



Theófilo Miguel de Aquino

**ENTRE CONSENSO PRESUMIDO E DELIMITAÇÃO: os
"sobredireitos" de personalidade nos votos do
ministro Carlos Ayres Britto**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público, sob a
orientação da Professora
Bruna Romano Pretzel.**

SÃO PAULO

2012

Resumo: A monografia tem por objetivo responder o que são, como são aplicados e quais as consequências dos “sobredireitos” nos votos do ministro Ayres Britto, responsável pelo emprego dessa denominação para se referir a certo grupo de direitos fundamentais constitucionais. Minha análise não é da estrutura formal da argumentação do ministro, mas sim do conteúdo e da coerência na aplicação desse conteúdo referente aos “sobredireitos”. No entanto, faço uso de um esquema de teia argumentativa para cada voto, com o intuito de perceber com mais clareza qual o papel de cada argumento no voto e como isso define o conteúdo desses argumentos. A partir do conceito *vagueza*, constato que o ministro não consegue definir com clareza os “sobredireitos”, porque incorre na falácia de *petição de princípio*. Soma-se a isso o fato de os argumentos serem extremamente *genéricos* e *independentes* entre si. Concluo com a advertência de que essa teoria, se não melhor trabalhada, dá margem a manifestação do arbítrio puro do juiz.

Acórdãos citados: ADPF 130; ADI 4.451 MC; ADI 3.510; Rcl 11.026; RE 633.427; RE 638.565; RE 572.615.

Palavras-chave: sobredireitos; Ayres Britto; liberdade de expressão; direitos de personalidade; hierarquia constitucional; argumentação.

Agradecimentos:

Com o fim da pesquisa, gostaria de registrar meu especial agradecimento à minha orientadora, Prof.^a Bruna Pretzel, pela dedicação com que acompanhou o desenvolvimento do meu trabalho; suas excelentes críticas, sugestões de estilo e de bibliografia e experiências compartilhadas foram essenciais para o resultado final. Agradeço também a toda a equipe da sbdp, aos coordenadores e aos professores, tanto da Escola de Formação, quanto dos cursos de constitucional e de metodologia, por não deixarem nosso pensamento se acomodar ao longo desse ano. Aos meus companheiros da turma 2012 da Escola de Formação, dedico o meu mais sincero muito obrigado; as amizades e o conhecimento que vocês me proporcionaram serão sempre lembrados. Em especial, agradeço ao Niko, Faina, Marco "Aurélio" Antônio, Ana Bia, Tamara e Cecília.

Por último, e mais importante, a meu pai e minha mãe que, mesmo a algumas centenas de quilômetros distantes, hão de reconhecer, nessas três linhas, o maior agradecimento que pode existir.

Lista de abreviaturas:

CF: Constituição Federal de 1988

STF: Supremo Tribunal Federal

TRE: Tribunal Regional Eleitoral

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

RE: Recurso Extraordinário

Rcl: Reclamação

Inq: Inquérito

MS: Mandado de Segurança

HC: Habeas Corpus

RHC: Recurso em Habeas Corpus

Pet: Petição

MC: Medida Cautelar

AGU: Advocacia-Geral da União

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

PDT: Partido Democrático Trabalhista

IARA: Instituto de Advocacia Racial e Ambiental

ABERT: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão

Sumário:

Agradecimentos:	3
Lista de abreviaturas:	4
Introdução:.....	7
1. Do caminho até o tema: relevância, universo e objetivos.....	7
2. Estrutura da monografia e metodologia de análise.	17
Da construção dos “sobredireitos”:	24
1. Caso da Lei de Imprensa (ADPF 130):.....	24
1.1. Resumo fático:	24
1.2. Resumo do voto:	24
1.3. Estrutura argumentativa:.....	28
2. Caso da ADI do Humor (ADI 4.451 MC):.....	34
2.1. Resumo fático:	34
2.2. Resumo do voto:	34
2.3. Estrutura argumentativa:.....	36
3. Reclamação 11.026:	42
3.1. Resumo fático:	42
3.2. Resumo do voto:	42
3.3. Estrutura argumentativa:.....	43
4. RE: 633.427, 638.565 e 572.615:	45
4.1. Resumo fático:	45
4.2. Resumo do voto:	46
4.3. Estrutura argumentativa:.....	47
5. Caso da Pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510): ..	49
5.1. Resumo fático:	49
5.2. Resumo do voto:	49

5.3. Estrutura argumentativa:.....	52
Conclusão: do consenso pressuposto ao arbítrio.	57
Bibliografia:	62

Introdução:

1. Do caminho até o tema: relevância, universo e objetivos.

Minha peregrinação até o presente tema se inicia exatamente no processo seletivo da Escola de Formação 2012 com a leitura de uma entrevista do Professor Conrado Hübner Mendes ao jornal "O Estado de S. Paulo" (HÜBNER MENDES, 2012). Na ocasião, o entrevistado afirmou que os ministros do STF incidiam no vício de derivarem suas decisões imediatamente de princípios constitucionais abertos e indefinidos, faltando com muitas premissas argumentativas necessárias. Essa informação causou muita impressão em mim, àquela época ainda desacostumado com análises mais aprofundadas da Suprema Corte de nosso país.

Após percorrer temas que me não me pareciam promissores ou me eram desinteressantes, veio à tona em minha cabeça a entrevista que havia lido no início do ano. Não cabe aqui especular razões acerca do porquê de, sem mais nem menos, eu ter me lembrado dessa leitura aparentemente sem importância, que havia feito já três meses antes daquele momento. Pode parecer ao leitor que estou fantasiando, ou mesmo que com essa falta de explicação pretendo esconder algum motivo oculto que não gostaria de revelar. Engana-se. Somente o acaso determinou que minha memória funcionasse nesse sentido e a ele deve ir grande parte do crédito por essa pesquisa.

A partir dessa lembrança, tomou forma a oportunidade de analisar como os ministros do STF formam suas decisões, isto é, se eles inferem diretamente de um princípio suas conclusões. Minha ideia, todavia, era a de limitar a pesquisa a um determinado princípio e com ele trabalhar.

Fui conversar com o Professor Henrique Motta Pinto, coordenador da Escola de Formação, acerca da pertinência do tema. Não somente recebi uma resposta positiva, como ele me trouxe a possibilidade de focar também em um determinado ministro que tivesse um estilo de argumentação peculiar. De imediato, veio à minha mente a imagem do ministro Celso de Mello, por conta de seus longos e prolixos votos, mas que foi de pronto substituída pela sugestão do professor: o ministro Carlos Ayres Britto.

Desde então, venho me interessando cada vez mais pela imagem desse “ministro-poeta”.

Mas devo ser honesto antes de continuar a escrever, pois minha adesão ao tema não foi imediata. A ideia de estudar um ministro em particular aparecia para mim como uma pesquisa não tão importante. Qual seria a relevância desse tipo de pesquisa se o STF é um órgão colegiado? Que interesse essa pesquisa despertaria nas pessoas? Enfim, o ministro Ayres Britto se aposentaria ao fim do ano, antes mesmo de entregar a última versão da monografia.¹ De que adiantaria todo esse trabalho se ele não mais estaria no Plenário? Eu tive de me convencer de que era um tema importante. Se o leitor está com essas mesmas dúvidas, é meu dever convencê-lo como fiz a mim próprio. Espero haver conseguido ao final da leitura.

Afinal, as atribuições formais do ministro, inerentes ao cargo que ocupa, por si só, já seriam suficientes para embasar a escolha de estudá-lo. Enquanto Presidente do STF, suas atribuições vão de “velar pelas prerrogativas do Tribunal” até proferir voto de qualidade em situações específicas (REGIMENTO INTERNO DO STF, 2012, ART. 13, I-XIX). A condição de presidente lhe confere posição de destaque na mídia, principalmente em dias de julgamentos tão veiculados pelos meios de comunicação em massa.² O cargo exige também que presida o CNJ, órgão envolvido em recente polêmica acerca de seus poderes de atuação e que, desde então, tem sua atividade sempre levada ao público nos meios de informação. Conjugados o tema com a posição de destaque do ministro no Tribunal, trata-se de um encaixe perfeito entre substância e forma. Eu entendia que assim minhas preocupações com relação à delimitação do tema estavam terminadas ali mesmo.

Estava, portanto, definido que meu trabalho se voltaria o emprego de algum princípio constitucional nos votos do ministro Ayres Britto. Minha

¹ A aposentadoria do ministro Ayres Britto foi tornada oficial no Diário Oficial da União de 16 de novembro de 2012. Entreguei a monografia na sbdp em 21 de novembro de 2012.

² Vide, por exemplo, o destaque midiático atual dado ao julgamento da Ação Penal 470, vulgo Mensalão, dentre outros temas polêmicos recentes, como a ADPF 54 (aborto de fetos anencefálicos) e a ADPF 186 (cotas raciais universitárias).

primeira escolha havia sido o princípio da dignidade da pessoa humana; e era uma escolha justificada.

O ministro Ayres Britto é descrito como humanista e libertário na imprensa (R7 NOTÍCIAS, 2012) e acreditava-se que sua gestão como presidente da Corte seria mais aberta à sociedade, no sentido de diminuição do corporativismo do Judiciário (KOHLBACH, 2012). A AGU, nas palavras de sua secretária-geral de contencioso, esperava que (ÚLTIMA INSTÂNCIA, 2012):

seu vasto conhecimento jurídico, aliado à sua sensibilidade e permanente preocupação com a pessoa humana, engrandecerão em todos os aspectos a mais alta Corte de nosso país.

A advocacia paulista identifica nele características de sereno e conciliador, ideais para o julgamento de ações mais polêmicas (OAB-SP, 2012). No entender do próprio ministro, o Judiciário evita o desgoverno, o desmando e o descontrole eventual dos outros dois poderes (Executivo e Legislativo), mas não pode se desgovernar, se desmandar, se descontrolar (D'ELIA, 2012). Assim, sua fama centra aspectos que envolvem em grande medida a dignidade da pessoa humana, cuja defesa e ampliação de escopo se lhe são imputadas.

Passei à fase de seleção dos acórdãos. Primeiro foquei nos casos em que o ministro é relator original, utilizando o site do Tribunal como fonte. Digitei "dignidade" na seção de pesquisa livre, delimitando o tempo de pesquisa entre 23 de junho de 2003, data da posse do ministro na Corte, e 14 de junho de 2012, data do meu último acesso ao site antes da conclusão do projeto de pesquisa. Depois, usei a chave de pesquisa "pessoa adj humana" e obtive 25 acórdãos, respeitando as mesmas limitações impostas à primeira busca; no entanto, eram ou casos repetidos, e que, portanto, não adicionaram à pesquisa, ou julgados que não pertenciam ao tema. Ao fim, obtive como resultado um conjunto total de 24 acórdãos que considerei adequados. Eram eles: MS 28.720/DF; HC 109.277/SE; HC 111.166/MT; HC

106.299/RS; HC 108.508/SC; HC 105.494/RJ; HC 106.449/SP; ADPF 132/RJ (após fusão com ADI 4.277/DF); HC 104.384/SC; RE 630.147/DF; MS 25.403/DF; MS 25.116/DF; Inq 2.646/RN; HC 99.652/RS; ADPF 130/DF; Pet 3.388/RR; RE 349.703/RS; HC 94.163/RS; ADI 3.510/DF; RHC 89.031/RS; HC 87.461/RJ; ADI 2.931/RJ; Inq. 2.036/PA; HC 83.358/SP.

Em um segundo momento, procurei os acórdãos relacionados com o tema nos quais o ministro Ayres Britto aparece como relator para acórdão. Digitei novamente "dignidade" na busca livre de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal, delimitando o mesmo período entre 23 de junho de 2003 e 14 de junho de 2012, todavia, desta feita, sem a limitação de relatoria de Ayres Britto. Dentre os 227 documentos, encontrei apenas o HC-RO 89.031/RS nessa situação; porém, o julgado não dizia respeito ao tema proposto. Utilizei igualmente a chave "pessoa adj humana", encontrando 186 acórdãos, dentre os quais novamente nenhum que tivesse o ministro Ayres Britto como relator para acórdão e se encaixasse no tema. Portanto, o recorte jurisprudencial estava designado como os já citados 24 acórdãos.

Mas a leitura desses acórdãos me reservou algumas surpresas e meu tema acabou inviável. A dignidade da pessoa humana não cumpria papel relevante algum na gigantesca maioria desses acórdãos, aparecendo em geral apenas em uma citação ao longo do voto para fundamentar a existência de outro princípio. Em suma, nada na *ratio decidendi* dizia respeito a esse princípio. O que fazer?

A solução foi descartar o tema. No entanto, conforme lia esses casos selecionados e me dava conta da inviabilidade da minha pesquisa, um detalhe me chamou a atenção, em especial na leitura da ADPF 130. O ministro passou a trabalhar nesse caso com uma categoria nova de direito constitucional, que ele chama de "sobredireitos". Achei estranho aquele nome, pois nunca havia me deparado com ele e nem com as suas características.

Como estava sem tema novamente, resolvi pesquisar um pouco mais acerca desses "sobredireitos". Seria um assunto relevante? Haveria material

com o qual trabalhar? Em suma, qual a viabilidade e justificativa daquela pesquisa?

Falar de princípios constitucionais sempre é relevante. Não adentro aqui a polêmica acerca da distinção entre princípios e regras. Pode ser que os princípios sejam mandados de otimização, aplicáveis conforme a possibilidade fática e gradualmente, enquanto as regras se apliquem consoante o entendimento do “tudo ou nada”; pode ser que princípios contraditórios coexistam, enquanto o conflito de regras implique a eliminação de uma delas da ordem jurídica (ALEXY, 2009, p. 90-91).

Por outro lado, princípios podem ser também descrições de um estado de coisas, enquanto as regras seriam descrição de uma conduta. Pode ser que a avaliação de um juiz, em relação a um princípio, se dê para com os efeitos de uma conduta; enquanto, em relação a regra, se dê com a conduta em si (ÁVILA, 1999, p. 172).

Ainda assim, pode ser que regras e princípios não ensejem diferença alguma em sua aplicação. Poder ser que ambos requeiram a verificação de um determinado conjunto de fatos que se encaixem ou não na prescrição legal (LIMA LOPES, 2003, p. 50-55). A diferença pode estar, mesmo assim, no grau de generalidade dos seus mandamentos.

O ministro utiliza expressamente a distinção de Alexy para conceituar os “sobredireitos”. Eu me absterei de escolher uma dessas correntes, porque se trata de uma abordagem irrelevante para os fins do meu trabalho. Minha preocupação será então com a substância desse preceito constitucional, mais do que com sua definição estrutural.

Dessa forma, minha pesquisa fica mais clara se eu delimitar quais são as respostas que busco obter com ela:

- Qual a definição de “sobredireitos” para o ministro? Quais as características desses direitos? Quais garantias constitucionais se inserem nessa categoria? Em quais situações eles são aplicáveis?
- Qual a justificativa para a existência desses “sobredireitos”? Eles surgem diretamente do texto constitucional ou existe alguma outra fundamentação à sua existência?

- Como os “sobredireitos” aparecem nos votos? Eles aparecem como o último elemento na cadeia argumentativa ou ainda existirão intermediários entre eles e a conclusão dos votos?
- Como os “sobredireitos” se relacionam com os outros direitos da Constituição? Há diferença de tratamento conforme a generalidade da norma conflitante com esses direitos em cada caso?
- A aplicação dos “sobredireitos” é coerente ao longo dos vários acórdãos? Dados os mesmos fatos, o ministro decide do mesmo jeito? Caso contrário, o ministro justifica a divergência para com o precedente?

Reitero que em momento nenhum eu pretendo construir um argumento sobre a estrutura lógica dos “sobredireitos”, isto é, se eles são princípios ou regras. Essa tarefa cabe ao ministro e eu apenas anotarei qual sua preferência e se ela foi justificada. Minha preocupação é com a substância desses direitos.

É importante para que o leitor não fique confuso ao longo da leitura da monografia que eu antecipe em linhas gerais a definição de “sobredireitos” no entender do ministro. Dessa forma, adianto se tratarem de um determinado conjunto de direitos constitucionais que, no entender do magistrado, teriam primazia *a priori* com relação a outros direitos constitucionais e cujo exercício não poderia ser restringido por norma infraconstitucional. Vale a pena adiantar que em grande medida eles envolvem as liberdades de manifestação e pensamento. Assim, mesmo que eu não adote uma posição doutrinária quanto à distinção entre princípio e regra, a substância do tema garante sua relevância, haja vista o contexto atual de alta relevância dessas liberdades.

Vide o recente caso do embaixador estadunidense na Líbia, morto após ataques que terminaram por incinerar o consulado do país em Benghazi, cidade no nordeste do país africano (NINIO, 2012, p. A16). Os ataques dos revoltosos líbios se inserem em uma série de protestos deflagrados no mundo árabe (NINIO, 2012, p. A18) após a divulgação de

um filme produzido nos Estados Unidos que, alegam os mulçumanos, veicula claras ofensas ao profeta Maomé (O GLOBO ONLINE, 2012).

Os desdobramentos sobre a corrida presidencial americana foram instantâneos. De um lado, Barack Obama condena energicamente o evento, porém ressalta sua discordância quanto a qualquer tentativa de ofensa a crenças de outrem (G1, 2012). A secretária de Estado, Hillary Clinton, classificou de “repugnante” o filme, mas também eliminou qualquer possibilidade de a Casa Branca interferir na liberdade de expressão dos cidadãos.

O republicano Mitt Romney, por sua vez, esforça-se por utilizar os fatos como argumento contra a política externa do atual governo; o candidato entende errônea a conduta do governo de “pedir desculpas por nossos [estadunidenses] valores” (FOLHA ONLINE, 2012). Romney sobrepôs a liberdade de expressão em relação a outros direitos (ROSSI, 2012). De fato, toda a crítica republicana se baseia na presunção de que a liberdade de expressão, enquanto valor caro aos Estados Unidos, é incondicionável.

Tanto nas reações dos democratas quanto nas reações dos opositoristas é possível ver um denominador comum, não obstante os usos políticos dos eventos: a liberdade de expressão permanece ilibada em ambos os entendimentos. Igualmente, os polos partidários inserem esse direito fundamental numa categoria de superioridade em relação a demais direitos da personalidade, como honra e proteção a crenças individuais. Embora não se exclua a possibilidade de reparações, qualquer cerceio *a priori* a qualquer tipo de expressão é vedado por afronta àquele princípio constitucional. A liberdade de expressão deve, de fato, se sobrepôr à sensibilidade religiosa, como é usual nos países ocidentais (FOLHA ONLINE, 2012)?

Enquanto isso, no Brasil, Monteiro Lobato está na berlinda. O IARA, autor do MS 30.952 no STF, alega que o livro “Caçadas de Pedrinho” conteria “referências ao negro com estereótipos fortemente carregados de elementos racistas”. Se não aprovar a retirada do livro do currículo

escolar, o autor propõe que seja anexada a cada exemplar distribuído uma nota explicativa e que sejam adotadas medidas de capacitação dos educadores para que a obra seja ensinada de forma correta nas escolas. No dia 11 de setembro de 2012, realizou-se uma reunião de conciliação no gabinete do ministro Luiz Fux a fim de debater o tema (NOTÍCIAS STF, 2012), sem, todavia, apresentarem-se resultados concretos (MAGENTA, 2012).

Agora em níveis nacionais, o debate acerca da possibilidade de restrições a direitos fundamentais se instaura novamente. Não importa efetivamente para os fins dessa monografia se esse MS se torne tão somente “comichão censório” que “acompanha o espírito do politicamente correto” (FOLHA DE S. PAULO, 2012, p. A4). A rigor, a propositura do MS instala a discussão sobre até que ponto seria legítimo limitar a liberdade do autor de expressar suas ideias como entender. Ou melhor, seria legítimo a uma geração futura condenar a manifestação de uma geração passada já morta por conta de expressões que, à época, eram completamente normais, mas que, após tantos anos, passam a ser ofensivas para determinado grupo da sociedade?

Não sou dono das respostas a essas perguntas. Meu intuito com esses fatos é expor a dimensão que pode assumir o tema da restrição a direitos fundamentais. Com base somente nesses dois cenários, é possível lhe aduzir dimensões de política interna e externa, jurídicas, beligerantes, religiosas, educativas, raciais, literárias, historiográficas, dentre outras. Essa importância pode parecer óbvia no cotidiano, mas assume um peso muito maior quando confrontada com notícias globais que envolvem a nação mais poderosa do mundo capitalista, a suprema corte de nosso país e um dos maiores escritores de nossa história.

Definidos meu tema e a sua relevância e justificativa, meu foco passou a ser a seleção dos acórdãos. Estou ciente que o método de busca pelo sítio do Tribunal na internet possui limitações. Todavia, como se trata de uma pesquisa qualitativa, creio que importância maior deva ser creditada ao conteúdo das informações que cada acórdão agrega à

pesquisa, mais do que à quantidade total de casos. Pretendo justificar, então, rapidamente, o porquê da escolha desses votos em específico. Nesse sentido, procuro sanar quaisquer dúvidas que possam surgir a respeito da seleção do universo pelo método de busca no site.

Entendo que posso fundamentar melhor a escolha de cada acórdão a partir da utilização do conceito de *vagueza*. A definição desse conceito que Ferraz Jr. propõe me parece bastante elucidativa. Assim (FERRAZ JR., 2011, p. 224),

um símbolo é *vago*, quando seu possível campo de referência é indefinido (...). A palavra é *vaga*, pois *denota* um campo de objetos (*extensão*) não claramente definido; quando definimos o campo dos objetos que o símbolo *denota*, temos uma definição *denotativa* ou pela *extensão* [grifos do autor].

Em um primeiro momento, o termo “sobredireitos” é *vago*. Não é possível verificar de antemão quais as garantias constitucionais que se inserem nessa categoria e tampouco quais tipos de exercício dessas garantias estão protegidos nessa categoria. Ademais, não poderemos com precisão definir, por exemplo, quais características peculiares essas garantias possuem que as fazem destoar do rol de direitos constitucionais, se em todo e qualquer caso essas características se manifestarão e a partir de quando esses direitos passam a valer na vida do indivíduo. Assim, a seleção do universo passou necessariamente por casos que conseguissem da melhor forma possível lidar essa imprecisão, pois minha intenção é apresentar uma sequência de casos no quais o ministro procure conceituar e delimitar os “sobredireitos”. Isso não elimina o fato de que em muitos desses casos surjam incoerências e inconsistências e mais dúvidas sejam levantadas.

Do universo do meu tema anterior, retirei dois casos: a ADPF 130 e a ADI 3.510. Realizei depois uma segunda busca no site, a partir do termo “sobredireitos” e sem restrição alguma, inclusive sobre documentos a serem

pesquisados. Novamente, a ADPF 130 apareceu no conjunto de acórdãos. Nas decisões monocráticas surgiram, por sua vez, os RE 633.427, RE 638.565, RE 572.615, Rcl 11.026, ADI 4.451 MC.

A escolha da ADPF 130, o chamado Caso da Lei de Imprensa, se justifica porque é o primeiro momento no qual o ministro alude ao tema dos "sobredireitos". Além de ser um caso de crucial importância para o cenário político e jurídico brasileiro, é o voto mais extenso e mais trabalhado sobre esse assunto, onde estão postas as bases dessa nova classificação de direitos que o ministro propõe. O termo se torna com esse precedente menos *vago*, porquanto se inicia a definição do conjunto de quais direitos fazem parte dessa parcela de preceitos, bem como formas de exercício e possíveis limitações, além de sua valoração diante a outros direitos constitucionais. Já é possível, também, começar a perceber nesse caso as primeiras inconsistências dessa teoria.

A ADI 4.451 MC, ou ADI do Humor, representa um importante desdobramento da doutrina dos "sobredireitos". O ministro deve enfrentar uma situação que inova em dois sentidos: tanto na atividade cuja regulação é posta em xeque quanto nos cenários concretos sobre os quais incide essa regulação. Dessa forma, o foco passa a ser a atividade humorística em época de eleição, que o ministro diferenciará de estado de sítio. A inserção desse acórdão no universo se justifica, portanto, porque exige que o ministro refine ainda mais sua ideia sobre esses direitos. Essa redefinição não é isenta de erros e a importância do caso se reforça ao jogar luz sobre graves incoerências do ministro.

A Rcl 11.026 é um importante exemplo de coerência do ministro para com os precedentes estabelecidos, mas pode representar concomitantemente uma falha, porque lida com uma nova forma de exercício da liberdade de expressão. Significa, dessa forma, uma oportunidade que talvez seja perdida de o ministro tornar menos *vago* os "sobredireitos". A *vagueza* pode, na verdade, ter aumentado.

Os RE 633.427, 638.565 e 572.615, embora representem processos diferentes, lidam com situação fática idêntica. Assim, resolvi agrupá-los na

mesma análise, sem prejuízo para qualquer especificidade que cada um possa guardar. Sua importância está em ser o único exemplo de aplicação coerente dos “sobredireitos” dentro do universo de análise.

A ADI 3.510, ou Caso da Pesquisa com Células-tronco, é crucial para a diminuição da *vagueza* dos “sobredireitos”, pois ajuda a determinar a extensão da proteção dos direitos constitucionais. Assim, embora não cite nominalmente os “sobredireitos”, ela lida com o início da proteção constitucional dos seres humanos e o posicionamento do ministro nesse caso é fundamental para entender qual a extensão que ele quer denotar aos “sobredireitos”. Ademais, ajuda a compreender a relação dessas garantias com outros preceitos constitucionais, em especial para com a dignidade da pessoa humana.

Uma possível crítica de que eu estaria enviesando minha pesquisa com uma seleção nesses moldes não deve subsistir. A escolha a dedo dos acórdãos, oposta a uma escolha totalmente randômica, não se baseia em motivos totalmente arbitrários; ao contrário, procurei demonstrar racionalmente, a partir de critérios claros e bem definidos, o porquê de cada acórdão estar inserido no meu universo de pesquisa. Ademais, a amostragem randômica não satisfaz meus objetivos, pois a intenção não é abordar todas as possibilidades de uso dos “sobredireitos”. Pretendo estudar comparativamente alguns casos para verificar se essa teoria criada pelo ministro tem alguma sustentação consistente ou se dela advêm problemas quanto a sua aplicação. É possível que haja outros casos que se encaixariam dentro dos limites dessa pesquisa, embora não os tenha achado na busca e não creia em sua existência; por prudência, no entanto, restrinjo minhas conclusões a apenas esse conjunto determinado de acórdãos selecionados. Espero que o leitor dessa monografia tenha entendido as razões de minha escolha, pois, ao fim, esse será o universo: ADPF 130, ADI 4.451 MC, Rcl 11.026, RE 633.427, RE 638.565, RE 572.615 e ADI 3.510.

2. Estrutura da monografia e metodologia de análise.

Resta esclarecer em sede introdutória de que maneira se desenvolverá essa pesquisa. Devo explicar como está dividida essa monografia e como trabalho cada caso dentro dela.

A tarefa de ler os votos do ministro Ayres Britto é complexa. O ministro em geral não apresenta um modelo linear de raciocínio, reformulando de várias maneiras o mesmo ponto durante um voto, muitas vezes voltando a uma premissa já bem depois de tê-la abandonado. A esse desenvolvimento circular da decisão soma-se o uso repetido, e por vezes exagerado, de expressões retóricas de alta carga emotiva e de remissões a autores da filosofia e da literatura. O estilo de escrita do ministro passa a impressão de que seu desejo é o de impressionar a audiência. A despeito disso, procurei fazer o esforço de sistematizar seus argumentos e extrair o seu conteúdo.

No começo da leitura, eu não possuía um modelo de fichamento padrão, com categorias definidas para encaixar cada posição do ministro. Procedi à leitura e às anotações de cada acórdão destacando cada vez que um novo argumento aparecia e qual sua relação com os pontos anteriores e posteriores dos votos.

Uma vez com os casos fichados, minha preocupação passou a ser a de construir modelos de análise que me permitissem extrair consequências válidas das informações que havia agrupado. A questão era a de como obter esses modelos.

Minha pesquisa não foca a análise da lógica argumentativa dos votos do ministro, como já destaquei anteriormente. No entanto, naquela etapa do trabalho, julguei prudente fazer um diagrama para cada caso com todos os argumentos que ali aparecessem, no intuito de tornar mais inteligível a teia argumentativa do ministro. Foi a partir dessas estruturas que consegui observar bem o papel de cada ponto levantado na decisão, permitindo que eu conseguisse estabelecer de quais categorias de análise eu faria uso. Toda essa manobra, como ficará claro ao longo da explicação, não visava extrair a estrutura lógica dos argumentos, embora subsidiariamente o

fizesse, mas principalmente objetivava clarificar as respostas às perguntas que tinha me feito.

Assim, em cada caso que expus, o leitor perceberá a seguinte formulação:

1. Primeiro, na seção "Resumo fático", apresento um pequeno resumo do pedido formulado, dos fatos da questão, com o intuito de situar o leitor na controvérsia.
2. Em seguida, passo à seção "Resumo do voto", onde faço um resumo dos argumentos na ordem como foram dispostos nos votos. Aqui, o objetivo é introduzir ao leitor como o ministro tratou a questão, de modo que tento manter a postura de mero descritor dos argumentos. Somente inconsistências muito graves ou que apontem contradições fortes dentro do próprio voto serão levantadas nesse momento.
3. Por último, na parte "Estrutura argumentativa", sumarizo os argumentos e apresento o diagrama da teia. A partir dela, apresento as categorias nas quais encaixo os argumentos, relevantes para a definição dos "sobredireitos". As razões apresentadas pelo ministro que não tenham relação com essas garantias constitucionais não serão um objeto de minha preocupação. Aqui, atestarei também a coerência com relação a outros precedentes. Em resumo, nessa parte assumirei o posto de observador crítico dos votos.

Cabe esclarecer ao leitor agora de que símbolos e categorias eu me utilizei. Embora eu esteja convencido de que silogismos dedutivos simples tenham lugar na argumentação jurídica (MACCORMICK, 1978, p. 19-52), os votos dos ministros do STF em geral, e do ministro Ayres Britto em particular, não se estruturam apenas desse modo. Eles formam um todo complexo de premissas e conclusões interligadas que se engatilham até a decisão do voto. Portanto, considere que uma análise que pretendesse levar em consideração apenas as ideias de premissa maior, premissa menor e conclusão seria insuficiente ao abordar o universo que me propus.

Como, no entanto, representar toda essa teia argumentativa era à primeira vista um problema. Que espécie de símbolos eu utilizaria? Para

sanar essa questão, me baseei em Atienza (2003, p. 216-222), apesar de ter feito algumas adaptações de sua teoria para o contexto do controle de constitucionalidade feito pelo STF. Esse esquema dá conta das três dimensões da argumentação jurídica propostas por Atienza: sintática, semântica e pragmática.

Em nível de representação das relações entre os argumentos (sintático), uso dos seguintes modelos:









$a \rightarrow b$:	"a" é um argumento independente a favor de "b".
$a \leftarrow b$:	"a" é um argumento independente contra "b".
$\begin{matrix} a \\ b \end{matrix} \rightarrow c$:	"a" e "b", conjuntamente, constituem um argumento a favor de "c".
$\begin{matrix} a \\ b \end{matrix} \rangle c$:	"a" e "b", cada um isoladamente, constituem um argumento a favor de "c".

O sentido dos enunciados (semântica) está representado nesse esquema pelas letras minúsculas, que serão substituídas em cada caso pelas seguintes siglas:

- p: a pergunta central do pedido que deverá ser respondida pelo ministro ao fim do voto;
- q: questão que o próprio ministro se faz no caminho até a resposta de "p", em geral uma reformulação de "p" nas palavras do magistrado;
- n: principal norma de direito para a decisão de "p" e da qual são extraídos os argumentos relativos aos "sobredireitos";
- k: questão de fato que serve de premissa para algum argumento;
- r: enunciado fático contrário à decisão do caso.

- A(n): sendo "n" um número natural e "A", a sigla para "argumentos", denota a abreviatura dos argumentos conforme a ordem de aparição nos votos; assim, A1 será o primeiro argumento do ministro, A2, o segundo e assim por diante;
- d: conteúdo da decisão do caso.

Para esclarecer qual o tipo de ato de linguagem efetuado com o enunciado (pragmático), algumas figuras envolverão as letras. São elas:

	: proposição de um problema.
	: formulação de uma pergunta acessória pelo ministro no curso da argumentação.
	: adoção do enunciado normativo que obriga, proíbe ou permite fazer algo.
	: adoção de um enunciado sobre os fatos do caso.
	: adoção de um enunciado contraditório ao voto.
	: afirmação de um enunciado abstrato (universal ou singular).
	: afirmação de um enunciado empírico (universal ou singular).
	: afirmação de uma solução para a controvérsia.

Porém, todas essas ferramentas são apenas instrumentos de um fim subsidiário da minha análise. O objetivo principal delas é tornar mais evidentes algumas características dos argumentos do ministro envolvendo os “sobredireitos” que me permitem responder às perguntas da pesquisa. Dessa forma, proponho três categorias nas quais pretendo encaixar os argumentos apresentados para proceder ao seu exame.

A primeira categoria diz respeito aos argumentos que o ministro deriva imediatamente das normas constitucionais; chama-se *petição de princípio*. Em toda argumentação, é necessário que ambos os interlocutores pressuponham objetos de acordo, premissas comuns. Eventualmente, pode ocorrer de se apoiar premissas que não são admitidas pelo interlocutor, incorrendo em *petição de princípio*. Consiste, então, em “postular-se o que se quer provar” (ATIENZA, 2003, p. 65). As consequências da utilização dessa categoria de argumento serão avaliadas na conclusão deste trabalho.

Já com foco nos argumentos últimos da teia, última fronteira antes da conclusão do voto, estabeleço mais duas categorias. Conceituo por *generalidade* o argumento que, embora devesse dizer respeito exclusivamente ao pedido em questão, extrapola esse limite e propõe um enunciado universal empírico. Essa categoria denota certo distanciamento do argumento para com a pergunta a ser resolvida pelo ministro. O problema de argumentos que se encaixem nesse modelo é a ausência da premissa menor no raciocínio silogístico. O argumento carece, nesse sentido, da afirmação acerca dos fatos do caso; por exemplo, em sede de controle de constitucionalidade, o ministro pode constatar que toda lei que contenha em si determinado conteúdo X é inconstitucional, mas não poderá chegar à conclusão que determinada lei O é de fato inconstitucional sem provar que o conteúdo da lei O se refira a X. Um argumento genérico, nesse exemplo, não atestaria que a lei O contivesse X e o raciocínio do ministro ficaria prejudicado.

Por fim, quando me refiro à *independência* dos argumentos, pretendo remeter ao fato de que muitos argumentos não conversam entre si. Embora

possam ter a mesma origem, essas motivações não precisam necessariamente dialogar, podendo estabelecer razões estanques.

Assim, modo pelo qual decidi abordar os votos me forçou a estruturar a monografia de forma a dar espaço também individual a cada acórdão. Ao longo da monografia, primeiro se desenvolvem minhas observações sobre os votos particulares para ao fim propor algumas considerações acerca do denominador comum dos votos.

A ordem de apresentação dos acórdãos é a seguinte: ADPF 130, ADI 4.451 MC, Rcl 11.026, REs 633.427, 638.565 e 572.615 (em conjunto) e ADI 3.510. Escolhi a ordem a partir das especificidades de cada caso, de modo a deixar a leitura a mais fluida possível. Não há qualquer hierarquia de conteúdo ou de importância entre eles. Ao final, está minha conclusão a esta pesquisa.

Da construção dos “sobredireitos”:

1. Caso da Lei de Imprensa (ADPF 130):

1.1. Resumo fático:

Ação proposta pelo PDT com a finalidade de declarar com eficácia geral e vinculante que a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Alega descumprimento dos preceitos fundamentais positivados no artigo 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV e nos artigos 220 a 223.

O problema (p) é saber se a Lei de Imprensa foi recepcionada pela Constituição de 1988. O ministro recorrerá fundamentalmente aos preceitos dos artigos 5º, IV, IX, XIII, XIV e LXXII e 220 da Constituição (n) para basear a conclusão. A sua decisão (d) é pela procedência integral do pedido.

1.2. Resumo do voto:

Divido o voto do ministro em dois momentos. Na primeira parte, o ministro se dedica a estabelecer o regime constitucional da imprensa no país. No segundo momento, analisa o cabimento da lei de imprensa sob o regime definido anteriormente.

A questão (q) que o ministro se põe a responder é: a nova ordem constitucional brasileira protege a liberdade de imprensa como deveria protegê-la a constituição de um país que pretenda ser uma democracia consolidada, como pretende o Brasil? Em outros termos, a proteção dada à liberdade de imprensa pela Constituição de 1988 se coaduna com o papel exercido por esse preceito fundamental em um regime democrático?

O primeiro argumento (A1) do ministro é o de que a imprensa pode ser avaliada sob duas perspectivas. Objetivamente, a imprensa é uma atividade que “multiplica condutas e plasma caracteres”, ou ainda, uma “instituição-ideia”; por outro lado, subjetivamente, a imprensa é uma “instituição-entidade”, pois seus órgãos são juridicamente relevantes. A imprecisão e vagueza dos termos utilizados pelo ministro é patente;

además, não consigo depreender qualquer relevância dessa distinção para a conclusão do voto.

Em ambos os pontos de vista traço distintivo dessa instituição é a generalidade do público ao qual se destina sua comunicação, por isso denominada comunicação social. Ela apresenta um *status* multifuncional como espaço destinado ao desenvolvimento do pensamento crítico. A consequência lógica desse *status* é a responsabilidade tanto jurídica quanto perante o público dos jornalistas e órgãos de comunicação social.

O ministro entende só haver duas respostas à pergunta sobre qual seria o tratamento constitucional da imprensa: ou ela é totalmente livre ou então a sua liberdade será somente aparência jurídica. A Constituição prefere a primeira opção e consagra a liberdade de imprensa total e plena. A lei não poderá determinar nem o tempo de início ou duração tampouco a extensão de conteúdo do exercício desse preceito. Tal liberdade, ao se conjugar com a responsabilidade dos órgãos de comunicação social, dá origem ao direito subjetivo individual e coletivo denominado pelo magistrado de “valor social da visibilidade”, que garante o real conhecimento da informação. Este direito é o centro do segundo argumento (A2). A efetivação da cidadania passa essencialmente por esse direito. Como não existiria democracia sem cidadania, imprensa e regime democrático se pressupõem mutuamente.

O terceiro argumento (A3) se foca no capítulo acerca da comunicação social na Constituição e é o mais relevante tanto para o voto em si quanto para os fins desta monografia. O Capítulo V do Título VIII do Texto Magno possui a característica de encerrar em si todo um conjunto de direitos fundamentais, pois se trata de um prolongamento das liberdades de pensamento e expressão *lato sensu*.

Aqui jaz uma ideia ímpar para o ministro: um preceito fundamental transfere a característica de “ser fundamental” para outros preceitos que lhe sejam servientes, ainda que eles sejam oriundos de conjuntos normativos diversos. Portanto, o artigo 5º, IV, IX, XIII, XIV e LXXII concede

ao artigo 220 a característica de “ser fundamental”, porém com maior radicalidade e largueza ao tratar da liberdade de imprensa.

Reservada essa “fundamentalidade”, o ministro extrai do artigo 220 duas normas cruciais. Nele se enumeram as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação, que são os chamados “sobredireitos” na visão do ministro, portanto irrestringíveis em seu exercício por normas infraconstitucionais. Ademais, Ayres Britto também infere que o exercício desses direitos só estará sujeito a outras disposições constitucionais. O *caput* do artigo vedaria todo e qualquer cerceio ao exercício dos “sobredireitos”, sem, no entanto, obstar a observância de outros preceitos constitucionais. A observância seria *a posteriori*.

Pontuo uma contradição do ministro. Se se entender que o exercício dos “sobredireitos” se sujeita a outros dispositivos constitucionais, não se pode falar em observância posterior ao exercício. Observância *a posteriori*, por uma questão até mesmo terminológica, deve acontecer após o término do exercício do direito fundamental e, portanto, não limitaria esse mesmo exercício. Como o ministro repete à exaustão nesse e em outros casos que os “sobredireitos” são irrestringíveis e as outras provisões constitucionais atuam em um momento posterior, entendo que não há limitação alguma.

Ainda sobre artigo 220, *caput* e §1º, o ministro defende a impossibilidade de redução do escopo de atuação dos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º, o que reforçaria a condição de superioridade desses incisos. No entanto, entendo que o ministro incorre em uma contradição, porque ele interpreta um dispositivo mais importante à luz de um menos importante e não o contrário. O artigo 5º transfere, no seu entender, sua “fundamentalidade” ao artigo 220, ao mesmo tempo em que as liberdades do artigo 220 só são “sobredireitos” porque se igualam aos “sobredireitos” do artigo 5º. Mesmo que esse último artigo não pretenda elencar um rol exaustivo de direitos fundamentais, não é desse ponto que advém sua superioridade. Na verdade, é o próprio ministro que afirma essa relação de hierarquia ao deixar claro que a transferência ocorre do artigo 5º ao artigo

220. Assim, a ordem correta, segundo o próprio voto, seria o artigo 5º servir de norte interpretativo para o artigo 220 e não a ordem inversa.

Em resumo, a ordem prevista na Constituição para Ayres Britto é: antes se assegura o gozo dos "sobredireitos", depois se reparam eventuais danos a direitos constitucionais alheios, ainda que esses outros direitos densifiquem a personalidade humana. A ponderação, nesses casos, já está feita previamente pela Constituição, não cabendo ao aplicador do direito refazê-la.

O quarto argumento (A4) se relaciona à espécie de tutela conferida aos órgãos de imprensa. Para os casos nos quais os "sobredireitos" são exercidos por um órgão de imprensa, há uma chamada "sobretutela", que é justamente o capítulo referente à comunicação social. Tal "sobretutela" visa justamente proteger a imprensa enquanto meio privilegiado para o exercício dos "sobredireitos" e pressuposto da democracia. Dessa forma, só resta entender que o ministro entende ser a regulação da imprensa na Constituição superior a qualquer outra tutela.

Todos esses argumentos se conjugam para chegar à primeira conclusão do voto do ministro: as liberdades de expressão e pensamento *lato sensu* ("sobredireitos") têm primazia sobre os demais preceitos constitucionais conforme ponderação prévia feita pela própria Constituição Federal de 1988.

Antes de passar para a segunda parte do voto, Ayres Britto faz duas observações. Os direitos da personalidade são expressão de uma vida humana digna, mas não são requisitos para a formação da personalidade humana, pois funcionam como instrumento de valoração. Além disso, o ministro determina como se comportam estruturalmente os "sobredireitos":

(...) nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las "na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes" (...) a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta (...) ambas as franquias

constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra".³

A opção clara, portanto, é a de que, se adotada a teoria de Alexy, os "sobredireitos" serão regras constitucionais de aplicação obrigatória em toda e qualquer situação.

Em um segundo momento, o voto do ministro se destina a cotejar a lei com os mandamentos constitucionais mencionados anteriormente.

Como a lei não pode dispor sobre as coordenadas de tempo e conteúdo do exercício da liberdade de imprensa, ela já perde de pronto o sentido de existência (A5). O Estado também não pode dispor sobre como se omitir nessas relações de imprensa, pois relativizaria a proibição absoluta de interferência da Constituição (A6). Por fim, o ministro afirma que a Constituição não inicia a regulamentação da atividade de imprensa para que outro diploma a complemente; pelo contrário, ela proíbe total e finalmente qualquer intervenção estatal infraconstitucional (A7).

A segunda conclusão do voto é a de que não há espaço para o Estado interferir legislativamente na liberdade de imprensa. A Lei nº 5.250/67 não é recepcionada pela nova ordem constitucional, pois representa, em suma, um modelo autoritário de Estado.

1.3. Estrutura argumentativa:

Sumariamente, os argumentos dispostos no voto são:

A1: a responsabilidade da imprensa advém do fato de essa atividade, enquanto instituição-ideia e instituição-entidade, não possuir um público-alvo específico.

A2: a imprensa livre é essencial para a efetivação da cidadania e, nesse sentido, pressupõe-se mutuamente com a democracia.

³ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 62.

A3: o gozo dos "sobredireitos" (liberdades de expressão, pensamento, criação e informação) não pode ser obstruído de forma alguma. Somente respeitará outras disposições constitucionais e, mesmo assim, apenas em um momento posterior.

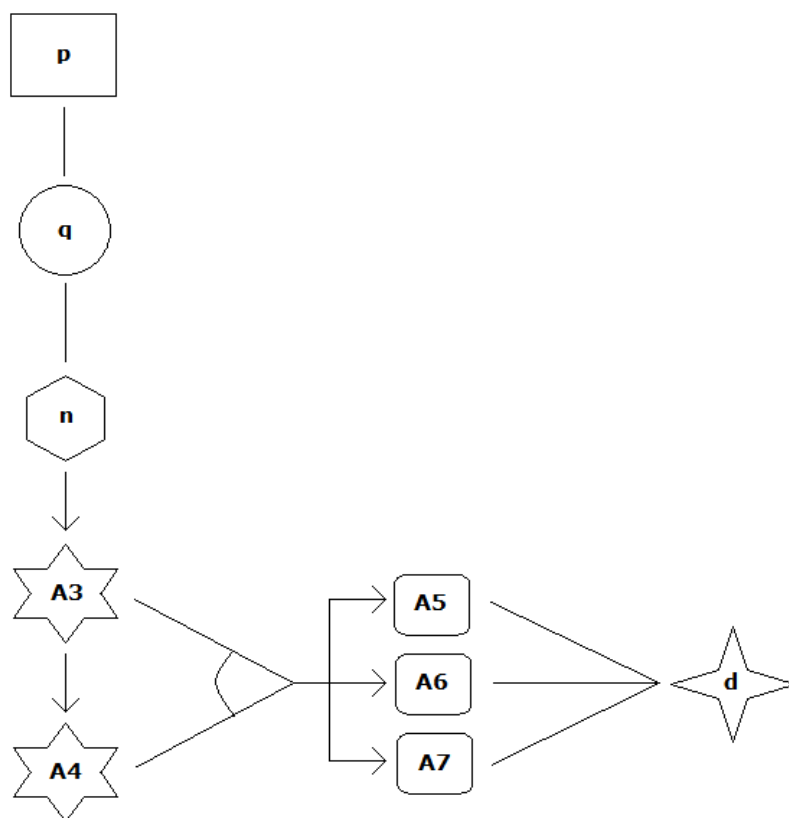
A4: a imprensa, enquanto foro privilegiado para consumação dos "sobredireitos", sofre a incidência de uma "sobretutela".

A5: a Lei de Imprensa perde sentido de existir quando se vê impossibilitada de se referir ao tempo e ao conteúdo do exercício da liberdade de imprensa.

A6: a Constituição não permite ao Estado dispor sobre o modo como irá se omitir nas relações de imprensa.

A7: a Constituição não delega a outra lei que a complemente em matéria de regulamentação da imprensa; na verdade, ela veda qualquer outra disposição nesse sentido.

No entanto, não é possível entender com clareza a função de cada um desses pontos somente a partir da exposição feita até o momento. Para tanto, proponho a seguinte esquematização:



Assim, fica claro que a partir da pergunta central (p) – saber se a Lei nº 5.250/67 foi recepcionada pela Constituição de 1988 – o ministro formula uma outra questão (q) – se a constituição brasileira protege a liberdade de imprensa nos moldes devidos aos países que pretendam ter como regime político uma democracia consolidada. Essa questão leva aos artigos 5º e 220 da Constituição, normas principais do raciocínio argumentativo do ministro (n). Esses artigos sustentam o primeiro argumento abstrato (A3), que origina um segundo argumento abstrato (A4), relevantes para a conclusão. Ambos, conjuntamente, sustentam três argumentos empíricos (A5, A6 e A7), que são a última etapa argumentativa do ministro antes de decidir pela não-recepção da legislação na nova ordem constitucional (d).

A primeira e mais importante conclusão a ser tirada do voto é que o ministro incorre na falácia argumentativa chamada *petição de princípio* ao tratar dos “sobredireitos”. Dessa forma, o ministro extrai diretamente dos artigos 5º, IV, IX, XIII, XIV e LXXII e 220 da Constituição o postulado de que as “liberdades de manifestação e pensamento *lato sensu*” seriam “sobredireitos” passíveis somente de observância de outros preceitos

também constitucionais, fundando toda a sua argumentação nessa informação. Vejamos o que diz o artigo 220 e comparemos, por exemplo, com o artigo 5º, X:

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.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

Para ficarmos apenas nessa situação, falta ao ministro o esforço de responder a seguinte questão: por que, mesmo diante da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, seria a liberdade de imprensa “irregulamentável”? Há claramente aqui um possível conflito entre preceitos constitucionais que o ministro não busca resolver de modo convincente. A saída argumentativa do ministro é a de que a própria Constituição assim determina, como bem mostra o seguinte trecho:

Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma **ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz** [grifo meu] e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão (...).⁴

Não há efetivamente esforço por parte do ministro para fundamentar o porquê de a Constituição ter dado preferência à liberdade de imprensa,

⁴ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 50.

em prejuízo do direito à honra, por exemplo. A primazia é tomada por óbvia quando não o é. A compatibilidade desses direitos é buscada na ordem cronológica de sua aparição. Diz Ayres Britto:

Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais **só** [grifo meu] podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica.⁵

O ministro também não procura esclarecer por quais motivos só existe a opção de calibragem temporal, além de ignorar a jurisprudência da Corte no que tange a choques entre esses direitos. Ele não explica por qual razão, por exemplo, não é possível aplicar um juízo de ponderação no lugar da calibragem temporal. Assim, mesmo que se aceite que a liberdade de informação deva ser priorizada, não é possível encontrar no voto elementos probatórios dessa hierarquia constitucional. Essa primazia é postulada quando deveria ser provada; por isso, a falácia da *petição de princípio*.

A segunda constatação se refere à total *independência* entre A5, A6 e A7, que são os argumentos últimos na linha de sustentação da decisão. Em nenhum momento, e mesmo ao decorrer do voto, pode-se aventar algum tipo de subsidiariedade ou complementariedade entre eles. Cada um existe por si próprio e já seria suficiente para o desfecho adotado pelo ministro.

A terceira constatação é o alto grau de *generalidade* com o qual o ministro olha para a Lei de Imprensa. Desses três argumentos, somente A5 se refere à Lei de Imprensa em específico, mas ainda assim sem menção alguma a seu conteúdo. Já A6 e A7 são apresentados como postulados decorrentes do tratamento conferido aos "sobredireitos" (A3). Imaginemos, por exemplo, em A5, como ficaria a dedução:

. A Lei de Imprensa não pode se referir ao conteúdo e ao tempo do exercício da liberdade de imprensa.

⁵ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 45.

. Todos os artigos da lei se referem ao conteúdo e ao tempo do exercício da liberdade de imprensa.

∴ Toda a lei deve ser impugnada.

Está ausente a premissa menor, que não é nem apresentada e tampouco fundamentada. O ministro não se preocupa em examinar, no voto, artigo por artigo da lei para fundamentar sua conclusão. Isso vale também para A6, pois não fica claro se na Lei nº 5.250/67 de fato dispõe acerca de como o Estado se omitirá de intervir nas relações de imprensa.

Somente em A7 a premissa menor está evidente. Afinal, por óbvio, a Lei de Imprensa não integra a Constituição e, na lógica do ministro, estaria vetada sua edição. Como já foi atestada a *independência* desses argumentos, fica claro que Ayres Britto apenas complica o voto ao introduzir A5 e A6. Para que sua conclusão fosse mais bem fundamentada, o ministro haveria de ter omitido tanto A5 quanto A6.

A quarta informação advinda desse esquema diz respeito ao fato de que A1 e A2 são argumentos de caráter tão somente *retórico* no voto do ministro. A1 e A2 não possuem nenhuma tarefa na dedução argumentativa desde “p” até “d”, pois deles não derivam argumento algum e tampouco contribuem diretamente para a conclusão. Sua presença na decisão só pode ser explicada por meio de uma estratégia retórica do ministro, que ali os põe sem qualquer contribuição explícita para *ratio decidendi*.

A conclusão de que a Lei de Imprensa não foi recepcionada na ordem constitucional pós-1988 deriva do fato de que, no entendimento do ministro, lei infraconstitucional não pode ter como conteúdo a regulação da atividade de imprensa, pois a própria CF já exauriu esse tema e proibiu que outras normas que a ele retornassem. O ministro não esclarece em que momento desse raciocínio podem ser encaixados os argumentos de que a responsabilidade da imprensa advém da ausência de público-alvo determinado (A1) e que democracia e imprensa livre se pressupõem mutuamente (A2). Esses argumentos podem ser considerados importantes de um ponto de vista político-filosófico para o ministro, mas eles não

constituem o centro da motivação jurídica do voto. Talvez o ministro os tenha elencado com o objetivo de rebater de antemão eventuais críticas a seu voto com relação à responsabilidade dos órgãos de imprensa, por exemplo. Ainda assim, eles poderiam ser descartados sem implicações para a decisão do voto.

2. Caso da ADI do Humor (ADI 4.451 MC):

2.1. Resumo fático:

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela ABERT, cuja pretensão é a declaração de inconstitucionalidade integral do art. 45, II e inconstitucionalidade parcial do art. 45, III, ambos da Lei 9.504/97 (p). Pleiteia, subsidiariamente, que o STF dê interpretação conforme à Constituição a ambos os incisos no sentido de "afastar do ordenamento jurídico: a) 'interpretação do inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações'; b) 'interpretação do inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/97 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar a crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais'".

O ministro decide (d) por dar interpretação conforme à Constituição para o artigo 45, II, com a finalidade de somente vedar conduta em rádio e televisão que assumam claro viés político. Ademais, declara suspensão total de eficácia do artigo 45, III.

2.2. Resumo do voto:

Com um voto sucinto, o ministro estabelece quatro fundamentos para a decisão. O primeiro argumento (A1) baseia-se no entendimento, a partir do conteúdo do artigo 220 (n) da Constituição Federal, de que não cabe ao Estado determinar previamente o que é permitido ou proibido a um jornalista falar. Percebo que há congruência nessa percepção com o

entendimento expresso por Ayres Britto no julgamento da ADPF 130, quando ele estabelece a impossibilidade de restrições prévias ao exercício da liberdade de imprensa.

O segundo argumento (A2) destaca que as liberdades do artigo 220 são bens da personalidade e, nesse sentido, decorrem diretamente do artigo 5º, IV (livre manifestação do pensamento), IX (livre expressão) e XIV (direito ao acesso à informação). Tais liberdades constam no rol dos "sobredireitos" e são irrestringíveis para o magistrado.

Não é possível retirar a dúvida que pode ser constatada na expressão "tais liberdades". A partir do voto, ficaram imprecisas quais liberdades efetivamente se inserem nesse rol: se as liberdades do artigo 220 ou se as do artigo 5º. Caso se considere que sejam as do artigo 5º, seriam aceitas tão somente as que foram citadas ou todas as constantes de todos os incisos?

Apenas o precedente da ADPF 130 pode clarificar esse ponto. Na ocasião, o ministro afirma que os direitos previstos no artigo 220 ganham caráter "fundamental" graças à transferência direta das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*, constantes no artigo 5º. Tal sentido lato abarcaria as chamadas permissividades para pensamento, criação, expressão e informação, embora não fique claro se essa lista, para Ayres Britto, é exemplificativa ou exaustiva.

Todos os incisos citados se referem a uma dessas liberdades e, conforme o decorrer do voto, o próprio caso toma contornos de litígio acerca do acesso à informação. Portanto, apenas os incisos citados do artigo 5º são "sobredireitos". Como o artigo 220 concretiza essas disposições e tendo em vista o precedente da Lei de Imprensa, entendo que para o ministro o artigo específico da liberdade de imprensa também está nesse conjunto especial de direitos.

Cabe esclarecer que A1 advém de A2, embora o ministro os disponha em ordem inversa no voto. Assim, por conta de o artigo 220 enunciar alguns "sobredireitos", o Estado estaria impossibilitado de intervir nas relações de imprensa.

O terceiro argumento pressupõe que a atividade humorística se insere nas atividades de imprensa. Portanto, as mesmas prerrogativas valem para o profissional do humor (k). A atividade humorística também é um “sobredireito” (A3).

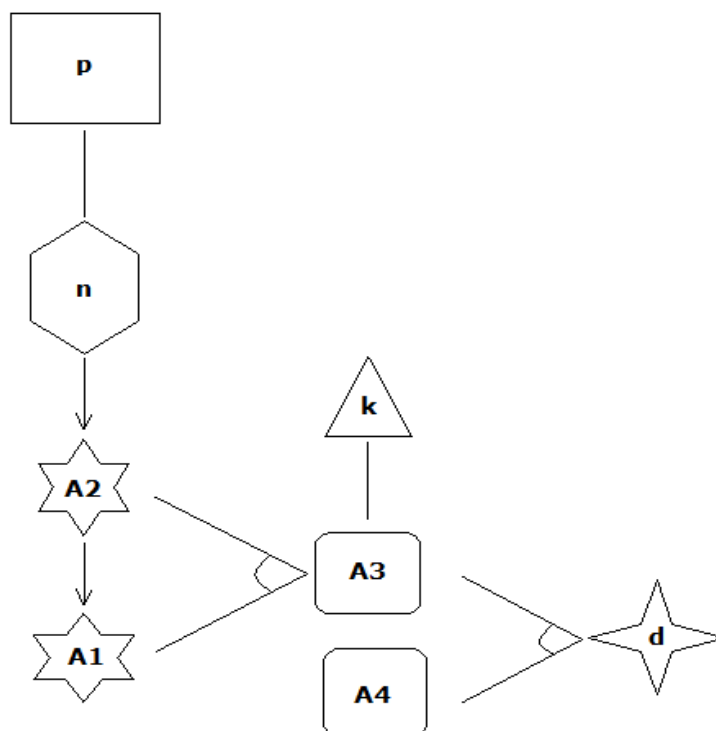
Segundo o quarto argumento (A4), as liberdades não podem sofrer restrições antecipadas em tempo eleitoral, por não se tratar de estado de sítio. Seria lógico imaginar que, se certos direitos não podem jamais sofrer restrições, não há diferenciação para o período eleitoral. Todavia, ao afirmar a desigualdade entre período eleitoral e estado de sítio, o ministro dá a entender implicitamente que no estado de sítio, conforme disposição constitucional, essas liberdades poderiam ser restringidas.

2.3. Estrutura argumentativa:

Temos, portanto:

A1: Não cabe ao poder estatal determinar previamente o que pode um jornalista falar.
A2: As liberdades do artigo 220, que decorrem das liberdades do artigo 5º, IV, IX e XIV, são irrestringíveis.
A3: Atividade humorística também segue os ditames dos “sobredireitos”.
A4: Período eleitoral não é estado de sítio; logo, não deve haver restrição dessas prerrogativas em tempos de eleição.

Dessa forma, o seguinte esquema exemplifica a relação entre os argumentos:



Nesse acórdão, o ministro não formula uma questão própria (p). A pergunta central (p) – saber se o art. 45, II da Lei nº 9.504/97 é totalmente inconstitucional e se o inciso III do mesmo artigo é parcialmente inconstitucional – leva-o ao artigo 220 da Constituição, novamente a principal norma de direito do voto (n), que sustenta o primeiro argumento abstrato do voto (A2). Juntos, A2 e A1, que se baseia em A2, fundamentam o primeiro argumento empírico do voto (A3), que também toma como premissa uma questão de fato (k) – a inserção das atividades de humor na categoria de atividades de imprensa. Um segundo argumento empírico (A4) também é utilizado para fundamentar a conclusão (d) pela interpretação conforme do artigo 45, II e pela inconstitucionalidade do inciso III, porém não advém nem de A1 e A2 e tampouco de n.

A teia argumentativa apresentada no caso é mais simples. No entanto, algumas características pontuais são de crucial importância para o tema da pesquisa. No que tange à argumentação em A1 e A2, nada de novo aparece em relação à ADPF 130, sendo que remeto ao leitor, portanto, de às mesmas informações já veiculadas no exame desse caso. Vale apenas ressaltar, mais uma vez, a ocorrência da falácia da *petição de princípio*, em

decorrência de nova proposição que foi postulada quando deveria ter sido provada.

A peculiaridade desse caso se encontra nos dois últimos argumentos do ministro. Tanto A3 quanto A4 repetem a tendência do ministro em apresentar argumentos construídos de forma bastante *genérica*. Nenhum deles, não obstante estarem a um passo apenas da conclusão do voto, mencionam os artigos impugnados na Lei 9.504/97. Ambos omitem a premissa menor, necessária para o cotejo da lei ordinária com os mandamentos constitucionais.

Por que essa informação é relevante? Apresentarei minhas conclusões apenas na parte final da monografia, mas aqui já entrevejo uma tendência particular do ministro. Começo a me perguntar o porquê de novamente se apresentarem razões tão gerais para a decisão e, em A4, parece derramar uma luz à resposta. Diz Ayres Britto:

Até porque processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), **única fase** ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a nossa Constituição toma como **fato gerador de restrições** à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e **à liberdade de imprensa** [grifo meu]., radiodifusão e televisão, na forma da lei' (inciso III do art. 139) ⁶

No entanto, já no Caso da Lei de Imprensa, o ministro afirma que os "sobredireitos" não são princípios no sentido de "mandados de otimização", pois a Carta Magna impõe sua obediência integral face a todas as situações.⁷ Como, então, abrir essa lacuna para o estado de sítio? Ou melhor, como afirmar que a Constituição determina que sejam regras de observância integral, se ela própria abre exceção para o estado de sítio? Há uma grave inconsistência no entendimento do ministro nesse sentido.

⁶ STF: ADI 4.451 MC, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 26/08/2010.

⁷ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 61.

Um argumento oposto a essa objeção que fiz poderia ser a de que o ministro entende que a observância dos “sobredireitos” esteja sujeita a outras disposições constitucionais, como a vedação do anonimato.⁸ Mas, vejamos este trecho da ADPF 130, que pode ser ilustrativo:

É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do anonimato (parte final do inciso IV); direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).⁹

O ministro enumera taxativamente quais são as disposições constitucionais a serem obedecidas. Poderia haver a pergunta: por que a lista seria taxativa e não exemplificativa? Creio ser taxativa por conta da própria maneira pela qual o ministro estruturou esse parágrafo. Devemos estar atentos a que Ayres Britto não faz uso de uma pergunta que conte com expressões de amostragem, como “por exemplo”, “algumas disposições”, “parcela dessas disposições”. Poderíamos pensar que a enumeração seria exemplificativa se a pergunta viesse formulada como: “mas quais são algumas das disposições a que se refere, por exemplo, o precitado art. 220?”. Ao contrário, são suprimidas quaisquer dessas figuras de linguagem, em prol de uma pergunta cuja resposta se presume totalizante! Para a pergunta “quais as disposições constitucionais a que se refere determinado artigo”, a resposta esperada deverá abarcar todos os preceitos, sob pena de ser insuficiente. Uma resposta insuficiente a ser

⁸ STF: ADI 4.451 MC, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 26/08/2010.

⁹ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 44.

dada pelo ministro prejudicaria a própria consistência do voto, na medida em que poderia esconder alguma alternativa que deveria ter sido considerada pelo ministro, mas que não o foi. A conclusão, portanto, é a de que essa listagem corresponde a tudo aquilo que deve ser observado quando do exercício dos “sobredireitos”.

O estado de sítio não está enumerado como uma possibilidade de observância. Qual a decorrência lógica? Mesmo em estado de sítio, as liberdades de manifestação e pensamento *lato sensu* não poderiam ser restringidas. No entanto, o ministro alude agora, na ADI do Humor, à possibilidade de se erguerem barreiras a esses direitos em estado de sítio. Não parece haver coerência nesse posicionamento.

Mas ainda resta a questão: para além da mera incoerência entre posições, há alguma outra informação mais universal que se possa extrair desse trecho? Talvez seja precipitado formular proposições universais a partir somente desse caso em particular, mas anoto uma ideia que será retomada quando da conclusão.

Duas questões que podem ser colocadas quanto à incoerência que envolve o estado de sítio são: por que essa incoerência apareceu no voto do ministro? Por que em nome do estado de sítio pode haver restrições, mas não as pode haver em nome, por exemplo, do direito à honra, se ambos estão constitucionalmente previstos e o ministro não estabeleceu hierarquia entre eles? Não cheguei a uma hipótese consistente para essas questões, de forma que tentar respondê-las aqui seria mera especulação. No entanto, a utilidade dessas questões está em que me fizeram enxergar uma diferença de abordagem do ministro com relação ao tipo de norma que o caso exige lidar.

Na ADPF 130, o problema do direito à honra – junto com outros direitos subjetivos – é de pronto descartado pelo ministro com a solução de encadeamento cronológico do exercício dos “sobredireitos”. Parece haver um descarte desse problema de compatibilidade entre direitos a partir de uma solução rápida e simples, a despeito dos problemas que ela acarreta. Por sua vez, na ADI 4.451, o ministro se vê obrigado a considerar

seriamente a possibilidade do estado de sítio, sem, no entanto, poder contar com a solução anterior da calibragem temporal. Estado de sítio não é direito subjetivo. Estado de sítio é uma situação concreta e específica que exige a adoção de determinadas medidas estatais. E aqui mora a peculiaridade.

O problema agora não é mais o de encaixe entre a regra dos "sobredireitos" e o direito à honra ou outros direitos conflitantes. A questão é a coexistência da regra dos "sobredireitos" e da regra do estado de sítio. Vejamos o artigo da Constituição:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(...)

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

A antinomia é entre uma regra proibitiva de restrição e uma regra permissiva de restrição. O ministro não resolve essa antinomia, pois entende que o caso não pede essa resolução, visto que não se trata de estado de sítio. Ainda assim, é muito importante perceber que o ministro não parece ter adequado sua teoria dos "sobredireitos" para situações mais específicas que envolvem outras regras constitucionais.

Embora Ayres Britto afirme que os "sobredireitos" são regras de observância integral obrigatória e permanente, esse caso mostra que sua teoria não pode subsistir quando questionada no plano das regras constitucionais. Sua preocupação, ao formulá-la, parece estar voltada apenas para casos de que envolvessem direitos constitucionais. Porém, como afirmar que a própria Constituição determina a primazia desses direitos enquanto regras se ela própria contém em si outras regras, de mesma hierarquia? Ademais, como o ministro aventa a possibilidade de

derrogação da liberdade de expressão em caso de estado de sítio, se ele já havia determinado quais preceitos constitucionais deveriam ser observados no exercício dessa mesma liberdade de expressão? Cenários mais específicos parecem abalar seriamente a credibilidade da tese dos “sobredireitos”.

3. Reclamação 11.026:

3.1. Resumo fático:

Trata-se de Reclamação proposta pela Google Brasil Internet Ltda. contra acórdão do TRE de São Paulo que determinou a retirada de vídeo do sítio eletrônico “You Tube”, supostamente por conter contrapropaganda eleitoral. A impetrante alega (p) violação da decisão proferida na ADI 4.451 MC. O ministro decide pela improcedência do pedido (d).

3.2. Resumo do voto:

A estrutura usual dos votos do ministro novamente se repete. Em sede de análise geral, o primeiro argumento (A1) é o de que o acórdão impugnado e a referida decisão do STF em controle abstrato não versam sobre a mesma questão, descumprindo a determinação do artigo 102, I, I, da Constituição (n1). A reclamação, enquanto meio processual adequado a garantir a autoridade das decisões do Supremo, pressupõe algum nexo entre o acórdão desrespeitado e o ato reclamado. No parecer do ministro, a ADI 4.451 MC trata dos artigos 57-D e 57-F da Lei nº 9.504/97, enquanto o ato impugnado tem base no artigo 45 da mesma lei. Dessa forma, divergentes as questões decididas, não há que se falar, para o ministro, em nexo entre ambos os casos.

Mais específico, o segundo argumento (A2) se volta para a decisão em si do Tribunal Eleitoral. Para o ministro, a decisão do tribunal ordena a retirada do vídeo porque este mantém anônimo o autor da postagem, enquanto o artigo 5º, IV, da Constituição (n2) veda esse tipo de ocultamento. Logo, o TRE não atenta contra a liberdade de expressão, como pretende o autor, mas evita que o exercício desse direito se dê de forma

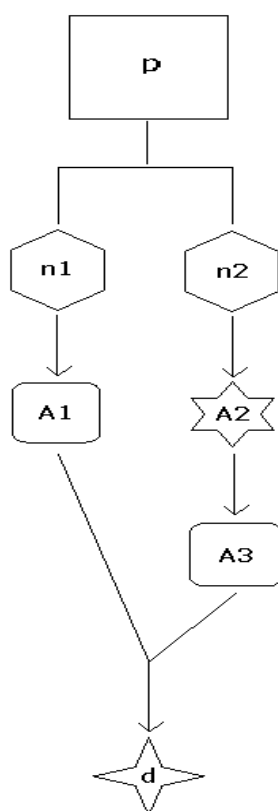
anônima, o que estaria em contrariedade com o mandamento constitucional (A3).

3.3. Estrutura argumentativa:

Em suma:

A1: Decisão do TRE e ADI 4.451 MC não versam sobre a mesma questão.
A2: Constituição veda o anonimato no exercício da liberdade de expressão.
A3: Decisão do TRE apenas veda o anonimato.

Portanto:



Esse acórdão conta com a particularidade de a pergunta central (p) – saber se houve violação da decisão da ADI 4.451 – fornecer ao ministro duas normas igualmente importantes à solução: os artigos 102, I (n1) e 5º, IV (n2), ambos da Constituição. A primeira norma fundamenta o argumento

empírico A1, enquanto a segunda norma baseia o argumento abstrato A2, que, por sua vez, dá origem ao argumento empírico A3. A1 e A3, em separado, sustentam a decisão (d) de não conceder o pedido.

O caso da Rcl 11.026 chama a atenção por ser um exemplo de aplicação coerente do precedente dos “sobredireitos”. Afinal, como já foi mostrado tanto na ADPF 130 quanto na ADI do Humor, a vedação ao anonimato se inclui no âmbito de normas constitucionais que o indivíduo deve observar durante o exercício das liberdades de manifestação e pensamento *lato sensu*. Não obstante, essa coerência também acarreta nova ocorrência da falácia da *petição de princípio*, bastando um mero passar de olhos pelo esquema para perceber mais uma vez a ausência da qualquer preocupação na justificação da interpretação dos preceitos constitucionais presente em A2.

A coerência em relação aos precedentes, no entanto, possibilita a apreciação adequada dos fatos do caso concreto? Esse caso traz uma particularidade característica da sociedade do século XXI: a comunicação pela internet. Um vídeo postado na rede mundial de computadores sem dúvida representa uma forma de comunicação, mas uma forma de comunicação não convencional, porque é contínua. A fala humana acontece e termina no mesmo instante, abrindo espaço para a emissão de nova comunicação pelo receptor da mensagem anterior. Mas e um vídeo?

É possível dizer que um vídeo termina? Ou ele estará sempre rodando, mesmo que em vários computadores distintos ao mesmo tempo? Como posso adequar a observância *a posteriori* de normas constitucionais a um meio de comunicação que dilui o próprio conceito de posterioridade, uma vez que está sempre se comunicando? Em um cenário hipotético, se determinado tribunal ordenar a retirada do vídeo, será um controle efetivamente *a posteriori*, se, na verdade, o mesmo vídeo pode estar sendo transmitido para outras pessoas concomitantemente à emissão da decisão judicial?

Para simplificar, consideremos apenas um indivíduo receptor. Com relação àquela pessoa, o controle poderá ser de fato posterior. Mas, ao ser

posterior para aquele particular, não será anterior em relação a tantos outros que ainda não assistiram ao vídeo e poderiam vir a assistir caso não fosse determinada sua retirada nesse cenário hipotético?

A questão que se põe aqui é a da adequação do direito, e de uma particular interpretação de normas jurídicas, para com uma nova realidade. Ao que parece, o ministro não levou em consideração novas tecnologias de informação ao projetar sua doutrina de “sobredireitos”, pois não há em seu voto a consideração da possibilidade de uma comunicação que se prolongue no tempo e elimine a ideia de posterioridade.

É interessante pensar, então, se a coerência em relação ao precedente deve resistir, mesmo havendo inconsistência da tese perante os fatos. Por um lado, ao decidir um caso, é importante ao juiz ter em mente seguinte ideia, muito bem formulada por Maccormick (1978, p. 75):

That I must treat like cases alike implies that I must decide today's case on grounds which I am willing to adopt for the decision of future similar cases, just as much as it implies that I must today have regard to my earlier decisions in past similar cases.

Não descarto a possibilidade de que o ministro Ayres Britto tenha pensado assim ao decidir, por exemplo, o Caso da Lei de Imprensa ou a ADI 4.451. Por outro lado, é necessário questionar se era realmente o caso, nessa reclamação, de se manter o precedente. A relação de precedência depende da definição e justificativa de que são “casos iguais”, o que não é encontrado no voto. Entendo que o ministro perdeu uma ótima oportunidade de, se não descartar os “sobredireitos”, ao menos reformular a teoria para que ela seja capaz de responder a perguntas tão simples, como as feitas acima, e que abalam a sua credibilidade.

4. RE: 633.427, 638.565 e 572.615:

4.1. Resumo fático:

Todos os três recursos extraordinários desta seção, embora com cenário fático diferente, compartilham a mesma argumentação do ministro, que leva à mesma conclusão. Por isso, optei por analisá-los em conjunto.

O RE 633.427 é recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça [TJ] do Rio Grande do Sul, cujo conteúdo, alega-se, representa violação ao artigo 5º, V, X e XXXV e ao artigo 93, IX da Constituição (p). Nos REs 572.615 e 638.565, contra decisão do TJ de São Paulo e do Amapá respectivamente, sustenta-se afronta ao artigo 5º V e X e do artigo 220, §1º do mesmo documento (p). Em todas as oportunidades, é negado provimento ao recurso (d).

4.2. Resumo do voto:

Em todos os três acórdãos, o arranjo dos argumentos é idêntico.

O primeiro argumento (A1) remete à ADPF 130, na qual, segundo o ministro, se estabeleceu o procedimento devido em caso de choque de direitos da personalidade. Assim, segundo determinação da própria Constituição, a primazia das liberdades de imprensa e expressão seria sempre garantida. O precedente fica estabelecido e a norma guia do voto será o artigo 220 da Constituição (n).

Depois, o ministro fixa (A2) que a liberdade de manifestação se constitui de dois momentos distintos em seu exercício. *A priori*, o gozo dos "sobredireitos" fica assegurado, juntamente com as condições constitucionais de proibição do anonimato, sigilo da fonte e livre exercício da profissão. *A posteriori*, fica assegurada a reparação de danos a terceiros que comprovem suas pretensões em juízo, mediante direitos de resposta e indenizações. Isso evitaria abusos no primeiro momento de exercício.

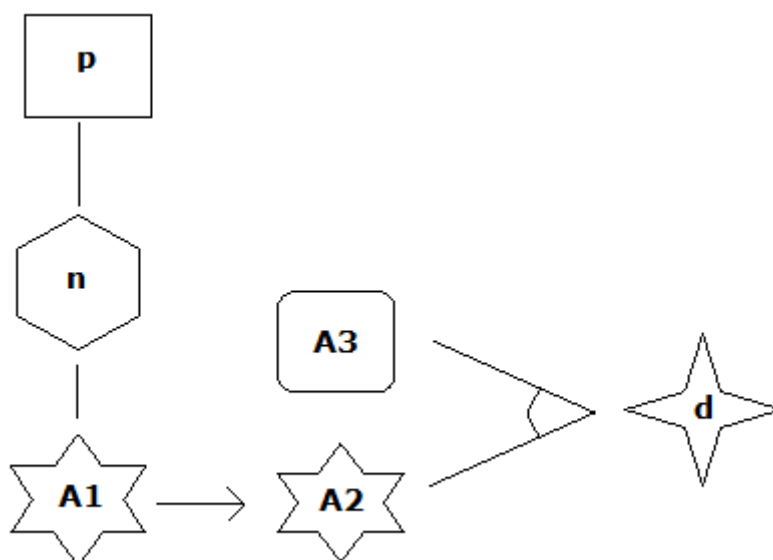
Por fim, o terceiro argumento (A3) se baseia na impossibilidade de o STF reexaminar provas em sede de recurso extraordinário. Como todos os Tribunais de Justiça decidiram pela insuficiência de provas do intuito de macular a honra dos impetrantes, Ayres Britto decide por manter as respectivas decisões.

4.3. Estrutura argumentativa:

Em resumo:

A1: Supremacia da liberdade de manifestação em relação aos outros dispositivos constitucionais.
A2: Reparação de danos se dá após o exercício do "sobredireito".
A3: Insuficiência de provas dos danos.

Temos o seguinte esquema:



Embora possuam perguntas centrais diferentes, os três casos se identificam quanto à teia argumentativa e quanto à decisão. As perguntas (p) – saber se o artigo 5º, V, X e XXXV e o artigo 220, §1º, da Constituição, a depender do caso, são violados – são respondidas com o auxílio do mesmo artigo 220 (n). Essa norma sustenta um argumento abstrato (A1), que fundamenta um segundo argumento abstrato (A2). Sem evocar n, o ministro aponta um argumento empírico (A3), o qual, em conjunto com A2, baseia a decisão (d) de negar provimento ao pedido.

Esses três recursos extraordinários selecionados formam um conjunto que exemplifica bem a coerente aplicação da doutrina dos “sobredireitos”. Não significa que não há equívocos argumentativos, mas esses equívocos também são coerentes com o que propugna o ministro até aqui.

Novamente, incorre-se em *petição de princípio*, mas sobre essa parte não há o que se acrescentar, tendo em vista o precedente da Lei de Imprensa. No mais, é perceptível que o ministro mantém a consistência de suas afirmações ao reafirmar que a indenização por dano sofrido em decorrência do exercício de algum “sobredireito” deverá ser cobrada após o fim desse exercício.

Os aspectos fáticos do caso também não trazem problemas. Não se depara aqui com uma nova realidade social que emerge, mas tão somente com a manutenção de sentenças acerca de uma publicação periódica. O ministro segue os ditames legais sem maiores divagações.

A relevância desse caso está justamente na ausência de grandes observações a se fazer. Ele prova que é possível uma aplicação coerente da teoria do ministro. A teoria pode ser criticada em seu conteúdo, ou, mesmo, como entendo, pode ser aplicada sem preocupação com sua justificação pelo ministro, mas não implica inexoravelmente a incoerência de todas as decisões do ministro.

Vale ressaltar que o caso é de uma simplicidade considerável. Podemos pensar que talvez esse entendimento dos “sobredireitos” possa parecer adequado para as questões mais simples, na medida em que, em casos de maior complexidade, a tendência a gerar polêmicas é grande. De fato, os casos examinados até aqui mostram que em cenários de dificuldade acrescida o ministro costuma incorrer em graves insuficiências argumentativas.

Casos mais simples, portanto, tornam possível, embora não validem *a priori*, a aplicação mecânica da ADPF 130 como precedente, sem a necessidade de considerações a respeito dos pormenores que fazem determinado caso, de fato, ser precedente de outro caso. A regra do *stare decisis* parece estar sendo equivocadamente aplicada pelo ministro. Não se

trata de aplicar irrefletidamente determinada decisão a todo e qualquer caso que a ele se assemelhe na posteridade. Pelo contrário, o sentido dessa regra é aplicar decisões iguais a “casos iguais”. Tanto nos recursos extraordinários quanto na reclamação acima analisada o ministro se furta a justificar o porquê de serem esses “casos iguais” ao Caso da Lei de Imprensa. Quando a complexidade fática é maior, mais inconsistências tendem a advir desse tratamento equivocado do *stare decisis* que o ministro adota.

5. Caso da Pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510):

5.1. Resumo fático:

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República com objetivo de impugnar o artigo 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) (p). O autor alega violação ao direito à vida, uma vez que embrião é vida humana, e à dignidade da pessoa humana. O voto se dá no sentido da total improcedência do pedido (d).

5.2. Resumo do voto:

O voto do ministro no presente caso apresenta algumas particularidades, especialmente quanto à sua estrutura. É difícil perceber um encadeamento lógico entre os argumentos, o que leva à sensação de que a decisão se baseia em uma gama de argumentos que, embora lidem com o mesmo tema, são totalmente independentes entre si. Em uma leitura mais aprofundada, os três primeiros argumentos visam traçar um panorama geral do tema, sendo que, a partir do quarto argumento (A4), o ministro começa a tratar do caso efetivamente.

O primeiro argumento (A1) do ministro é o de que o artigo 5º ora impugnado tem como pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana. Para chegar nessa conclusão, ele se apoia na descrição do que entende serem os quatro núcleos deontológicos da norma impugnada: o uso de

células-tronco embrionárias para pesquisa e tratamento médico, o estabelecimento de condições para o uso dessas células, a obrigatoriedade do envio prévio dos projetos para o comitê de ética e pesquisa da responsável e a proibição da comercialização do material coletado. A discricionariedade do ministro parece ser a única fundamentação desse argumento, na medida em que ele não faz esforço algum para expor com clareza o porquê de esses núcleos deonticos remeterem à dignidade da pessoa humana. Ele não apresenta jurisprudência nesse sentido, não busca examinar se essas medidas de fato contribuem para a consecução dos fins do princípio da dignidade da pessoa humana, mas tão somente adota essa conclusão como se óbvia fosse.

O segundo argumento (A2) é o de que é necessário haver vida pós-parto para haver personalidade jurídica. O ministro pressupõe que a propositura da ADI 3.510 é contrária à concepção de que as células-tronco implicam maior chance de recuperação e tratamento para pessoas físicas e naturais.¹⁰ Pessoas físicas ou naturais são para o ministro somente aquelas que sobrevivem ao parto e, dessa forma, recebem personalidade civil, de acordo com o Código Civil.

Enxergo um equívoco na premissa desse argumento, uma vez que a ação não veicula necessariamente o contra-argumento apontado. É plausível admitir a concordância do autor com esse aumento de chances de cura; porém, como ele entende que o embrião representa forma de vida humana que seria ceifada, propõe a ADI com a intenção de evitar essa violação proibida pelo ordenamento jurídico. Não há imperativo que faça crer inexoravelmente em uma posição contrária por parte do autor. A rigor, no entanto, isso não influi na concepção de que o direito só confere personalidade após o parto.

O terceiro argumento (A3) está em que a Constituição Federal protege a vida enquanto pessoa concreta, mas silencia quanto ao início da vida. Dessa forma, o ministro entende que o princípio da dignidade incide somente na pessoa entre o nascimento e a morte. Só terá dignidade (art.

¹⁰ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 161.

34, VII, b), livre exercício dos direitos individuais (art. 85, III) ou mesmo direitos e garantias individuais quem tiver personalidade (art. 60, §4º, IV), quando houver personalidade. Pode-se entender, com isso, que só será possuidor de "sobredireitos" o indivíduo com personalidade.

Como o ministro entende que a Constituição é omissa nesse ponto, busca a informação em outros pontos do ordenamento brasileiro, tendo-o achado no Código Civil, segundo o qual só terá personalidade o ser vivo pós-parto. O ministro corre o risco, assim, de interpretar a Constituição à luz do Código Civil.

Embora só haja pessoa jurídica após o nascimento, para Ayres Britto a dignidade da pessoa humana transborda essas fronteiras e protege também o processo de formação da pessoa (A4). "Nenhuma realidade pré-natal será pessoa",¹¹ mas possuirá dignidade, o que contraria o argumento A3. A proteção aos direitos do nascituro pelo direito infraconstitucional comprovaria essa tendência. A potencialidade de se tornar pessoa humana estaria resguardada.

No entanto, nesse momento há uma contradição espantosa no voto. O ministro afirma, literalmente:

não se nega que o início da vida humana só possa coincidir com o preciso instante de fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino.¹²

É um entendimento que vai de encontro a tudo o que havia sido dito até agora e que mina a fundamentação do voto. Se a vida começa na fecundação e a retirada das células-tronco do embrião implica sua morte, a decisão que o ministro tomou chancelaria o homicídio (r1). Não há possibilidade de conjugar essa premissa com a decisão do ministro.

O quinto argumento (A5) é a inexistência de potencialidade de vida nos embriões de que trata a lei. Embora a Lei de Biossegurança não defina

¹¹ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 171.

¹² STF: ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29/05/2008, p. 173.

conceitos, o ministro presume que eles tenham o mesmo significado adotado no meio médico. Assim, os embriões de que trata a lei não são fruto de acasalamento humano, mas de fertilização *in vitro*, foram descartados pelo casal. Esse embrião jamais será vida humana e, portanto, não possui dignidade e tampouco quaisquer outras garantias individuais.

O sexto argumento (A6) é a faculdade concedida pela Constituição aos casais de poderem proceder à fertilização artificial se assim quiserem. O casal pode tanto dispor sobre o tamanho de sua família quanto sobre o modo de fertilização do óvulo, pois estão agraciados com a liberdade de planejamento, emanação da dignidade para o ministro.

O sétimo argumento (A7) está na possibilidade de o casal não aproveitar todos os óvulos fecundados na reprodução. Não há dever imposto por lei de aproveitar todos os óvulos, além de ele ser incompatível com a liberdade de planejamento familiar e equivaler à tirania patriarcal contra a mulher.

O último argumento (A8) é o de que essa posição do ministro privilegia a liberdade científica, integrante dos direitos da personalidade.

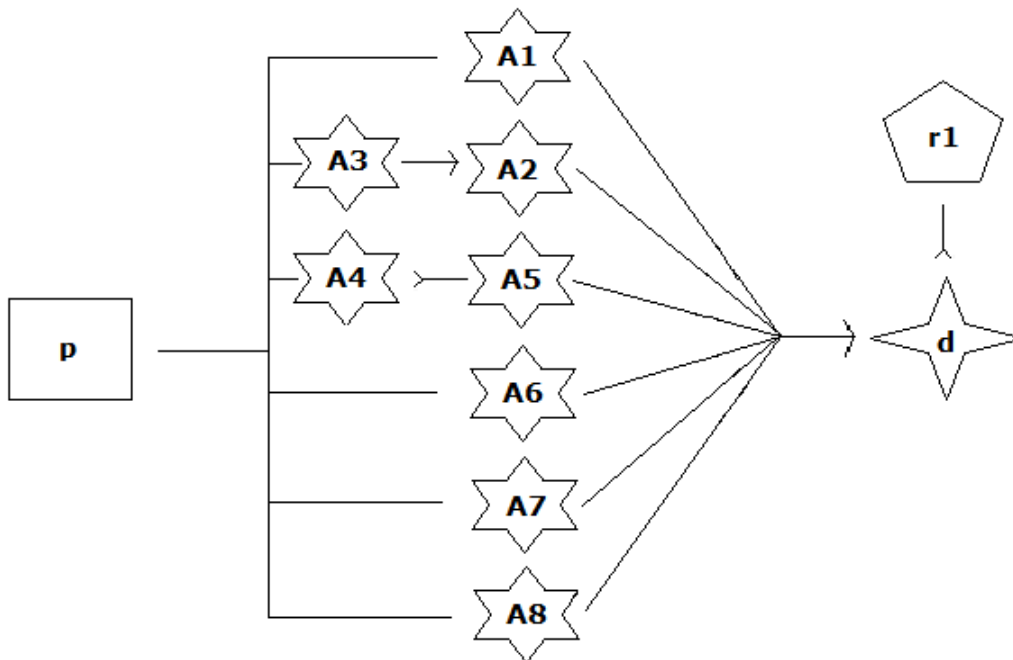
5.3. Estrutura argumentativa:

Os argumentos assim se dispõem:

A1: A dignidade da pessoa humana fundamenta o artigo 5º da Lei de Biossegurança.
A2: A personalidade jurídica pressupõe vida pós-parto.
A3: A Constituição só protege pessoa concreta.
A4: A dignidade da pessoa humana tutela processo de formação da vida.
A5: Os embriões de que trata a lei jamais se tornarão seres vivos.
A6: A constituição faculta ao casal a escolha pela fertilização <i>in vitro</i> .
A7: Não há obrigação de se utilizarem todos os embriões congelados.

A8: A lei está em consonância com a proteção da liberdade científica.

Portanto, o esquema se mostra assim:



A teia argumentativa na ADI 3.510 possui muitos elementos, porém não é exatamente muito complexa. A pergunta central (p) – saber se o artigo 5º da Lei nº 11.105/05 é inconstitucional – dá origem a seis argumentos abstratos (A1, A3, A4, A6, A7 e A8). A3, por sua vez, baseia outro argumento abstrato (A2), enquanto A4, por sua vez, é rebatido por A5, também abstrato. Ao fim, o ministro não enuncia argumentos empíricos e fundamenta a decisão (d) pela total improcedência do pedido com A1, A2, A5, A6, A7 e A8, cada qual trabalhando individualmente. No entanto, o ministro assume no voto um enunciado fático contrário a sua decisão (r1) – o fato de que a vida começaria na fecundação - e opta por não solucionar essa contradição.

São cinco os pontos dignos de nota a partir desse caso. O primeiro aspecto aponta para a mais extrema *generalidade* dos argumentos dentre todos até o momento analisados. Não há um só motivo na decisão que

aponte para uma análise detida do artigo impugnado. Muito ao contrário, o ministro o trata como um bloco único e sem especificidades, decidindo pela sua constitucionalidade a partir de razões muito genéricas e que perdem contato com as especificidades da própria Lei de Biossegurança. Isso pode ser verificado também no fato de que não há enunciado empírico no voto, mas só enunciados universais abstratos, no sentido que em momento algum eles fazem referência ao dispositivo infraconstitucional em questão. Somente A1 e A6 aparecem como possíveis exceções; enquanto, em A1, o ministro ao menos demonstra a preocupação de se referir ao artigo 5º da lei impugnada, em A6, também há referência expressa aos embriões de que trata a lei. No mais, o ministro apenas estabelece as premissas maiores em seu voto, mas se furta de examinar como a Lei 11.105/05 se relaciona com essas premissas.

Ademais, é notável a aparente *independência* dos argumentos apresentados pelo ministro. Paralelo a sua *generalidade*, somente A3 conversa com A2 e A4, com A5, sendo que, efetivamente, quando se trata de deduzir a conclusão, todos os argumentos funcionam como tópicos estanques. Os argumentos assumem a forma de que seriam suficientes por si só para concluir o voto da forma como foi decidido, mesmo que na realidade eles não o sejam. Afinal, por exemplo, não haveria que se falar em A6 se o embrião *in vitro* fosse considerado vida. Evidencia-se que o ministro construiu seu voto para dar a aparência de que essas seriam razões fortes e suficientes quando, na verdade, elas em muito deveriam dialogar entre si, ou, pelo menos, não serem contraditórias entre si, para de fato possuírem a força que lhes é imputada.

A terceira particularidade do voto é a aparição de um argumento contrário à tese do ministro, que é refutado ao longo do voto. Trata-se de A4, pois, embora a Constituição só proteja “vida concreta”, A5 refuta-o ao determinar que a dignidade proteja o embrião.

O quarto ponto digno de ser ressaltado é a presença de outra razão contrária à tese do ministro, mas que dessa vez fica sem resposta. A ideia de que a vida iniciar-se-ia na fecundação, como veiculada em r1, vai de

encontro à possibilidade de pesquisa com células-tronco que foi chancelada pelo ministro. Afinal, como veiculado em A5, um dos motivos fundamentais pela constitucionalidade do artigo 5º impugnado, na visão do ministro, é o fato de que os embriões especificados na lei jamais serão seres vivos. Se vida o fosse, não deveria ser preterida em prol da liberdade científica.

O quinto e mais importante aspecto do voto centra-se na relação entre os “sobredireitos”, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Embora o ministro não cite expressamente os “sobredireitos” na ADI 3.510, é possível traçar algumas relações relevantes para a pesquisa entre o conteúdo do presente voto e as liberdades de pensamento e manifestação *lato sensu*. O seguinte trecho da ADPF 130 é um importante ponto de partida para a análise:

para dizer que estou a falar de direitos da personalidade (...) como expressão da vida humana digna (...). Não como requisito da formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização.¹³

Pois, como bem afirma o ministro na ADI 3.510, para haver personalidade basta que haja nascimento.¹⁴ Mas, se houver personalidade, forçoso entender que há direitos da personalidade” como sua valoração necessária. Portanto, é possível extrair do argumento, até agora, que a proteção ao indivíduo conferida pelos direitos da personalidade se inicia com o nascimento. Nesse sentido, tendo em vista que, como estabelecido na ADPF 130, os “sobredireitos” são uma parcela dos direitos de personalidade, forçoso concluir que os “sobredireitos” incidirão apenas após o nascimento do indivíduo. O próprio ministro afirma que a proteção constitucional se dá com o nascimento apenas.

Pode haver, no entanto, dignidade sem haver “sobredireitos”. A dignidade transborda e protege a potencialidade de vida humana, enquanto

¹³ STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, p. 60.

¹⁴ STF: ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 20/05/2008, p. 198.

os “sobredireitos” só passarão a proteger esse ser no momento do nascimento da criança. Dessa forma, a dignidade forma uma *condição de possibilidade*¹⁵ dos “sobredireitos”, porquanto sua existência é pressuposta para que haja a primazia das liberdades de manifestação e pensamento *lato sensu*. Deve haver dignidade para que haja “sobredireitos”, embora estes só incidam em vida pós-parto.

Resta a dúvida, no entanto, no que concerne à liberdade científica a que se refere o ministro no fim de seu voto. O ministro não responde se a liberdade científica é ou não é um “sobredireito”. Considerando-se a pesquisa científica um meio de expressão e tendo em vista que ambas as liberdades científicas e de comunicação se agrupam no artigo 5º, IX, da Constituição Federal, a omissão por parte do ministro da razão pela qual a liberdade de comunicação seria um direito com primazia sobre os outros enquanto a liberdade científica é um direito subjetivo individual que se submete aos “sobredireitos” é deveras questionável.

No entanto, mesmo que o ministro não incorresse nessa missão, não vejo como esse argumento pudesse ser mais que um argumento subsidiário no raciocínio do ministro. Afirmar que o pesquisador se imbuí do “sobredireito” da liberdade científica, afinal, não exclui o dever de averiguar se o embrião a que se refere a lei possui ou não vida.

¹⁵ Credito o termo *condição de possibilidade* ao Professor Marcelo Neves. Na ocasião do “III Encontro Wmf Martins Fontes de Filosofia de Direito”, realizado em São Paulo no ano de 2012, o professor empregou o termo para explicar como o princípio da dignidade da pessoa humana se portava no ordenamento jurídico brasileiro. Essas e outras explicações estarão no seu livro **Entre Hidra e Hércules - princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico** (no prelo).

Conclusão: do consenso pressuposto ao arbítrio.

Após realizar essa pesquisa, se me fosse perguntado o que são os “sobredireitos” para o ministro Ayres Britto, eu responderia que são uma categoria particular de direitos inserida no grupo dos direitos de personalidade, conforme o ministro afirmou no Caso da Lei de Imprensa. Eles são especiais porque têm primazia sobre todos os outros direitos constitucionais. Sua semelhança para com esses demais dispositivos da Constituição está em que sua incidência ocorre apenas após o nascimento do indivíduo, como se extrai da ADI 3.510. Além disso, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como *condição de possibilidade* para a existência dos “sobredireitos”. É possível concluir, então, que, mesmo estando em um patamar superior aos demais direitos previstos na Carta de 1988, os “sobredireitos” não são uma parcela isolada do texto normativo, mas mantêm relações de pressuposição para com direitos constitucionais.

A identificação de quais são os direitos que se encaixam nessa categoria especial também é feita pelo ministro: são o que ele chama de liberdade de manifestação e pensamento *lato sensu* ou as liberdades enumeradas no *caput* do artigo 220 da Constituição (liberdade de expressão, criação, informação e pensamento).

O modo de exercício dos “sobredireitos” guarda a particularidade desse primado. Durante o exercício, deverão ser observados apenas os mandamentos que o ministro expressamente conceitua: vedação do anonimato, direito de resposta, direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece e direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional. Todos os demais direitos deverão ter sua observância *a posteriori* ao exercício dos “sobredireitos”.

Por outro lado, não obstante a facilidade com que pode ser teoricamente definida, o ministro encontra dificuldades para transpor essa

ideia a casos com características diversas. Dessa forma, é notável uma situação como a da ADI 4.451 MC, na qual o ministro não consegue passar segurança quanto a como se portarão os “sobredireitos” na hipótese de estado de sítio. Embora, no caso, o ministro tenha tratado a questão como resolvida, uma breve comparação com outros precedentes, como demonstrei, basta para desestabilizar essa concepção. Apesar de o ministro ter se preocupado em assinalar os “sobredireitos” como regras constitucionais, ele somente previu a solução para um possível choque entre eles e demais direitos constitucionais, a exemplo do direito à honra, mas foi omissivo quanto a um conflito para com demais normas de mesma hierarquia que não tivessem como conteúdo um direito subjetivo individual, como no caso da norma que prevê o estado de sítio.

Nesse mesmo sentido, o ministro também é impreciso ao lidar com novas formas de comunicação. Como ficou demonstrado na Rcl 11.026, existem vários tipos de questionamentos práticos acerca da realidade dos meios de comunicação que nos envolvem, que vão de encontro à aplicação dos “sobredireitos” como projetado pelo ministro.

Portanto, tanto em nível teórico de conflitos de normas constitucionais quanto no âmbito de adequação da teoria aos fatos da vida social, a doutrina dos “sobredireitos” possui falhas. Embora o ministro consiga definir minimamente quais direitos se inserem nessa categoria, quais as características que os diferenciam, ainda sobram lacunas que tornam o símbolo excessivamente *vago*. Não sabemos se o símbolo agrega a seu campo de referência objetos que surgiram com o desenvolvimento tecnológico, tampouco a partir de quais qualidades eles deverão ser manejados em um caso de choque de enunciados concretos.

Outra importante conclusão do trabalho é a que papel se presta essa manutenção da *vagueza* do símbolo. O que pode causar essas imprecisões? Quais as possíveis consequências de essas imprecisões permanecerem?

Para responder a essas perguntas, remeter às três categorias que foram propostas no início da monografia parece elucidativo. Pensar no que causa essas imprecisões tem a ver com pensar como surgem os

“sobredireitos” nos votos do ministro, o que na origem impede que se tenha uma definição clara de seu conteúdo.

A ausência de esforço argumentativo do ministro Ayres Britto ao propor os “sobredireitos” em seus votos parece ser a grande razão pela qual não se consegue determinar exatamente seus limites. Quando o ministro postula algo que deveria ser provado, ao assumir premissas que não são compartilhadas pelos seus interlocutores, ele se furta a dar maiores explicações a respeito daquilo que está postulando por considerar óbvio objeto de acordo entre todos os participantes da comunicação. No entanto, ele se equivoca.

Dessa forma, o déficit de informações que o ministro nos concede é fundamental para nos deixar em um estado de ignorância a respeito de quais são de fato as suas intenções ao inserir no voto uma nova categoria como essa. Se o ministro presume que todos nós concordamos com que as liberdades de expressão, criação, pensamento e informação tenham aquelas características que ele determina, e se ele presume, principalmente, que todos nós aceitamos as consequências advindas dessa classificação, não há motivo para se esforçar por provar satisfatoriamente que aquilo que por ele é proposto está de fato correto. Não haveria de fato razão para o ministro conceituar, delimitar e explicar as consequências dessa sua posição se ele entende que nós já compreendemos e concordamos de antemão com essa posição.

O problema está em que, na verdade, a comunidade jurídica e os cidadãos em geral ainda não compreenderam, e tampouco concordaram, com essa proposição do ministro, uma vez que o magistrado é o primeiro a veiculá-la. Isto é, o ministro propõe algo totalmente novo, mas trata sua teoria como se fosse objeto de consenso. E essa pressuposição de consenso é destrutiva, no sentido de que isenta o ministro de justificar devidamente suas decisões, o que lhe permite, na prática, decidir em todo e qualquer sentido. A *petição de princípio* em relação aos “sobredireitos” gera o risco da institucionalização do puro arbítrio por parte do juiz no momento de decidir.

Ademais, por que seria interessante manter essa posição de privilégio desses direitos em relação aos outros? Quais as consequências que derivam dessa posição? Para responder a essas questões, é forçoso olhar para as outras duas categorias que aparecem nas análises dos votos.

Tanto a *generalidade* quanto a *independência* aparecem repetidamente nos votos. Isso significa que o ministro, a uma, não justifica com profundidade os pedidos que a ele são propostos; a duas, não tem entre suas principais preocupações a de construir uma teia argumentativa que se conecte em um todo único coeso. Essa é uma falha que pode ser explicada mais uma vez pelo uso retórico dos "sobredireitos".

Eles não só representam uma fuga do ministro à justificação de seu voto, mas também permitem que o magistrado tergiverse acerca da real questão que se põe à sua frente. Os "sobredireitos" já possuem em sua definição a solução para todos os casos em que forem envolvidos. Se se apresenta lei ou qualquer espécie normativa que viole esses direitos, deve ser o enunciado normativo imediatamente descartado, sem maiores considerações. O problema está em não considerar as especificidades que esses enunciados guardam em si mesmos. Por exemplo, a própria Lei de Imprensa regulava em seu Capítulo IV o direito de resposta; a sua regulamentação foi, porém, descartado junto com toda a lei pelo ministro Ayres Britto a partir das considerações de primazia da liberdade de imprensa sobre qualquer outra. No entanto, na própria definição de "sobredireito" está o respeito ao direito de resposta, o que evidencia o potencial de inconsistência de uma teoria que guarda em si própria a solução para os casos e permite ao juiz furtar-se de analisar concretamente cada especificidade da questão. A justificativa utilizada pelo ministro gerou, na verdade, uma situação fática que leva ao desrespeito a um determinado "sobredireito", pois estão ausentes, atualmente, parâmetros para o exercício do direito de resposta.

Na verdade, é muito conveniente para o ministro que assim seja, pois muito do seu trabalho enquanto julgador será poupado, em prejuízo da qualidade das decisões. Essa teoria serve tanto ao juiz bem-intencionado,

que somente procura aplicar o precedente, quanto ao juiz não tão bem-intencionado, que pretende submeter as decisões ao arbítrio de suas opiniões políticas particulares. O juiz pode tanto entender que não precisa olhar a questão a fundo, pois os “sobredireitos” já decidiram para ele, quanto pode, de má-fé, escamotear o verdadeiro problema através de uma abordagem que favoreça determinada conclusão em prol de interesses escusos. O resultado não é desejável em cenário algum. Por outro lado, também pode ser levantada a hipótese de que o juiz prefira a utilização dos “sobredireitos” para julgar com mais rapidez um maior número de casos, uma vez que o Judiciário brasileiro se vê hoje com um alto número de processo em espera para serem decididos.

De qualquer forma, os “sobredireitos”, bem como todo termo vago, ensejam o arbítrio no momento da decisão. Primeiro, eles permitem ao ministro que não indique o porquê de suas escolhas; depois, dão ferramentas ao juiz para que ele mascare o problema do caso, consoante melhor apetecer a seus próprios interesses. É uma expressão abstrata com elevado cunho apelativo-retórico, cuja devida utilização passa inexoravelmente pela reformulação de seu conceito e de seus limites, a partir da ideia de que ela deva ser fundamentada e não somente postulada.

Bibliografia:

Doutrina:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade" *in Revista de Direito Administrativo*, n. 55, jan./mar. 1999, p. 151-179.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras" *in Revista de Informação Legislativa*, n. 160, out./dez. 2003, p. 49-64.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules - princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes (no prelo).

Notícias:

"Audiência discute questão racial em livros escolares". *Notícias STF*, 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217743&caixaBusca=N>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

"AGU diz que perfil humanista de Ayres Britto à frente do STF vai priorizar ações sociais". *Última Instância*, 22 de abril de 2012. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/55891/agu+diz+que+perfil+humanista+de+ayres+britto+a+frente+do+stf+vai+priorizar+acoes+sociais.shtml>. Último acesso em 07 de junho de 2012.

"Ayres Britto é eleito novo presidente do STF". *R7 Notícias*, 14 de março de 2012. Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/ayres-britto-e-eleito-novo-presidente-do-stf-20120314.html>. Último acesso em 07 de junho de 2012.

"Caçadas a Pedrinho". Editorial. *Folha de S. Paulo*, 14 de setembro de 2012, p. A4.

D'ELIA, Mirella. "Carlos Ayres Britto: 'Não basta a parlamentares e chefes do Executivo a legitimidade pela investidura'". *Veja Online*, 19 de abril de 2012. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/carlos-ayres-britto-%E2%80%9Cnao-basta-a-parlamentares-e-chefes-do-executivo-a-legitimidade-pela-investidura%E2%80%9D>. Último acesso em 07 de junho de 2012.

"D'Urso elogia perfil sereno e independente do novo presidente do STF". *OAB-SP*, 16 de março de 2012. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2012/03/16/7779/?searchterm=urso%20elogia%20perfil%20sereno>. Último acesso em 31 de outubro de 2012.

"Embaixador americano assassinado na Líbia apoiou revolta contra Kadhafi". *G1*, 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2012/09/embaixador-americano-assassinado-na-libia-apoiou-revolta-contra-kadhafi.html>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

"Embaixador americano é morto em ataque em Benghazi". *O Globo*, 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/embaixador-americano-morto-em-ataque-em-benghazi-6066840>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

HÜBNER MENDES, Conrado. "Câmara Escura". Entrevista ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 8 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,camara-escura,819998,0.htm>. Último acesso em 27 de outubro de 2012.

KOHLBACH, Karlos. "Com Ayres Britto, STF deve ficar mais 'liberal'". *Gazeta do Povo*, 14 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1244372>. Último acesso em 06 de junho de 2012.

MAGENTA, Matheus. "Audiência no STF sobre livro de Lobato não chega a acordo". *Folha Online*, 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1152124-audiencia-no-stf-sobre-livro-de-lobato-nao-chega-a-acordo.shtml>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

NINIO, Marcelo. "Embaixador dos EUA é morto na Líbia". *Folha de S. Paulo*, 13 de setembro de 2012, p. A16.

NINIO, Marcelo. "Crescem atos anti-EUA no Oriente Médio". *Folha de S. Paulo*, 14 de setembro de 2012, p. A18.

"Primavera Ameaçada". Editorial. *Folha de S. Paulo*, 14 de setembro de 2012, p. A4.

"Romney considera vergonhosa a reação a ataque na Líbia". *Folha Online*, 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1152236-romney-considera-vergonhosa-reacao-a-ataque-na-libia.shtml>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

ROSSI, Clóvis. "Em nome do Pai, do Filho e do ódio". *Folha de S. Paulo*, 13 de setembro de 2012, p. A18.