acima. Entretanto, sua estratégia argumentativa é considerar as liberdades envolvidas no caso como regras, estruturalmente

inafastáveis, somente assim podendo falar em contradição ou paradoxo no sentido lógico-formal.

O ministro também utiliza, neste voto, pressuposições fáticas, ao utilizar as seguintes expressões, atreladas ao argumento A_3 : “De forma alguma!”, “Jamais!”, “sem sombra de dúvidas”. Isto é, como já apontado no tópico anterior, o ministro pressupõe que a proibição de manifestações sonoras nos locais indicados pelo decreto não ocorreria em hipótese alguma, se as manifestações tivessem outro objetivo que não a expressão de conteúdo político-ideológico.

A utilização das estratégias de abordagem absolutizante e pressuposição fática para veicular o mesmo argumento (A_3), conforme assinalado no tópico anterior, contribui para dificultar a reconstrução deste argumento numa análise como esta. Dificulta, em última análise, a identificação das razões que definitivamente conduziram à decisão do Ministro Marco Aurélio.

Outra estratégia bastante recorrente neste voto do Ministro Marco Aurélio é o uso de metáforas como reforços estilísticos de sua argumentação, principalmente em relação ao argumento A_3 . Este ponto pode ser exemplificado pelas seguintes expressões (sem itálicos no original):

- “*amordçar* os autênticos senhores (...) do poder de decisão”;
- “(...) só serão permitidas multidões silenciosas (...) tal qual *cordão fantasmagórico e surrealista* a se arrastar pelos imensos espaços descampados da Esplanada dos Ministérios”;
- “*amarras covardes* do despotismo ditatorial”;
- “Distrito Federal, *caixa de ressonância política* do Brasil”.

Por fim, o ministro utiliza a pragmaticidade em sentido amplo ao apresentar o argumento A_5 , já que invoca um elemento fático (a configuração espacial da Esplanada dos Ministérios) em reforço de sua argumentação.

3.4. Caso ECA e comunicação social

Ação direta de inconstitucionalidade nº 869-2 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Ilmar Galvão

3.4.1. Síntese do caso

Esta ADI foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a partir do acolhimento de uma representação encaminhada pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), e impugnou expressão (destacada no trecho a seguir) do § 2º do artigo 247 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), abaixo transcrito:

"Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

*§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação **ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.**" (Sem negrito no original.)*

A ADI em questão foi julgada procedente, por unanimidade, em 4 de agosto de 1999.

3.4.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.4.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência desta ADI, para que fosse declarada inconstitucional a expressão "ou a suspensão da programação

da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números” do preceito impugnado.

O primeiro argumento (A_1) apresentado pelo ministro no voto para esta ADI é a inafastabilidade da liberdade de comunicação social, prevista no artigo 220 da Constituição. O ministro chega a afirmar que há outro valor em jogo no caso, isto é, o valor relativo à formação da criança e do adolescente, mas não deixa claro se o considera *a priori* menos relevante do que a liberdade do artigo 220 da CF, ou se realizou uma ponderação entre os dois valores diante do caso concreto, para apenas neste caso afirmar a inafastabilidade da liberdade de comunicação social. Diante de outros votos examinados neste trabalho e da orientação algumas vezes expressamente assumida pelo Ministro Marco Aurélio, poder-se-ia pensar que a expressão “para mim, inafastável”, usada neste voto por ele para referir-se à liberdade de comunicação social, tem um sentido apriorístico. Isto é, segundo a orientação verificada em certos casos, o ministro consideraria essa liberdade inafastável em si mesma, quaisquer que fossem as circunstâncias do caso concreto.

Porém, penso que a observação do que foi afirmado em outros votos ou ocasiões não é suficiente para determinar o sentido da inafastabilidade afirmada neste caso específico. A dúvida quanto ao caráter absoluto ou relativo da liberdade de comunicação social, conforme invocada pelo Ministro Marco Aurélio nesta ADI, permanece.

O segundo argumento (A_2) presente neste voto refere-se à previsão de outras sanções à conduta tipificada no art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como a pena de multa ou a apreensão da publicação transgressora da proibição do artigo. Assim, a sanção de suspensão da programação da emissora por até dois dias, ou de suspensão da publicação do periódico por até dois números, colocada como *sanção alternativa* àquelas referidas acima, não seria de aplicação obrigatória. Outro argumento (A_3) intrinsecamente ligado a A_2 é a crença do ministro de que essa sanção

alternativa nunca seria aplicada, justamente por não ser obrigatória, o que incorreria na inocuidade da expressão impugnada pela ADI.

O último argumento (A₄) apresentado pelo Ministro Marco Aurélio é a discrepância entre a sanção veiculada pela expressão impugnada e os valores da razoabilidade e do Estado Democrático de Direito. O ministro invoca a razoabilidade como um valor que “deve nortear a interpretação da Carta da República como um grande todo”, mas não faz considerações a respeito do conteúdo desse valor ou mesmo de sua origem jurídico-normativa (isto é, por exemplo, de quais dispositivos constitucionais decorreria a aplicabilidade desse valor ou princípio). Não seria exigível que o ministro delimitasse o sentido de “razoabilidade”, visto que o termo é polissêmico e pode ser considerado um lugar-comum²². Entretanto, para afirmar que o preceito impugnado da ADI discrepa da razoabilidade, entendo que seria necessário explicar, mesmo que sucintamente, de que modo se verifica essa discrepância. Penso que seria necessário, portanto, aludir a um dos possíveis sentidos do termo “razoabilidade”, que é bastante vago.

O esclarecimento da discrepância afirmada no argumento A₄ poderia ser buscado nas razões apresentadas pelo Ministro-relator Ilmar Galvão, o qual o Ministro Marco Aurélio diz acompanhar. O Ministro Ilmar Galvão votou pela procedência da ADI por julgar que a sanção alternativa, veiculada pela expressão impugnada, não seria adequada à proteção dos interesses de crianças e adolescentes ou de qualquer outro direito fundamental presente na Constituição, já que se direcionaria a publicações ou transmissões cujo conteúdo não teria sabidamente infringido o artigo 247 do ECA ou violado outro direito fundamental. Assim, não haveria motivo constitucionalmente previsto para a limitação, prevista na expressão impugnada pela ADI, à liberdade de comunicação social (artigo 220 da Constituição).

É possível pensar que o Ministro Marco Aurélio, para justificar a falta de razoabilidade da sanção alternativa em questão, tenha adotado implicitamente

²² Este ponto será retomado no próximo tópico.

este argumento do Ministro Ilmar Galvão, ao declarar que o acompanhava. Entretanto, é também possível afirmar que o Ministro Marco Aurélio acompanhou o ministro-relator apenas na decisão de procedência da ADI, tendo por motivação seus próprios argumentos e algum outro possível motivo para a ausência de razoabilidade da sanção em questão. Um elemento que corrobora esta última hipótese é uma afirmação do próprio Ministro Marco Aurélio, já referida acima, no sentido de que o valor relativo à formação da criança e do adolescente está em jogo neste caso concreto. A argumentação do Ministro Ilmar Galvão, como se verifica a partir da exposição acima, parte da premissa de que esse valor não seria protegido pela sanção alternativa em questão.

A falta de clareza da explicação do argumento A_4 , bem como da expressão “acompanho o Ministro-relator”, colabora para despertar essa dúvida quanto à motivação da decisão do Ministro Marco Aurélio.

Expostos os argumentos do voto do ministro para esta ADI, é possível montar o seguinte quadro:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A_1	Inafastabilidade da liberdade de comunicação social (art. 220, CF)	Essa liberdade é inafastável absolutamente ou em relação ao caso concreto?
A_2	Pluralidade de sanções no artigo 247 do ECA e não-obrigatoriedade da sanção alternativa veiculada pela expressão impugnada na ADI	Não identificadas
A_3	Inocuidade da sanção prevista na expressão impugnada	Não identificadas
A_4	Discrepância entre a sanção prevista na expressão impugnada e os valores da razoabilidade e do Estado Democrático de Direito	Qual o conteúdo de “razoabilidade”, de acordo com a visão do ministro, para afirmar tal discrepância?

A partir da sinopse acima, passo à análise da concorrência ou independência entre os argumentos apresentados pelo ministro neste voto.

O argumento A_1 parece ser individualmente suficiente para levar à decisão de procedência da ADI, ressalvada a incerteza argumentativa já apontada. Seja a liberdade do art. 220 da CF considerada absoluta ou relativamente inafastável, tal liberdade não poderia ser afastada pela expressão impugnada na ADI, daí a inconstitucionalidade do preceito.

O argumento A_2 parece ser insuficiente, se isoladamente considerado, para a decisão apresentada pelo Ministro Marco Aurélio. Entretanto, o fato de o argumento A_3 ser altamente dependente de A_2 (pois a suposta inocuidade da sanção funda-se em sua não-obrigatoriedade, decorrente da pluralidade de sanções) não torna o conjunto A_2/A_3 suficiente para a procedência da ADI. Em outras palavras, não é possível declarar a inconstitucionalidade de uma sanção apenas a partir de sua inocuidade e não-obrigatoriedade. Assim, os argumentos A_2 e A_3 podem ser considerados concorrentes necessários entre si, mas o conjunto A_2/A_3 pode ser considerado concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos (A_1 e A_4), por não guardar relação direta com estes.

O argumento A_4 , assim como o argumento A_1 , poderia independentemente levar à decisão de procedência da ADI, a partir da violação de valores constitucionalmente relevantes. Chamo a atenção, no entanto, para a ressalva acima colocada: resta a incerteza a respeito do conteúdo e da estatura constitucional de "razoabilidade".

constitucional do valor da razoabilidade.

3.4.2.2. Estratégias argumentativas

Em relação ao argumento A_1 , como já apontado, há a incerteza quanto ao caráter absoluto ou relativo da inafastabilidade da liberdade de comunicação social. Como não é possível afirmar em que sentido o ministro,

ao se referir a essa liberdade, utilizou o termo “inafastável”, tampouco é possível identificar de modo inequívoco, no uso deste termo, a estratégia de abordagem absolutizante da liberdade em questão. Entretanto, pode-se afirmar que a liberdade em questão cumpriu papel de lugar-comum na argumentação do ministro.

Quanto ao argumento A_3 , verifica-se o emprego da pragmaticidade em sentido estrito, já que o Ministro Marco Aurélio se preocupa com um aspecto consequencial do preceito impugnado pela ADI. Em outras palavras, o ministro mostra preocupação com a possível falta de consequências da sanção prevista na expressão impugnada, que poderia nunca ser aplicada, haja vista sua alternatividade em relação a outras sanções previstas no mesmo artigo do ECA.

O argumento A_4 apresenta o emprego de lugares-comuns, isto é, a “razoabilidade” e o “Estado Democrático de Direito” como fórmulas de significado variável que possuem certa força persuasiva no voto do ministro. Contudo, a ressalva que faço em relação a este argumento, apontada acima, leva à constatação do enfraquecimento desta estratégia, visto que falta um mínimo de esclarecimento quanto ao conteúdo do lugar-comum “razoabilidade”. Esta estratégia, portanto, ao invés de reforçar a argumentação do Ministro Marco Aurélio, acaba por obscurecê-la.

3.5. Caso de ofensa às Forças Armadas

Habeas corpus nº 83.125-7 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Marco Aurélio

3.5.1. Síntese do caso

Este *habeas corpus* foi impetrado em favor de Jermir Pinto de Melo, contra decisão do Superior Tribunal Militar que recebeu denúncia de prática do

crime de ofensa às Forças Armadas pelo paciente. O crime está previsto no artigo 219 do Código Penal Militar:

"Art. 219. Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público:

Pena - detenção, de seis meses a um ano."

O paciente deste HC havia escrito e publicado o livro *Feridas da Ditadura Militar*, em que relatara a prática de diversas condutas abusivas e criminosas por parte de oficiais do exército, durante o período do regime militar no governo brasileiro. A denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar (MPM) foi rejeitada na primeira instância, mas recebida pelo Superior Tribunal Militar através de recurso do MPM. Esta denúncia mencionava três fatos tidos como ofensivos ao exército, que o paciente teria relatado em seu livro: a desapropriação de terras pertencentes a pequenos agricultores, para destinação ao uso militar inadequado; a prática de torturas durante o período de exceção; e a prática de torturas especificamente durante o combate à guerrilha de esquerda no Araguaia.

Este *habeas corpus* foi unanimemente concedido, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em 16 de setembro de 2003.

3.5.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.5.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio concedeu este *habeas corpus* para restabelecer a decisão que acarretou o não-recebimento da denúncia.

O ministro evoca, como argumento (A₁) protetor da conduta do paciente, a essencialidade da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito, nos sentidos dados pelo inciso IV do artigo 5º (liberdade de manifestação do pensamento) e pelo artigo 220 (liberdades ligadas à comunicação social) da Constituição.

O segundo argumento (A₂) apresentado é a constatação de que o ministro deve apenas examinar, para efeito de identificação ou não da conduta criminosa, os trechos do livro constantes da denúncia. Isto porque cabe ao denunciado defender-se apenas dos fatos que constam dessa peça, segundo decorre do artigo 41 do Código de Processo Penal e do artigo 77 do Código de Processo Penal Militar.

O terceiro argumento (A₃) utilizado pelo Ministro Marco Aurélio, em seu voto para este HC, é a não-adequação da conduta do paciente ao tipo penal de ofensa às Forças Armadas. O ministro examina os trechos do livro de Jermir Pinto de Melo constantes da denúncia. Esses trechos relatam condutas que, segundo o paciente, foram praticadas pelo exército durante o regime militar: a invasão de terras, o massacre de índios, o desmatamento de áreas de cerrado, a caça de animais selvagens para satisfazer “instintos violentos”, o uso de prisioneiros como cobaias em experiências militares, o estupro de prisioneiras, entre outros. O ministro assevera que não pode presumir o dolo do paciente, isto é, o conhecimento da inverdade dos fatos alegados em seu livro, apenas a partir dos trechos citados na denúncia. Isto levaria à inadequação típica da conduta descrita na peça inicial da ação penal, incorrendo em falta de justa causa para o recebimento da denúncia.

É interessante notar que, apesar do que afirma no argumento A₂, o Ministro Marco Aurélio cita outro trecho do livro do paciente, não constante da denúncia, como estratégia de corroboração do argumento A₃ acima. O ministro retira, do voto vencido do Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach (do Superior Tribunal Militar), um trecho da obra de Jermir Pinto de Melo, em que este afirma tê-la escrito para denunciar a injustiça, a arbitrariedade, a corrupção e, finalmente, a criminalidade das autoridades no período do regime militar. O Ministro Marco Aurélio utiliza este excerto para confirmar o conteúdo de A₃, isto é, para afastar a tipicidade da conduta do paciente por não-conhecimento da suposta inverdade dos fatos narrados – ou na realidade, por efetiva crença na veracidade desses fatos.

Decorre da observação acima uma dúvida quanto ao conteúdo do argumento A₂. O ministro enxerga a obrigação de ater-se ao conteúdo da denúncia apenas quando procura constatar a tipicidade criminal da conduta do paciente? A verificação de atipicidade, para concessão do *habeas corpus*, poderia apoiar-se em outros elementos não-presentes na denúncia?

O ministro cita, ainda, um trecho do parecer da Procuradoria Geral da República, que coloca o seguinte requisito adicional para adequação da conduta ao tipo penal do art. 219 do Código Penal Militar: “que esses fatos [divulgados] sejam aptos a prejudicar a imagem das Forças Armadas junto à opinião pública”. Este parecer corrobora, ainda, a afirmação do Ministro Marco Aurélio de que a denúncia não alegou o conhecimento, pelo paciente, da falsidade dos fatos alegados, e vai além: afirma que tampouco a denúncia demonstrou essa falsidade. Estes trechos do parecer da PGR são dignos de nota:

“Aliás, seria verdadeiramente aberrante tachar de inverdade um tema tão triste da nossa história recente como o da repressão e da tortura, nem se podendo, em nome da proteção da honra e da intimidade, restringir a livre manifestação do pensamento quando se trata da discussão e crítica de arbitrariedades patrocinadas ou consentidas pelo Poder Público.”

“(...) não há como ter uma obra de valor insignificante e de restritíssima circulação como apta a abalar o prestígio das Forças Armadas, pressupondo ademais a incapacidade de discernimento da opinião pública.”

Até este ponto, é possível identificar a utilização indireta, pelo Ministro Marco Aurélio, dos seguintes argumentos e conclusões intermediárias da Procuradoria Geral da República:

- A₄: os fatos alegados são incontestavelmente verídicos;
- A₅: a circulação restrita do livro do paciente impossibilitaria o abalo da imagem das Forças Armadas;
- CI_{1.1} (sub-conclusão formadora de CI₁, abaixo): os fatos alegados no livro do paciente não são aptos a prejudicar a imagem das Forças

Armadas junto à opinião pública, por concorrência (se necessária ou não, examinarei no tópico abaixo) dos argumentos A₄ e A₅;

- CI₁: a liberdade de manifestação do pensamento deve ser observada preponderantemente à proteção da honra das Forças Armadas, neste caso concreto, em decorrência da sub-conclusão CI_{1.1}.

É importante frisar que o argumento A₁ não se confunde com a conclusão intermediária CI₁, pois o primeiro foi introduzido pelo Ministro Marco Aurélio sem alusão às circunstâncias do caso concreto ou a outros direitos conflitantes com a liberdade de expressão. O argumento A₁ consiste apenas, em síntese, na afirmação de que “[n]ão há Estado Democrático de Direito sem observância da liberdade de expressão”, nos sentidos do artigo 5º, inciso IV e do artigo 220 da CF, sem que o voto esclareça se tal liberdade é preponderante absolutamente ou em relação a este caso. A conclusão CI₁, por outro lado, apresenta um raciocínio sintético de ponderação entre liberdade de expressão e direito à honra. Esta conclusão intermediária foi introduzida pela PGR e indiretamente utilizada pelo Ministro Marco Aurélio, embora este não tenha necessariamente dialogado com a idéia de ponderação entre os direitos envolvidos no caso.

A partir dos argumentos acima elencados, cabe apresentar o seguinte quadro sinótico:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Essencialidade da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito	Como o ministro enxerga a incidência da liberdade de expressão neste caso – absoluta ou relativamente?
A ₂	Obrigações de exame, para identificação ou não da conduta criminosa, dos trechos do livro constantes da denúncia	Qual o alcance, para o ministro, dessa obrigação? Ela existe apenas para a verificação da tipicidade da conduta do paciente?
A ₃	Não-adequação da conduta do paciente ao tipo penal de ofensa às Forças	Não identificadas

	Armadas	
A ₄	Veracidade dos fatos narrados pelo paciente	Não identificadas
A ₅	Circulação restrita do livro do paciente	Não identificadas
CI _{1.1}	Inaptidão da conduta do paciente para abalar a imagem das Forças Armadas	Não identificadas
CI ₁	A liberdade de manifestação do pensamento deve ser observada preponderantemente à proteção da honra e imagem das Forças Armadas	Não identificadas

Com a sinopse acima apresentada, passo ao exame da independência ou concorrência dos argumentos deste voto.

O argumento A₁ não parece suficiente para conduzir à decisão do Ministro Marco Aurélio neste caso, visto que não faz considerações sobre a preponderância, verificável *a priori* ou a partir das circunstâncias do caso, da liberdade de expressão para o paciente. A₁ também não se relaciona necessariamente a nenhum outro argumento, para formar a decisão do ministro. Nesse sentido, o argumento A₁ pode ser considerado concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos do voto.

O argumento A₂ pode ter a função – embora isto não seja inequivocamente demonstrável apenas pela leitura do voto – de preparar a apresentação de A₃: o exame do conteúdo da denúncia levaria à constatação da atipicidade da conduta do paciente. Entretanto, conforme assinalado acima, essa constatação não foi feita apenas a partir do conteúdo da denúncia, mas utilizou-se argumentativamente também de outro trecho do livro de Jermir Pinto de Melo. Assim, A₂ aparenta ser um argumento concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos, principalmente A₃, que se mostra independente para conduzir à decisão do ministro.

O argumento A₄ parece apto a conduzir independentemente à subconclusão CI_{1.1}, já que a veracidade dos fatos afasta a tipicidade da conduta do paciente. Isto não ocorre com A₅, já que a pequena circulação de um livro não parece ser razão suficiente para que o livro não cause ofensa à imagem das Forças Armadas – a propagação da ofensa poderia ser limitada a certos

leitores, mas ainda assim existir. A_5 , portanto, concorre com A_4 , com função de reforço, para formar a sub-conclusão $CI_{1.1}$, que conduz diretamente à conclusão intermediária CI_1 .

CI_1 , por sua vez, parece apta a conduzir independentemente à decisão do ministro, podendo substituir o argumento A_3 nessa função – e a recíproca é também possível.

3.5.2.2. Estratégias argumentativas

Em primeiro lugar, é possível identificar, neste voto, o emprego de argumentos de autoridade pelo Ministro Marco Aurélio. O voto reporta-se a pronunciamentos do Procurador-Geral da República e de um ministro do Superior Tribunal Militar, Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, para corroborar sua argumentação e, no caso do parecer da PGR, para adicionar novos elementos argumentativos ao voto.

Quanto aos elementos trazidos ao voto pela citação do parecer da PGR, é possível verificar, no argumento A_5 , o emprego da pragmaticidade em sentido amplo. Esse argumento refere-se a um ponto da ordem dos fatos, isto é, o alcance da circulação da obra do paciente, para afastar a potencialidade de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal invocada, ou seja, a imagem e honra das Forças Armadas.

Por fim, o emprego da expressão “Estado Democrático de Direito”, atrelada ao argumento A_1 (concorrente com função de reforço), mostra o emprego de um lugar-comum que serve também de mero reforço aos argumentos que definitivamente conduzem à decisão do ministro no caso.

3.6. Caso do proselitismo em emissoras comunitárias

Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2566-0 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Sidney Sanches

3.6.1. Síntese do caso

Esta ADI foi ajuizada pelo Partido Liberal (PL) e impugnou o § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.612 de 1998, cuja redação é a seguinte: “§ 1º - É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.”

O autor pediu a suspensão cautelar do preceito, que foi indeferida, por maioria de votos, em 22 de maio de 2002.

3.6.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.6.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio, no voto para este caso, deferiu a medida cautelar requerida, para suspender a eficácia do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.612/1998 até o julgamento final da ADI.

Antes de arrolar os argumentos apresentados pelo ministro neste voto, considero cabíveis algumas considerações sobre como os três primeiros parágrafos do voto foram redigidos. Abaixo, transcrevo-os:

*"Todos temos a convicção de que **não há direitos absolutos na Carta da República**. Nem mesmo aquele relativo à vida existe, já que a Carta excepciona a proibição da pena de morte, fazendo-o na hipótese de guerra.*

*"Notamos, na espécie, um preceito **peremptório** que se aproxima de uma visão **absolutista** sobre o que deve, ou não, ser veiculado em certas emissoras. E, aí, proclama-se, de forma muito **incisiva**, que é vedado o proselitismo-gênero, sem especificação de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.*

*"Tenho para mim que **não se pode afastar a incidência da Carta da República quando assegura, no artigo 220** – e assegura um direito/dever do cidadão –, que 'a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição'." (Sem negritos no original.)*

No terceiro parágrafo pode ser encontrado um primeiro argumento, que afirma a inafastabilidade da liberdade prevista no artigo 220 da CF. A leitura

do parágrafo isolado não deixa claro se o Ministro Marco Aurélio considera essa liberdade absolutamente inafastável, ou inafastável somente em relação a este caso concreto. Podemos ligar este terceiro parágrafo ao primeiro, que afirma que não há direitos absolutos na Constituição, e então interpretar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio como defensor da inafastabilidade da liberdade do artigo 220 apenas para este caso concreto. Não obstante, é de se notar que o texto não faz uma ligação clara entre a afirmação de relatividade dos direitos previstos na CF e a inafastabilidade da liberdade do artigo 220, até porque, entre as duas afirmações, há um parágrafo que apresenta a opinião do ministro sobre o preceito impugnado na ADI, com os termos “peremptório”, “absolutista” e “forma incisiva”.

Em suma, o ministro pode ter deixado explícita sua posição quanto à relatividade dos direitos fundamentais, mas, ainda assim, seu pronunciamento ficou confuso quanto à conexão argumentativa entre essa relatividade e a inafastabilidade da liberdade de comunicação social. Para os fins desta análise, considerarei essa conexão como existente, até porque o argumento da relatividade dos direitos fundamentais foi expresso, diferentemente do que se observa no caso ECA e comunicação social (ADI 869-2). Não retiro, no entanto, a ressalva acima feita quanto à clareza do pronunciamento do ministro.

Nesse sentido, como já apontado, considero a afirmação da relatividade dos direitos previstos na Constituição como o argumento A_1 do voto, e a afirmação da inafastabilidade – em relação a este caso – da liberdade do artigo 220 da CF como o argumento A_2 .

Pode ser considerada também como argumento (A_3) a afirmação do Ministro Marco Aurélio no sentido do “absolutismo”, da “forma muito incisiva” e genérica da proibição do proselitismo nas emissoras de radiodifusão comunitária. Segundo a interpretação acima adotada sobre a inafastabilidade da liberdade de comunicação social, o ministro parece ter considerado essa

proibição como irrazoável e, portanto, motivo insuficiente para afastar a incidência da liberdade de comunicação social no caso.

O ministro chega a afirmar que a medida é verdadeira “censura prévia que não coabita os novos ares constitucionais quanto à certa temática”, injustificável pelo fato de se tratar de emissoras comunitárias no caso. O uso da expressão “censura prévia” é justificado pela asserção de que “[a]ntecipadamente, considerado o programa, proíbe-se”. Esta afirmação parece corroborar o argumento A₃ quanto à alegação de irrazoabilidade da norma impugnada. Pelo uso da expressão “novos ares constitucionais”, parece estar implícita, na argumentação do ministro, a alusão ao § 2º do artigo 220 da Constituição, que veda a censura de natureza política, ideológica e artística.

Um outro argumento (A₄) apresentado neste voto consiste na afirmação de que o “lançamento de informações”, nas palavras do ministro, é necessário para assegurar a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de cultos e às suas liturgias. Isto é, a proteção a um direito (a liberdade do artigo 220 da CF) serve à proteção dos direitos acima referidos, daí a inafastabilidade desta liberdade no que concerne ao proselitismo.

O Ministro Marco Aurélio também adiciona (A₅) que eventuais abusos na prática de proselitismo, em transmissões de emissoras comunitárias, podem ser penalizados com o cancelamento judicial, ou com a não-renovação, de concessão ou permissão do Poder Executivo para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Para tanto, remete ao artigo 223, *caput* e § 4º da Constituição²³, normas cuja aplicação parece reputar adequada à repressão de abusos no exercício da liberdade de comunicação social, diferentemente da proibição prevista na norma impugnada, que o ministro considera excessiva.

²³ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

(...)

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.”

O seguinte quadro faz uma sinopse dos argumentos acima arrolados:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Relatividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição	O pronunciamento do ministro é confuso quanto à conexão entre estes dois argumentos.
A ₂	Inafastabilidade da liberdade de comunicação social (artigo 220, CF)	
A ₃	Excessividade da proibição prevista na norma impugnada: censura prévia inconstitucional	Não identificadas
A ₄	Proteção da liberdade do artigo 220 da CF como meio para a proteção da liberdade de consciência e crença e do livre exercício de cultos religiosos	Não identificadas
A ₅	Possibilidade (contraposta à excessividade da proibição impugnada) de reprimir abusos na prática de proselitismo com não-renovação ou cancelamento de concessão ou permissão à emissora	Não identificadas

Quanto à independência ou concorrência entre os argumentos acima sintetizados, se admitimos o conteúdo do argumento A₂ como “inafastabilidade *relativa* da liberdade do artigo 220”, é possível concluir pela concorrência necessária entre os argumentos A₁ e A₂²⁴.

Como a referida liberdade não é considerada absolutamente inafastável, conforme se depreende do conjunto A₁/A₂, é preciso invocar algum dos argumentos seguintes (A₃, A₄ ou A₅) para confirmar a preeminência da liberdade no caso concreto. Nesse sentido, qualquer um dos conjuntos de concorrência necessária, resultantes desse procedimento (A₁/A₂/A₃; A₁/A₂/A₄; A₁/A₂/A₅), é apto a conduzir independentemente à decisão de deferimento da liminar, proferida pelo Ministro Marco Aurélio. Isto porque A₃, A₄ e A₅

²⁴ Se, no entanto, for levada em conta a ressalva feita quanto à clareza do voto do Ministro Marco Aurélio, toda esta análise de independência ou concorrência ficará de certo modo prejudicada, pois o conteúdo do argumento A₂ poderá ser entendido de modo contrário. Isso resultaria na potencial independência deste argumento, em virtude da possível alegação de “inafastabilidade absoluta” da liberdade em questão. Decidi, para esta análise, partir do ponto que considere menos controverso (isto é, a “inafastabilidade relativa”), já que o Ministro Marco Aurélio referiu-se expressamente à relatividade dos direitos fundamentais.

apresentam motivos substancialmente diferentes, embora similares em certos aspectos, para que se mantenha a incidência da liberdade de comunicação social neste caso e se suspenda a eficácia do preceito impugnado. A₃ utiliza a alegação de excessividade da proibição em questão para qualificá-la como censura prévia, enquanto A₅ refere-se à mesma excessividade em relação a alternativas mais razoáveis (na opinião do Ministro Marco Aurélio) para a repressão ao abuso no exercício da liberdade do artigo 220 da CF. Já A₄ afirma a inafastabilidade dessa liberdade no que tange ao proselitismo, levando em conta a liberdade de consciência e crença e o livre exercício de cultos religiosos.

3.6.2.2. Estratégias argumentativas

Neste voto do Ministro Marco Aurélio, é possível identificar o uso de hipérboles, numa estratégia persuasiva de destacar, com certo excesso, alguns pontos de sua argumentação. Nesse sentido é o emprego dos seguintes trechos, relacionados ao argumento A₃:

“Notamos, na espécie, um preceito *peremptório* que se aproxima de uma visão *absolutista* sobre o que deve, ou não, ser veiculado em certas emissoras.” (Sem itálicos no original.) Ao veicular o argumento A₃, esta afirmação utiliza adjetivos – os termos destacados em itálico – com forte carga negativa no contexto do voto. Esses termos chamam a atenção para a violação à liberdade de comunicação social, que o Ministro Marco Aurélio afirma ocorrer no caso.

“Não posso, antecipadamente – e creio que *o risco é seriíssimo* (sic), no que permanece no cenário jurídico a norma proibitiva -, simplesmente dizer que fica vedada a veiculação de certa matéria.” (Sem itálicos no original.) O Ministro Marco Aurélio destaca superlativamente, conforme a expressão em itálico, um risco de violação à liberdade do artigo 220 da CF, caso a norma impugnada não seja declarada inconstitucional. Este trecho também apresenta a estratégia da pragmaticidade em sentido estrito, já que o ministro chama a

atenção para possíveis conseqüências fáticas – lesões à liberdade em questão – do indeferimento desta medida cautelar e da improcedência da ADI.

Também em relação ao argumento A₃, o uso da expressão “censura prévia” pode ser considerada como emprego de um lugar-comum. Definir quais são as proibições relativas à liberdade de comunicação social que consistem em censura não é tarefa que resulte em consenso. Esta constatação se corrobora, a título de exemplo, pela seguinte afirmação do Ministro Sepúlveda Pertence, em debate com o Ministro Marco Aurélio: “[v]edar determinada manifestação de palavra obviamente não é, por si só, autorizar censura prévia”. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio utilizou retoricamente uma fórmula (“censura prévia”) de sentido variável, enquadrando neste lugar-comum a proibição impugnada na ADI em questão. Isto é: ao mesmo tempo, o ministro conferiu um sentido concreto, relativo a este caso, ao lugar-comum, e utilizou estrategicamente a carga axiológica negativa da expressão “censura prévia” para criticar a proibição presente na norma impugnada.

3.7. Caso da propaganda partidária e coligações

Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2677-1 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Maurício Corrêa

3.7.1. Síntese do caso

Esta ADI foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), e impugnou o inciso I do § 1º do artigo 45 da Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). O preceito impugnado tinha a seguinte redação:

*“Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:
(...)”*

§ 1º Fica vedada, nos programas de que trata este Título:

I - a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa;” (Sem negrito no original.)

Os autores da ação pediram o deferimento de medida cautelar, justificando a urgência da medida no fato de que a transmissão da publicidade partidária se encerraria em poucos dias; isto é, no dia 30 de junho de 2002. O julgamento referente à medida cautelar ocorreu em 26 de junho do mesmo ano, e a liminar foi indeferida por maioria de votos.

3.7.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.7.2.1. Estrutura da argumentação

No julgamento da medida cautelar relativa a esta ADI, o Ministro Marco Aurélio decidiu pelo deferimento parcial da liminar. Este deferimento parcial consistiu na realização, sobre o preceito impugnado, de “interpretação conforme a Carta da República”²⁵, afastando a incidência do preceito (até o julgamento final da ADI) quanto a pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa, mas *coligado* a este.

O primeiro argumento (A₁) apresentado pelo ministro consiste na seguinte afirmação: “A Constituição Federal encerra no artigo 220, *de modo categórico*, a liberdade de pensamento, expressão e informação” (sem itálico no original). Novamente se observa, por parte do Ministro Marco Aurélio, uma invocação da liberdade do artigo 220 da CF como valor superior, a ser *categoricamente* levado em conta no caso, para afastar a restrição presente no preceito impugnado pela ADI.

Como segundo argumento (A₂), o ministro invoca a autonomia dos partidos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, nos termos do art. 17, § 1º da Constituição. Este também seria um preceito constitucional impeditivo da proibição existente no preceito impugnado.

O terceiro argumento (A₃) presente neste voto é a afirmação de que a coligação de partidos denota uma comunhão de idéias e objetivos entre os

²⁵ Este método empregado pelo ministro será discutido mais adiante.

mesmos partidos. Nesse sentido, para o Ministro Marco Aurélio, a pessoa filiada a partido coligado àquele responsável pelo programa não pode ser considerada como estranha a este último partido.

Há uma conclusão intermediária neste voto (CI₁), cuja identificação não é imediata, porque não está claramente expressa. É a conclusão, para a qual concorrem os argumentos A₁, A₂ e A₃²⁶, de que apenas um dos possíveis sentidos do preceito impugnado pela ADI é inconstitucional. Este sentido, na opinião do Ministro Marco Aurélio, é aquele que abarca as pessoas filiadas a partidos *coligados* àquele responsável pelo programa. Uma vez que não considera essas pessoas como estranhas ao partido cuja propaganda está sendo veiculada, de acordo com o argumento A₃, e tendo em vista os valores constitucionais invocados nos argumentos A₁ e A₂, o ministro decide deferir a liminar apenas em relação ao sentido que considerou inconstitucional (CI₁), dentro das possibilidades de interpretação do preceito impugnado.

O ministro chama esse procedimento interpretativo, cujo resultado é a conclusão CI₁, de “interpretação conforme a Carta da República”. Esta terminologia pode confundir o leitor, visto que por “interpretação conforme a Constituição” se entende *intuitivamente* – embora no âmbito jurisprudencial não seja necessariamente incomum algum entendimento diverso – a busca de um significado, dentro de determinada norma infraconstitucional, que seja constitucional – e não o contrário. O Ministro Marco Aurélio utilizou o que chama de “interpretação conforme” para encontrar um significado inconstitucional na norma impugnada pela ADI²⁷. Mais adequado, para este caso, seria utilizar uma expressão como “interpretação à luz dos dispositivos constitucionais”, o que na verdade seria um pleonasmo ou uma trivialidade, visto que confrontar as normas impugnadas com a Constituição é o expediente

²⁶ Este ponto será explicitado mais adiante.

²⁷ Pode-se dizer, por certo, que os outros significados da norma, que não aquele que o ministro declarou inconstitucional, foram também encontrados indiretamente pelo procedimento interpretativo presente neste voto. Entretanto, os significados considerados constitucionais da norma impugnada não tiveram papel essencial na decisão do Ministro Marco Aurélio, nem foram por este expressamente referidos quando da alusão à “interpretação conforme”. Daí a falta de clareza no uso deste método pelo ministro.

realizado por todos os ministros do STF em ações diretas de inconstitucionalidade.

Um deferimento parcial do pedido de liminar, limitando a eficácia desta a uma determinada interpretação da norma impugnada e não a uma fração do texto que veicula esta norma, poderia inclusive provocar controvérsias a respeito da legitimidade da decisão. Isto porque a definição possíveis de interpretações de uma norma, em contraposição à divisão da norma em frações constitucionais e inconstitucionais, é um campo em que o consenso é mais dificilmente atingido. Uma hipótese possível quanto ao uso da terminologia “interpretação conforme a Constituição”, neste voto do ministro, diz respeito à intenção de “blindagem” da decisão frente a controvérsias, pelo menos até certo ponto, visto que tal terminologia já é minimamente consagrada na jurisprudência do STF. Uma leitura mais atenta desta terminologia, como a que foi exposta acima, poderia, não obstante, ultrapassar tal “blindagem”. Vale ressaltar que a mera leitura do voto não é suficiente para demonstrar tal hipótese, de modo que resta uma certa dúvida quanto ao papel argumentativo da “interpretação conforme” no voto do Ministro Marco Aurélio. Este ponto será retomado no próximo tópico.

A partir do exposto neste tópico, podemos elaborar o seguinte quadro:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Estatura constitucional (superior à proibição legal) da liberdade de pensamento, expressão e informação (artigo 220, CF)	Não identificadas
A ₂	Estatura constitucional (superior à proibição legal) da autonomia partidária (artigo 17, § 1º, CF)	Não identificadas
A ₃	A coligação de partidos pressupõe comunhão de idéias e objetivos; pessoas filiadas a partido coligado àquele responsável pelo programa não podem ser consideradas como estranhas a este último	Não identificadas
CI ₁	O sentido do preceito impugnado que diz respeito a pessoas filiadas a partidos coligados ao responsável pelo programa é	Por que foi invocada a “interpretação

	inconstitucional	conforme a Constituição"? Qual o real papel deste método no voto?
--	------------------	---

Passo ao exame da independência ou concorrência dos argumentos acima arrolados.

À primeira vista, parece que tanto os argumentos A_1 e A_2 , isoladamente considerados, poderiam levar à decisão apresentada pelo Ministro Marco Aurélio para este caso. Entretanto, um exame mais detido da decisão em si refuta essa assertiva. Os argumentos A_1 e A_2 poderiam, cada um individualmente, levar à decisão de deferimento total da liminar, o que não corresponde ao que o ministro decidiu. O Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar apenas para o sentido que considerou inconstitucional (CI_1) dentro da norma impugnada, de modo que o argumento A_3 é essencial para esta decisão, já que traz à tona a consideração sobre a coligação de partidos.

O argumento A_3 concorre necessariamente com os argumentos A_1 e A_2 para formar a conclusão CI_1 . Isto porque A_1 e A_2 apresentam fundamentos normativos para que se declare a inconstitucionalidade do sentido que abarca pessoas filiadas a partidos coligados ao responsável pelo programa, conforme as afirmações constantes de A_3 . A conclusão CI_1 , por sua vez, leva diretamente à decisão de deferimento parcial da liminar.

3.7.2.2. Estratégias argumentativas

Quanto ao argumento A_3 , neste voto do Ministro Marco Aurélio, é possível identificar claramente a estratégia da pressuposição fática. O ministro utiliza exatamente estas palavras: "(...) uma *realidade*, que fica estampada na comunhão de idéias, na comunhão de objetivos, a partir do momento no qual se implemente uma coligação" (sem itálico no original). Isto é, o voto pressupõe o fato de que a coligação é feita sempre com base em idéias e

metas comuns, sem necessariamente basear-se em dados que corroborem essa afirmação categórica.

Nos argumentos A_1 e A_2 , o ministro refere-se a dois direitos de estatura constitucional: a liberdade de pensamento, expressão e informação do artigo 220 da CF, e a autonomia partidária do artigo 17, § 1º. Não é possível identificar com clareza o conflito, neste caso, entre esses direitos e algum outro direito fundamental. Pode-se falar no direito do povo a uma propaganda partidária gratuita cujo conteúdo possua consistência ideológica, de acordo com os programas dos partidos? Seria esse um direito inerente ao Estado Democrático a que se refere o Preâmbulo da Constituição? A controvérsia inerente ao assunto permite que se identifique, no caso, conflito *certo* apenas entre os dispositivos constitucionais acima mencionados e os preceitos da Lei 9.096 de 1995.

Assim, embora o Ministro Marco Aurélio faça alusão à autonomia partidária como valor superior a ser aplicado no caso, não se identifica uma estratégia de abordagem absolutizante deste princípio frente a outro princípio, mas tão-somente uma confirmação da superioridade hierárquica do princípio constitucional da autonomia partidária sobre o preceito legal impugnado na ADI. Nesse sentido, a autonomia partidária parece ter sido utilizada como lugar-comum no voto do ministro, como reforço persuasivo, do mesmo modo que a liberdade de comunicação social foi empregada no caso ECA e comunicação social (ADI 869).

Já quanto à liberdade do artigo 220 da CF, embora não haja, no caso, a presença clara de outro princípio que a confronta, o uso dos seguintes termos pode demonstrar um mínimo de abordagem absolutizante: “A Constituição Federal encerra no artigo 220, *de modo categórico*, a liberdade de pensamento, expressão e informação” (sem itálico no original). O uso da expressão “de modo categórico” chega a fazer pensar que, se houvesse outro direito fundamental em conflito com essa liberdade, no caso, o Ministro Marco Aurélio aplicaria o princípio do artigo 220 como superior *a priori*. A leitura do

voto isolado não é suficiente para corroborar essa hipótese, mas, ainda assim, penso que a referência a um direito fundamental como categoricamente apresentado pela Constituição significa abordá-lo de modo absolutizante, como estratégia de argumentação. Nesse sentido, o uso da liberdade do artigo 220, neste caso, assemelha-se ao modo como o Ministro Marco Aurélio utilizou a liberdade de reunião no caso das manifestações em Brasília (ADI 1969-4).

Ao examinar a conclusão intermediária CI₁, apresentei a incerteza argumentativa que surgiu do emprego da “interpretação conforme a Constituição” pelo Ministro Marco Aurélio. Não obstante, qualquer que seja o motivo que levou o ministro a utilizar esse método, penso que a expressão “interpretação conforme a Constituição” pode ser considerada como lugar-comum na argumentação deste voto, visto que cumpriu uma função de persuasão no caminho que levou à decisão do ministro, sem ter seu conteúdo precisamente delimitado. Este conteúdo, aliás, foi pouco explorado, de modo que foi identificada a incerteza argumentativa acima referida. A argumentação do ministro poderia ter utilizado o lugar-comum (por definição, fórmula com sentido variável) e ainda assim ter sido mais consistente, se houvesse um esclarecimento quanto a um possível sentido da expressão “interpretação conforme a Carta da República”.

3.8. Caso da divulgação de pesquisas eleitorais

Ação direta de inconstitucionalidade nº 3741-2 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

3.8.1. Síntese do caso

Esta ADI foi ajuizada, com pedido de medida cautelar, pelo Partido Social Cristão (PSC), e impugnou integralmente a Lei nº 11.300 de 10 de maio de 2006. Esta lei alterou a Lei nº 9.504 de 1997, dispondo sobre as campanhas eleitorais nos aspectos da propaganda, do financiamento e da prestação de contas. Esta ação teve identidade de objeto com as ADIs 3742 e

3743, propostas respectivamente pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Trabalhista Cristão (PTC), e apensadas aos autos da ADI 3741.

A decisão referente a esta ADI pode ser dividida em dois pontos. Um deles é a invocação, pelo autor, do princípio da anterioridade da lei eleitoral (artigo 16 da CF) para impugnar a totalidade da referida lei. O outro é a inconstitucionalidade, por ofensa à liberdade de expressão e ao direito à informação, do artigo 35-A, introduzido pela lei impugnada na Lei 9.504/1997, cuja redação era a seguinte:

“Art. 35-A. É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito.”

A alegação de ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral não foi acatada por nenhum dos ministros do STF no julgamento desta ADI, que neste ponto votaram com o relator (Ministro Ricardo Lewandowski). O Ministro Marco Aurélio também acompanhou o Ministro Lewandowski neste ponto da decisão, afirmando que as regras presentes na lei impugnada “não são alcançadas pelo princípio da anterioridade, não são regras que, de alguma forma, impliquem o desequilíbrio da disputa eleitoral”. Não considero necessário transcrever o inteiro teor da Lei nº 11.300/2006, nem aprofundar o exame da discussão do princípio da anterioridade da lei eleitoral nesta ADI, visto que a controvérsia que pertence ao tema deste trabalho – liberdade de expressão – diz respeito apenas ao artigo 35-A, adicionado pela lei impugnada à Lei 9.504/1997²⁸.

Como já apontado acima, o STF rejeitou unanimemente a alegação de ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral. Assim, a decisão, prolatada em 6 de setembro de 2006, foi também unânime pela procedência parcial

²⁸ Segundo o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o autor da ADI 3741 não fez referência específica a este artigo 35-A. Apenas o Partido Democrático Trabalhista, na ADI 3742, alude a uma ofensa, por parte da lei impugnada, às liberdades constitucionais contidas no artigo 5º.

desta ADI, para declarar somente a inconstitucionalidade do artigo 35-A acima referido.

3.8.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.8.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência parcial desta ADI, acompanhando o voto do Ministro-relator Ricardo Lewandowski para declarar inconstitucional o artigo 35-A, introduzido pela lei impugnada na Lei 9.504/1997.

Neste voto, identifiquei apenas um único argumento relacionado à decisão de inconstitucionalidade do artigo 35-A, que tem como substrato a discussão sobre liberdade de expressão. Esse argumento (A₁) é veiculado pela seguinte afirmação do Ministro Marco Aurélio: "(...) [o artigo 35-A] conflita com a medula – diria eu – do Estado Democrático de Direito, que é a norma asseguradora da liberdade de expressão; assegura a atividade de informar e, acima de tudo, o direito do cidadão de ser informado".

O ministro não deixa claro, neste voto, se considera a liberdade de expressão como um direito dos veículos de comunicação ou como um dever destes perante os cidadãos, que possuem, segundo o voto, o direito de ser informados. A alusão à "atividade de informar" pode servir como substrato tanto para que se assegure um direito dos meios de comunicação, quanto para que se enseje o cumprimento de um dever por parte desses veículos.

Além disso, o Ministro Marco Aurélio também não explicita se a supremacia da liberdade de expressão é invocada *a priori*, sem a consideração de elementos inerentes a este caso concreto, ou se é constatada relativamente às circunstâncias do caso.

É interessante notar, ainda, que o Ministro Marco Aurélio não baseia a decisão pela prevalência da liberdade de expressão no artigo 5º ou no artigo

220 da Constituição, mas na invocação do Estado Democrático de Direito, expressão presente no artigo 1º da CF.

Como foi identificado apenas um argumento²⁹ neste voto do ministro, é possível concluir pela independência deste argumento para a decisão em questão.

3.8.2.2. Estratégias argumentativas

Neste voto, assim como no caso de ofensa às Forças Armadas (HC 83.125) e no caso ECA e comunicação social (ADI 869), a expressão “Estado Democrático de Direito” foi utilizada como lugar-comum. Esta expressão colabora para adicionar valor persuasivo ao argumento que sustenta a prevalência da liberdade de expressão (A₁).

3.9. Caso O Globo versus Garotinho

Medida cautelar em petição 2.702-7 (Rio de Janeiro)

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

3.9.1. Síntese do caso

Este caso envolve, de um lado, Anthony Garotinho (que era, na época do ajuizamento desta petição, governador do Estado do Rio de Janeiro), e de outro, a empresa Infoglobo Comunicações Ltda., editora do jornal O Globo, outras empresas de comunicação social e dois repórteres do jornal O Globo. A controvérsia inerente ao caso foi iniciada a partir de uma reportagem assinada

²⁹ Neste voto, o Ministro Marco Aurélio afirma “louvar” o voto do relator. Esta asserção poderia ser considerada como uma utilização indireta dos argumentos apresentados no voto do Ministro Ricardo Lewandowski; se essa interpretação fosse adotada, haveria outros argumentos a serem examinados nesta análise. Porém, não considero essa interpretação adequada, visto que não enxergo, apenas a partir da leitura do voto do Ministro Marco Aurélio, elementos suficientes para afirmar que foi indiretamente utilizada a argumentação do relator.

pelos referidos repórteres, cujo título era “Garotinho sabia de suborno”, e que afirmava o seguinte:

“(...) conversas gravadas de 1995 mostram que o governador Anthony Garotinho (PSB) participou de operação de suborno do auditor fiscal da Receita Federal M.P.A., responsável pela aprovação dos sorteios feitos pelo programa ‘Show do Garotinho’, que foi ao ar naquele ano pela Rádio Tupi e pela TV Bandeirantes”.

Segundo o relatório do Ministro Sepúlveda Pertence, essa reportagem informava que as referidas conversas haviam sido gravadas por interceptações telefônicas, realizadas por terceiro identificado apenas como “um dos responsáveis pelas denúncias”.

Anthony Garotinho requereu medida liminar em primeira instância, pedindo a imediata apreensão de todas as fitas e gravações mencionadas na reportagem veiculada pelo jornal O Globo, bem como a intimação dos requeridos (Infoglobo, outras empresas, e repórteres) para que se abstivessem de publicar, na imprensa escrita e falada, gravações, fitas ou transcrições relativas à interceptação de ligações telefônicas de Garotinho. O pedido foi baseado na invocação do artigo 5º, X e XII da Constituição³⁰, bem como do artigo 10 da Lei 9296/96³¹ e do artigo 151, § 1º, II do Código Penal³². Esta

³⁰ “Art. 5º. (...)

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

³¹ “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

³² “Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre:

(...)

liminar foi deferida em parte pela juíza de primeira instância, para determinar a conduta dos requeridos conforme o segundo pedido formulado por Garotinho.

Houve agravo da decisão de primeira instância, desprovido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Os agravantes vencidos – isto é, Infoglobo Comunicações Ltda. e outros – interpuseram recurso extraordinário, pedindo que os autos fossem imediatamente remetidos ao STF, considerando inaplicável ao caso o artigo 542, § 3º do Código de Processo Civil³³, que dispõe sobre a retenção do RE interposto contra decisão interlocutória.

Visto que os agravantes vencidos não obtiveram resposta do TJ-RJ sobre a admissibilidade do RE após praticamente oito meses do pedido, apresentaram esta petição ao STF. A petição requereu medida cautelar, para que fossem suspensos os efeitos do acórdão que decidiu o agravo de instrumento, revogando-se a liminar concedida em primeira instância, a fim de que o conteúdo das gravações telefônicas de Garotinho pudesse ser divulgado. Alternativamente, requereu que fosse determinada a imediata remessa do recurso extraordinário, pendente de admissão no TJ-RJ, ao STF, para que nesta corte fosse conhecido e provido.

O Ministro Sepúlveda Pertence indeferiu o pedido de autorização liminar de publicação do conteúdo das gravações telefônicas, e deferiu em parte o segundo pedido formulado pela Infoglobo e outros, determinando o imediato processamento do recurso extraordinário no TJ-RJ, afastada a aplicabilidade do artigo 542, § 3º do CPC. O Ministro Pertence determinou também outras medidas processuais relativas a este caso. Esta decisão foi, então, submetida

II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;"

³³ "Art. 542. (...)
(...)

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões."

ao Plenário do STF, que a referendou por maioria de votos em 18 de setembro de 2002.

3.9.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.9.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio votou pelo deferimento da medida cautelar pleiteada neste caso, não referendando a parte da decisão do Ministro Pertence que indeferiu a autorização liminar de publicação do conteúdo das gravações telefônicas em questão. Esta decisão, na verdade, consiste em duas sub-decisões, quais sejam:

- 1ª) o deferimento parcial do segundo pedido da Infoglobo Comunicações Ltda. e outros, para determinar o imediato processamento do recurso extraordinário no TJ-RJ, afastada a aplicabilidade do artigo 542, § 3º do CPC;
- 2ª) o deferimento do primeiro pedido dos requerentes, concedendo a medida cautelar para sustar os efeitos do agravo recorrido e revogar a liminar deferida na primeira instância em favor de Anthony Garotinho, autorizando, assim, a divulgação das gravações telefônicas em questão.

Para a primeira sub-decisão, o Ministro Marco Aurélio argumenta apenas que pensa ser necessário um “juízo primeiro de admissibilidade, que venha a operar a análise dos pressupostos (...) de recorribilidade (...) para se ter o processamento do extraordinário”. Nesse sentido, coloca-se de acordo com o posicionamento do Ministro-relator Pertence, para o deferimento parcial do segundo pedido dos requerentes, acima referido. Não farei uma análise mais profunda desta primeira decisão, visto que ela trata apenas de questões procedimentais, que fogem ao tema deste trabalho, isto é, a liberdade de expressão.

Feitas essas considerações prévias, passo a apresentar os argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio para chegar à segunda decisão acima referida.

A primeira assertiva que contribui para a decisão em questão é a invocação da superioridade *a priori* da dita liberdade de informação, com base no artigo 220, *caput* e §§ 1º e 2º da Constituição. O ministro destaca a impossibilidade de restrição infraconstitucional deste direito e a vedação da censura política, ideológica e artística. Esta liberdade de informação, para o Ministro Marco Aurélio, consiste em um direito “público, subjetivo e político do cidadão: direito de ser informado”, que possui “relevância e eficácia maior”. O uso da expressão “direito do cidadão” faz parecer estranha a alusão a uma liberdade de informação, que, a princípio, parece ser um direito dos veículos de comunicação: a liberdade de informar. Este ponto será explorado mais adiante.

O ministro constrói a afirmação de preponderância da liberdade do artigo 220 a partir da negação de que haja, neste caso, um conflito real de princípios constitucionais. O Ministro Marco Aurélio refere-se ao conflito (em sua opinião, inexistente) entre o artigo 220 e os incisos V e X do artigo 5º da Constituição³⁴. Nas palavras do ministro, “[s]e analisarmos os incisos do artigo 5º, mencionados no § 1º [do artigo 220], veremos que *a própria Carta confere ênfase maior* ao direito-dever de informar, ao dever-direito de informar, ao direito de ser informado” (sem itálico no original).

É importante assinalar que, ao utilizar as expressões “direito-dever” e “dever-direito” para referir-se à liberdade prevista no artigo 220, o Ministro Marco Aurélio parece considerar essa liberdade como um direito dos leitores perante o jornal envolvido no caso, que teria um *dever* de informar a população sobre as gravações telefônicas de Garotinho. Ao utilizar a expressão “direito de ser informado”, o ministro parece confirmar essa interpretação, considerando haver, no caso, um direito à informação e não propriamente uma liberdade de informar da qual seria titular o veículo de comunicação. Não

³⁴ “Art. 5º (...)

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

obstante, em outra parte do voto, o ministro afirma que a decisão de primeira instância colocou em segundo plano “o que não poderia ser colocado em segundo plano, o *direito de informar* e, mais do que isso, o *direito de a coletividade (...) ser bem informada*” (sem itálicos no original). Faz alusão, portanto, a um direito do qual seriam titulares também os veículos de comunicação. Seria então o referido “direito-dever” um direito e dever do jornal, além de direito da coletividade? Este ponto não fica muito claro no voto do ministro.

A assertiva de que “a própria Carta confere ênfase maior ao direito-dever de informar” pode ser considerada como uma conclusão intermediária (CI₁) deste voto. CI₁ é baseada no argumento (A₁) de que os incisos V e X do artigo 5º se contrapõem à liberdade de informação apenas a partir da ocorrência de ofensa ou dano. Para o Ministro Marco Aurélio, os referidos incisos pressupõem que a informação já ocorreu, assegurando apenas os direitos de resposta e indenização por eventual dano material ou moral. Pelo que o ministro chama de “interpretação sistemática” dos artigos 5º e 220 da CF, conclui pela prevalência *a priori* (CI₁), definida pela própria Constituição, da liberdade de informação, “tal como assegurada no artigo 220”.

É de se notar que o ministro coloca ênfase nos direitos de resposta e indenização, ao invocar os incisos V e X do artigo 5º, e não confere destaque à primeira parte do inciso X, que dispõe o seguinte: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. O Ministro Marco Aurélio cita o inciso em sua integralidade e afirma, logo após, que este inciso dispõe “a partir da ocorrência do dano”, sem fazer alusão à inviolabilidade afirmada na primeira parte do dispositivo.

Um segundo argumento (A₂) apresentado pelo ministro é a crença de que, em relação aos “homens públicos” como Anthony Garotinho, a responsabilidade pelo dano causado no exercício da liberdade de informação apenas surge com a demonstração de malícia, isto é, apenas se foi veiculado “algo sabidamente inverídico” pelo ofensor. O Ministro Marco Aurélio afirma

que esta interpretação “decorre dos dispositivos insertos no rol das garantias constitucionais”, embora não haja referência a “pessoas públicas” nos incisos V e X do artigo 5º da CF.

Para apresentar os próximos argumentos presentes no voto do ministro, considero interessante transcrever o seguinte trecho:

*“Houve a censura prévia judicial, colocando-se, em segundo plano, o que não poderia ser colocado em segundo plano, o direito de informar e, mais do que isso, **o direito de a coletividade, em quadra das mais importantes da vida nacional, ser bem informada**, com os desdobramentos cabíveis, na hipótese de transgressão, de inobservância da necessidade de se veicular **algo que se tem, pelo menos na impressão primeira, como verdadeiro.**”* (Sem negritos no original).

Segundo o trecho transcrito, o Ministro Marco Aurélio considera que o deferimento da liminar em favor de Garotinho, na primeira instância, consistiu em “censura prévia” inadmissível contra o direito de informar (dos veículos de comunicação, ao que parece) e de ser informado (da coletividade). Essa assertiva corrobora o que o ministro afirmou na conclusão intermediária CI₁, a respeito da prevalência da liberdade do artigo 220 da CF. No mesmo parágrafo, no entanto, o ministro faz alusão à “quadra das mais importantes da vida nacional”, isto é, ao período que antecede as eleições. Afirma também, em outros pontos do voto, que Garotinho “se coloca como candidato à Presidência da República” e que “(...) a três semanas das eleições (...) precisamos conhecer o perfil de cada candidato”. Ainda no mesmo parágrafo acima transcrito, o ministro se refere à impressão de que as acusações feitas contra Garotinho são verdadeiras, e à necessidade, decorrente dessa impressão, de que as gravações em questão sejam veiculadas.

O parágrafo transcrito acima apresenta dois novos argumentos. Um deles (A₃) afirma a necessidade de que a coletividade conheça um candidato à Presidência da República, a partir da divulgação das gravações telefônicas envolvendo Garotinho. O outro argumento (A₄) parte da “impressão primeira” – na verdade, uma pressuposição – de que tais gravações veiculam fatos

verdadeiros. A veiculação destes argumentos no mesmo parágrafo em que o Ministro Marco Aurélio afirma a preponderância *a priori* da liberdade de informação (CI₁) desperta uma dúvida: até que ponto as considerações de A₃ e A₄ relacionam-se a CI₁ e contribuem para esta conclusão intermediária? Não se trata de afirmar categoricamente que o convencimento do ministro levou em conta os argumentos A₃ e A₄ ao concluir pela superioridade da liberdade do artigo 220 da CF, mas o modo como A₃, A₄ e CI₁ foram relacionados no mesmo parágrafo contribui para que o surgimento da dúvida aqui apresentada.

Um outro argumento (A₅) apresentado pelo ministro é veiculado pelo seguinte trecho:

"Vislumbro este julgamento como emblemático quanto à liberdade de informação jornalística prevista na Carta da República, no que, mediante 'medidas acuteladoras', possíveis interessados, na ausência de divulgação de matérias, poderão simplesmente lançar mão do Judiciário para que este – que tem, acima de tudo, o dever de tornar prevalecente a Carta da República – exerça uma censura no tocante a certo material."

Como se depreende do trecho acima, o Ministro Marco Aurélio faz uma consideração quanto a possíveis conseqüências de um julgamento desfavorável aos requerentes (Infoglobo e outros), afirmando que um tal julgamento poderia gerar um precedente ensejador de supostas censuras judiciais.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio afirma (A₆) que, em sua opinião, o "interesse coletivo (...), porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual". Não fica claro, no entanto, se essa asserção tem caráter absoluto – isto é, o ministro considera-a aplicável a quaisquer contextos – ou relativo apenas a este caso concreto. A seguinte assertiva colabora para que surja a dúvida: "(...) o *interesse maior* está na elucidação, na divulgação – eu mesmo, como cidadão-eleitor, estou curioso quanto a essas fitas, em que pese a alguns vazamentos já ocorridos, pela imprensa -, da gravação para que se elimine qualquer dúvida quanto ao perfil do candidato." (Sem itálico no original.) Ou seja, o voto não deixa claro se o ministro baseia a preponderância do interesse coletivo no fato de vivermos numa "sociedade

aberta”, ou no contexto deste caso concreto, em que considera necessárias certas elucidacões quanto ao perfil de Anthony Garotinho, na época candidato à Presidência da República.

Arrolados os argumentos referentes à segunda sub-decisão deste voto, é possível apresentar uma síntese no quadro que segue.

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Pressuposição de exercício da liberdade de informação (art. 220, CF) pelos incisos V e X do artigo 5º da CF, que asseguram apenas direitos de resposta e indenização	1. Qual o significado, para o ministro, da expressão “direito-dever”, relacionada ao conteúdo do artigo 220 da CF?
CI ₁	Preponderância <i>a priori</i> , segundo a Constituição, da liberdade de informação (art. 220, CF)	2. Foi considerada, pelo ministro, a primeira parte do inciso X do artigo 5º (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem)?
A ₂	Responsabilidade por dano no exercício da liberdade de informação, em relação a homens públicos, surge apenas se veiculada informação sabidamente inverídica	De que parte dos incisos V e X do artigo 5º decorre essa interpretação?
A ₃	Necessidade de que a coletividade conheça o candidato à Presidência da República, no período que antecede as eleições	Até que ponto esses argumentos relacionam-se a CI ₁ ?
A ₄	Pressuposição de que as gravações veiculam fatos verdadeiros	
A ₅	Julgamento desfavorável aos requerentes pode gerar precedente ensejador de futuras “censuras judiciais”	Não identificadas
A ₆	Preponderância do interesse coletivo sobre o interesse individual	O ministro considera essa preponderância absoluta ou aplicável apenas a este caso concreto?

A partir da sinopse acima apresentada, é possível examinar a independência ou concorrência dos argumentos arrolados para a segunda sub-decisão deste voto.

Como argumento único que fundamenta a conclusão intermediária deste voto, A_1 está necessariamente ligado a CI_1 . Esta conclusão intermediária pode levar independentemente à decisão de autorizar liminarmente a divulgação das gravações em questão, pois assevera a preponderância da liberdade do artigo 220 da CF sem a necessidade de examinar outros elementos do caso concreto.

O argumento A_2 não parece suficiente para levar à decisão do ministro, mesmo porque não apresenta base jurídica para o afastamento da responsabilidade, neste caso, da Infoglobo e outros, tendo fundamento apenas na opinião pessoal do Ministro Marco Aurélio. Parece depender do argumento A_4 , que pressupõe a veracidade dos fatos veiculados pelas gravações telefônicas. Isto porque, se não houvesse o pressuposto de A_4 , não haveria motivo para o Ministro Marco Aurélio descartar a possibilidade de responsabilização dos requerentes, a qual faz depender do conhecimento da inverdade dos fatos veiculados. Por outro lado, o pressuposto veiculado em A_4 poderia ser afirmado mesmo sem a assertiva de A_2 . Nesse sentido, A_2 pode ser considerado argumento concorrente com função de reforço em relação a A_4 e também aos outros argumentos do voto.

Quanto aos argumentos A_3 , A_4 e A_5 , nenhum destes parece suficiente para conduzir independentemente à decisão do ministro. Tais argumentos trazem considerações de caráter meramente pragmático³⁵ que, sem apoio na invocação da liberdade de informação (feita em CI_1), não têm força o bastante para suplantar o direito constitucional previsto no artigo 5º, X, assegurado a Anthony Garotinho – muito embora esse direito não seja considerado como conflitante, no caso, com a liberdade de informação, pelo Ministro Marco Aurélio.

O argumento A_5 faz uma certa alusão à superioridade da liberdade de informação ao alertar sobre o perigo de futuras “censuras judiciais”, mas isto apenas reforça sua falta de independência. A_5 pode, portanto, ser considerado

³⁵ Este ponto será explorado no próximo tópico.

argumento concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos do voto, principalmente em relação a CI_1 .

A_3 e A_4 podem ser concorrentes necessários de A_6 , dependendo da interpretação adotada para este último argumento, o que será analisado a seguir.

O exame da independência ou concorrência do argumento A_6 depende da interpretação adotada, já que o Ministro Marco Aurélio faz considerações que tornam possíveis duas interpretações para este argumento: o interesse coletivo é absolutamente preponderante em relação ao interesse individual, ou é preponderante apenas se levadas em conta as circunstâncias deste caso concreto. Se adotada a primeira interpretação, A_6 pode levar independentemente à decisão do ministro, já que exclui a apreciação do interesse individual de Garotinho em manter o sigilo das gravações telefônicas. Nesse sentido, A_3 e A_4 seriam apenas argumentos concorrentes com função de reforço em relação a A_6 , por não serem independentes, mas tampouco necessários à sustentação deste último argumento. Se adotada a segunda interpretação, A_6 concorre necessariamente com A_3 e A_4 , já que estes últimos trazem elementos de caráter pragmático, inerentes ao caso concreto, que justificam a preponderância, neste contexto, do interesse coletivo. Ainda assim, o conjunto $A_3/A_4/A_6$ não poderia conduzir independentemente à decisão do ministro, uma vez que a invocação do interesse coletivo, sem base em um direito constitucionalmente previsto, como a liberdade do artigo 220, não é suficiente para suplantar outro direito constitucional, como aquele previsto no artigo 5º, X. Portanto, o conjunto $A_3/A_4/A_6$ também concorreria, com função de reforço, com os outros argumentos do voto.

Em suma, o único argumento que parece conduzir definitivamente à decisão do Ministro Marco Aurélio, neste caso, é CI_1 , conclusão baseada em A_1 . Se for adotada uma interpretação no sentido absolutista para A_6 , este argumento também pode levar independentemente à decisão do ministro. Todos os outros argumentos – ou conjuntos de argumentos em concorrência

necessária, conforme a interpretação adotada – concorrem, apenas com função de reforço, com CI_1 (ou com A_6) para a formação dessa decisão.

3.9.2.2. Estratégias argumentativas

Quanto ao argumento A_1 e a conclusão intermediária CI_1 , pode ser verificado o emprego da abordagem absolutizante sobre a liberdade prevista no artigo 220 da CF, já que o Ministro Marco Aurélio trata esta liberdade, também neste caso, como um elemento cuja superioridade é afirmada aprioristicamente pela Constituição. O uso da seguinte expressão: “(...) colocando-se, em segundo plano, o que não poderia ser colocado em segundo plano, o direito de informar e (...) o direito de a coletividade (...) ser bem informada”, principalmente, colabora para que se confirme o emprego dessa estratégia.

O argumento A_3 apresenta o emprego da pragmaticidade em sentido amplo, pois faz referência a elementos fáticos que possuem função persuasiva, ainda que de mero reforço, para a decisão do ministro. Esses elementos são a proximidade das eleições e o fato de Anthony Garotinho ser candidato à Presidência da República, indivíduo que a coletividade, segundo o Ministro Marco Aurélio, tem o interesse de conhecer melhor.

Na veiculação do argumento A_4 pode-se verificar uma pressuposição fática, pois o ministro, ao afirmar que as gravações deste caso veiculam fatos verdadeiros “na impressão primeira”, na verdade já pressupõe que as acusações contra Garotinho são procedentes. Se não houvesse essa pressuposição, a reforçar o interesse coletivo que o ministro supõe haver na divulgação das gravações, não haveria motivo para afirmar, no voto, uma “impressão” de que os fatos apresentados nas gravações são verdadeiros.

Quanto ao argumento A_5 , o ministro utiliza a estratégia da pragmaticidade em sentido estrito, pois evoca, com intenção persuasiva, possíveis conseqüências de um julgamento desfavorável à empresa Infoglobo Comunicações Ltda. e outros requerentes.

O Ministro Marco Aurélio também lança mão, em alguns momentos, de lugares-comuns neste voto. Esta estratégia é observável, em primeiro lugar, na classificação da liberdade de informação como “direito-dever”, e como direito “público, subjetivo e político”, na veiculação da conclusão CI₁. As expressões *direito subjetivo*, *direito público*, *direito político* e *direito-dever*, embora polissêmicas, são de uso corrente no meio jurídico e, portanto, seu emprego adiciona valor persuasivo à invocação da liberdade de informação.

Outro lugar-comum empregado pelo ministro neste voto consiste no termo “censura” ou na expressão “censura prévia”, ao serem veiculados o argumento A₅ e a conclusão CI₁. Os seguintes trechos colaboram para esclarecer este ponto:

*“Na espécie dos autos, (...) [pretendeu-se] a veiculação dessas fitas [envolvendo Garotinho], que poderia gerar responsabilidade. Voltamos, no entanto, a uma era anterior e passamos a ter, no cenário jurídico, algo de malefício, de conseqüências mais danosas do que aquelas que vivenciamos no passado, em que se processava a censura prévia, administrativa. **Houve a censura prévia judicial**, colocando-se, em segundo plano, o que não poderia ser colocado em segundo plano, o direito de informar (...).”* (Sem negrito no original.)

*“(...) mediante ‘medidas acauteladoras’, possíveis interessados, na ausência de divulgação de matérias, poderão simplesmente lançar mão do Judiciário para que este (...) exerça uma **censura** no tocante a certo material.”* (Sem negrito no original.)

Como se depreende dos excertos acima, o Ministro Marco Aurélio utiliza-se estrategicamente da polissemia do termo “censura” ou da expressão “censura prévia” para cunhar o conceito de *censura prévia judicial*, estendendo a idéia de censura para além da atividade administrativa do Estado. O lugar-comum “censura” ou “censura prévia”, com o novo sentido empregado pelo ministro, tem o aparente significado de limitação judicial cautelar – isto é, decisão provisória que prescinde da oitiva da parte contrária – à liberdade do artigo 220 da Constituição. Assim, o ministro vale-se da carga valorativa negativa inerente a “censura prévia” para criticar o deferimento da liminar, em

primeira instância, que impediu a divulgação das gravações que envolviam Anthony Garotinho.

O voto apresenta, ainda, a utilização da expressão “interpretação sistemática” como lugar-comum que parece ter a função de legitimar, argumentativamente, o procedimento realizado pelo Ministro Marco Aurélio ao interpretar os incisos V e X do artigo 5º da CF. A polissemia do lugar-comum é utilizada no sentido de que o ministro não necessariamente remete ao conjunto normativo da Constituição (como freqüentemente se procede na aplicação da interpretação sistemática), mas sim à própria redação dos incisos referidos, lidos conjuntamente. A esse respeito, é digno de nota o seguinte trecho:

*“Se analisarmos **os incisos do artigo 5º**, mencionados no § 1º, veremos que a própria Carta confere ênfase maior ao direito-dever de informar, ao dever-direito de informar, ao direito de ser informado.*

(...)

*A **interpretação sistemática** desses dispositivos leva-me a concluir que há de prevalecer a informação, tal como assegurada no artigo 220 da Constituição Federal (...).” (Sem negritos no original.)*

Ao referir-se a Anthony Garotinho como “homem público”, o Ministro Marco Aurélio também utiliza um lugar-comum. Essa expressão tem significado bastante variável e, neste voto, é empregada estrategicamente com o sentido de “candidato à Presidência da República”. O emprego da fórmula “homem público” com essa carga semântica possibilita que o ministro decida pelo deferimento da medida cautelar requerida pela Infoglobo e outros, com o auxílio dos argumentos A₂, A₃, A₄ e A₆.

Por fim, ao veicular o argumento A₆, o ministro lança mão do lugar-comum “interesse coletivo”, fórmula também polissêmica, cujo sentido para o Ministro Marco Aurélio não fica claro neste caso concreto. Como já apontado anteriormente, neste voto, a expressão “interesse coletivo” pode tanto ter um sentido indefinido, mas com preponderância absoluta sobre interesses individuais, quanto um sentido definido (necessidade de que a coletividade

conheça o “homem público” sobre o qual recaem certas acusações) e aplicável somente a este caso concreto.

3.10. Caso Ellwanger

Habeas corpus nº 82.424-2 (Rio Grande do Sul)

Relator: Ministro Moreira Alves

3.10.1. Síntese do caso

Este caso tem como figura principal Siegfried Ellwanger Castan, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda. A empresa de S.E. Castan editou e comercializou certas obras, de autoria do paciente no *habeas corpus* a seguir analisado e de outros autores nacionais e estrangeiros, com os seguintes títulos: *Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*, de S.E. Castan; *O judeu internacional*, de Henry Ford; *A história secreta do Brasil, Brasil colônia de banqueiros* e *Os protocolos dos sábios de Sião*, de Gustavo Barroso; *Hitler – culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; e *Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko.

Em decorrência da publicação e comercialização das obras acima referidas, o paciente deste HC foi denunciado pelo crime tipificado no artigo 20, *caput*, acrescido à Lei nº 7.716/1989 pela Lei nº 8.081/1990, que dispõe o seguinte:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 2º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.”

A denúncia, segundo o voto do Ministro-relator Moreira Alves, afirmava que as obras acima referidas continham “mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, com o objetivo de “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.

Essa denúncia foi julgada improcedente na primeira instância. O Ministério Público apresentou recurso ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que o proveu para condenar o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e também com a destruição do material apreendido.

Foi impetrado, então, *habeas corpus* em favor de Ellwanger perante o Superior Tribunal de Justiça. O STJ não concedeu a ordem, confirmando o entendimento de que Ellwanger teria praticado crime de racismo, imprescritível em decorrência do artigo 5º, inciso XLII da Constituição. Por conseguinte, impetrou-se este HC, que substituiu o recurso ordinário e apontou o STJ como autoridade coatora, perante o STF.

Segundo o relatório do Ministro do STF Moreira Alves, a defesa de Ellwanger negou que este tivesse praticado racismo por meio da escrita e publicação das obras acima, de modo que, ainda que o conteúdo dessas obras fosse considerado discriminatório, o crime seria de “discriminação contra o povo judeu” e não “discriminação racial”. Portanto, segundo a defesa, não haveria crime imprescritível no caso. Não havendo imprescritibilidade, constitucionalmente prevista para o crime de racismo, deveria incidir neste caso a prescrição da pretensão punitiva, já que o paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão, com *sursis*, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

Este HC foi indeferido, por maioria de votos, em 17 de setembro de 2003.

3.10.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

Antes de passar à análise de argumentação propriamente dita, considero oportuna uma pequena digressão a respeito deste voto do Ministro Marco Aurélio.

O voto do ministro para este HC é o voto mais longo dentre os examinados neste trabalho – possui 68 páginas, contra uma média de 4,16 páginas dos outros votos. A extensão deste pronunciamento possivelmente se deve ao fato de que, dentre os votos examinados nesta monografia, este é o único pronunciamento do Ministro Marco Aurélio feito após um pedido de vista dos autos. Some-se a isso a importância que foi dada ao caso Ellwanger pelos ministros do STF e também pela mídia, haja vista a delicada questão com que tiveram de lidar: o conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu, envolvendo uma série de elementos de difícil definição e tangibilidade, como a extensão semântica do tipo penal “racismo”, o potencial da obra de Ellwanger para atingir concretamente a dignidade e a honra dos judeus, entre outros.

Apesar de este voto ser extenso, diversas passagens podem ser consideradas como *obiter dicta*. Procurarei, portanto, identificar com concisão os argumentos que parecem efetivamente ter levado à decisão do Ministro Marco Aurélio para este HC.

3.10.2.1. Estrutura da argumentação

O Ministro Marco Aurélio concedeu este *habeas corpus*, para retirar do paciente a condenação por crime de racismo, outrora confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro argumento (A_1) apresentado pelo ministro é a constatação do papel essencial que a liberdade de expressão (em sentido amplo) possuiu e

possui em diversas declarações de direitos e Constituições do mundo ocidental. Nesse sentido, o ministro também 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”. Faz alusão à Declaração de Direitos de Virgínia (1776); à Primeira Emenda (1791) da Constituição dos EUA (1787); à Declaração dos Direitos do Homem (França, 1789); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (promulgada pela Assembléia Geral da ONU em 1948); e o Pacto de São José da Costa Rica.

O segundo argumento (A₂) deste voto consiste na afirmação do caráter fundamental da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito, tanto como elemento constitutivo quanto como manifestação concreta deste último. O Ministro Marco Aurélio argumenta, em síntese, que a liberdade de expressão tem uma “dimensão eminentemente social”, é um valor instrumental para a consolidação de uma sociedade democrática e plural. O ministro apresenta algumas razões³⁶ que ilustram a função democrática da liberdade de expressão:

- possibilidade de participação no processo político sem receio de contrariar-se a opinião estatal ou majoritária;
- construção da tolerância no seio da coletividade;
- controle do poder político e econômico;
- garantia da diversidade de opiniões, inclusive das minoritárias, como meio para a construção de uma “convicção soberana, livre e popular” que abarque grande número de possibilidades e alternativas.

A garantia da manifestação de opiniões minoritárias é bastante frisada pelo ministro como aspecto essencial à consolidação de uma sociedade democrática. Isso ocorre principalmente porque, neste caso concreto, está envolvido o que o Ministro Marco Aurélio chama de opinião minoritária: uma

³⁶ Não considerei essas razões como argumentos independentes, porque o Ministro Marco Aurélio parece tê-las elencado como motivos exemplificativos e não como argumentos taxativos para a construção do argumento A₂.

obra de revisionismo histórico, de autoria de Ellwanger, que negava que os judeus tivessem sido vítimas do Holocausto.

Uma terceira asserção é feita pelo ministro no sentido de que “não se pode, em regra, limitar conteúdos”, mas apenas formas de manifestação do pensamento, no exercício da liberdade de expressão. Essa asserção pode ser considerada como conclusão intermediária (CI₁), para a qual concorrem necessariamente os seguintes argumentos:

- A₃: para o Ministro Marco Aurélio, a liberdade de expressão “não pode ser caracterizada como um direito absoluto”;
- A₄: a dita “censura de conteúdo” é realizada de acordo com o pensamento minoritário, o que vai contra a possibilidade de manifestação das minorias a que o ministro faz referência no argumento anterior;
- A₅: a opinião manifestada de maneira “exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente”, independentemente de seu conteúdo, caracteriza abuso da liberdade de expressão, única hipótese em que esta pode ser restringida em seu exercício.

Há uma outra conclusão intermediária (CI₂) neste voto, que consiste na assertiva de que as obras constantes da denúncia não são aptas a causar perigo real à dignidade do povo judeu. Na opinião do Ministro Marco Aurélio, o meio empregado – livro – para a divulgação dessas obras não representou uma “afrota violenta contra essa dignidade”. A inexistência da prática de racismo pelo paciente, afirmada no final do voto, parece encaixar-se no conteúdo desta conclusão intermediária, se bem que, em CI₂, o ministro pareça sustentar que Ellwanger não cometeu crime de qualquer espécie. Para CI₂, concorrem necessariamente os argumentos A₆, A₇, A₈, A₉ e A₁₀, que seguem.

Decorre do voto o argumento implícito (A₆) de que, para o Ministro Marco Aurélio, o abuso da liberdade de expressão não é ilícito verificável pela conduta isolada do agente, mas constata-se a partir dos seguintes elementos: "(...) quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos *riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade*" (sem itálico no original). Isto é, para o ministro, deve haver a verificação do impacto concreto causado, pelas obras constantes da denúncia, sobre a honra de possíveis vítimas – integrantes do povo judeu.

Segundo o argumento A₇, o ministro afirma não ter encontrado, no livro *Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*, manifestações que induzissem "o preconceito odioso no leitor" contra os judeus. O ministro encontra neste livro apenas a defesa de uma ideologia, de uma versão dos fatos históricos.

De acordo com o argumento A₈, "(...) o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade", isto é, o livro não tem o poder de isoladamente transformar uma sociedade que não possua tendência a aceitar as idéias veiculadas.

Segundo o argumento A₉, para o ministro, o Brasil não possui os "pressupostos sociais e culturais" para que as obras em questão representem uma ameaça real de disseminação de idéias discriminatórias contra os judeus. Na opinião do ministro, não há indícios, na História brasileira, de "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."

O ministro faz alusão à "natureza" da sociedade brasileira, que pensa ser livre deste "legado discriminatório", não obstante circunstâncias esporádicas que possam ter consistido em discriminação aos judeus. A seguinte afirmação também é empregada para corroborar este argumento: "(...) 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 (...)”.

Para o argumento A_{10} , o Ministro Marco Aurélio afirma que os livros de Gustavo Barroso, publicados pela editora de Ellwanger, tiveram publicação desde 1934 e nunca foram objeto de censura, nem causaram qualquer predisposição popular à discriminação contra os judeus.

O próximo argumento que o ministro apresenta neste voto é a preponderância, neste caso concreto, do direito à liberdade de expressão do paciente sobre o direito à dignidade do povo judeu. Este argumento é na verdade uma conclusão intermediária (CI_3), à qual o ministro chega por concorrência necessária dos argumentos A_{11} e A_{12} , abaixo expostos.

De acordo com o argumento A_{11} , “(...) não é correto fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral”. Para o ministro, a colisão de direitos fundamentais em questão necessita de “uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia”.

É interessante notar que este argumento contraria o posicionamento do Ministro Marco Aurélio em certos acórdãos referidos neste trabalho (por exemplo, o caso *O Globo versus Garotinho* e o caso das gravações na propaganda eleitoral), em que o ministro afirma uma preponderância *a priori* da liberdade de expressão sobre outros direitos.

O ministro emprega o chamado princípio da proporcionalidade para chegar ao conteúdo do argumento A_{12} , e realizar a ponderação de valores referida em A_{11} , com base em certos autores a que faz referência (J. J. Canotilho, Paulo Bonavides, Robert Alexy, entre outros).

A partir da aplicação desse princípio³⁷, o Ministro Marco Aurélio argumenta pela desproporcionalidade, em sentido amplo, da condenação do paciente. Em primeiro lugar, afirma a falta de adequação da condenação do paciente para acabar com o risco de se incitar a discriminação contra os judeus, porque, segundo a conclusão intermediária CI₂, o ministro considera esse risco inexistente. Considera também não haver necessidade de condenação no caso, pois, se o fim almejado é evitar a discriminação, a falta de adequação da condenação leva à “escolha do meio mais suave”, que é o deferimento do *habeas corpus*. Por fim, o ministro considera a condenação desproporcional, em sentido estrito, porque, haja vista a conclusão CI₂, tal conclusão parece-lhe carecer de razões suficientes que a justifiquem com base no interesse público.

Nesse último aspecto, o ministro ressalta a desproporcionalidade, em sua opinião, de se responsabilizar um indivíduo pelo conteúdo discriminatório de obras de outros autores, e afirma que isto “enseja um precedente perigosíssimo”.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio apresenta outra conclusão intermediária (CI₄), que consiste na afirmação da prescrição da pretensão punitiva no caso, nos termos da defesa de Ellwanger. Esta conclusão intermediária apóia-se nas sub-conclusões e argumentos a seguir, que concorrem necessariamente para CI₄.

O Ministro Marco Aurélio afirma que a imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal deve ser interpretada de modo estrito. Esta é uma sub-conclusão intermediária (CI_{4.1}), para a qual concorrem necessariamente os seguintes argumentos:

- A₁₃: a imprescritibilidade criminal é uma exceção a um direito fundamental;

³⁷ Para uma crítica ao uso do termo “princípio” na expressão “princípio da proporcionalidade”, cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, n. 798, pp. 23-50, 2002.

- A₁₄: os direitos fundamentais, por fazerem parte da estrutura de um Estado democrático, devem ser interpretados de maneira abrangente, “de modo a compreender as exceções a esse sistema [de direitos fundamentais] de *maneira rigorosamente estrita*” (sem itálico no original).

Já de acordo com a sub-conclusão CI_{4.2}, o ministro considera que a interpretação estrita a ser adotada para a imprescritibilidade do crime de racismo é a delimitação semântica deste tipo em “discriminação contra negros”. Para chegar a CI_{4.2}, o ministro argumenta (A₁₅) que nos Anais da Constituinte não há nenhuma menção à discriminação contra judeus, mas apenas à discriminação contra negros, no âmbito da discussão sobre a criminalização do racismo.

É interessante observar que, na verdade, o Ministro Marco Aurélio adota uma interpretação estrita para o termo “racismo”, sob a argumentação de que está interpretando de modo estrito a imprescritibilidade atrelada ao crime de racismo. A bem da verdade, seria difícil ater-se literalmente a uma “interpretação estrita da imprescritibilidade” – será que o termo imprescritibilidade em si, bastante técnico no âmbito da dogmática penal, comporta um sentido amplo e um sentido estrito? O sentido não seria unicamente “impossibilidade de se extinguir a punibilidade de um certo agente”? Ao declarar a necessidade de se interpretar estritamente a imprescritibilidade, conforme a sub-conclusão CI_{4.1}, o Ministro Marco Aurélio utiliza um conteúdo argumentativo, na verdade, nulo, que não expõe motivos sobre a interpretação efetivamente realizada – a que incidiu sobre o termo *racismo*.

Enfim, por um argumento implícito (A₁₆) que decorre do próprio caso e é necessário para o fechamento de CI₄, o ministro leva em conta o fato de que Ellwanger não praticou discriminação contra negros; quando muito, incitou a

discriminação contra judeus³⁸. Assim, a partir da interpretação estrita do tipo “racismo”, acima identificada, o ministro conclui pela prescritibilidade da pretensão punitiva no caso, já que, em sua opinião, não houve crime de racismo.

A partir dos argumentos arrolados acima, é possível apresentar o quadro sinótico a seguir.

Símbolo	Argumento
A ₁	Essencialidade da liberdade de expressão e repúdio à censura nas declarações de direitos e Constituições do mundo ocidental
A ₂	Liberdade de expressão (principalmente das minorias) como elemento essencial e manifestação concreta do Estado Democrático de Direito
A ₃	Relatividade do direito à liberdade de expressão
A ₄	Censura de conteúdo como manifestação do pensamento majoritário
A ₅	Abuso da liberdade de expressão como manifestação exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente
CI ₁	Possibilidade de limitação de formas e não conteúdos no exercício da liberdade de expressão
A ₆	A verificação do abuso da liberdade de expressão deve ser feita a partir do impacto concreto sobre a honra das vítimas
A ₇	O livro <i>Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século</i> expõe uma versão ideológica dos fatos históricos, não uma incitação ao ódio ou discriminação
A ₈	Um livro não tem o poder de isoladamente transformar uma sociedade que não possua tendência a aceitar as idéias veiculadas
A ₉	Inexistência, no Brasil, de pressupostos sociais e culturais para que as obras em questão representem ameaça de disseminação de idéias discriminatórias contra os judeus
A ₁₀	Livros de Gustavo Barroso nunca foram censurados nem causaram predisposição popular à discriminação contra judeus
CI ₂	Inaptidão das obras constantes da denúncia para causar perigo à dignidade do povo judeu
A ₁₁	A colisão entre liberdade de expressão e dignidade do povo judeu necessita de ponderação dos valores em jogo e exame das circunstâncias do caso concreto
A ₁₂	Desproporcionalidade, em sentido amplo, da condenação do paciente
CI ₃	Preponderância, neste caso, do direito à liberdade de expressão do

³⁸ Não obstante, o ministro também nega que tenha havido crime de discriminação contra judeus, no caso. Este ponto será explorado mais adiante.

	paciente sobre o direito à dignidade do povo judeu
A ₁₃	A imprescritibilidade criminal é uma exceção a um direito fundamental
A ₁₄	Exceções a direitos fundamentais devem ser interpretadas de modo estrito
CI _{4.1}	A imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal deve ser interpretada de modo estrito
A ₁₅	Ausência de menção à discriminação contra judeus nos Anais da Constituinte
CI _{4.2}	Delimitação semântica do tipo "racismo" em "discriminação contra negros"
A ₁₆	Ausência de discriminação contra negros no caso
CI ₄	Prescrição da pretensão punitiva no caso

Pelo que decorre da sinopse acima, os argumentos e conclusões intermediárias que levam diretamente à decisão do Ministro Marco Aurélio, no caso, são A₁, A₂, CI₁, CI₂, CI₃ e CI₄.

Primeiramente, são necessárias algumas palavras quanto à concorrência ou independência dos argumentos formadores de conclusões intermediárias ou de sub-conclusões. Penso que, a partir do que já foi exposto na parte inicial deste tópico e na sinopse acima, é possível afirmar que, para as conclusões intermediárias CI₁, CI₃ e CI₄ e para as sub-conclusões CI_{4.1} e CI_{4.2}, os argumentos formadores são concorrentes necessários. Em todos esses casos, todos os argumentos formadores parecem depender entre si para conduzir às respectivas conclusões.

No caso da conclusão intermediária CI₂, não parece haver concorrência necessária entre todos os argumentos. A conclusão intermediária pode ser atingida tanto pela combinação (em concorrência necessária) dos argumentos A₆ e A₇, quanto pela combinação (também em concorrência necessária) dos argumentos A₆, A₈ e A₉. Se for adotado qualquer desses conjuntos de argumentos para conduzir a CI₂, todos os outros argumentos relacionados a essa conclusão concorrem, com o conjunto escolhido, com função de reforço.

Passo, então, ao exame da concorrência ou independência dos argumentos e conclusões A₁, A₂, CI₁, CI₂, CI₃ e CI₄.

A conclusão intermediária CI_4 parecem ser apta a conduzir independentemente à decisão do Ministro Marco Aurélio neste caso, pois a constatação da prescrição de punibilidade foi feita apenas a partir do argumento A_{13} em diante. CI_4 prescinde, portanto, de todos os outros argumentos para levar à decisão de deferimento do HC. Na verdade, CI_4 parece guardar até mesmo uma relação de excludência com CI_2 . Esta última conclusão intermediária acaba negando a prática de crime no caso, visto que afirma a ausência de violação à dignidade do povo judeu. CI_4 , ao afirmar a prescrição da punibilidade do paciente, parte do pressuposto de que houve crime de discriminação, embora não tenha havido racismo. A presença dessas duas conclusões intermediárias no mesmo voto, embora não pareça ser contraditória em uma primeira leitura, acaba enfraquecendo consideravelmente a consistência da argumentação do Ministro Marco Aurélio, após uma leitura mais atenta de seu voto.

O ministro parece ter usado uma estratégia que faz lembrar um recurso típico da advocacia, acostumada a seguir a regra da eventualidade, segundo a qual compete ao réu alegar *toda* a matéria da defesa no momento da contestação, expondo todos os pontos possíveis (ainda que possivelmente contraditórios), para que haja maiores probabilidades de acatamento da defesa pelo juiz. Entretanto, a relação de excludência que parece haver entre CI_2 e CI_4 , numa decisão judicial, apenas colabora para que haja incerteza quanto aos reais motivos que conduziram à decisão tomada pelo ministro neste caso.

CI_1 e CI_2 parecem concorrer necessariamente para a decisão deste caso, já que da primeira decorre a necessidade de se verificar a forma pela qual o paciente veiculou suas idéias, e fazendo essa verificação, o Ministro Marco Aurélio chega à conclusão CI_2 . A partir de CI_2 , conforme já apontado acima, é possível afastar a existência de crime no caso, o que é suficiente para a concessão do HC; portanto, o conjunto CI_1/CI_2 é apto a conduzir independentemente à decisão do caso.

CI₃, à primeira vista, parece também levar independentemente à decisão final do ministro, pois afirma a preponderância, no caso, da liberdade de expressão de Ellwanger. Entretanto, é necessário lembrar que essa conclusão somente foi tomada a partir do que foi afirmado em CI₂: na aplicação do princípio da proporcionalidade, a condenação de Ellwanger apenas não foi considerada adequada, necessária ou proporcional em sentido estrito porque o ministro considerou não haver risco, no caso, de violação à dignidade do povo judeu. Assim, CI₃ pode ser considerada um argumento concorrente com função de reforço em relação aos argumentos que definitivamente conduzem à decisão do caso: o conjunto CI₁/CI₂, ou a conclusão CI₄.

Os argumentos A₁ e A₂ tampouco parecem levar independentemente à decisão do ministro neste caso, principalmente por causa da afirmação, no âmbito da conclusão intermediária CI₁, de relatividade do direito à liberdade de expressão (A₃). Parecem ser, portanto, também argumentos concorrentes com função de reforço em relação ao conjunto CI₁/CI₂ ou a CI₄.

A partir da análise estrutural acima empreendida, é interessante notar que, ao contrário do que foi verificado em outros casos analisados anteriormente, a essencialidade da liberdade de expressão ou sua preponderância como direito, conforme o que veiculado nos argumentos A₁ e A₂ e na conclusão CI₃, não cumpriram um papel decisivo para o desfecho da argumentação do Ministro Marco Aurélio. A liberdade de expressão, apesar de ter sido exaustivamente invocada e explorada neste voto, aparece atrelada a argumentos que possuem meramente função de reforço.

3.10.2.2. Estratégias argumentativas

Em primeiro lugar, em diversos pontos deste voto, é possível identificar o emprego de argumentos de autoridade, isto é, o reforço de alguns argumentos utilizados pelo ministro por meio da remissão a pronunciamentos de outras pessoas ou órgãos. O Ministro Marco Aurélio reporta-se a estudiosos do direito e a tribunais constitucionais de outros países, notadamente no momento de emprego do argumento A₁₂ (uso do princípio da

proporcionalidade). Há outros momentos em que o ministro utiliza a estratégia do *argumento de autoridade*, mas penso que este é o mais ilustrativo de todos.

Ao afirmar a necessidade da ponderação de valores e empregar o princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio reporta-se ao teórico alemão Robert Alexy e afirma que o referido princípio é um “mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais (...) amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo”. Cita, então, os exemplos da Corte Constitucional espanhola e da Suprema Corte dos EUA.

Há uma parte do voto do ministro dedicada unicamente à citação de casos envolvendo a liberdade de expressão, examinados por cortes constitucionais de outros países: Alemanha, EUA, Espanha. Segundo o voto, na maioria desses casos, as cortes decidiram pela prevalência da liberdade de expressão com base nas circunstâncias do caso concreto, realizando uma ponderação de valores.

Este voto também apresenta o emprego da pragmaticidade em sentido amplo, em dois momentos. Em um primeiro momento, ao veicular os argumentos A_9 e A_{10} , o ministro utiliza a pressuposição fática de que nunca houve, no Brasil, tendências discriminatórias consideráveis contra os judeus, e de que os livros de Gustavo Barroso “nunca causaram qualquer predisposição social [discriminatória] no Brasil”. Em um segundo momento, o ministro mostra-se preocupado com as conseqüências da decisão do STF sobre este HC, afirmando que a responsabilização de um indivíduo pelo conteúdo discriminatório de obras de outros autores ensejaria “um precedente perigosíssimo”. Neste ponto, utiliza a pragmaticidade em sentido estrito.

Por fim, é possível identificar o uso de lugares-comuns neste voto, em relação às expressões “princípio da proporcionalidade” e “liberdade de expressão”. Como já apontado acima, essas expressões estão atreladas a

argumentos que não são essenciais à decisão do Ministro Marco Aurélio neste caso, mas têm apenas função de reforço. Assim, o princípio da proporcionalidade é invocado como lugar-comum de reforço persuasivo para o argumento A₁₂, bem como a própria liberdade de expressão, que cumpre a mesma função para o voto como um todo, nos diversos momentos em que é invocada.

3.11. Caso Law Kin Chong e CPI da Pirataria

Medida cautelar em mandado de segurança nº 24.832-7 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Cezar Peluso

3.11.1. Síntese do caso

Este mandado de segurança foi impetrado, com pedido de liminar, por Law Kin Chong, empresário chinês naturalizado brasileiro³⁹. Segundo o relatório do Ministro Cezar Peluso, o impetrante havia sido intimado a comparecer, “sem que ficasse esclarecida a sua condição de depoente ou envolvido como indiciado”, para depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, cujo escopo era a investigação de fatos relacionados com pirataria de produtos industrializados e sonegação fiscal.

Law Kin Chong já havia formulado pedido de liminar em outro MS, para que a referida CPI não permitisse que seu depoimento fosse televisionado, em proteção a seu direito de imagem. Não obstante, apesar do deferimento desse primeiro pedido de liminar, o depoimento do impetrante foi ao ar na TV Câmara. Visto que deveria depor novamente, Law Kin Chong requereu, neste MS, a concessão de nova medida cautelar, idêntica à anterior, com a extensão da proibição à TV Câmara, para que esta não transmitisse o depoimento do impetrante.

³⁹ Informação retirada da notícia “Ministros do STF discutem direito de imagem e direito à informação ao julgarem MS de Law Kin Chong”, disponível no sítio do STF, em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62408&caixaBusca=N>. Acesso em 4 de novembro de 2007.

O Ministro Cezar Peluso concedeu a medida cautelar, estendendo a interdição à TV Câmara; no entanto, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente da CPI da Pirataria requereram consideração da liminar. Nessa oportunidade, o ministro-relator levou a medida cautelar à consideração do Plenário do STF. A corte referendou, por maioria de votos, a concessão da liminar pelo relator, em 18 de março de 2004.

3.11.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.11.2.1. Estrutura da argumentação

Neste voto, o Ministro Marco Aurélio não explicita sua decisão em concessão ou não-concessão da liminar, mas afirma divergir do ministro-relator e apresenta uma argumentação inteiramente tendente à não-concessão da medida. Disto decorre implicitamente a decisão de indeferimento da liminar, o que pode ser confirmado pelo extrato de ata de julgamento deste acórdão.

O primeiro argumento (A₁) apresentado é a invocação do princípio da publicidade como regente da administração pública (gênero), compreendida neste termos a atuação do Congresso. Nas palavras do ministro, "(...) a atuação do Parlamento é aberta, devendo ser acompanhada pela sociedade brasileira" por meio da "imprensa escrita, falada, televisada". Apesar de não haver referência expressa no voto, o ministro parece remeter ao artigo 37, *caput* da Constituição⁴⁰. Portanto, não caberia a proibição almejada pelo impetrante no pedido de liminar.

O segundo argumento (A₂) deste voto consiste numa afirmação que dá continuidade ao argumento A₁:

"Não consigo imaginar um ato que obstaculize a divulgação da atividade desenvolvida por qualquer Casa Legislativa, muito menos (...) partindo do próprio Judiciário, ou seja, o Judiciário interferindo na Casa para ditar certas regras."

⁴⁰ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)"

Isto é, além de invocar o princípio da publicidade, para os atos da Câmara dos Deputados neste caso, o Ministro Marco Aurélio considera que o Judiciário não deve interferir nestes atos para fixar regras sobre sua condução.

O terceiro argumento (A₃) presente no voto é veiculado pela asserção de preponderância *a priori* da liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV da CF) e da liberdade de informação (artigo 220, *caput* e §§ 1º e 2º da CF), sobre a proteção à intimidade do impetrante. O Ministro Marco Aurélio argumenta, de modo similar ao que afirmou no caso *O Globo versus Garotinho*, que a legislação prevê a penalização de afrontas à imagem do indivíduo por meio da responsabilidade civil e penal – posterior, na visão do ministro, ao exercício da liberdade de informação. Afirma, portanto, que o conflito entre as liberdades referidas e a intimidade do impetrado é aparente, pois a solução seria dada *a priori* pela ordem jurídica.

O Ministro Marco Aurélio não indica, no entanto, de quais normas jurídicas específicas retira a prevalência apriorística das liberdades envolvidas no caso, diferentemente do que apresenta no caso *O Globo versus Garotinho*.

O ministro afirma, também, que a liberdade de informação é um “direito subjetivo político do cidadão”, que consiste em atividade da imprensa “em prol não de si própria, mas em prol dos cidadãos, do povo brasileiro”. Nesse sentido, não se poderia, nas palavras do ministro, “implementar uma censura e obstaculizar a própria informação”. Nesse sentido, o ministro deixa mais claro o que considera como liberdade de informação – um direito dos cidadãos e não propriamente da imprensa⁴¹ -, sanando, para este caso, uma dúvida que foi encontrada no caso *O Globo versus Garotinho*.

O quarto argumento (A₄) deste voto consiste na asserção de que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual. Nas palavras do Ministro

⁴¹ Certamente se poderia argumentar que o ministro não afasta a possibilidade de haver um direito da imprensa à liberdade de informação, mas afirma que é um direito *exercido em prol dos cidadãos*. De qualquer modo, o Ministro Marco Aurélio parece colocar o enfoque em *direito dos cidadãos*, sendo irrelevante para seu voto a situação da imprensa – se esta tem direito ou dever de informar.

Marco Aurélio, "(...) vejo aqui, como a estampar o coletivo, o interesse da sociedade em geral em acompanhar os trabalhos do Parlamento, os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito", interesse que deveria prevalecer sobre o interesse individual de Law Kin Chong em preservar sua imagem.

Outro argumento (A₅) apresentado é a afirmação da "dificuldade de se impor a decisão proferida", da "impossibilidade quase que física de tornar prevacente o pronunciamento judicial". Provavelmente, o Ministro Marco Aurélio refere-se, ao apresentar este argumento, à notícia – encaminhada ao relator por petição do impetrante – de que os membros da CPI da Pirataria estariam tentando descumprir a liminar concedida pelo Ministro-relator Cezar Peluso⁴². Este argumento parece ser usado pelo ministro para reforçar o argumento A₃. Após afirmar a referida dificuldade de impor a decisão, o ministro aduz: "(...) porque, sob a minha óptica, ela [a decisão] discrepa da ordem constitucional em vigor, da liberdade de informação, da liberdade de expressão, da liberdade de veiculação de fatos".

Arrolados os argumentos deste voto, apresento a síntese no quadro abaixo.

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Invocação do princípio da publicidade	Não identificadas
A ₂	Impossibilidade de interferência do Judiciário em atos internos da Câmara dos Deputados	Não identificadas
A ₃	Preponderância <i>a priori</i> da liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, CF) e da liberdade de informação (artigo 220, CF)	De quais normas jurídicas específicas o ministro retira essa preponderância?
A ₄	Prevalência do interesse coletivo sobre o individual	Não identificadas

⁴² Segundo o Ministro Cezar Peluso, o impetrante apresentou petição que continha o seguinte trecho: "*Decidiu [a Câmara dos Deputados] (...) que a liminar deferida por este Eminentíssimo Ministro não tem validade naquela casa. Mais do que isso, está tentando, sob pena de prisão, levar o impetrante ao Plenário, com todas as câmeras, gravadores, máquinas e seus respectivos operadores a postos. Está efetivamente descumprindo a liminar concedida, empregando, inclusive, força bruta para obrigar o impetrante a depor naquelas condições.*"

A ₅	Dificuldade de se impor a decisão de concessão da liminar	Não identificadas
----------------	---	-------------------

Passo, então, ao exame da concorrência ou independência dos argumentos acima para a decisão deste voto.

O argumento A₁ não parece conduzir independentemente à decisão do ministro, uma vez que a invocação do princípio da publicidade não parece suficiente, se isoladamente considerada, para afastar a incidência do direito à imagem do impetrante. Adoto esta linha de pensamento, principalmente porque a liminar concedida pelo relator não proibiu o acesso de qualquer tipo de imprensa à CPI da Pirataria, mas apenas da imprensa televisiva. Em outras palavras, mesmo que o princípio da publicidade fosse invocado (e o Ministro Marco Aurélio invoca-o), o direito à imagem do impetrado ainda poderia ser sustentado e protegido, por meio da transmissão dos atos da Câmara dos Deputados por outros veículos que não a televisão. A mesma linha de raciocínio pode ser aplicada ao argumento A₄ e à invocação do interesse coletivo. Nesse sentido, tanto A₁ quanto A₄ podem ser considerados argumentos concorrentes com função de reforço em relação aos outros argumentos do voto, visto que não são independentes nem se relacionam necessariamente a nenhum outro argumento.

Já os argumentos A₂ e A₃ parecem ser independentes, pois a decisão de indeferimento da liminar poderia ser tomada tanto a partir da prevalência da liberdade de informação quanto a partir da não-ingerência do Judiciário nos atos *interna corporis* da Câmara dos Deputados.

O argumento A₅ consiste numa afirmação meramente pragmática sobre a eficácia (ou melhor, falta de eficácia) da concessão da liminar ao impetrante, de modo que não é suficiente para conduzir independentemente ao indeferimento da medida cautelar. Como também não se relaciona necessariamente a outro argumento, A₅ pode ser considerado como argumento concorrente com função de reforço em relação aos outros argumentos.

3.11.2.2. Estratégias argumentativas

Este voto, além de possuir alguns argumentos semelhantes àqueles utilizados no caso *O Globo versus Garotinho* pelo Ministro Marco Aurélio, apresenta diversas estratégias argumentativas empregadas no referido caso.

Uma primeira estratégia identificável no voto para o caso *Law Kin Chong e CPI da Pirataria* é a abordagem absolutizante das liberdades previstas nos artigos 5º, IV e 220 da Constituição, no momento de veiculação do argumento A₃. O Ministro Marco Aurélio trata as liberdades envolvidas no caso, principalmente a liberdade de informação, como prevalentes *a priori* de acordo com a ordem jurídica, sem necessidade de remeter-se às circunstâncias do caso concreto.

Há também o uso de lugares-comuns neste voto. A expressão “direito subjetivo político” reporta-se a outras expressões polissêmicas de uso corrente no meio jurídico (*direito subjetivo, direito político*) para reforçar persuasivamente a invocação da liberdade de informação. A fórmula “princípio da publicidade”, atrelada ao argumento A₁, aparece como uma expressão de sentido variável que reforça os outros pontos da argumentação do ministro, o que também pode ser afirmado em relação à expressão “interesse coletivo”, atrelada ao argumento A₄. Além disso, o ministro também utiliza “censura” como lugar-comum de carga valorativa negativa, aproveitando a polissemia do termo para aplicá-lo à decisão de deferimento da liminar, isto é, à proibição de divulgação televisiva dos trabalhos da CPI.

Ao apresentar o argumento A₅, o Ministro Marco Aurélio utiliza a pragmaticidade em sentido estrito, já que baseia o argumento em uma possível consequência da decisão – ou melhor, na falta de eficácia que a decisão de deferimento da liminar apresentaria.

Por fim, este voto possui o emprego da hipérbole na veiculação do argumento A₃, conforme se verifica na seguinte afirmação:

*"Dir-se-á que, em jogo, presumindo o **excepcional**, o **teratológico**, o **extravagante**, e não o trato da matéria como deve ser, está a intangibilidade do perfil do convocado, e que, no rol das garantias constitucionais, tem-se a proteção à intimidade. O conflito, aqui, todavia, é aparente (...)." (Sem negritos no original.)*

No trecho acima transcrito, o Ministro Marco Aurélio utiliza termos extremos para referir-se à solução que vê como preponderante o direito à intimidade do impetrante, no caso. A hipérbole é utilizada para reforçar persuasivamente o que o ministro considera como certo, "como deve ser", isto é, a solução que enxerga uma preponderância *a priori* da liberdade de informação sobre o direito à imagem e à intimidade.

3.12. Caso Jorge Pinheiro e difamação

Inquérito 2154-7 (Distrito Federal)

Relator: Ministro Marco Aurélio

3.12.1. Síntese do caso

Jorge dos Reis Pinheiro, deputado federal do Partido Liberal (PL/DF) à época do julgamento deste inquérito⁴³, foi denunciado por alegada prática do crime de difamação contra a promotora pública Kátia Cristina Lemos, conforme os artigos 21 e 23, inciso II, da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). Os referidos artigos estão insertos no Capítulo III desta lei, denominado "Dos abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação", e dispõem o seguinte:

"Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

⁴³ Cf. a notícia "Supremo rejeita denúncia contra deputado federal por crime de difamação", publicada em 17 de dezembro de 2004 no sítio do Supremo Tribunal Federal e disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64032&caixaBusca=N>. Acesso em 27 de outubro de 2007.

§ 1º A exceção da verdade somente se admite:

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.”

“Art. 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.”

O denunciado havia concedido uma entrevista ao Jornal de Brasília de 8 de maio de 2004, época em que era secretário de Meio Ambiente do Distrito Federal. Segundo o relatório do Ministro Marco Aurélio, a denúncia destacou trechos da referida entrevista, em que Jorge Pinheiro acusava Kátia Lemos de abuso de poder. O denunciado reclamava que a promotora lhe havia enviado, em ação individual que não se estendia a outros membros do Ministério Público, um ofício intimidador, com um pedido ilegal porque não fundado em ordem judicial, criando “uma série de coações para conseguir o processo”. Também segundo o relatório deste inquérito, a denúncia afirmou que o denunciado teve a intenção de ferir a reputação de Kátia Lemos, colocando-a como “praticante de atos ilegais, abusivos, coercitivos e de intimidação”, agredindo sua atuação profissional.

Segundo a defesa do denunciado, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, a conduta tipificada pela acusação como crime de difamação teria sido uma simples reação do secretário de Meio Ambiente, diante do pedido da promotora

de que a esta fossem entregues certos documentos. O denunciado teria agido para evitar que houvesse violação e extravio, sem base em mandado judicial, dos mesmos documentos.

A denúncia foi rejeitada unanimemente pelo STF, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em 17 de dezembro de 2004.

3.12.2. Voto do Ministro Marco Aurélio

3.12.2.1. Estrutura da argumentação

Conforme já exposto acima, o Ministro Marco Aurélio votou pela rejeição desta denúncia.

Antes de passar à apresentação dos argumentos deste voto, considero necessário um esclarecimento prévio. Neste voto específico, o Ministro Marco Aurélio expressa alguns argumentos por mais de uma vez, e de variadas formas, entre outras considerações que entendi como *obiter dicta*. Assim, a identificação dos argumentos deste voto foi uma tarefa especialmente complicada e que exigiu uma leitura bastante atenta. A análise da estrutura da argumentação baseou-se em determinadas interpretações dos argumentos, interpretações essas que adotei como *ponto de partida*, embora não sejam as únicas possíveis. Procedi desta maneira porque, de outro modo, esta análise estrutural não seria possível. Portanto, vale ressaltar novamente, conforme já apontado no Capítulo II deste trabalho, que minha leitura, por ser pessoal, é inteiramente refutável por outros trabalhos de interpretação e criação em análise argumentativa. Não obstante, procurei atingir a maior objetividade possível nesta análise, examinando quais assertivas de fato colaboraram para a decisão do Ministro Marco Aurélio.

Apesar de adotar certas interpretações como pontos de partida, não deixo de apontar as dúvidas que surgem a partir da redação deste voto do ministro. A própria existência dessas dúvidas demonstra uma falta de clareza que precisou ser suprida interpretativamente, dentro do que a redação do voto permitia, para que esta análise estrutural fosse possível.

O argumento principal em que o ministro parece basear sua decisão é a afirmação da razoabilidade de todas as expressões utilizadas pelo denunciado, consideradas como insuficientes para alcançar o perfil da promotora Kátia Lemos. Na verdade, esta afirmação pode ser considerada como sub-conclusão (CI_{1.1}) a que o ministro chega, a partir da concorrência necessária (examinada mais adiante) dos argumentos A₁ e A₂, apresentados a seguir.

Segundo o argumento A₁, o insurgimento do denunciado em relação ao pedido da promotora, qualificando-o como abusivo, coercitivo e intimidador, circunscreveu-se ao “âmbito do exercício da própria cidadania, resistindo-se ao que pretendido”. A razoabilidade destas acusações do denunciado, defendida pelo Ministro Marco Aurélio, baseia-se com certa probabilidade na constatação do cargo de promotora pública ocupado por Kátia Lemos. Isto porque as acusações de abuso de poder, coerção e intimidação parecem ocorrer menos freqüentemente (o que não significa que ocorram com pouca freqüência, vale ressaltar) em relação a pessoas atuantes unicamente no campo privado, que não possuem delegação de poder estatal. É provável, portanto, que tais acusações sejam suficientes para atingir a reputação de pessoas atuantes no campo privado, o que, na opinião do Ministro Marco Aurélio, não parece ocorrer em relação a agentes públicos – daí a razoabilidade das acusações referidas, neste contexto.

A utilização da expressão “exercício da própria cidadania”, que remete a uma conduta praticada em resposta à atuação do poder público, colabora para a interpretação acima apresentada do argumento A₁. Não obstante, como já apontado acima, esta não é a única interpretação possível para o argumento, embora pareça ser a mais plausível. Poder-se-ia afirmar que o Ministro Marco Aurélio considera as acusações referidas em A₁ como razoáveis em qualquer contexto; porém, esta interpretação tem menor plausibilidade, haja vista as expressões do ministro aqui destacadas.

Quanto ao argumento A₂, para o ministro, “a tomada de *ato de terceiro* como *ilegal* – gênero – não beira as raias do crime contra a honra” (sem

itálicos no original). Isto é, afirmar a ilegalidade de um ato de terceiro não é suficiente para caracterizar difamação. Segundo o Ministro Marco Aurélio, a razoabilidade da acusação de ilegalidade, a partir da afirmação acima transcrita, parece ser verificável em quaisquer casos, não se limitando ao contexto que envolvia Jorge Pinheiro e Kátia Lemos. É importante ressaltar, nesse sentido, que o ministro se refere a “ato de terceiro” e não a “ato de agente público”. Novamente, cabe lembrar que esta não é a única interpretação possível para A_2 , mas parece ser a mais plausível.

Há outro argumento (A_3) apresentado pelo Ministro Marco Aurélio ao lado de A_1 e A_2 , mas que penso não colaborar para a formação de $CI_{1.1}$. Segundo o argumento A_3 , as “pessoas que atuam como *agentes públicos* *hãõ de se acostumar com a liberdade de expressão*, não potencializando suscetibilidades que não podem sequer ser admitidas” (sem itálico no original). Há um ponto que deve ser ressaltado: a afirmação que veicula o argumento A_3 foi apresentada imediatamente após a asserção relacionada ao argumento A_2 , isto é, “a tomada de ato de terceiro como ilegal – gênero – não beira as raias do crime contra a honra”.

À primeira vista, a partir da afirmação apresentada para A_3 , parece que o ministro considera que a tomada das expressões do denunciado como ofensivas, pela denúncia, traduziu uma suscetibilidade inadmissível da promotora Kátia Lemos. Segundo uma primeira leitura do voto do ministro, essa suscetibilidade às acusações informais de abuso de poder, coerção, intimidação e ato ilegal não poderia ser admitida porque Kátia Lemos era promotora pública, de modo que deveria apresentar maior tolerância ao exercício da liberdade de expressão.

Uma dúvida que aparece, no entanto, é a seguinte: o ministro considera essa tolerância exigível da promotora em quaisquer casos de exercício da liberdade de expressão, ou somente neste caso concreto, em que as expressões utilizadas por Jorge Pinheiro foram consideradas razoáveis segundo $CI_{1.1}$?

Poder-se-ia afirmar que a conexão entre o referido dever de tolerância e a razoabilidade das expressões empregadas pelo denunciado decorre do próprio contexto do voto, sem que o Ministro Marco Aurélio precisasse deixar a relação expressa. Entretanto, penso que a falta de relação expressa, neste caso, deixa aberta a interpretação em sentido contrário, possibilitando até mesmo o emprego estratégico desse argumento incerto como precedente, por aqueles que porventura queiram defender um dever absoluto de tolerância de agentes públicos perante o exercício da liberdade de expressão. Por isso, coloco em destaque a dúvida apresentada no parágrafo anterior.

Uma pista que pode ser utilizada no esclarecimento dessa dúvida é o emprego, pelo ministro, da seguinte expressão: "(...) não potencializando suscetibilidades que não podem sequer ser admitidas, *considerado o campo privado*" (sem itálico no original). O ministro parece afirmar que a suscetibilidade às acusações do denunciado seria inadmissível mesmo se Kátia Lemos não fosse agente pública. Penso que essa afirmação se aplica, com alguma probabilidade, à acusação de ilegalidade da conduta da promotora, à qual o Ministro Marco Aurélio se referiu no argumento A₂. Esta interpretação mostra-se plausível porque A₂ se refere (conforme o ponto de partida aqui adotado) à razoabilidade genérica, *verificável em quaisquer casos*, da acusação de ilegalidade. Portanto, o Ministro Marco Aurélio parece relacionar a exigibilidade de tolerância, em relação à acusação de ilegalidade, não ao cargo público ocupado pela promotora, mas à razoabilidade da acusação referida em A₂. Assim, o próprio núcleo do argumento A₃, isto é, a referência a um dever de tolerância dos agentes públicos, apesar de feita proximamente à afirmação que veicula o argumento A₂, parece ser supérflua e contribuir apenas para a falta de clareza do voto.

Já em relação ao argumento A₁, não é possível aplicar a expressão "considerado o campo privado", pois, a partir da interpretação adotada para este argumento, as acusações de abuso de poder, coerção e intimidação tiveram sua razoabilidade baseada no fato de Kátia Lemos ser promotora pública. Nesse sentido, para um exame da relação entre A₁ e A₃, é possível

considerar apenas o núcleo do argumento A_3 : “agentes públicos não de se acostumar com a liberdade de expressão, não potencializando suscetibilidades que não podem sequer ser admitidas”.

Contudo, não há, nesta expressão, elementos suficientes para afirmar que as ditas “suscetibilidades que não podem sequer ser admitidas” se limitam a acusações relacionadas à função exercida pelo agente público, conforme referidas no argumento A_1 . Em outras palavras, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, as seguintes interpretações são igualmente plausíveis, no âmbito da exigibilidade de tolerância por parte de Kátia Lemos:

- A promotora deve tolerar apenas as acusações que se relacionam à função por ela exercida, como ocorreu nas expressões referidas em A_1 ;
- A promotora deve tolerar qualquer tipo de exercício da liberdade de expressão, porque é agente do poder público.

Assim, se considerei a alusão a agentes públicos (em A_3) supérflua em relação ao argumento A_2 (que trata da acusação de ilegalidade), não encontrei solução para a relação entre a referida alusão e o argumento A_1 , que trata das acusações de abuso de poder, coerção e intimidação. A dúvida apresentada, a respeito da função com que o Ministro Marco Aurélio emprega a alusão a agentes públicos neste voto, permanece e fica registrada. Não é possível afirmar, com um mínimo de certeza, se o ministro relaciona o dever de tolerância da promotora, como agente da área pública, à razoabilidade das acusações de abuso de poder, coerção e intimidação.

Por fim, é possível identificar, neste voto, a conclusão intermediária CI_1 , que exclui a configuração do tipo difamação no caso, o que leva à decisão do ministro de rejeitar a denúncia. A concorrência ou independência entre $CI_{1.1}$ (afirmação da razoabilidade das expressões utilizadas pelo denunciado) e A_3 (dever de tolerância por parte dos agentes públicos), para formar a conclusão CI_1 , será examinada mais adiante.

O quadro a seguir apresenta uma sinopse da análise acima realizada:

Símbolo	Argumento	Incertezas argumentativas
A ₁	Exercício da cidadania, pelo denunciado, ao qualificar a conduta da promotora como abusiva, coercitiva e intimidadora	Não identificadas
A ₂	Insuficiência da afirmação de ilegalidade de ato de terceiro para configurar difamação	Não identificadas
CI _{1.1}	Razoabilidade de todas as expressões utilizadas pelo denunciado	Não identificadas
A ₃	Agentes públicos devem apresentar maior tolerância em relação ao exercício da liberdade de expressão	Esse dever de tolerância é exigível em quaisquer casos, ou apenas em virtude da razoabilidade afirmada em CI ₁ ?
CI ₁	Não-configuração do tipo difamação	Não identificadas

Passo agora à análise da concorrência ou independência de argumentos neste voto.

Os argumentos A₁ e A₂ parecem concorrer necessariamente para a formação de CI_{1.1}, visto que cada um desses argumentos diz respeito a diferentes expressões utilizadas pelo denunciado – “ilegal”, “intimidador”, “coações”, “abuso de poder”. Para que haja a conclusão da razoabilidade de todas essas expressões, isto é, para levar a CI_{1.1}, A₁ e A₂ dependem um do outro, daí sua concorrência necessária.

CI_{1.1} parece levar independentemente a CI₁: a razoabilidade das expressões utilizadas por Jorge Pinheiro, consideradas como insuficientes para atingir a reputação da promotora Kátia Lemos, já poderia excluir a configuração do tipo difamação.

A dúvida despertada em relação ao argumento A₃, que não conseguiu resolver pela interpretação do voto isolado, influi na análise da concorrência ou independência deste argumento em relação a CI_{1.1}, para levar a CI₁. Se o Ministro Marco Aurélio considerar que os agentes públicos têm um dever de tolerância em relação a qualquer exercício da liberdade de expressão, A₃ pode

também levar independentemente a CI_1 , sem necessidade de se examinar a razoabilidade das expressões empregadas pelo denunciado. Se, por outro lado, essa razoabilidade for determinante para a afirmação do dever de tolerância da promotora, A_3 é argumento concorrente com função de reforço em relação a $CI_{1.1}$, pois não levaria independentemente à conclusão CI_1 , mas tampouco seria apoio necessário para que $CI_{1.1}$ conduzisse a CI_1 .

As incertezas apresentadas nesta análise estrutural da argumentação do Ministro Marco Aurélio não chegam a demonstrar falta de clareza no convencimento íntimo do ministro, intangível por meio da análise do voto isolado, e sim uma vulnerabilidade do voto em si, que possibilita interpretações diversas e mesmo divergentes. Como já assinalei anteriormente, essas incertezas podem mesmo ser estrategicamente empregadas, numa invocação descontextualizada de partes deste precedente, por defensores de quaisquer das interpretações que este voto enseja.

3.12.2.2. Estratégias argumentativas

Neste voto, é possível identificar o uso do termo “razoabilidade”, pelo Ministro Marco Aurélio, como lugar-comum com função persuasiva em relação à desconfiguração do tipo difamação. O significado do termo, variável conforme o contexto, é dado neste caso pelas considerações que veiculam os argumentos A_1 e A_2 .

4. Conclusão: pela otimização da garantia de motivação das decisões do Ministro Marco Aurélio

Para concluir este trabalho, apresentarei uma síntese do modo de estruturação, de uso de argumentos e de estratégias argumentativas nos votos do Ministro Marco Aurélio constantes do universo de pesquisa definido. Juntamente com a referida síntese, serão tecidos comentários a respeito de possíveis impactos do modo de argumentação do ministro sobre a transparência e a consistência de suas decisões e, portanto, sobre o potencial democrático destas.

Em primeiro lugar, destaco a existência de diversos pontos de incerteza nos votos analisados, em que o Ministro Marco Aurélio não deixa claro o conteúdo de alguns argumentos, do que decorre a abertura para distintas interpretações de seus pronunciamentos. Tais pontos de incerteza prejudicam a compreensão das razões que levaram o ministro a decidir de um ou outro modo, mostrando uma subutilização da oportunidade de legitimação das decisões do magistrado por meio da garantia de motivação. Como já destaquei no capítulo 1, o controle democrático da atuação do Ministro Marco Aurélio depende da transparência de suas decisões, e essa transparência somente pode ser atingida por meio de uma exposição clara dos argumentos que conduzem ao julgamento proferido. Em outras palavras, não basta que a motivação seja garantida por meio da apresentação de um pronunciamento, independentemente do conteúdo deste. O pronunciamento que justifica a decisão somente faz sentido democraticamente se for apto a mostrar ao jurisdicionado, de forma clara, sobre que elementos se sustenta o exercício do poder jurisdicional.

Além disso, a abertura excessiva para diferentes interpretações dos votos do Ministro Marco Aurélio pode acarretar a falta de segurança na utilização de seus pronunciamentos como precedentes jurisprudenciais. Isto é, dentre os votos analisados neste trabalho, aqueles que apresentam pontos de incerteza, de tal modo que possibilitam interpretações até mesmo divergentes, podem ser utilizados estrategicamente – como argumentos de autoridade –

por defensores de uma ou outra interpretação possível. Isso prejudica tanto a compreensão quanto a consistência da atuação do ministro, no aspecto de sua influência sobre decisões judiciais posteriores e sobre outras atividades dirigidas à aplicação do direito. Verifica-se um possível detrimento à previsibilidade da influência do Ministro Marco Aurélio como autoridade judicial, dificultando o controle de seu poder jurisdicional.

Um ponto de incerteza que aparece mais de uma vez nos votos analisados é a falta de definição, na argumentação do ministro, do caráter absoluto ou relativo da liberdade de expressão. Essa falta de definição verifica-se, por exemplo, no caso ECA e comunicação social (ADI 869) e no caso de ofensa às Forças Armadas (HC 83.125): o ministro somente se mostra favorável à preponderância da liberdade de expressão nos votos respectivos, mas não alude às circunstâncias do caso para afirmar uma preponderância relativa do direito, nem assevera a prevalência absoluta da referida liberdade. Outro ponto incerto na argumentação do Ministro Marco Aurélio é a falta de definição da liberdade de expressão como direito individual (de pessoa física ou de empresa atuante na comunicação social), como dever das empresas que disponibilizam veículos de comunicação, ou como direito da coletividade à informação. Esta incerteza é verificável, por exemplo, no caso de divulgação de pesquisas eleitorais (ADI 3741). Os dois pontos de incerteza referidos ilustram a vulnerabilidade de alguns precedentes construídos pelo ministro, que podem ser invocados em sentidos bastante distintos.

É importante abordar também a utilização da independência e concorrência de argumentos e conclusões intermediárias pelo Ministro Marco Aurélio. A partir deste ponto, utilizo o termo "argumento" de modo a englobar não apenas argumentos singulares, mas também conclusões intermediárias e conjuntos de argumentos concorrentes necessários.

Em nove dos votos analisados nesta monografia, há mais de um argumento que conduz diretamente à decisão do caso. Apenas nos casos da divulgação de pesquisas eleitorais (ADI 3741), da propaganda partidária e

coligações (ADI-MC 2.677) e Jorge Pinheiro e difamação (Inquérito 2.154), há somente um argumento (friso que o termo “argumento” aqui engloba as conclusões intermediárias) que sustenta diretamente a decisão do ministro.

Conforme a análise empreendida neste trabalho, dentre os nove votos acima referidos, há votos que possuem apenas um argumento independente, e votos que possuem mais de um argumento independente, de modo que cada argumento deste tipo pode substituir outro do mesmo tipo na construção da decisão. Os outros argumentos presentes nesses votos são concorrentes com função de reforço, não possuindo utilidade definitiva para a construção da decisão do Ministro Marco Aurélio. Os argumentos concorrentes com função de reforço possuem – como o próprio nome da categoria já indica – um papel simbólico na argumentação deste grupo de votos, já que não se mostram estritamente necessários à sustentação das decisões tomadas pelo Ministro Marco Aurélio. As constatações feitas quanto a este grupo de votos levam às seguintes indagações: é desejável que haja reforço simbólico da motivação da decisão judicial por parte de alguns argumentos? Da mesma forma, é desejável que a argumentação do ministro apresente diversas alternativas de argumentos que conduzem independentemente à decisão do caso?

Penso que a utilização de argumentos concorrentes com função de reforço, bem como o emprego de diversos argumentos independentes, apesar de ter um peso simbólico, pode prejudicar a identificação segura das razões que sustentam a decisão do Ministro Marco Aurélio. O referido peso simbólico, se não é estritamente necessário à sustentação da decisão judicial, pode ser um sinal de insegurança do ministro no emprego de um ou outro argumento independente. Essa insegurança, se de fato existir, é repassada ao leitor do voto na forma de falta de clareza do pronunciamento do ministro. O leitor pode ter dificuldade para compreender os motivos que definitivamente sustentam e legitimam o exercício do poder jurisdicional pelo Ministro Marco Aurélio; nesse sentido, ficam prejudicadas a consistência e a transparência das decisões.

Ainda sobre a utilização de diversos argumentos independentes no mesmo voto, é importante ressaltar que esses argumentos podem mesmo apresentar uma relação de excludência, como ocorre no caso Ellwanger: as conclusões intermediárias CI_4 (que conduz independentemente à decisão do caso) e CI_2 (que concorre necessariamente com a conclusão CI_1 para formar um conjunto também independente) parecem contradizer-se. Esta falta de cuidado com a apresentação das razões que levam à decisão do ministro prejudica a consistência de sua argumentação, já que enseja uma forte dúvida (pois trata-se de argumentos independentes, que podem se substituir reciprocamente na construção da decisão) quanto ao conteúdo da motivação presente no voto referido. Este é um ponto bastante prejudicial à transparência da decisão do Ministro Marco Aurélio.

Quanto à utilização de estratégias argumentativas por parte do Ministro Marco Aurélio, farei uma síntese da ocorrência de cada tipo de estratégia nos votos analisados e uma relação entre essas estratégias e a independência ou concorrência de argumentos.

A abordagem absolutizante foi utilizada pelo Ministro Marco Aurélio em cinco dos doze votos analisados, ou seja, em quase metade desses votos. A pressuposição fática foi utilizada também em cinco votos, enquanto que a pragmaticidade em sentido estrito se encontra em seis votos, isto é, na exata metade dos votos analisados. A pragmaticidade em sentido amplo, excluídas a pressuposição fática e a pragmaticidade em sentido estrito, foi empregada em três votos, ou seja, um quarto dos votos analisados. Em apenas dois votos não houve o emprego de lugares-comuns; cinco sextos dos votos analisados, portanto, apresentam este tipo de estratégia argumentativa. Foram identificadas hipérboles em três votos (um quarto do total), metáforas em um voto e argumentos de autoridade em dois votos.

Quanto à abordagem absolutizante, é importante destacar que este tipo de estratégia foi utilizado sempre em conexão com um argumento independente. Em outras palavras, em quase metade dos votos analisados

neste trabalho, o Ministro Marco Aurélio lidou com o ônus argumentativo de afirmar a prevalência da liberdade de expressão por um meio abreviado, isto é, pela estratégia retórica de abordar essa liberdade como um direito absoluto. O meio é abreviado porque conduz de forma definitiva à decisão do caso, e por isso gera argumentos independentes.

Nesta simplificação do conflito entre a liberdade de expressão e outros elementos dos casos examinados, um problema que se verifica é a própria base jurídica da argumentação, pois parece difícil sustentar uma preponderância apriorística de um direito de estatura constitucional sobre outros do mesmo escalão. A Constituição não parece oferecer fundamentos suficientes para tanto – vide, por exemplo, as dúvidas apresentadas na análise dos casos *O Globo versus Garotinho* (Petição 2.702) e *Law Kin Chong e CPI da Pirataria* (MS-MC 24.832). Numa ordem constitucional democrática, que não assevera expressamente a preponderância absoluta de um direito sobre outro (pois isso seria, em última análise, uma negação da diversidade de anseios e necessidades da população), parece pouco legítimo realizar a simplificação acima referida, no âmbito de uma decisão do STF. Decisões judiciais irrecorríveis que afirmam a preponderância absoluta da liberdade de expressão excluem a discussão sobre a violação de outros direitos no exercício dessa liberdade, colocando em segundo plano anseios legítimos dos jurisdicionados – no caso do controle de constitucionalidade abstrato, de parcela da população.

O emprego de ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos, como no caso *Ellwanger* (HC 82.424), poderia indicar uma evolução da argumentação do Ministro Marco Aurélio no sentido de maior atenção com a diversidade de pretensões levadas ao exame do STF. Contudo, a abordagem absolutizante foi novamente utilizada pelo ministro após o julgamento do caso *Ellwanger*, no caso *Law Kin Chong e CPI da Pirataria* (MS-MC 24.832). Assim, o uso da ponderação entre direitos ou da abordagem absolutizante não parece obedecer a uma transição linear na orientação argumentativa do ministro, mas aparenta variar conforme o caso a ser examinado.

O fato de o Ministro Marco Aurélio pensar, segundo ele próprio, na solução “mais justa” e somente depois procurar apoio na lei pode contribuir para essa variação circunstancial entre estratégias de argumentação. Isto é, conforme o que o ministro considerar como solução justa para o caso concreto, provavelmente baseado nas circunstâncias desse caso, utiliza o tipo de estratégia que pareça reforçar melhor a justificativa da decisão tomada. Especialmente no caso *Ellwanger*, há dois fatores que parecem ter contribuído para o emprego da ponderação entre direitos: o pedido de vista do ministro, que possibilitou uma reflexão mais cuidadosa sobre os elementos do litígio, e a própria polêmica em torno do caso, que provavelmente tornava desaconselhável adotar posturas extremas como a abordagem absolutizante da liberdade de expressão. O problema da variação de estratégias argumentativas, na abordagem da liberdade de expressão, é o prejuízo que isso acarreta à coerência entre as decisões do Ministro Marco Aurélio. Isto poderia não ser um problema caso o ministro tivesse mudado de orientação com o tempo, passando a enxergar a liberdade de expressão como direito que pode ser relativizado. Porém, a variação de estratégias argumentativas parece apoiar-se em elementos circunstanciais dos casos examinados, o que gera uma insegurança inaceitável para o controle da atuação do ministro – ora este vê a liberdade de expressão como absoluta, ora como relativa.

O apoio em elementos circunstanciais dos casos examinados pelo Ministro Marco Aurélio verifica-se também, de modo mais palpável, no emprego da pragmaticidade em sentido amplo e seus desdobramentos – a pressuposição fática e a pragmaticidade em sentido estrito. No conjunto de votos analisados, a pragmaticidade tem conexão com argumentos concorrentes com função de reforço em seis votos (isto é, metade dos votos analisados), e mostra-se atrelada a argumentos independentes em quatro votos (um terço do total).

Podem ser identificados problemas quanto ao uso desse tipo de estratégia argumentativa em ambos os grupos de argumentos. Quando atrelada a argumentos concorrentes com função de reforço, a pragmaticidade

apresenta um problema que já foi identificado no exame deste tipo de argumento: tem um papel meramente simbólico na motivação apresentada pelo ministro, podendo confundir o destinatário do voto quanto às razões que definitivamente sustentam a decisão respectiva. Se a abordagem absolutizante for utilizada no mesmo voto em que se identifica a pragmaticidade, como ocorre no caso das manifestações em Brasília (ADI 1.969) ou no caso *O Globo versus Garotinho* (Petição 2.702), pode haver a impressão de que o ministro invoca a preponderância *a priori* da liberdade de expressão influenciado pelas circunstâncias do caso concreto. Esta impressão aparenta conter uma contradição, afinal, se algo é asseverado aprioristicamente, em abstrato, não necessita de fundamentos concretos. Todavia, a contradição parece ser explicável pela própria orientação do Ministro Marco Aurélio de procurar primeiro a solução mais justa, provavelmente baseando-se em elementos concretos, para depois buscar uma fundamentação legal, chegando a recorrer ao meio abreviado da abordagem absolutizante. Assim, o uso concomitante de uma estratégia de ordem pragmática e de uma estratégia absolutizante prejudica a clareza e a consistência da motivação apresentada pelo ministro, podendo causar a impressão inerentemente contraditória acima apresentada. Esta impressão agrava-se quando a pragmaticidade e a abordagem absolutizante são empregadas para um mesmo argumento independente, como ocorre no caso das manifestações em Brasília.

Há também algumas observações importantes a serem feitas quanto ao emprego de lugares-comuns pelo Ministro Marco Aurélio. Este tipo de estratégia argumentativa foi empregado pelo ministro em conexão com argumentos independentes em sete votos (pouco mais da metade dos votos analisados), e em conexão com argumentos concorrentes com função de reforço em quatro votos (um terço dos votos analisados). O uso persuasivo de um lugar-comum sem a alusão a um possível conteúdo para a expressão plurívoca empregada pode chegar a enfraquecer e obscurecer a argumentação do ministro, conforme observado, por exemplo, no exame do caso ECA e comunicação social (ADI 869). Além disso, o emprego do lugar-comum em um argumento concorrente com função de reforço pode significar uma

subutilização do potencial persuasivo deste tipo de estratégia, que, atrelada ao referido tipo de argumento, não colabora definitivamente para a construção das decisões do ministro. Esta observação aplica-se até mesmo à fórmula “liberdade de expressão”, que especialmente no caso Ellwanger é invocada recorrentemente, mas acaba não cumprindo um papel fundamental para a formação da decisão do Ministro Marco Aurélio. Assim, a utilização errônea dos lugares-comuns, em determinados momentos, prejudica a clareza e, portanto, a transparência das decisões do ministro.

As estratégias argumentativas da hipérbole, da metáfora e do argumento de autoridade tiveram uma ocorrência relativamente baixa em comparação aos outros tipos de estratégias. O eventual emprego dessas estratégias, se não é essencial à veiculação dos argumentos, providencia reforços estilísticos à apresentação de conteúdos argumentativos, e não reforços de conteúdo propriamente dito. Entretanto, tais reforços estilísticos poderiam provocar digressões na identificação das razões que conduzem a uma decisão do Ministro Marco Aurélio, já que o destinatário do voto poderia confundir a substância do argumento com seu modo de veiculação. Isto é, o destinatário, ao procurar compreender o voto, poderia incluir na substância dos argumentos o exagero de certos elementos, a comparação implícita com elementos externos ao caso, ou a autoridade de outrem, quando na verdade esses pontos não constroem o conteúdo argumentativo do voto, mas reforçam-no. O recurso a figuras de linguagem ou argumentos de autoridade não foi excessivo nos votos analisados nesta monografia, mas é importante frisar que o emprego sem cuidado dessas estratégias argumentativas tem potencial para prejudicar a clareza da motivação apresentada pelo Ministro Marco Aurélio.

Os problemas identificados nesta monografia quanto à argumentação do Ministro Marco Aurélio, no universo de votos analisados, podem indicar que a busca por uma solução mais justa para os conflitos levados ao STF não compreende apenas uma tomada de decisão, mas passa também pela justificativa apresentada para a decisão e pelo modo como essa justificativa é

construída. O cuidado com uma motivação consistente e transparente é fundamental para que a decisão se legitime perante o jurisdicionado – e também perante a sociedade, se se tratar de controle abstrato de constitucionalidade. A busca por uma decisão justa, se não for acompanhada desse cuidado, pode acabar sendo contraproducente em relação às intenções do Ministro Marco Aurélio, já que a motivação que não convence o destinatário da decisão judicial é inapta a providenciar uma medida de justiça e legitimidade para essa decisão. Em outras palavras, a ausência de cuidado com a argumentação pode chegar a anular o “justo” que o ministro pensa ser inerente a determinada decisão, acarretando uma injustiça pela falta de legitimação democrática do exercício do poder jurisdicional.

Nesse sentido, é importante atentar para os motivos que acarretam a falta de cuidado com a motivação das decisões do ministro. Esses motivos abrangem desde a sobrecarga de trabalho do STF até uma mentalidade que tende a colocar ênfase no resultado desse trabalho (as decisões judiciais), relegando ao segundo plano o caminho que conduz a esse resultado, como se a justiça pudesse ser medida apenas com base na procedência ou improcedência de uma ação. A mensagem que este trabalho veicula consiste, sobretudo, num estímulo ao exame desses fatores, para que se incremente o potencial democrático da atuação tanto do Ministro Marco Aurélio Mello – possibilitando uma otimização de sua busca por justiça – quanto do STF, de modo a tornar mais legítimo o exercício do poder jurisdicional pela instância máxima detentora desse poder.

5. Bibliografia

- BERMUDES, Sérgio. "Prefácio" in MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Vencedor e vencido: (seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUCK, Pedro. "A intervenção do Estado na ordem econômica: (comentários aos votos do Ministro Marco Aurélio em acórdãos do STF)", *Revista de Direito Público da Economia*, n. 14, pp. 213-244, 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FISHER, Alec. *The logic of real arguments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KOSTMAN, Ariel. "O 'Senhor Voto Vencido'", *Análise – Justiça*, pp. 98-99, 2006.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Vencedor e vencido: (seleção de notas e pronunciamentos no Supremo Tribunal Federal)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. "O argumento pragmático" in *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 11-22.
- SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais*, n. 798, pp. 23-50, 2002.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, pp. 607-630, 2003.

6. Acórdãos citados

ADI 956; RE 203.859; ADI-MC 1.969; ADI 869; ADI-MC 2.566; ADI-MC 2.677; ADI 3.741; Petição 2.702; HC 83.125; HC 82.424; MS-MC 24.832; Inquérito 2.154.