

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
RENATO DO ESPÍRITO SANTO RODRIGUES**

**CASOS DIFÍCEIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: tipos de argumentos numa
corte constitucional**

**Juiz de Fora - Minas Gerais
2019**

RENATO DO ESPÍRITO SANTO RODRIGUES

CASOS DIFÍCEIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: tipos de argumentos numa corte constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de mestre na área de concentração Direito e Inovação, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Maria Toledo da Silveira.

**Juiz de Fora (MG)
2019**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Rodrigues, Renato do Espírito Santo.

Casos difíceis no Supremo Tribunal Federal : tipos de argumentos numa corte constitucional / Renato do Espírito Santo Rodrigues. -- 2019.

146 f.

Orientadora: Cláudia Toledo

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

1. Casos difíceis. 2. Casos trágicos. 3. Argumentação jurídica. 4. Tipos de argumentos. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Toledo, Cláudia, orient. II. Título.

RENATO DO ESPÍRITO SANTO RODRIGUES

CASOS DIFÍCEIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: tipos de argumentos numa corte constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de mestre na área de concentração Direito e Inovação, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovado em 29 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Profa.Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira

Profa.Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Profa.Dra. Margarida Maria Lacombe Camargo

DEDICATÓRIA

À memória de meus pais, Odécio e Nilza, que proporcionaram as bases para que eu pudesse chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Valéria, pelo apoio e compreensão nas horas roubadas à nossa feliz convivência.

À minha filha, Tatiana: seu suporte foi indispensável para a conclusão deste trabalho.

Ao meu irmão, Ronaldo, exemplo de dedicação incansável à docência, pelo decisivo incentivo ao meu retorno à vida acadêmica.

À minha orientadora, Professora Doutora Cláudia Toledo, por ter descortinado para mim o fascinante mundo da argumentação jurídica. Sua orientação foi absolutamente fundamental para que esta empreitada chegasse com sucesso ao seu objetivo.

À Professora Doutora Luciana Melquíades, pelas judiciosas observações tecidas na fase inicial desta pesquisa e pelo gratificante debate proporcionado por suas instigantes aulas.

À Professora Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo, pelas oportunas contribuições oferecidas na sua participação na banca que apreciou a dissertação.

Ao colega de Mestrado, Carlos Augusto Lima Vaz, pelas relevantes discussões e observações formuladas ao longo do curso.

Aos demais professores do Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), que tanto contribuíram para o meu aperfeiçoamento acadêmico.

Aos colegas do Mestrado, bem mais jovens do que eu, pela convivência renovadora de perspectivas, após tantos anos de árdua labuta na advocacia.

EPÍGRAFE

“[...] la existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación”
(ALEXY, 2008, p.17).

RESUMO

O conceito de caso difícil tem frequentado o debate jusfilosófico desde meados do século XX. Nada obstante, verifica-se que não há um consenso no plano analítico, que repercute no plano normativo – isto é, o que fazer diante de tais casos - e na investigação empírica – como identificá-los na praxe forense. A proposta do presente trabalho é posicionar-se nesse debate. A partir da pesquisa bibliográfica realizada, identificou-se como o mais adequado e abrangente o conceito de caso difícil de Neil MacCormick, com a formulação que lhe foi dada por Manuel Atienza. No plano normativo, aproveitam-se as contribuições de Robert Alexy a propósito da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos princípios. Nessa linha, constata-se que a classificação alexyana dos tipos de argumentos é decisiva para a avaliação das justificações judiciais. Em seguida, submete-se o conceito escolhido à prova mediante comparação com os chamados "casos trágicos", notadamente quanto à possibilidade de uma resposta “correta”, assim entendida aquela que é racionalmente justificada. Por fim, empreende-se pesquisa empírica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de testar a aplicação do conceito e dos instrumentos de análise no estudo de casos concretos.

Palavras-chave: Casos difíceis. Casos trágicos. Argumentação jurídica. Tipos de argumentos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The concept of a hard case has been frequent in the philosophy of law debates since the middle of the 20th century. Nonetheless, it is noticed that there is not a consensus on the analytical approach that reverberates in the normative one – i.e. what to do before such cases – and in the empirical investigation – how to identify them in the legal practice. The proposal of the current dissertation is to take part in this debate. Therefore, taking into consideration the bibliography available in the subject, Neil MacCormick's concept of a hard case is chosen as the most suitable and comprehensive, as it was presented by Manuel Atienza. In the normative approach, Robert Alexy's contribution concerning the legal reasoning theory and the theory of principles is taken into consideration. It is realized that the Alexy classification of the types of arguments is decisive to the evaluation of the judicial justifications. After that, the chosen concept is put to test by comparison with the so called "tragic cases", mainly when it comes to the possibility of a "correct" answer, i.e. the one that is reasonably justifiable. Eventually, empirical research of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court is applied, in order to try the concept – above mentioned – and the instruments of the analyses in the studies of concrete cases.

Key words: Hard cases. Tragic cases. Legal reasoning. Types of arguments. Brazilian Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CJ	Conflito de Jurisdição
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CVM	Comissão de Valores Imobiliários
DL	Decreto-Lei
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ED	Embargos de Declaração
EDiv	Embargos de Divergência
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICMS	Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
ISSQN	Imposto sobre serviços de qualquer natureza
MC	Medida Cautelar
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
QO	Questão de ordem
RE	Recurso Extraordinário
SL	Suspensão de Liminar
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
SV	Súmula Vinculante
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	10
<u>PARTE I – CASOS DIFÍCEIS</u>	12
1. <u>Evolução conceitual</u>	12
2. <u>Casos difíceis – Conceito</u>	18
3. <u>O esforço argumentativo: o silogismo, a ponderação principiológica e os tipos de argumentos; classificação</u>	29
4. <u>Casos trágicos: um desafio à racionalidade?</u>	50
<u>PARTE 2 – ANÁLISE DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF</u>	61
1. <u>Metodologia</u>	61
2. <u>Pesquisa empírica</u>	72
2.1. <u>Processos com audiência pública</u>	73
2.1.1. <u>Incerteza a respeito de premissas</u>	75
2.1.2. <u>O esforço argumentativo</u>	79
2.2. <u>Precedentes de Súmulas Vinculantes</u>	90
2.2.1. <u>Incerteza a respeito das premissas</u>	90
2.2.2. <u>O esforço argumentativo</u>	96
<u>CONCLUSÕES</u>	106
<u>REFERÊNCIAS</u>	113
<u>APÊNDICE</u>	124

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte da constatação de que existe certa imprecisão analítica e normativa em relação aos chamados casos difíceis (ou *hard cases*)¹: analítica, porque faltaria um consenso dogmático a respeito de seus principais elementos conceituais e sistemáticos; e normativa, porque não está claro o que se deve fazer ao enfrentá-los, ou seja, como se resolvem os casos difíceis. Como consequência, há também uma imprecisão epistêmica, porque se carece de critérios seguros para a sua descrição, tais como aparecem no dia a dia forense.

Casos difíceis desempenham um papel importante na jurisprudência das Cortes Constitucionais. Não raro esses tribunais deparam-se com problemas de validade e interpretação de normas infraconstitucionais, sem falar nos frequentes casos de omissão legislativa. Também é a partir desses casos que, muitas vezes, as Cortes elaboram construções jurisprudenciais sobre os direitos humanos, com seus avanços ou retrocessos. Essa a razão, portanto, de tentar fazer uma conexão entre os temas – casos difíceis numa Corte Constitucional.

O trabalho divide-se em duas partes: uma teórica; a outra, empírica. Na primeira parte, o objetivo será encontrar o conceito mais adequado de caso difícil, isto é, os seus elementos essenciais. Ainda na primeira parte, serão trabalhados outros conceitos-chave conectados àqueles elementos essenciais, de modo a construir um modelo de análise de *hard cases* concretos. Na segunda parte, será aplicado o referido modelo à jurisprudência.

Assim é que, na primeira parte, será revisitado o histórico da polêmica em torno da diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis, na literatura jusfilosófica. Para tanto, serão apresentadas sucintamente as abordagens dos principais teóricos que se debruçaram sobre o tema. Em seguida, será justificado o conceito aqui adotado, à luz da teoria da argumentação *standard*, representada, principalmente, pelas contribuições teóricas de Robert Alexy (ALEXY, 2017a) e Neil MacCormick (MACCORMICK, 2003). Será analisado, também, o papel do silogismo jurídico, suas premissas, tipos de argumentos e a ponderação de princípios no âmbito do esforço argumentativo que é tão comum nesses casos. Por fim, será examinado um tipo específico de *hard case*: os casos trágicos. Colocando em foco um tipo assim extremo

¹ Ao longo do texto, as expressões “caso difícil” e “*hard case*” serão utilizadas indistintamente, com o mesmo significado.

de *hard case*, em termos de dificuldade para a justificação judicial, almeja-se discutir a tormentosa questão da pretensão a uma resposta “correta” para cada caso posto perante o Judiciário, o que significa, em última instância, a possibilidade de sempre alcançar uma decisão racional. Assim encerra-se a parte teórica da presente dissertação.

Na segunda parte do trabalho, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período de 23 de outubro de 2009 a 31 de dezembro de 2017. O recorte institucional justifica-se pela frequência com que uma Corte Constitucional se depara com problemas de incerteza normativa e/ou empírica. O recorte temporal toma como marco inicial a posse do Min. Dias Toffoli, que representou o atingimento de um índice de renovação da composição da Corte em mais de sessenta por cento, num período relativamente curto, isto é, entre 2002 e 2009. O marco final (2017) corresponde ao primeiro dos dois anos de pesquisa do curso de mestrado – ao longo de todo o segundo ano, foi realizada a análise detalhada do material levantado, bem como concluída a pesquisa bibliográfica do trabalho. Na investigação empírica, realizou-se pesquisa documental, tendo por objeto acórdãos do Pleno do STF. Por fim, o recorte objetivo decorreu dos elementos do conceito adotado no presente trabalho, vale dizer, os casos foram selecionados a partir de critérios extraídos do próprio conceito. Os instrumentos de análise dos casos, por seu turno, corresponderam a contribuições da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos princípios, tal qual elaboradas por Robert Alexy, com fundamento na teoria do discurso de Jürgen Habermas. Para tanto, foram decisivos a tese do caso especial, a forma de solução das colisões de princípios e a classificação dos tipos de argumentos.

Na terceira parte, são apresentadas as conclusões, tanto em relação aos elementos teóricos, quanto no tocante aos elementos empíricos da pesquisa. Ao final, espera-se compreender melhor o conceito de “caso difícil”, notadamente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; ato contínuo, tentar construir um modelo básico de análise empírica, buscando avaliar a atuação judicial nesse tipo de caso. Com isso, espera-se ver contemplados os três aspectos da imprecisão acima reportada: cognitiva, analítica e normativa. Alguém poderia considerar o projeto ambicioso e, de fato, é. Trata-se aqui, porém, de procurar dar os primeiros passos na direção que se afigura correta, dentro da perspectiva mais geral adotada. E essa perspectiva confessadamente se insere no âmbito de uma determinada visão da decisão judicial, a concepção argumentativa.

PARTE I – CASOS DIFÍCEIS

1. Evolução conceitual

Traçar o caminho da evolução conceitual de *hard case* implica inelutavelmente tentar visualizar, ao longo do tempo, como essa noção ganhou concretude por contraste com os chamados “*easy cases*”. Foi, então, a partir da constatação de que o ordenamento jurídico não contemplava respostas imediatas e seguras para *todos* os casos postos à apreciação judicial que se desenvolveram teorias a respeito do modo como tais casos deveriam ser enfrentados.

Assim é que as revoluções liberais da segunda metade do século XVIII e da primeira metade do século XIX trouxeram consigo, principalmente na Europa, a promessa da universalização dos direitos humanos e da derrocada dos privilégios feudais. Isso se deu principalmente através do movimento da codificação dos direitos e implicou, para os Estados democrático-liberais que daí surgiram, a obrigação de garanti-los através da jurisdição. O Estado-Juiz, na condição de *bouche de la loi*, estava convocado a pronunciar esses direitos quando a isso fosse instado. E se tratava, então, de obrigação indeclinável, consubstanciada no princípio formal da inafastabilidade da jurisdição.

Ocorre que nem sempre é fácil decidir um caso posto em juízo. Em certas ocasiões, o próprio legislador, ordinário ou constitucional, deixa certa margem de discricionariedade ao aplicador. Outras vezes, a indeterminação da norma não é intencional. A partir de uma posição inicial de certeza a respeito da infalibilidade e completude das legislações reformadas sob o influxo das revoluções liberais, dogmática e jurisprudência evoluíram ao longo dos anos para chegar à conclusão de que, muitas vezes, os ordenamentos jurídicos são omissos, contraditórios e vagos. Como proceder, então, nesses casos?

Tentativas de responder a essa pergunta foram feitas na doutrina jurídica a partir da primeira metade do século XX. Uma dessas tentativas foi elaborada por Kelsen, no capítulo oitavo de sua *Teoria Pura do Direito*. Naquela oportunidade, o jurista de Viena insurgiu-se contra a pretensão da possibilidade de haver, sempre, *uma única resposta correta* para todo caso. Haveria casos em que se poderia falar de uma relativa indeterminação do Direito. À doutrina caberia demonstrar as interpretações possíveis *dentro da moldura do Direito*, mas

nunca indicar aquela que pretensamente seria “correta”. Essa tarefa estaria cometida àqueles que realizam a “interpretação autêntica”² – vale dizer, o legislador e o juiz, os quais, cada um a seu modo, com maior ou menor discricionariedade, exerceriam não apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade. Para outro expoente do positivismo, Hart, o modelo de regras muitas vezes adquiria contornos imprecisos (ou uma “textura aberta”, para usar sua expressão), fato que ensinaria ao julgador a possibilidade de decidir de acordo com a sua discricionariedade (*discretion*) – algo situado entre a escolha puramente caprichosa e aquela ditada por regras cuja aplicação ao caso particular fosse óbvia (HART, 2013, p.658). Essa abertura à discricionariedade ficaria ainda mais patente, segundo Hart, nos casos não regulados pelo Direito, nas lacunas do ordenamento jurídico, porque, nessas situações, trata-se, a rigor, de Direito incompleto, cabendo aos tribunais a tarefa de criação normativa (HART, 2001, p.314). E essa discricionariedade pode ser de direito, quando outorgada pelo próprio sistema, “*cuando el juez está facultado para elegir, por supuesto que no arbitrariamente, una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley*” (NINO, 2001, p.432); ou de fato, quando deriva da vagueza e ambiguidade da linguagem da lei, ou das omissões e inconsistências do ordenamento jurídico (NINO, 2001, p.432).

É em face desse “poder discricionário” dos juízes que Dworkin vem tecer sua crítica. Segundo esse autor, os positivistas utilizariam a expressão “poder discricionário” em seu sentido forte, isto é, no sentido de que os juízes não estariam vinculados a padrões legais previamente determinados. Isso ocorreria, por exemplo, nos “casos difíceis”, em que o julgador não teria à mão regras claras para decidir. De acordo com Dworkin, todavia, o juiz sempre estaria vinculado à lei e aos precedentes, ainda que não houvesse regramento explícito sobre o assunto. Para tanto, propôs um modelo de regras e princípios: ausentes as primeiras, sempre seria possível recorrer aos segundos. Para ele, cabe ao juiz “descobrir” os direitos que as partes processuais possuem, não “inventá-los” retrospectivamente (DWORKIN, 1978, p.127). Deve, então, à maneira do juiz “Hércules”, lançar mão de todos os recursos cognitivos disponíveis – Constituição, leis, precedentes, concepções morais vigentes na comunidade política por ele integrada etc... Enfim, ao juiz deve ser possível, sempre, encontrar o bom direito, não o criar a partir de uma moldura constituída por normas em tese aplicáveis. Para

² No sentido utilizado por Kelsen (KELSEN, 1998, p. 249), isto é, a interpretação que combina um ato de conhecimento com um ato de vontade. Atualmente, a doutrina identifica a interpretação autêntica apenas com aquela que é produzida por força de uma lei interpretativa, pelo próprio órgão que elaborou a lei interpretada (TOLEDO, 2003, p.199, nota de rodapé).

Dworkin, então, haveria, sim, uma única resposta “correta”, mesmo naqueles casos em que as leis e os precedentes não possibilitassem encontrar de plano uma norma claramente aplicável.

Dworkin e Hart viriam a divergir, também, em relação a três outros eixos de questões: a distinção “regras x princípios”; a utilidade do conceito de regra de reconhecimento; e a separação entre Direito e Moral.

No pós-escrito de “O Conceito de Direito”, publicado após a sua morte, Hart reconheceu que efetivamente não dera a devida ênfase ao papel desempenhado pelos princípios (por ele inicialmente chamados de “padrões jurídicos variáveis”) no ordenamento jurídico. Naquela ocasião, Hart não deixou de registrar que “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico” (HART, 2001, p.325). Para Hart, todavia, a circunstância de as regras possuírem uma dimensão de validade e os princípios, uma dimensão de peso, não explicava adequadamente o fato de que regras e princípios podem entrar em colisão, com prevalência para um ou outro, a depender do caso, rematando que isso se explicava simplesmente porque aquela distinção, na verdade, era uma questão de grau.

Outro ponto de divergência entre Hart e Dworkin diz respeito à utilidade do conceito de “regra de reconhecimento”, a qual, para o primeiro, teria a função de definir as regras primárias válidas dentro de certo ordenamento jurídico. Para Dworkin, a mera existência de princípios, isto é, normas que poderiam ser implicitamente apreendidas do sistema, já seria prova de que a tal regra de reconhecimento não valeria para esses casos (HART, 2001, p.326).

Por fim, a tese da separação entre Direito e Moral: para Hart, há conexões *contingentes* entre esses dois espaços normativos, enquanto Dworkin sustenta que essa conexão é *necessária* (HART, 2001, p.331). A essa altura da polêmica travada entre Hart e Dworkin, estava montado o cenário para o surgimento dos traços essenciais do pós-positivismo: o reconhecimento da necessária conexão entre Direito e Moral; e o papel desempenhado pelos princípios jurídicos, como um tipo diferenciado de norma.

Robert Alexy viria, ao longo de sua obra, a revisitar essas questões, desta feita, porém, sob o prisma da sua teoria discursiva do Direito. Primeiro, para estabelecer a tese do “caso especial”, no bojo da qual o discurso jurídico é um caso específico do discurso prático geral, deste último se diferenciando pelas limitações impostas pelo Direito vigente - lei e precedentes (ALEXY, 2017a, p.205); depois, para dizer que regras e princípios possuem distinto caráter *prima facie* - as regras, como mandados definitivos, enquanto os princípios desfrutariam de um caráter *prima facie* de mandados de otimização, na medida em que

exigiriam “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2017b, p.103-104); por fim, para afirmar que o Direito possui uma natureza dupla: de um lado, a dimensão real ou fática, que é dada pelos “elementos definitórios da produção formalmente adequada e da eficácia social”; de outro lado, por uma dimensão ideal, correspondente a uma pretensão de correção. Para Alexy, os positivistas somente reconheciam a dimensão real ou fática (ALEXY, 2010, p.9).

Pode-se dizer que o ponto de inflexão no debate a respeito do papel desempenhado pelos princípios jurídicos começou a ser desenhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, a partir da década de 1950. É o que se observa, por exemplo, no caso *Lüth*, em que se discutiu a respeito dos eventuais limites à liberdade de manifestação³; no caso *Elfes*, que tratou de um direito geral de liberdade⁴; no caso *Lebach*, que abordou os critérios a serem utilizados na colisão de princípios⁵; ou ainda no caso *Titanic*, que teve como objeto a colisão entre a liberdade de expressão e um direito da personalidade⁶. Em todos esses casos, o Tribunal alemão reconheceu a importância dos princípios e das formas de solução das colisões entre princípios para a interpretação constitucional. Essa jurisprudência acabou por se constituir num verdadeiro *turning point* na ultrapassagem de uma visão meramente positivista.

Alexy concorda de certa forma com Dworkin quanto à origem dos casos difíceis: eles ocorrem quando as leis e os precedentes não são capazes de determinar a resposta a uma questão jurídica. Nesses casos, diz Alexy, são necessárias valorações adicionais, as quais não se realizam no campo da argumentação prática geral (ALEXY, 2010, p.24). Alexy, porém, ressalta a diferença entre o discurso ideal e o discurso real. Em ambos, a pretensão de correção das respostas dos participantes do discurso faz-se presente e ela é procedimental. Todavia, no discurso real, o conceito de correção tem um sentido procedimental relativo, porque se refere: “1) às regras do discurso; 2) ao seu cumprimento; 3) aos participantes e 4) à duração do discurso” (ALEXY, 2017 a, p.297). Neste cenário, a resposta correta única somente poderia funcionar como ideia regulativa. A justificação judicial seria, então, uma tarefa eminentemente argumentativa.

³ BVerfGE 7, 198.

⁴ BVerfGE 6,32.

⁵ BVerfGE 35, 202.

⁶ BVerfGE 86,1.

Mas o que poderia significar mais precisamente essa relativa indeterminação do Direito, derivada da insuficiência das leis e dos precedentes, para a fundamentação dos casos difíceis? Para boa parte da doutrina, isso ocorre quando as leis e os precedentes são omissos na regulamentação do caso concreto; ou ainda quando as normas disponíveis não são suficientemente claras, ou são contraditórias: na primeira hipótese, poderia o intérprete ou julgador buscar uma solução na analogia; cuidando-se de falta de clareza, caberia recorrer aos métodos hermenêuticos (interpretação semântica, histórica, sistemática, teleológica); por fim, surgindo contradição entre normas, tocaria ao juiz buscar remédio nos critérios de solução de antinomias (no caso de regras – critério cronológico, da especialidade ou hierárquico) ou na máxima da proporcionalidade - quando se tratar de colisão de princípios (TOLEDO, 2017).

Esse conceito, todavia, deixa à margem uma outra série de casos em que a dificuldade residiria não nessa perplexidade normativa, mas sim em problemas relacionados ao material empírico a ser manejado pelo julgador. Veja-se, por exemplo, a situação do juiz que se deparasse com um caso em que os peritos por ele nomeados divergissem profundamente a respeito de uma determinada questão de fato. Ou, ainda, um caso em que se fizesse presente uma questão situada nas fronteiras do conhecimento científico.

Parece que o primeiro que atentou para essa outra hipótese de “caso difícil” foi MacCormick. Após assentar o entendimento de que, nesses casos, a dificuldade para o julgador decorreria da confrontação de argumentos opostos e igualmente fortes em cada um dos lados, MacCormick aduziu que as possibilidades de problematização de uma questão jurídica se esgotariam em situações em que se faria necessário perquirir a respeito da relevância ou da interpretação das normas, ou ainda a propósito da qualificação ou produção de uma prova (MACCORMICK, 2008, p.67), algo que Atienza viria a sintetizar como incerteza a respeito das premissas normativas e/ou fáticas: a incerteza quanto às premissas normativas envolve problemas de interpretação e relevância; já a incerteza quanto às premissas empíricas diz respeito a problemas de prova ou de qualificação jurídica da prova. Nos problemas de interpretação, não há dúvida quanto à norma a ser aplicada, mas sim quanto à melhor interpretação – o que pressupõe a existência de mais de uma interpretação razoável. Nos problemas de relevância, questiona-se se realmente há uma norma aplicável ao caso. Os problemas de prova, por óbvio, estão relacionados ao estabelecimento da premissa menor da justificação dedutiva, ou seja, a (in)certeza quanto aos fatos a serem apreciados. Por fim, nos problemas de qualificação, os fatos são conhecidos, mas há dúvida quanto ao seu enquadramento normativo (ATIENZA, 2017, p.111). Consectário lógico dessa classificação

seria o fato de que os métodos de resolução de casos difíceis poderiam variar, conforme a natureza do problema posto a desate.

Pode-se dizer, acompanhando Atienza, que a tipologia de “casos difíceis” ora exposta tem como precedente a “teoria dos estados da causa”, exposta por Quintiliano, para quem as questões postas em juízo basicamente se resumiam a “questões racionais” ou “questões legais”. Nessa linha, as questões racionais versariam sobre se aconteceu ou não determinado fato (questão conjectural) e a sua qualificação jurídica (questão definicional), ao tempo em que as questões legais seriam atinentes a problemas de silogismo, interpretação, contradição ou ambiguidade (QUINTILIANO, 2015, p.347).

Por fim, vale rememorar outro aspecto que costuma ser associado aos “casos difíceis” e que foi objeto de registro por Atienza: para ele, nessa hipótese, a racionalidade estrita já não seria suficiente para alcançar uma solução. Ao juiz ou intérprete caberia buscar conforto num critério mais amplo, a razoabilidade⁷, de modo a alcançar um ponto de equilíbrio entre exigências contrapostas, as quais podem representar valores ou princípios (ATIENZA, 1989, p.97).

Como se vê, ao longo do tempo surgiram diversas formulações a respeito de “casos difíceis”, cada uma colocando em relevo determinado aspecto: a indeterminação do Direito ou a sua “tessitura aberta”; a possibilidade de mais de uma resposta correta; o recurso a diversos tipos de normas, jurídicas ou extrajurídicas, e métodos (poder discricionário, racionalidade estrita ou razoabilidade). Há, ainda, aqueles que, na prática, avistam somente em tese a possibilidade de “caso difícil”, como quer Dworkin, porquanto haveria sempre uma única resposta correta acessível. E existem até mesmo autores que vislumbram uma outra categoria – a dos casos trágicos, representada por aqueles em que não haveria sequer a possibilidade de alguma resposta correta, dada a essencialidade e a insuperabilidade dos valores envolvidos. É o que pensa, por exemplo, Lariguet (LARIGUET, p.110). Urge, então, tentar verificar o(s) elemento(s) essencial(ais) de *hard case*, de modo a elaborar uma definição o mais completa possível. É o que se tentará fazer na próxima seção, a partir das diversas contribuições doutrinárias sobre o tema.

⁷ Segundo Atienza, os critérios do razoável estariam situados entre a chamada “racionalidade estrita” (integrada pelo respeito às regras da lógica formal, aos princípios da universalidade, coerência etc) e a pura e simples arbitrariedade – ATIENZA, 1997, p.26.

2. Casos difíceis – Conceito

Buscar um conceito é, antes de tudo, procurar as propriedades essenciais de algo, ao passo que investigar uma concepção diz respeito às possíveis interpretações dessas mesmas propriedades (ATIENZA, 2017, p.38). Cabe inquirir a partir de agora, então, as propriedades essenciais de um caso difícil, as quais, por sua vez, estarão associadas a uma determinada concepção – a concepção material da argumentação.

Com efeito, aqui se elaborará uma análise da justificação externa das decisões judiciais, ou seja, da fundamentação das premissas que servem de base à argumentação jurídica (ALEXY, 2017, p.222). Estarão afastadas, pois, especulações atinentes à “estrutura interna” da decisão judicial (ou justificação interna), exceto por uma breve incursão no papel desempenhado pelo silogismo jurídico e pela máxima da proporcionalidade, como se verá linhas mais à frente. Com efeito, no corrente trabalho será adotada o que Atienza chamou de “concepção material da argumentação”, a qual se volta em direção à demonstração da verdade e da correção das premissas e não à forma pela qual estas se articulam (ATIENZA, 2017, p.39): busca da verdade, em relação às premissas empíricas; e busca da correção, no tocante às premissas normativas.

Outro ponto a ressaltar é que o enfoque aqui adotado corresponde ao de “contexto de justificação” (ATIENZA, 2017, p.44), ou seja, trata-se de verificar como os julgadores apresentam as razões de suas decisões e não como as “descobrem”. Parte-se do pressuposto de que é não só possível como desejável, e até imperioso, que as decisões judiciais sejam racionalmente fundamentadas, nos marcos dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Esse pressuposto, por sua vez, é consentâneo também com uma determinada concepção de democracia, a concepção de democracia deliberativa⁸. Nessa linha, assume relevo outra formulação cara ao sistema alexyano: a legitimidade de uma Corte não tem origem no princípio democrático, mas sim decorre do esforço argumentativo por ela desenvolvido. É o que se costuma chamar “representação argumentativa”⁹. Para que esta se dê, é necessário que o tribunal se empenhe em produzir uma fundamentação o mais racional

⁸ De acordo com Luís Felipe Miguel, a concepção deliberativa de democracia inspira-se na obra de Habermas e tem como ideal a tomada de decisões políticas no âmbito de uma ampla discussão, em que se assegure igualdade de condições de participação (MIGUEL, 2005, p.8).

⁹ É a expressão utilizada por Alexy em *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*.

possível. E quando o princípio democrático se associa à argumentação, estamos no âmbito da democracia deliberativa (ALEXY, 2008, p.14).

De plano, assenta-se que o conceito de caso difícil aqui adotado corresponde àquele preconizado por MacCormick e por Atienza. Assim, entende-se que casos difíceis são aqueles em que o intérprete ou julgador se depara com incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas¹⁰. Sob o ângulo normativo, nesses casos, será necessário desenvolver um esforço argumentativo maior na justificação das premissas que implicará, muitas vezes, lançar mão da ponderação de princípios, de argumentos empíricos e de argumentos do discurso prático geral, dada a frequente insuficiência do discurso jurídico – leis, precedentes e dogmática. Por contraste, casos fáceis são aqueles em que as premissas são colhidas no direito positivo vigente (legislação, nos países do *civil law*; precedentes, naqueles que adotam o *common law*); além disso, não há dúvida na justificação de tais premissas.

MacCormick e Atienza diferem, porém, quanto à natureza da origem da aventada incerteza: para o primeiro, a incerteza decorre de problemas de interpretação, de relevância, de prova e de qualificação - vale dizer, são problemas que debatem “o que faz sentido no ordenamento jurídico e o que faz sentido no mundo”; já o segundo propõe um leque um pouco maior – questões processuais, de prova, qualificação, aplicação, validade, interpretação, discricionariedade e ponderação. Para efeito do presente trabalho, fica-se com a classificação de MacCormick, pelos fundamentos a seguir expostos.

Problemas de interpretação, para MacCormick, correspondem àqueles em que há acordo sobre a norma aplicável, mas se discorda sobre a maneira como deve ser entendida. Nas suas palavras, refere-se a “formar um julgamento de modo a resolver essa dúvida por meio de uma decisão quanto ao sentido que se mostra mais razoável no contexto” (MACCORMICK, 2008, p.162).

Problemas de relevância, por sua vez, são aqueles em que há uma dúvida sobre qual a norma aplicável, ainda que em face de uma lacuna no ordenamento jurídico. Aqui, o operador do Direito tenta “montar” o silogismo jurídico ou a “justificação dedutiva” (MACCORMICK, 2003, p.97). A dificuldade está, então, em encontrar a premissa maior.

¹⁰ A incerteza diz respeito às premissas normativas e/ou empíricas, como atentamente observou Atienza ao autor da presente pesquisa durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, realizado no Rio de Janeiro (RJ), de 11 a 13 de julho de 2018. Isto significa que ambos os casos de incerteza podem se manifestar no mesmo caso.

Problemas de prova surgem quando se tenta estabelecer se determinada afirmação empírica efetivamente ocorreu no mundo fático e em quais circunstâncias. Nesse plano, a dificuldade do caso reside na premissa menor, no particular, não no universal (MACCORMICK, 2003, p.92). Ganham relevo, além do conhecimento teórico, regras práticas de inferência causal.

Por fim, problemas de qualificação dizem respeito não à ocorrência de fatos, mas sim ao enquadramento do fato em determinado conceito contido na premissa menor do silogismo jurídico ou à consequência que daí advirá. É o que MacCormick chama de “*secondary fact problems*”¹¹ (MACCORMICK, 2003, p.92), exemplificando com um caso de divórcio litigioso em que a esposa foi acusada de adultério, por ter engravidado através de inseminação artificial sem o prévio consentimento do marido (*Maclennan v. Maclennan*, 1958 S.C. 105). A polêmica instalou-se não em relação ao meio de que se utilizou a mulher para engravidar, mas sim em relação ao enquadramento no conceito de “adultério” e à consequência jurídica aplicável.

Entende-se que a tipologia utilizada por MacCormick para casos difíceis acaba abrangendo as outras situações preconizadas pela classificação proposta por Atienza. É o que se pode verificar, por exemplo, com as questões processuais, que acabam se reportando à interpretação de uma norma, e com as questões de aplicação e de validade, as quais em geral remontam a questões de relevância – se existe e qual norma válida é aplicável, no âmbito do mesmo ordenamento jurídico (problema de unidade e coerência) ou entre ordenamentos jurídicos diferentes (problema de reenvio). Questões de discricionariedade, nas palavras do próprio Atienza, reportam “aquelas que surgem relacionadas com a interpretação de normas de fim” (ATIENZA, 2017, p.117, grifo nosso). Redutíveis, portanto, a problemas de interpretação. Por outro lado, as questões de ponderação acabam versando etapa anterior à formulação do silogismo jurídico: cuida-se de verificar previamente a premissa maior a ser utilizada, um típico problema de relevância. Nas palavras de MacCormick: “*Deduction comes in only after the interesting part of the argument, settling a ruling in law, has been carried through*”¹² (MACCORMICK, 2003, p.225).

Pela simplicidade e pela capacidade de abraçar as hipóteses conhecidas de casos difíceis, adota-se então a classificação proposta por MacCormick: problemas de interpretação

¹¹ Nota: “Problemas fáticos de segunda ordem”.

¹² Tradução livre: “O processo dedutivo somente tem lugar após a fixação da regra jurídica a ser aplicada”.

e relevância, como casos de incerteza sobre as premissas normativas; problemas de prova e de qualificação, como hipóteses de incerteza sobre as premissas empíricas. Por aí já se vê que é central, para efeito de investigar as possíveis origens de casos difíceis, a distinção entre questões de fato (empíricas) e de direito (normativas), o que, para alguns, pode ser um ponto extremamente problemático (ALLEN; PARDO, 2003, p.1769). Sem querer adentrar nesse debate com a merecida profundidade, o que demandaria outro tempo e lugar, fica-se por ora com o seguinte: premissas empíricas estão para proposições sobre o “ser”, assim como premissas normativas estão para o “dever-ser” - descrições e prescrições, portanto. Assim, permanece-se coerente com toda a construção filosófica que extrema o discurso prático do discurso teórico, o que está na base, aliás, do pensamento de Habermas e Alexy, aqui adotado explicitamente como marco teórico.

Falar em incerteza a respeito das premissas normativas significa contemplar hipóteses de lacuna, contradição ou vagueza das normas. E poderia ser acrescentado: também quando o entendimento a respeito de certa norma se modifica numa determinada sociedade (material autoritativo desatualizado); quando a aplicação de determinada norma se revela inadequada para certas situações (decisões *contra legem*); e, ainda, quando o tribunal se debruça sobre a constitucionalidade de determinada(s) norma(s). No primeiro caso, não raro detecta-se uma mudança ao longo do tempo na tábua de valores adotada por uma certa formação social. Nas decisões *contra legem*, os tribunais diligenciam a introdução de uma cláusula de exceção, porquanto muitas vezes os conflitos entre regras não se resolvem somente no estrito campo da validade, mas também no campo da aplicação (BUSTAMANTE, 2010, p.152-153). Por fim, o exame da constitucionalidade de norma é uma investigação a respeito da sua validade, uma validade específica, é verdade, a validade perante a norma hierarquicamente superior.

Ambiguidade, obscuridade e vagueza correspondem a problemas de interpretação de norma, porque, aqui, o debate desenvolve-se em torno do sentido a ser extraído da norma; já as questões sobre lacunas, contradições (resultando ou não em introdução de cláusula de exceção), material autoritativo desatualizado e validade (constitucional ou não) refletem problemas de relevância, pois se discute a norma aplicável. Ambos os tipos de problema são, portanto, incertezas a respeito da premissa maior do silogismo. Corresponderiam, por assim dizer, aos problemas do ordenamento jurídico, tal qual vislumbrados por Bobbio (BOBBIO, 2014, p.47-48).

No problema da unidade do ordenamento, a questão que se põe é a existência de uma *hierarquia* entre as normas. O afastamento de eventuais antinomias do ordenamento conduz,

por sua vez, à verificação da *sistematicidade* do ordenamento. A existência de lacunas, por seu turno, remete ao problema da *completude* do ordenamento. E, por fim, a existência de diversos ordenamentos, com normas conflitantes, faz lembrar o problema do *reenvio* de um ordenamento a outro.

No terreno das normas constitucionais, é muito comum apontar-se a indeterminação semântica e a indeterminação estrutural. Por certo, tais normas muitas vezes são produtos de consensos políticos delicados, em que se faz necessário atribuir um grau maior de generalidade ou abstração com o intuito de obter sua aprovação. Alexy exemplifica a indeterminação semântica com o enunciado do art. 5º, § 3º, 1 da Constituição alemã: “(...) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Pergunta-se, assim: o que se considera ciência? Obviamente, trata-se de pergunta relevante, pois, a depender da resposta, maior ou menor será o alcance da norma. O Tribunal Constitucional alemão limita, então, os sentidos que podem ser extraídos na interpretação desse dispositivo constitucional, por exemplo, ao estatuir que a atividade científica é tudo aquilo “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade” - BVerfGE 35,79 (113). Aqui, cuida-se de atribuir maior precisão às expressões utilizadas nos enunciados do texto constitucional.

O esforço de superação da indeterminação estrutural, por seu turno, envolve a atividade de desdobrar o conteúdo normativo. Por exemplo, no caso citado, é o que ocorre quando o mesmo tribunal afirma o seguinte: “O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais” - BVerfGE 35,79 (114-115).

Na indeterminação estrutural, então, a Corte constitucional trata de reduzir a abertura normativa através da introdução de enunciados com operadores deônticos, numa “especificação” do conteúdo da norma. Em ambos os casos, a Corte introduz normas de direito fundamental atribuídas (ALEXY, 2017b, p.69), para diferenciá-las das normas de direito fundamental que constam no próprio texto constitucional. Na indeterminação semântica, o tribunal operaria no plano empírico, ao passo que, na indeterminação estrutural, o tribunal atua no plano normativo. De todo modo, tanto num como em outro caso, cuida-se de superar a incerteza de premissa normativa, desta feita no terreno específico das normas de direito fundamental. São problemas de interpretação da norma constitucional. Roberto José

Ludwig, em obra dedicada ao assunto, assim definiu “norma de direito fundamental associada” (terminologia que prefere àquela utilizada por Alexy):

[...] norma de direito fundamental não imediatamente estatuída no texto constitucional, mas que é associada, por meio de uma relação de precisão [sic] e fundamentação, a uma ou mais determinações de direito fundamental, em procedimento de ponderação de princípios colidentes, e que, expressando a relação de precedência condicionada estabelecida nas condições do caso, apresenta-se como a regra sob a qual pode ser subsumido o mesmo caso e também outros do mesmo tipo (LUDWIG, 2014, p.56).

A incerteza sobre as premissas empíricas corresponde aos tradicionais problemas de produção da prova, de insuficiência do conhecimento científico ou, ainda, quando os fatos são conhecidos, mas impera controvérsia a propósito de seu melhor enquadramento legal. Os casos de judicialização do direito à saúde, por exemplo, são pródigos de exemplos sobre esse tipo de incerteza. Neles, muitas vezes, estarão em jogo questões a respeito da eficácia de tratamentos e medicamentos, que envolverão a investigação a respeito dos limites do conhecimento científico disponível. Aqui a problemática dos casos difíceis está conectada à premissa menor do silogismo. Sobressai nesse campo a relevância do discurso empírico, cujo conteúdo corresponde a afirmações sobre fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas, passadas presentes ou futuras, além de enunciados das diversas ciências, como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina etc. (ALEXY, 2017, p.224).

De acordo com Habermas, os falantes, no discurso, podem apresentar quatro tipos diferentes de pretensão de validade de suas proposições: pretensão de inteligibilidade; pretensão de veracidade; pretensão à verdade; e pretensão de correção. A primeira, pretensão de inteligibilidade, é condição do próprio discurso; a segunda, pretensão de veracidade (ou de sinceridade), somente pode ser resgatada mediante confirmação dos atos do falante. Já as pretensões à verdade e de correção resolvem-se no âmbito do próprio discurso. A pretensão à verdade refere-se ao componente proposicional (enunciados), enquanto a pretensão de correção (ou adequação), ao componente performativo (HABERMAS, 2011, p.49). No discurso empírico, impera a pretensão à verdade.

Todavia, como explica Alexy, nem sempre estará disponível o conhecimento científico com o grau de certeza desejável. Muitas vezes entrarão em cena as regras de presunção e de ônus da prova, as quais têm uma natureza normativa. De todo modo, como é característico das regras do discurso prático geral, sempre será possível a qualquer momento

passar a um discurso empírico, desde que se atente, obviamente, para as limitações institucionalizadas pelo discurso jurídico. Isso representará, por exemplo, que, no processo judicial, deverão ser observadas as regras sobre os momentos adequados para introdução de enunciados empíricos, seja na fase postulatória, seja na fase probatória. Nesse ponto, faça-se breve parêntese para reportar a tese do caso especial, formulada por Alexy.

Discurso prático é aquele que se refere ao que deve ser feito, ao que pode ser feito e ao que não pode ser feito. No âmbito desse tipo de discurso, o falante levanta pretensão de correção, vale dizer, um discurso que seja racionalmente fundamentável de acordo com determinadas regras: regras fundamentais (não contradição, sinceridade, universalização dos enunciados), regras de razão (por exemplo, ausência de coação sobre o falante), regras sobre a carga da argumentação (por exemplo, fornecer argumentos adicionais em caso de contra-argumentação) e regras de fundamentação (por exemplo, necessidade de que o discurso prático chegue a resultados que possam ser postos em prática). O discurso jurídico, como o discurso moral, também se propõe a abordar questões práticas (mandamentos, permissões, omissões) e, do mesmo modo, levanta pretensões de correção. O discurso prático e o discurso jurídico têm, portanto, isso em comum. O que diferencia o discurso jurídico em relação ao discurso prático geral, tornando-o um caso especial deste último, é que ele, discurso jurídico, atua sob condições limitadoras – leis, precedentes, dogmática e regras processuais (ALEXY, 2017a, p.31).

Falar em incerteza a respeito das premissas – normativas ou empíricas - significa a possibilidade de mais de uma resposta “correta” para o caso difícil, isto é, de uma resposta que levante uma pretensão de correção. Toda proposta de decisão jurídica levanta essa pretensão de correção. Isso decorre da natureza em comum de que desfrutam o discurso jurídico e o discurso prático geral, como se acabou de reportar.

A pretensão de correção, de acordo com Alexy, implica: *a)* asserção de correção, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto ao procedimento adotado; *b)* garantia de fundamentabilidade, isto é, acaso questionado, o falante deverá ser capaz de expor suas razões; *c)* por fim, uma expectativa de aceitação. Assim, num caso difícil haverá a possibilidade de mais de uma resposta racionalmente fundamentada, que gozará de uma razoável expectativa de aceitação por parte da comunidade jurídica (ALEXY, 2010, p.11). Ou, no dizer de MacCormick: “Casos problemáticos possuem essa característica, todavia, exatamente porque existem a respeito deles interpretações opostas que são possíveis de ser adotadas” (MACCORMICK, 2008, p.137).

Ora, a pretensão de correção é inerente ao conceito de Direito. Ao contrário dos positivistas, que vislumbram naquele conceito apenas uma dimensão fática, a qual compreende a produção jurídica formalmente adequada e a eficácia social, os não positivistas (Alexy, entre eles) entendem que há que associar também uma dimensão ideal, baseada numa pretensão de correção derivada da própria natureza do discurso jurídico e que, como tal, é necessária. Como demonstrou Alexy, resultaria absurdo um pronunciamento judicial ou legal que admitisse, ainda que implicitamente, a cláusula de injustiça (ALEXY, 2010, p.12). Afinal, um pronunciamento em tais condições entraria em contradição com a própria pretensão de correção que advém de sua natureza enquanto caso especial do discurso prático geral – o qual, por finalidade intrínseca, se direciona à solução de “questões práticas” em direção aos valores do Justo e do Bem.

Obviamente, a possibilidade de mais de uma resposta correta para um caso difícil deverá ser avaliada à luz das condições ligadas ao tempo e ao espaço. Um caso pode ser considerado difícil para um certo tribunal num determinado contexto histórico e não o ser em outro. Do mesmo modo, diferentes tribunais constitucionais podem ter visões distintas a respeito do enquadramento de determinada situação no conceito ora proposto. Em todo caso, deve-se ressaltar que a dificuldade de um caso não é uma hipótese de “tudo-ou-nada”, ou, como diz MacCormick, “*in truth there is no clear dividing line between clear and hard cases*”¹³ (MACCORMICK, 2003, p.197), embora não pela razão por ele apontada – diferenças de estilo, abordagem ou até mesmo temperamento entre os juízes (MACCORMICK, 2003, p.198) -, porque isso implicaria dizer que um caso difícil é uma questão eminentemente subjetiva. Uma coisa é aceitar a gradação de dificuldade para os casos difíceis, pois o grau de incerteza a respeito de premissas pode variar no tempo e no espaço; outra bem diferente é afirmar a subjetividade de tais juízos. E a questão da maior ou menor dificuldade de um caso não é trivial, pelo simples motivo de que deve representar para o julgador uma atitude diferente conforme o caso que se lhe apresente. Vale dizer, é um problema de justificação.

Mas, como ter certeza de que se está diante de uma incerteza, seja ela no plano normativo ou no plano empírico? A pergunta é relevante, na medida em que se trata de pilar do conceito de caso difícil ora adotado. No fundo, é como perguntar: quem nos certificará de que se está diante da incerteza?

¹³ Traduzindo livremente: “Na verdade, não existe uma linha clara separando os casos fáceis dos casos difíceis”.

Como se afirmou linhas atrás, falar de incerteza pressupõe a possibilidade de mais de uma resposta “correta” (no plano normativo) ou “verdadeira” (no plano empírico). E quem vai dar essas respostas conflitantes há de ser a comunidade de “especialistas”, aqueles que se dedicam a estudar os temas postos em discussão. No plano do conhecimento empírico, serão os cientistas, enquanto, especificamente no discurso jurídico, serão os autores da dogmática jurídica. Assim, a existência de consenso, ou não, entre essas pessoas é que poderá definir o grau de incerteza que cerca o assunto. Nessa linha, e como se verá adiante, tem a dogmática importante papel no “controle de coerência” das premissas normativas.

Segundo Alexy, premissas do discurso jurídico podem ser enunciados do direito positivo, enunciados empíricos ou outros tipos de enunciados. Enunciados do direito positivo, por sua vez, dependem da demonstração da sua validade perante um determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 2017a, p.222). Todavia, nem sempre é suficiente lançar mão de tais premissas e argumentos. Pode ser necessário interpretar os enunciados do direito positivo através dos cânones hermenêuticos – argumento semântico, histórico, genético, sistemático, teleológico e comparativo.

Não raro, todavia, subsistirá ainda a incerteza normativa, seja porque não há consenso sobre o número de cânones na dogmática, seja porque diferentes cânones costumam levar a resultados diversos. Uma das razões para que isso ocorra é a imprecisão dos termos utilizados no direito positivo. Bem por isso, o intérprete ou julgador frequentemente deve buscar apoio em outras fontes. Precedentes e dogmática são ótimos candidatos a esse papel: tanto quanto a legislação, desfrutam da condição de argumentos institucionais, que são construídos ao longo do tempo por uma comunidade de intérpretes e julgadores.

Casos difíceis, portanto, podem se resolver no âmbito do discurso jurídico, desde que predomine inicialmente uma situação de incerteza a respeito das premissas normativas ou empíricas. Mas, e quando os argumentos institucionais não bastam para espantar a incerteza a respeito das premissas normativas? E quando os elementos empíricos carreados para os autos também não proporcionam um assentamento seguro das premissas menores do silogismo jurídico? Aqui se chega ao limiar das possibilidades do discurso jurídico. Nesse ponto, resta ao julgador, diz Alexy, recorrer aos argumentos do discurso prático geral.

Veja-se que, no afã de justificar premissas, seja no âmbito do discurso jurídico, seja no plano do discurso geral prático, ou, ainda, no discurso empírico, o intérprete ou julgador acaba desenvolvendo um maior esforço argumentativo. Esse esforço será tanto maior quanto mais implicar o afastamento dos paradigmas do direito positivo até então praticados. Imagine-

se, por exemplo, um julgado que venha a concretizar um *overruling*¹⁴ da jurisprudência dominante. Ou, ainda, uma decisão que venha a conferir a determinado dispositivo legal uma interpretação restritiva conforme a Constituição.

Nessas condições, não é incomum que os julgados sejam extensos e que os julgadores se esforcem em fundamentar exaustivamente as decisões, esgrimindo toda uma variedade de argumentos. A quantidade e a variedade dos tipos de argumentos representam importante aspecto do esforço argumentativo nos casos difíceis, mas não o único.

Do exposto, conclui-se que o elemento central do conceito de caso difícil é a incerteza a propósito das premissas normativas (omissões, contradições, ambiguidades e dispositivos legais desatualizados ou que merecem uma cláusula de exceção) e/ou das premissas empíricas (insuficiência dos elementos fáticos ou dificuldade em classificá-los). Pode ser necessário, nesses casos, recorrer à técnica da ponderação de princípios, para encontrar a norma aplicável ao caso. Tudo isso leva a um maior esforço argumentativo, muitas vezes em direção a argumentos empíricos e argumentos práticos gerais, pois os elementos do discurso jurídico podem não ser suficientes para o deslinde da questão.

Veja-se que o conceito adotado permite abarcar hipóteses que tradicionalmente a doutrina jusfilosófica identificava como caso difícil: a existência de lacunas, contradições, ambiguidades como exemplos de incerteza a respeito das premissas normativas. Poderiam ser acrescentadas a esse rol as decisões *contra legem*, nas quais se faz necessário estabelecer uma exceção não prevista expressamente em lei. Outro ponto favorável ao conceito proposto por MacCormick e Atienza está em que permite incluir uma outra categoria de *hard cases* bastante encontrada na praxe forense, mas que aparentemente passara despercebida a outros doutrinadores: os casos em que se detecta a incerteza a respeito das premissas empíricas – quando há problemas de produção de prova ou de qualificação dos elementos fáticos constantes dos autos. Jogar luz sobre a incerteza a respeito dessas premissas permite ressaltar, também, a importância do discurso empírico. Ademais, o conceito ora adotado é compatível, ainda, com a definição de Alexy, na medida em que admite expressamente a possibilidade de recurso à argumentação prática geral, conquanto não de forma necessária, eis que muitas vezes a questão se resolve no âmbito do próprio discurso jurídico. Ganha-se, ainda, em clareza na definição ao se utilizar a tese do caso especial, ao invés de se recorrer ao conceito

¹⁴ Técnica oriunda do sistema do *common law*, mediante a qual o tribunal revoga um precedente de observância obrigatória. O assunto será abordado mais adiante.

vago de “razoabilidade”, como sugerem alguns autores (por todos, ATIENZA, 1997, p.26). De fato, a menção às regras e aos argumentos do discurso prático geral parece explicar melhor certos aspectos da argumentação utilizada nos tribunais, como, por exemplo, o recurso a argumentos consequencialistas, como adiante se abordará. Por fim, o conceito adotado projeta luz sobre a essência do fenômeno: a dificuldade de um caso é uma questão de grau.

A partir do conceito aqui acolhido, chega-se a uma proposta de superação da imprecisão normativa em relação aos casos difíceis, apontada na introdução ao presente trabalho. Trata-se, aqui, então, de buscar critérios para o esclarecimento e para a crítica de uma prática jurisprudencial. Tais critérios, por sua vez, devem guardar pertinência com o núcleo do conceito, ou seja, a incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas. Quanto às primeiras, há que se lançar mão prioritariamente dos argumentos tradicionais do discurso jurídico: material legislativo (em sentido amplo), cânones hermenêuticos, precedentes, dogmática. Constatada a insuficiência desses recursos, pode ser necessário realizar ponderação de princípios e, eventualmente, voltar-se o intérprete ou julgador para os argumentos do discurso prático geral. No plano das premissas empíricas, deve-se buscar apoio no conhecimento teórico disponível, através de peritos e manifestações de pessoas com vivência na área pesquisada. Eventualmente, será necessário recorrer a normas sobre a carga do ônus da prova, a presunções legais e, até, a máximas da experiência comum (“o que ordinariamente ocorre”). Em resumo, o intérprete ou julgador necessitará desenvolver maior esforço argumentativo.

Analisados os aspectos analítico-conceitual e normativo de casos difíceis, cumpre adentrar o plano empírico, buscando investigá-los na jurisprudência de um tribunal constitucional. Nesta pesquisa, optou-se pela jurisprudência do tribunal constitucional brasileiro, em determinado período. Dita abordagem empírica buscará guardar consonância com os elementos centrais do conceito aqui agasalhado e terá natureza exemplificativa, sem pretender esgotar a casuística, como se demonstrará na Parte 2 do presente trabalho. Antes, porém, é necessário investigar o que significa, na prática, o *retro* mencionado esforço argumentativo.

3. O esforço argumentativo: o silogismo, a ponderação principiológica e os tipos de argumentos; classificação

No item anterior, concluiu-se que o elemento central do conceito de caso difícil é a incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas. Verificou-se, também, uma proposta normativa para fundamentação de decisões em *hard cases*, a qual contempla, resumidamente, um maior esforço argumentativo do julgador ou intérprete. Cabe analisar, todavia, como se desenvolve o referido esforço. E, nesse plano, permite-se desde logo adiantar que isso ocorre em torno de três grandes eixos: o mecanismo da subsunção; o manejo da máxima da proporcionalidade; e os tipos de argumentos.

Veja-se que o conceito de caso difícil acima enunciado implicitamente sugere que o silogismo está presente em toda aplicação do Direito. Silogismos são esquemas argumentativos em que é possível derivar inferências lógicas a partir de determinadas premissas, através do mecanismo da subsunção. No âmbito do discurso prático geral, não é incomum a utilização de tais esquemas argumentativos e, no discurso jurídico, isso não é diferente. No plano do discurso jurídico, decisões são tomadas por pessoas investidas de alguma autoridade e determinadas, a princípio, pelo Direito. É o que ocorre, por exemplo, nos órgãos legislativos e nos contenciosos administrativos. Mas o exemplo paradigmático de decisão jurídica é mesmo a decisão judicial, em virtude do grau de complexidade e do nível de regulamentação institucional que alcançou (WRÓBLEWSKI, 1971). E é o tipo de decisão que extrai a sua legitimidade não da representatividade democrática de quem a profere, mas sim da representatividade argumentativa, da capacidade de convencer a maioria daqueles a quem se dirige e que se proponham a avaliá-la racionalmente. Dar razões é fundamental nas decisões judiciais e isso normalmente ocorre através do silogismo. Cumpre que os julgadores justifiquem suas decisões, estabelecendo premissas válidas e obedecendo a regras de inferência aceitáveis. A justificação interna tem como objeto central a validade das inferências realizadas a partir de certas premissas dadas (WRÓBLEWSKI, 1971, p.412), ao tempo em que a justificação externa situa seu foco na fundamentação das premissas do silogismo (ALEXY, 2017, p.222).

Autores há que fazem uma distinção entre subsunção e adequação. Para Manuel Atienza, por exemplo, seria possível falar em esquemas argumentativos formulados a partir de regras de ação e em esquemas argumentativos formulados a partir de regras de fim. Os primeiros estariam voltados para o passado: “se ocorrem as circunstâncias ou condições de aplicação X

(um caso genérico), então alguém pode, deve ou está proibido de realizar uma determinada ação Y” (ATIENZA, 2017, p.64/65). Portanto, está-se diante de uma *regra de ação*. Esse exemplo corresponderia à *subsunção*. Já nos esquemas argumentativos baseados numa *regra de fim* o intérprete ou julgador estaria direcionado a emitir um juízo de *adequação*: dadas certas condições ou circunstâncias, o juiz deve atentar para a conclusão que melhor atenda à finalidade perseguida pelo legislador, exemplificando com a situação da prole por ocasião do divórcio dos pais – a guarda deve ser deferida a quem demonstre melhores condições de exercê-la (ATIENZA, 2017, p.65). De toda maneira, entende-se que não se escapa do modelo “premissa maior-premissa menor-conclusão”, motivo pelo qual se continua a falar em subsunção.

Do mesmo modo, a ponderação não consubstancia um esquema argumentativo que exclui a subsunção. Como bem aponta Alexy, ponderação e subsunção apresentam a mesma estrutura dedutiva. O que se passa é que, havendo mais de uma norma aplicável, surge a discussão a respeito daquela que terá precedência no caso concreto. Essa discussão pode se resolver no plano do conflito de regras (*meta-regras*) – por exemplo, “a lei de nível hierárquico superior derroga a de nível inferior”; “lei posterior derroga a lei anterior”; ou, ainda, “lei especial derroga a lei mais geral”. Mas também pode operar no âmbito da colisão de princípios, que se resolve mediante ponderação (ALEXY, 2003, p.434). Resolvida a discussão preliminar, o esquema dedutivo prossegue mediante estabelecimento das premissas, aplicação de inferências e obtenção de conclusão.

Cortes Constitucionais costumam deparar-se com questões relativas a direitos fundamentais, bens coletivos e conflitos entre poderes e entes federativos. Por força desse perfil, não é raro tenham que sopesar os princípios envolvidos. É comum, então, que os casos difíceis resolvidos no plano constitucional sejam bons exemplos da aplicação da máxima da proporcionalidade:

Como o princípio da proporcionalidade trata da busca de equilíbrio entre valores e o texto legal em que esses em maior número e profundidade de abordagem se enquadram é a Constituição, tal princípio é altamente utilizado na hermenêutica constitucional, em especial na interpretação dos direitos fundamentais, a maior condensação axiológica do corpo constitucional. Não há interpretação desses direitos sem a sua ponderação, pois são todos fundamentais e todos do mesmo nível hierárquico formal (TOLEDO, 2003, p.65).

Princípios são mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As possibilidades

fáticas decorrem do exame da *necessidade* e *adequação* das medidas cogitadas no caso concreto. O âmbito das possibilidades jurídicas é dado pela solução da colisão de princípios. Regras são normas que somente podem ser cumpridas, ou não. São razões definitivas (ALEXY, 2017b, p.106). A diferença entre esses dois tipos de normas evidencia-se nas hipóteses de conflito ou colisão entre elas. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; as colisões de princípios, na dimensão de peso. A solução da colisão de princípios deve resultar numa relação de precedência condicionada: presentes certas circunstâncias, o princípio *A* prevalece sobre o princípio *B* (TOLEDO, 2003, p.64).

A solução da colisão entre princípios rege-se pela máxima da proporcionalidade, que se desdobra em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pelas máximas parciais da *adequação* e da *necessidade*, perquire-se a respeito dos *meios* para a consecução dos *fins* almejados. Num primeiro momento, analisam-se se os meios cogitados são *apropriados* para o fim visado; em caso positivo, indaga-se a respeito do meio mais *benigno* para a implementação dos princípios envolvidos e para as partes. Assim é que, havendo um meio que implique *menor sacrifício*, este é que deverá ser eleito. Adequação e necessidade são examinadas sob o prisma das possibilidades fáticas. Já a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito implica o exame sob o aspecto das possibilidades jurídicas. Quando se atinge essa etapa, já se conhecem os meios adequados e necessários para a consecução dos princípios envolvidos; todavia, persiste o impasse (TOLEDO, 2003, p.67/68). É aqui que entra a estrutura da ponderação de princípios.

De acordo com Pulido, a estrutura da ponderação é dada por três elementos inter-associados: a lei da ponderação; a fórmula do peso; o ônus argumentativo (PULIDO, 2003, p.227). Assim se expressa a lei da ponderação: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Essa lei refere-se à otimização dos princípios que colidem (ALEXY, 2017b, p.593). Daí decorre que o intérprete ou julgador deve observar um procedimento em três etapas:

No primeiro [passo] é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2017b, p.594).

Já a fórmula do peso coloca em relação tanto os pesos abstratos dos princípios como a certeza das premissas empíricas para definir, em concreto, se a importância da satisfação de um dos princípios colidentes justifica a afetação ou a não satisfação do outro. O *peso relativo* dos princípios colidentes é o resultado da fórmula do peso. Trata-se de uma elaboração da lei da ponderação e pode ser expressa da seguinte forma:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Nessa fórmula, W expressa o resultado da otimização dos princípios colidentes (i e j); I representa a intensidade da interferência no respectivo princípio; W , o peso abstrato de cada princípio; e R , o grau de certeza a respeito das premissas normativas e empíricas que se referem ao nível de interferência de um princípio e, ainda, ao peso abstrato de cada um deles. Quer dizer, R é um elemento epistêmico, pois diz respeito não propriamente ao ser, mas sim ao conhecimento disponível a seu respeito (ALEXY, 2014).

Nesse ponto, releva anotar que o mérito da fórmula do peso consiste não propriamente em fornecer uma solução “matemática” (no sentido de completamente exata) para as colisões de princípios, mas sim em consistir num instrumento para explicitar os argumentos utilizados a favor ou contra de determinada interpretação. Como resultado, espera-se um ganho na transparência e na racionalidade do processo.

Importante ressaltar, também, que a concepção alexyana a propósito da certeza a respeito das premissas empíricas e normativas, ou seja, quanto ao grau de conhecimento que delas se tem não é incompatível com o conceito de caso difícil apresentado por MacCormick e reelaborado por Atienza. Não só é compatível como vai um pouco além, ao especificar o objeto de tais premissas – a interferência de um princípio em outro e os seus respectivos pesos abstratos. Por via de consequência, a estrutura da ponderação também é compatível com o conceito de *hard case* ora proposto.

Por fim, uma das possíveis aplicações das regras da carga da argumentação entra em cena quando um empate resulta da aplicação da fórmula do peso, vale dizer, quando são equivalentes os pesos dos princípios envolvidos. Quando isso ocorre no controle de

constitucionalidade, presume-se que deve subsistir a lei questionada, em homenagem ao princípio formal¹⁵ do legislador democraticamente investido. Cabe ao intérprete ou julgador, se quiser afastá-la, desenvolver maior esforço argumentativo.

Não é preciso ir adiante. O que foi dito já é suficiente para o desiderato do presente trabalho. Para efeito do modelo básico de análise que se pretende adotar, em ordem a aplicá-lo no material empírico selecionado, será suficiente apurar, primeiro, se a Corte utiliza de algum modo a máxima da proporcionalidade em seus julgados; e, segundo, se o faz de modo analítico, isto é, com aplicação explícita de suas máximas parciais.

Em todo caso, o importante neste passo é deixar assentado o lugar de honra que se vislumbra reservado à máxima da proporcionalidade em julgados de Cortes Constitucionais, mormente em sede de apreciação de casos difíceis, em que são bastante frequentes colisões de princípios. A sua presença, ainda que de forma implícita, é garantia de maior transparência na justificação judicial e, por conseguinte, de maior racionalidade.

Em seguida, cumpre explicitar que se adotará em termos gerais a classificação dos argumentos proposta por Robert Alexy, por ele chamada de “grupos de regras e formas de justificação externa” (ALEXY, 2017a, p.223). Outras classificações meritórias existem, como, por exemplo, a de Perelman, Summers ou MacCormick.

Perelman introduz uma classificação do que chama de "esquemas de ligação" entre argumentos: argumentos quase-lógicos; argumentos baseados na estrutura do real; e argumentos que visam fundar a estrutura do real. Os argumentos quase-lógicos pretendem se revestir da credibilidade própria dos raciocínios formais, lógicos - por exemplo, argumentos que apelam para relações de contradição, identidade, transitividade e relações da parte com o todo. Os argumentos fundados na estrutura do real, por sua vez, "valem-se dela para estabelecer uma solidariedade entre os juízos admitidos e outros que se procura promover" (PERELMAN, 1996, p.297). São os argumentos baseados em ligações de sucessão (o fenômeno relacionado com suas causas ou consequências) ou em ligações de coexistência (uma pessoa relacionada com seus atos, um grupo com os indivíduos que o integram, uma essência com as suas manifestações). Por fim, os argumentos baseados em ligações que fundamentam a estrutura do real, que se utilizam de recursos ao caso particular ou à analogia (PERELMAN, 1996, p.399).

¹⁵ O conceito de princípio formal será melhor discutido adiante, em contraposição ao conceito de princípio material.

Summers, por seu turno, sublinha a importância dos argumentos substantivos, principalmente em casos "não-rotineiros". Argumentos substantivos, a par dos argumentos de autoridade, dos argumentos factuais, dos argumentos interpretativos e dos argumentos críticos, seriam aqueles capazes de fundamentar decisões judiciais, com a peculiaridade de que extraem sua força de considerações de ordem moral, econômica, política, institucional ou social. Argumentos substantivos podem ser *goal reasons*, *rightness reasons* ou *institutional reasons*¹⁶. *Goal reasons* podem ter metas a segurança e a saúde pública, por exemplo (SUMMERS, 1978, p.717). *Rightness reasons*, por sua vez, prestam homenagem a “normas sociais e morais”, tais como aquelas que instituem a vedação do enriquecimento ilícito ou a obrigação de diligência (SUMMERS, 1978, p.719). E *institutional reasons* são *goal reasons* e *rightness reasons* conectadas a um específico papel ou processo institucional. Em geral, estão relacionados à margem de discricionariedade do juiz e do legislador. Por exemplo, razões institucionais fazem-se presentes quando o Poder Judiciário nega uma pretensão que vai de encontro a um determinado dispositivo de lei, quando isso ensejar uma mudança abrangente nas disposições legais sobre a matéria (SUMMERS, 1978, p.723).

MacCormick fala de argumentos de coerência (nos quais os princípios e a analogia desempenham papel relevante), precedentes, argumentos consequentialistas e argumentos interpretativos (MACCORMICK, 2008). A coerência normativa está relacionada à compatibilidade das decisões judiciais com o ordenamento jurídico como um todo, enquanto a coerência narrativa diz respeito à possibilidade de se extrair uma inferência lógica a partir de certas provas. Precedentes, por seu turno, extraem sua força do princípio da universalizabilidade: tratar de maneira igual os casos iguais. Argumentos consequentialistas devem levar em consideração não apenas o caso concreto, mas também os casos semelhantes que venham a ser postos sob o crivo judicial. Por fim, argumentos interpretativos são invocados quando há dúvida sobre o significado e a aplicação de determinada informação. Podem ser argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológicos.

Parece, todavia, que se deve privilegiar a classificação alexyana, seja porque específica para o discurso jurídico (o que a diferencia de Perelman), seja porque mais adaptada ao campo do *civil law* (o que a afasta daquela preconizada por Summers), seja ainda porque mais abrangente do que aquela exposta por MacCormick. De fato, a classificação de argumentos

¹⁶ Tradução livre: razões teleológicas, razões de justiça e razões institucionais.

proposta por Alexy engloba os tipos de argumentos preconizados por MacCormick e ainda acrescenta outros - como os argumentos éticos ou morais.

Acresce que a classificação de Alexy se ajusta com facilidade à ótica do operador do Direito – prisma ora assumido nesta pesquisa - em virtude da praticidade das categorias eleitas. De fato, não são alheias ao uso forense expressões como “precedentes”, “dogmática”, “cânones de interpretação”, “argumentos empíricos” e “formas especiais de argumentos jurídicos”. Mas a principal razão para a adoção da classificação proposta por Alexy é a sua sistematicidade, a qual se viabiliza através da tese do caso especial - o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral - e do reconhecimento da relevância do discurso empírico na justificação judicial. Posta a questão em termos discursivos - discurso empírico (teórico), discurso prático e seu caso especial, o discurso jurídico -, fica muito mais fácil entender onde cada tipo de argumento se encaixa dentro do panorama mais geral.

Leis, precedentes e dogmática formam aquilo que se pode chamar de “argumentos institucionais”, os quais configuram condições limitadoras do discurso prático geral¹⁷. Mas, além deles, há as formas especiais de argumentos jurídicos, que não suscitam maiores dúvidas, na medida em que são reconhecidas há longo tempo tanto pela dogmática quanto pela jurisprudência - analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*.

Adota-se, então, neste trabalho a classificação dos argumentos proposta por Alexy, chamados de “grupos de regras e formas de justificação externa”: cânones de interpretação, dogmática, precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2017a, p.223).

Inicie-se pelos cânones de interpretação. Até hoje impera certa controvérsia quanto à sua classificação, eventual hierarquia e *status* lógico. Tradicionalmente, sempre há alguma referência à interpretação do sentido da norma, da intenção do legislador, da finalidade da norma, da sua evolução histórica, da comparação com outro ordenamento jurídico e do seu enquadramento na totalidade do sistema jurídico. Por tal motivo, abraça-se a classificação proposta por Alexy: cânones de interpretação são os argumentos semânticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos e sistemáticos (ALEXY, 2017a, p.226).

¹⁷ Como afirma Alexy, “A peculiaridade consiste no fato de que a pretensão de correção no discurso jurídico não se refere, ao contrário do que ocorre no discurso prático geral, ao que é correto independentemente do direito positivo vigente em cada caso, mas sim ao que é correto no âmbito de um sistema jurídico determinado” (ALEXY, 2010, p.24).

Há razão mesmo para denominar o primeiro tipo de argumento como semântico, ao invés de literal ou gramatical (como fazem os autores mais tradicionais). Aqui o foco está centrado no possível *significado* das expressões utilizadas no enunciado da norma. Nesse plano, o intérprete esforça-se por reconstruir o uso da linguagem, especificando-a, seja para fundamentar, para criticar ou para afirmar como possível determinada interpretação. Obviamente, há limites para este tipo de interpretação. Pode ser que as expressões sejam vagas, ambíguas ou contraditórias. O intérprete, então, precisará avançar. De qualquer maneira, não se acredita mais no velho provérbio latino: *in claris cessat interpretatio*. Todo e qualquer enunciado desafia interpretação.

O cânone genético corresponde à busca da suposta vontade do legislador original. Esse tipo de argumento normalmente apoia-se numa premissa adicional – a de que a vontade do legislador que se inclina em favor de determinada interpretação é uma razão para adotá-la. De Essa premissa adicional, por seu turno, sempre pedirá novas razões, em atenção ao “requisito da saturação”¹⁸ (ALEXY, 2017a, p.229).

A propósito dos argumentos semânticos e genéticos, Alexy faz uma afirmação interessante: trata-se de um caso especial da argumentação empírica, no sentido de que a sua fundamentação requisitará o estabelecimento de fatos – no argumento semântico, um determinado uso da linguagem; no argumento genético, a alegada vontade do legislador histórico ou a persecução de um certo estado de coisas (ALEXY, 2017a, p.230). Não se pode negar que assim ocorre. Prefere-se, todavia, encará-los como um dos possíveis pontos de intersecção entre o discurso jurídico e o discurso empírico, o que, de resto, não apresenta novidade alguma. O próprio Alexy o reconhece, na medida em que praticamente todas as formas da argumentação jurídica, e mesmo da argumentação prática geral, admitem o uso de enunciados empíricos (ALEXY, 2017a, p.223-224). O uso de enunciados empíricos não desnatura o caráter jurídico do discurso, nesses casos.

Outra questão interessante diz respeito à existência de uma preponderância dos argumentos semânticos e genéticos sobre os demais cânones de interpretação, o que está conectado com o chamado problema da hierarquia dos cânones. Trata-se de questão altamente controvertida, a propósito da qual a teoria do discurso, de acordo com Alexy, pode somente

¹⁸ O requisito da saturação estabelece que só se julga completa uma forma de argumento quando contém todas as premissas a ela inerentes (ALEXY, 2017a, p.235). No discurso jurídico, corresponde às seguintes regras da justificação interna: “São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível” e “Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento” (ALEXY, 2017a, p.282).

pretender dar uma contribuição, sem resolvê-la em definitivo. Nesse sentido, gozariam de uma precedência os argumentos que estivessem mais vinculados ao direito vigente. Assim, seria possível falar numa precedência *prima facie*, ainda segundo Alexy, dos argumentos semânticos e genéticos, trazendo para eventuais oponentes o ônus de apresentar razões mais fortes em sentido contrário, caso a caso (ALEXY, 2017 a, p.238). É algo que corresponde, em linha de princípio, à tese da precedência dos argumentos institucionais¹⁹. Mas não se pode deixar de pensar se os argumentos sistemáticos também não desfrutariam da mesma precedência, para se manter coerente com aquela linha de fundamentação. Afinal, os argumentos sistemáticos são “aqueles que se referem unicamente às relações lógicas entre normas”, sejam estas regras ou princípios (ALEXY, 2017 a, p.231).

Com efeito, a utilização do cânone sistemático visa, via de regra, evitar contradições no ordenamento jurídico. É o que Bobbio chamaria problema de coerência do ordenamento jurídico, assim entendido como um sistema (BOBBIO, 2014, p.77). Um sistema, aliás, que não admite a coexistência de normas incompatíveis (BOBBIO, 2014, p.84). Aqui surge o clássico problema das antinomias, as quais espelham conflitos de regras e que se resolvem com a exclusão de uma delas, via declaração de invalidade, ou ainda mediante uma cláusula de exceção. Mas outro tipo de norma também pode proporcionar um conflito. É o caso das colisões de princípios. A diferença é que as colisões de princípios não implicam a invalidade de algum deles. Na verdade, o caso concreto é que decidirá qual dos princípios terá precedência sobre o outro. Diz-se, então, que há uma relação de precedência condicionada (ALEXY, 2017b, p.92).

Em todo caso, o próprio Alexy reconhece que a argumentação fundada nos cânones semânticos e genéticos apresenta importantes limitações nos chamados casos difíceis: “*Wording and intention, however, does not suffice to solve the problems that arise in hard cases of constitutional law*”²⁰ (ALEXY, 2012, p.337).

Cânone teleológico é aquele que se refere “a ‘fins racionais’ ou ‘prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente” (ALEXY, 2017a, p.231). Fins, para esse efeito, correspondem a um estado de coisas prescrito e, muitas vezes, para descrevê-los é necessária a menção a princípios. São chamados por Alexy, acompanhando Larenz,

¹⁹ Vide regra (J.7) da argumentação jurídica: “Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos” (ALEXY, 2017a, p.283).

²⁰ Tradução livre: “Expressão literal e intenção, todavia, não são suficientes para resolver os problemas que surgem em casos difíceis a nível constitucional”.

“teleológico-objetivos”, pois não se referem aos fins perseguidos pelo legislador histórico – nesse ponto, diferenciando-se dos cânones genéticos -, mas sim pelo sujeito hipotético que argumenta racionalmente a partir do ordenamento jurídico. Quando se referem a princípios, podem demandar maior concreção através da menção a novos enunciados normativos (ALEXY, 2017 a, p.234). Cânones teleológicos, por fim, “dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral” (ALEXY, 2017 a, p.236), na medida em que se referem aos *fins*. O tema será revisitado quando forem aqui abordados os argumentos pragmáticos.

Cânone histórico é aquele que se refere à história do problema jurídico debatido. Refere-se a fatos históricos associados a uma premissa normativa e nisso diferencia-se dos argumentos empíricos de cunho histórico. Exemplifica Alexy com uma determinada forma de argumento histórico: o intérprete atual menciona uma consequência indesejável de uma interpretação anterior, o que se transforma em uma razão para alterá-la (ALEXY, 2017a, p.230). É um tipo de argumento bastante comum em Cortes Constitucionais.

Por fim, o cânone comparativo, cujo objeto é a referência não a um estado de coisas anterior, mas sim a um estado de coisas de outro ordenamento jurídico, de outra sociedade. Aqui, novamente, comparecerão premissas empíricas associadas a, pelo menos, uma premissa normativa, esta última direcionada à aceitabilidade de determinadas consequências (ALEXY, 2017 a, p.230). É outro tipo bastante utilizado na argumentação jurídica de Cortes Constitucionais, em que muitas vezes se faz necessário perquirir a respeito de realidades vividas em outras formações sociais que eventualmente guardem alguma relação de similaridade ou proximidade.

Examinada sucintamente a classificação proposta por Alexy para os cânones de interpretação, bem como a sua resposta ao problema da eventual hierarquia entre esses cânones, resta abordar a questão do seu *status* lógico. Nesse plano, Alexy vai lançar mão de um conceito mencionado por Perelman. Cânones de interpretação são esquemas argumentativos, ou seja, conjuntos de enunciados dispostos de maneira a dar azo a um outro enunciado, de forma lógica (ALEXY, 2017 a, p.235). Enquanto esquemas argumentativos, poderão ter uma ou mais premissas fundamentadas em argumentos.

Frequentemente, porém, a argumentação baseada nos cânones de interpretação não será suficiente para a solução de um caso posto em juízo. E isso ocorrerá seja porque não contemplam elementos que ensejem uma argumentação racional, seja porque podem conduzir a diversos resultados, a depender das diferentes concepções assumidas pelos intérpretes. Como diz Alexy, se isso não é uma razão para descartá-los, será, todavia, um motivo para

excluí-los como regras bastantes para uma argumentação que se pretenda racional (ALEXY, 2017 a, p.21).

Ainda no âmbito do discurso jurídico propriamente dito, tem-se a argumentação dogmática, a qual, para Alexy, se destina a cumprir três importantes atividades: (i) análise lógica dos conceitos jurídicos; (ii) recondução desta análise a um sistema; e (iii) a aplicação desta análise na fundamentação das decisões jurídicas. Com isso, restam contempladas as principais dimensões do fenômeno jurídico: a dimensão empírico-descritiva, a dimensão analítico-lógica e a dimensão prático-normativa (ALEXY, 2017a, p.247).

Aqui se opta por manter a terminologia usualmente utilizada pelos juristas, embora de dogma propriamente dito não se trate, pois os enunciados dogmáticos de modo algum são irrefutáveis. Melhor seriam designados como “hipóteses”, como faz Esser, citado por Alexy (ALEXY, 2017a, p.252).

Do mesmo modo que os cânones da argumentação, a argumentação dogmática constrói-se em torno de enunciados de diversos tipos. Alexy classifica-os da seguinte maneira: *a)* definições de conceitos jurídicos genuínos; *b)* definições de outros conceitos presentes nas normas jurídicas; *c)* enunciados que expressam uma norma não extraída da lei; *d)* descrições e caracterizações de estados de coisas; *e)* formulações de princípios (ALEXY, 2017 a, p.251-252).

Importante papel desempenha a dogmática em relação à argumentação fundada em princípios. Enquanto não institucionalizados na lei ou em precedentes, os princípios derivarão de formulações da doutrina. É o que ocorre com os chamados “princípios implícitos” do direito administrativo, de que é exemplo o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que não radica em nenhum dispositivo constitucional (MELLO, 2009, p.96). E, do mesmo modo que ocorre com os argumentos teleológicos, a formulação desses princípios demandará concreção com a ajuda de outros enunciados normativos (premissas normativas adicionais), que poderão ser argumentos prático-gerais – nesse caso, Alexy fala em fundamentação dogmática impura, em contraste com a fundamentação dogmática pura, a qual, obviamente, baseia-se em outros enunciados dogmáticos eventualmente acrescidos de enunciados empíricos ou de normas jurídico-positivas (ALEXY, 2017a, p.248).

De acordo com Alexy, a dogmática pode desempenhar ao menos seis funções: de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, heurística e de controle. (ALEXY, 2017a, p.253).

Pela função de *estabilização*, facilitam-se as decisões judiciais nos casos em que as possibilidades discursivas já estão limitadas pela maneira institucional como opera a dogmática. Operar de maneira institucional implica uma ampliação do âmbito da discussão das questões jurídicas quanto ao tempo, sujeito e objeto: em relação ao tempo, aperfeiçoa-se o resultado das discussões ocorridas no passado, de acordo com a experiência; do ponto de vista subjetivo, facilita-se a intervenção de múltiplos intérpretes; e em relação ao objeto, porque “os efeitos de uma solução são controláveis por meio da solução de outras questões” (ALEXY, 2017a, p.244). Cria-se uma arena ampliada de debates. Essa maneira de operar da dogmática apresenta vantagens como a simplificação das discussões, uma tendência à uniformidade de soluções para a mesma questão e mais segurança jurídica.

Intimamente conectada à função de estabilização está a função de *progresso*: a referida ampliação do debate doutrinário no plano temporal, subjetivo e objetivo possibilita avanços concretos e sistemáticos na formulação de respostas sobre questões jurídicas, a qual de outro modo somente ocorreria de maneira pontual. Essa sistematização, por sua vez, facilita a divulgação, o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica – o que Alexy chamou de função *técnica* (ALEXY, 2017a, p.256).

Também ligada à função de estabilização está a função de *descarga*, pelo qual o intérprete ou julgador estará dispensado de fornecer uma nova argumentação em casos similares, se não houver uma razão especial para tanto. É o que ocorre, por exemplo, nos casos fáceis, nos quais “as questões dogmáticas não são nenhum problema” (ALEXY, 2017 a, p.256). Nos casos difíceis, a dogmática poderá estar às voltas com a produção de razões suficientemente fortes que justifiquem o afastamento das soluções originalmente concebidas e adotadas. Nesses casos, a dogmática precisará desenvolver maior esforço argumentativo.

Pela função *heurística*, a dogmática busca fornecer modelos de soluções ou, ao menos, pontos de partida de análise para os casos que se apresentem (ALEXY, 2017 a, p.257).

Outra função importante desempenhada pela argumentação dogmática nos casos difíceis é o controle de consistência. Como se viu, nos casos fáceis as questões dogmáticas não são problema. Nos casos difíceis, porém, a situação é muito diferente. Frequentes vezes, será a dogmática que irá abrir as portas onde parecia não haver saída. A prática demonstra isso e, na parte empírica do presente trabalho, ter-se-á oportunidade de abordar esse aspecto.

Neste trabalho, prefere-se falar em controle de coerência, como faz MacCormick, ao diferenciá-lo do controle de consistência. Enquanto a primeira admite gradação, a segunda diz respeito à não-contradição entre os enunciados (e aí não há falar em questão de grau, pois

as afirmações são compatíveis ou não). A coerência, então, seria algo que atribui sentido, seja no plano normativo - “coerência normativa” -, seja no plano fático - “coerência narrativa” (MACCORMICK, 2008, p. 247). Examine-se, pois, a primeira, que apresenta interesse para efeito do papel desempenhado pela dogmática nos casos difíceis.

De acordo com MacCormick, a coerência normativa “se relaciona à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa” (MACCORMICK, 2008, p. 247). Todavia, essa avaliação no âmbito de um contexto, prossegue explicando o jusfilósofo escocês, decorre da existência de “um valor comum” ou de “um grupo de valores em comum” (MACCORMICK, 2008, página 249). Esse núcleo de valor ou valores restaria assegurado, ainda conforme MacCormick, pelos princípios e pela analogia (MACCORMICK, 2003, p.153).

Obviamente, não apenas os princípios e a analogia, tal qual formulados pela dogmática, estariam a cargo de assegurar o tal “controle de consistência”, mencionado por Alexy (o qual, como se viu, se prefere aqui chamar de “controle de coerência”). Também os outros enunciados por ela produzidos teriam essa tarefa – assim, por exemplo, os conceitos jurídicos genuínos e outros conceitos utilizados nas normas jurídicas, para manter a terminologia utilizada por Alexy. Como lembra oportunamente Pecznik, “*los conceptos generales son un ‘cemento’ que mantiene unidas las piezas de una teoría*” (PECZNIK, 2000, p.68).

De todo modo, não será demais ressaltar o papel da dogmática em realizar o mencionado controle de coerência. Aqui ainda talvez fosse oportuno relacioná-lo com a tarefa de compatibilização das normas e decisões com o ordenamento jurídico – os problemas de unidade e coerência do ordenamento, assim chamados por Bobbio, como já se ressaltou linhas atrás.

As funções de progresso, de controle e técnica estão ligadas à atividade analítica e sistemática da dogmática, *supra* mencionadas, ao passo que as funções de estabilização, de descarga e heurística apresentam-se vinculadas à atividade de aplicação do Direito. Como se vê, as funções avistadas por Alexy podem ser reconduzidas, *grosso modo*, às duas atividades básicas da dogmática: de um lado, analítico-conceitual, com a construção de um arsenal teórico organizado em sistema; de outro, normativa, em que se preconizam soluções para a fundamentação de decisões judiciais.

Outro tipo de argumento utilizado na justificação externa é o precedente judicial. Muito do que se afirmou em relação aos argumentos dogmáticos pode ser dito em relação aos precedentes e isso ocorre, basicamente, por força de duas regras do discurso prático geral: a regra da universalidade (“Dois casos semelhantes devem ser julgados da mesma maneira”) e a regra da carga da argumentação - as razões para decidir em determinado sentido, que vem sendo adotado pelos tribunais ao longo do tempo, determinam que o ônus argumentativo está com aquele que pretende afastá-las. Esta última regra corresponde ao princípio perelmaniano da inércia: “uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso” (ALEXY, 2017a, p.260).

Em comum com a dogmática também está a limitação da margem do que é discursivamente possível. Isso decorre do fato de que, seguindo as regras do discurso prático geral, muito frequentemente haverá mais de uma resposta correta para cada caso (ALEXY, 2017a, p.261). Tanto quanto a dogmática, entram em cena os precedentes como limitadores das opções discursivas. Por outro lado, para cada enunciado legal faz-se imperioso assegurar, na medida do possível, uma única inteligência para a norma correspondente. Segurança jurídica e justiça devem conviver no caso concreto.

Pode-se dizer que a importância dos precedentes só cresceu ao longo do tempo. Já vai longe a época em que o papel dos juízes se limitava a ser “*la bouche de loi*”. Hoje, a produção normativa também deriva das decisões do Poder Judiciário (MARINONI, 2016, p.128). Nesse contexto, como toda produção normativa do sistema jurídico, deve haver coerência. Se, por um lado, é verdadeiro que os juízes decidem efetivamente os casos que lhes são submetidos, também é verdadeiro que a última decisão, em geral, proferida por um tribunal, é que resolve definitivamente o caso. Bem por isso uma decisão que guarda conformidade com o entendimento da instância superior tem maiores chances de provocar o conformismo na parte que sucumbiu. Isso significa economia de tempo e de dinheiro para o sistema como um todo. O mesmo pode ser dito em relação à jurisprudência dos tribunais superiores, num sistema jurídico como o brasileiro, em que a uniformidade de entendimento a respeito da legislação infraconstitucional está cometida ao Superior Tribunal de Justiça, enquanto a uniformidade de entendimento sobre matéria constitucional emana do Supremo Tribunal Federal. Por tais motivos, nunca será demais enfatizar a importância dos precedentes no sistema brasileiro, mormente após a consagração legal que recebeu com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 2015. Exemplos eloquentes dessa importância são dois enunciados inseridos na redação do artigo 489, parágrafo primeiro daquele diploma legal:

Art.489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º . Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento;

O conceito de precedentes aqui adotado corresponde, grosso modo, aos traços identificados por Marinoni: precedente é a tese jurídica vinculada a determinada moldura fática, consagrada por maioria de votos numa instância judiciária, que enfrenta a matéria de forma inédita e sob o abrigo do contraditório e da ampla defesa (MARINONI, 2016, p.157-158). É a *ratio decidendi*. Como diz Alexy, “o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente” (ALEXY, 2017a, p.268).

Registre-se que este conceito tem o mérito de ressaltar certos aspectos normalmente negligenciados. Assim ocorre, por exemplo, com a necessária vinculação a uma determinada moldura fática. Na verdade, o precedente deve ser compreendido à luz das circunstâncias que o informaram. Pretender aplicá-lo sem considerá-las, além de vazio, pode ser perigoso. Pelo mesmo motivo, afigura-se impensável aplicar uma súmula sem levar em consideração os precedentes que a ensejaram.

Outro fator digno de relevo é o ineditismo, não propriamente da matéria, senão da *forma* como é enfrentado o caso. Pode ocorrer que as circunstâncias mudem ao longo do tempo ou, ainda, que a mudança ocorra na valoração dessas circunstâncias e isso leve à mudança no entendimento anterior, criando um precedente.

Por fim, não se pode imaginar um precedente válido criado fora do contraditório e da ampla defesa. Entender o contrário é diminuir o papel da argumentação nas decisões judiciais e no próprio Estado de Direito. Ademais, como afirma Marinoni, não basta que se trate da primeira decisão a enfrentar a matéria (ou um conjunto de decisões). Há que se enfrentar os principais argumentos contrários (MARINONI, 2016, p.158).

Vinculada à questão da carga argumentativa está o problema que nasce quando o tribunal percebe que não será possível aplicar o precedente inicialmente cogitado. Sabe-se que, por um motivo ou por outro, o tribunal, nessas condições, tem o dever de explicitar o(s) motivo(s) pelo(s) qual(is) não irá aplicá-lo. Para tanto, a doutrina costuma apontar dois

importantes instrumentos ou técnicas de aplicação do direito, oriundos dos ordenamentos jurídicos regidos pelo *common law*: *distinguishing* e *overruling*.

De acordo com Marinoni, o precedente, fazendo-se presentes determinadas circunstâncias que foram identificadas no passado, volta-se para o futuro (MARINONI, 2016, p.231). Deixar de aplicá-lo pode implicar, portanto, demonstrar que, no caso posto sob escrutínio, as referidas circunstâncias não concorreram. Está-se diante do *distinguishing*.

O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente. Assim, é necessário delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos (MARINONI, 2016, p.232).

Para fazer *distinguishing*, portanto, afigura-se indispensável comparar situações, elementos fáticos, mas não só. Como alerta Marinoni, a diferença deve ser substancial, relevante, sob pena de descrédito na aplicação do Direito (MARINONI, 2016, p.232).

Já no *overruling*, ainda de acordo com Marinoni, o tribunal explicitamente deixa de aplicar o precedente, por não mais corresponder a determinados padrões de “congruência social” e “consistência sistêmica”. A congruência social estaria vinculada a proposições morais, políticas e de experiência; já a consistência sistêmica guardaria relação com outras decisões da Corte (MARINONI, 2016, p.253-254). Na linha da teoria que vai adotada no presente trabalho, entende-se que o *overruling* encontraria justificativa em argumentos do discurso prático geral (morais, éticos ou pragmáticos) ou do próprio discurso jurídico (cânones de interpretação, dogmática e precedentes). Nessa ordem de ideias, recorde-se o que linhas atrás ficou dito a propósito da importância da dogmática na compatibilização das decisões com o sistema jurídico, papel que foi reconhecido por Marinoni:

Importa salientar que tanto a ausência de congruência social quanto a falta de consistência sistêmica costumam ser demonstradas pela doutrina. A crítica doutrinária permite não apenas a individualização dos precedentes que se revestem de algum ou de ambos os defeitos, como também apresenta os argumentos que os evidenciam, deixando a classe dos advogados adequadamente informada acerca da fragilidade de determinado precedente. A informação dos advogados é um dos elementos de maior importância para descaracterizar os fundamentos para a preservação do precedente, pois elimina as alegações de confiança justificada e de vedação de surpresa injusta (MARINONI, 2016, p.254).

Ainda no espaço do discurso jurídico, Alexy situa os chamados “argumentos jurídicos especiais”: a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumento a fortiori* e o argumento *ad absurdum* (ALEXY, 2017a, p.263). Entende-se, porém, que se trata de um enquadramento que merece ser visto com certa reserva. Bem examinados, constata-se que os chamados argumentos jurídicos especiais não são privativos do discurso jurídico, senão do discurso prático geral. O próprio Alexy reconhece essa procedência, na medida em que afirma que expressam formas de inferência logicamente válidas (ALEXY, 2017 a, p.264). O fato de que sejam mais utilizadas no discurso jurídico não lhes retira o caráter genérico, nem as transforma em “casos especiais” do discurso prático geral (ALEXY, 2017 a, p.267).

Veja-se, por exemplo, o raciocínio por analogia, que é tributário do princípio da universalidade e do princípio da igualdade (ALEXY, 2017 a, p.266). Perelman já o apontava como um dos casos de argumentos que espelham associações que fundamentam a estrutura do real (PERELMAN, 1996, p.424), eis que expressa uma similitude de estruturas: A está para B, assim como C está para D. Tal associação, obviamente, nada tem de peculiar ao discurso jurídico e pode ser utilizada em outros tipos de discursos normativos e empíricos. O mesmo pode-se dizer do argumento *a contrario*, que refletiria, ainda segundo Perelman, um tipo de argumento quase-lógico que expressa a não aplicação, a uma espécie do mesmo gênero, daquilo que foi afirmado para a espécie particular (PERELMAN, 1996, p.273).

De todo modo, por espelharem “fórmulas” especiais, ainda que associadas de alguma forma ao discurso prático geral, nem por isso perdem a possibilidade de carregarem um conteúdo específico do discurso jurídico. Aliás, é o que frequentemente ocorre nas justificações judiciais, como será possível verificar na parte empírica do presente trabalho, na qual acabaram por figurar mesmo ao lado dos argumentos institucionais, em virtude do seu conteúdo.

Além do discurso jurídico propriamente dito, situam-se os argumentos do discurso empírico e os argumentos do discurso prático geral. Quanto aos primeiros, nos quais impera a pretensão à verdade, podem ser de variada procedência, dos mais diversos campos do conhecimento técnico-científico e nunca será demais reconhecer-lhes a importância (ALEXY, 2017a, p.223). Dentre eles, avulta a relevância na justificação judicial dos enunciados oriundos da Economia (dados específicos desse campo do conhecimento, orçamento público, despesas e políticas econômicas), da Sociologia (por exemplo, dados estatísticos da realidade social, usos, costumes, hábitos, práticas sociais), da Política (como políticas públicas relativas à organização/forma de prestação de serviços públicos), da História (fatos históricos,

pensamento de conhecidos historiadores brasileiros e estrangeiros), da Medicina (evidências científicas, estudos sistemáticos, testes experimentais) etc.

Tão importantes quanto os próprios enunciados empíricos são as regras que entram em cena tão logo se faça presente a incerteza científica. É o que ocorre, por exemplo, quando se aplicam regras da presunção racional ou do ônus da prova. Em todo caso, também aqui, ou seja, no plano fático, há que se garantir uma certa “coerência narrativa” no plano da avaliação das provas e da justificação das inferências lógicas a partir destas últimas (MACCORMICK, 2008, p.279).

O peso da argumentação empírica ganha uma dimensão especialmente relevante no âmbito da jurisdição constitucional. Como se sabe, Cortes Constitucionais são constantemente chamadas a decidir questões sobre direitos fundamentais. Assim é que, havendo razões suficientes para fundamentar uma decisão em favor da maior eficácia desses direitos, o tribunal deve fazê-lo, mesmo que isso implique a declaração de invalidade de um ato normativo emitido pelo legislador democraticamente legitimado, dada a suprema estatura daqueles mesmos direitos. Não raras vezes, essas "razões suficientes" serão o conteúdo de uma justificação racional no plano da estrutura da ponderação. E, como já se mencionou, a dimensão fática desempenhará importante função no exame das máximas parciais da adequação e da necessidade.

O grau de certeza a respeito das premissas empíricas terá relevante papel, também, na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, vale dizer, na aplicação da fórmula do peso²¹. Aqui entra em cena a lei da ponderação epistêmica: “Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam” (ALEXY, 2014). Como se apontou linhas atrás, essas premissas podem ser normativas ou empíricas. Ora, o ponto a ser ressaltado é que, de acordo com Alexy, perdurando uma situação de incerteza em relação às premissas, haveria que se prestigiar a opção do legislador democraticamente legitimado. Isso ocorre em decorrência do princípio democrático, porque este princípio “não só atribui um peso especial às decisões do parlamento. Ele exige, sobretudo, que o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível” (ALEXY, 2014).

²¹ A temática do grau de confiabilidade das premissas ganhou maior destaque na abordagem de Alexy sobre os princípios formais e sobre a margem de discricionariedade do legislador. Todavia, ela esteve presente desde o começo, já na abordagem da fórmula do peso, com a inserção da variável *R* (*reliability*).

O problema surge quando há uma colisão entre os princípios materiais que declaram direitos fundamentais e o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. Princípios materiais são mandados de otimização que têm por conteúdo os bens da vida – por exemplo, liberdade, igualdade, proteção do meio ambiente etc. Princípios formais também são mandados de otimização. O que os diferencia dos princípios materiais é o seu conteúdo: decisões jurídicas. Os princípios formais demandam, portanto, a otimização da autoridade e da eficácia de decisões jurídicas – entre elas, obviamente, uma lei validamente produzida pelo parlamento.

Ora, ao surgir uma colisão entre um princípio material consagrado na Constituição e um princípio formal (por exemplo, o princípio do prestígio do legislador democraticamente legitimado), o meio de solucioná-lo é utilizar a fórmula do peso. Ocorre que uma precedência absoluta de qualquer lado da equação pode conduzir a consequências indesejáveis: de uma parte, o risco de enfraquecimento da eficácia dos direitos fundamentais materiais, se se prestigia excessivamente a vontade do legislador infraconstitucional; da outra, o perigo da paralisia legislativa.

Alexy exemplifica o impasse com o julgamento do uso da *cannabis* pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (BverfGE, 90, 145). Ali, encontrava-se em jogo o direito fundamental à liberdade (uso individual de determinada substância) e a opção do legislador infraconstitucional, que se realizara em atenção às alegadas consequências negativas para a saúde pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou a incerteza científica sobre as premissas empíricas apregoadas pelas partes envolvidas e deferiu anuência à opção legislativa. Isso equivale a "conceder ao legislador discricionariedade no que diz respeito ao conhecimento dos fatos relevantes, em outras palavras, uma discricionariedade epistêmica empírica" (ALEXY, 2014).

Obviamente, a opção nesses casos mereceria uma "objetivação", de modo a tornar transparentes os critérios que foram utilizados pelo tribunal. Com esse fim, Alexy apresenta um modelo epistêmico, que se propõe a reconhecer o papel dos princípios formais na ponderação, sem que se perca a atenção aos princípios materiais envolvidos. Esse modelo epistêmico, por sua vez, introduz na fórmula do peso a realidade da certeza epistêmica, de acordo com a chamada "segunda lei da ponderação" ou "lei da ponderação epistêmica": "Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam". A certeza epistêmica, por sua vez, relaciona-se com o grau de cognição da realidade normativa ou empírica. A fórmula do peso completa, *retro*

reportada, passaria a se expressar através da seguinte equação²², sempre que a certeza empírica e a certeza normativa se tornassem problemáticas:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Nessa fórmula, R corresponde ao grau de certeza a propósito das premissas normativas (R^n) ou das premissas empíricas (R^e) conectadas aos princípios colidentes I e J . Esses graus de certeza, por seu turno, podem ser expressos através de uma escala triádica não-contínua em diferentes níveis – “confiável” ou “certo”; “plausível”; ou “não evidentemente falso” -, aos quais corresponderiam determinadas progressões geométricas. Por exemplo, ao nível “confiável” de certeza a respeito das premissas poderia ser atribuído o número “2⁰”, o que equivaleria a manter inalterados os valores atribuídos aos princípios materiais envolvidos. Já ao nível “plausível”, seria atribuído o número “2⁻¹”; e, ao nível de certeza “não evidentemente falso”, o número “2⁻²”, situações que teriam o efeito de funcionar como “redutores” do peso do princípio material correspondente. Nessas condições, um grau de certeza apenas “não evidentemente falso” a respeito de determinada premissa empírica daria causa a um notável enfraquecimento do princípio material ao qual estivesse ligado. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que se especula nas fronteiras do conhecimento científico.

O que acaba de ser dito é suficiente para sublinhar a importância da argumentação empírica em sede de jurisdição constitucional. É um testemunho, também, no sentido de que a teoria de Alexy é compatível com o conceito de caso difícil, tal qual formulado por MacCormick e Atienza, na medida em que explicitamente incorpora a discussão sobre a certeza a respeito das premissas. Essa discussão, por sua vez, remete à margem de discricionariedade do legislador, porquanto a definição daquele, o Direito, dependerá, em alguns casos, do grau de certeza a propósito dos dados empíricos disponíveis. Como afirma Margarida Lacombe Camargo: “Com relação à margem epistêmica das premissas empíricas podemos indagar até que ponto a segurança sobre o que diz a Constituição e, portanto, o que diz o Direito, depende dos dados que informam o problema a ser julgado?” (CAMARGO, 2014).

²² Alexy chamou esta fórmula de “fórmula do peso completa refinada”, para diferenciá-la da fórmula do peso completa, a qual expressa a primeira lei da ponderação (ALEXY, 2014).

Por fim, os argumentos do discurso prático geral. Para os efeitos do presente trabalho, adotar-se-á a definição de Alexy: discurso prático geral é o que abrange proposições normativas, em que se emitem juízos de valor e de dever. É dizer: é o discurso sobre o “bom” e o “devido” (ALEXY, 2017a). No discurso prático, o que importa é a “correção” das proposições²³. Aqui estamos no terreno da Moral, da Ética, do Direito, da Política e, em certos aspectos, da Economia. Diferencia-se do discurso empírico, praticado pelas ciências da natureza, cujo objeto é a descrição da realidade dada, sobre o que “é”, em que se assume como critério a “verdade” das proposições.

O discurso prático geral, por sua vez, é composto por argumentos morais, éticos ou pragmáticos, de acordo com a conhecida classificação proposta por Habermas. Para este, então, argumentos pragmáticos ensejam uma racionalidade de fins; aqui, a razão perquire sobre as técnicas e estratégias adequadas, mais eficientes, sob a forma de imperativos condicionados. Ao exprimir uma relação de fins ou de meios, levam em conta as consequências e se identificam com um tipo de argumento bastante utilizado no discurso jurídico – os argumentos consequencialistas.

Já os argumentos éticos levantam questões sobre autocompreensões coletivas, de identidade social, de um “bem viver”: “Questões ético-políticas colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida” (HABERMAS, 1997, p.201).

Por fim, os argumentos morais sustentam-se em máximas²⁴ capazes de universalização; “são imperativos categóricos ou incondicionados que exprimem normas válidas ou fazem implicitamente referências a elas” (HABERMAS, 1989, p.11). No plano dos argumentos morais, já não se fala naquilo que é bom ou adequado para um determinado indivíduo ou grupo, senão para todos.

A relevância do discurso prático geral para a resolução de casos difíceis, de acordo com Alexy, deriva de sua tese do “caso especial”, pela qual o discurso jurídico é uma espécie, que guarda certas particularidades, do discurso prático geral: assim é que, eventualmente

²³ Correção no tocante ao conteúdo (aspecto substantivo) da asserção e ao caminho percorrido para apurá-la (aspecto procedimental). Implica garantia da possibilidade de fundamentação da asserção, bem como expectativa de aceitação da asserção pelo(s) destinatário(s) (ALEXY, 2010, p.11).

²⁴ Para Habermas, “as máximas constituem as menores unidades de um entrelaçamento de hábitos praticados, nos quais se concretizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou de um grupo)”- HABERMAS, 1989, p.9.

insuficiente aquele, caberia ao intérprete ou julgador voltar-se para este último. Esse é outro aspecto, aliás, a ser devidamente investigado empiricamente.

4. Casos trágicos: um desafio à racionalidade?

Viu-se que os casos difíceis contemplam hipóteses de incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas. Verificou-se, também, que a incerteza a propósito das premissas normativas envolve mais de uma resposta “correta” possível, assim entendida como aquela que pode ser racionalmente justificada. Autores há, todavia, que especulam sobre a possibilidade de ofertar ao menos uma resposta correta para determinado tipo de caso – na verdade, um terceiro tipo de caso, além dos já mencionados casos fáceis e casos difíceis. Assim é que, para Atienza, casos trágicos caracterizariam verdadeiros dilemas para os juízes, nos quais seria impossível alcançar sequer um equilíbrio mínimo entre exigências contrapostas. Ao contrário, o resultado da ponderação de princípios ou valores seria o sacrifício de “*algo esencial*” (ATIENZA, 1989, p.101-104). Nesse contexto, falar em “razoabilidade” somente seria possível num sentido muito débil. Para outros, como Guillermo Lariguet, por exemplo, casos trágicos implicariam um limite à racionalidade, pois seria inviável encontrar uma resposta “correta” em tais situações (LARIGUET, 2006, p.105).

Cumprido, nessa ordem de ideias, verificar a resposta a duas perguntas: *a*) casos trágicos representam uma classe diferenciada de caso jurídico? *b*) casos trágicos realmente caracterizam um limite à racionalidade? A importância de tais questionamentos deriva do fato de que podem ajudar a lançar luz sobre a natureza dos casos difíceis. Ao utilizá-los, os casos trágicos, como exemplo extremo, obtêm-se subsídios para a difícil questão da possibilidade de respostas corretas na justificação judicial. Para responder essas perguntas, todavia, faz-se necessário inicialmente assentar o entendimento a respeito do que sejam casos trágicos.

Parece não haver dúvida de que, nos casos trágicos, algum valor ou bem essencial será inevitavelmente sacrificado. Veja-se, por exemplo, o conhecido caso do bebê Charlie Gard, que sofria de uma rara doença genética que impedia suas células de gerar energia suficiente para as suas atividades vitais²⁵. Mal conseguia abrir seus olhos, diziam os médicos do hospital onde estava internado em Londres. Seu coração, cérebro e fígado haviam sido

²⁵ Visualizado em https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jul/10/charlie-gard-key-questions-answered?CMP=share_btn_link
https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jul/10/charlie-gard-case-to-resume-on-thursday-after-tense-high-court-hearing?CMP=share_btn_link

irremediavelmente afetados pela doença. Não se sabia se tinha dor. Os tribunais ingleses e a Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, julgaram procedente o pedido dos médicos ingleses para que os aparelhos que mantinham artificialmente vivo o bebê fossem desligados, após desgastante processo judicial movido por seus pais, que insistiam na possibilidade de um tratamento alternativo. Em 28 de julho de 2017, após ser desligado o aparelho de respiração artificial, Charlie Gard morreu. Segundo os jornais da época, o caso suscitou questões como o direito à vida e os limites da intervenção dos pais e dos médicos.

No caso Charlie Gard, cumpre indagar preliminarmente a respeito dos princípios que estariam em colisão. Nessa ordem de ideias, descarte-se preliminarmente o princípio formal da reserva do possível, que costuma concorrer em casos de judicialização do direito à saúde, no Brasil. É que o tratamento experimental cogitado pelos pais de Charlie seria custeado com doações. Avista-se, então, dois possíveis princípios que se apresentam como candidatos à colisão nesse caso: de um lado, o direito à vida, vindicado em juízo por seus pais; de outro, o direito à dignidade humana, pois os médicos insistiam que os danos já ocorridos eram irreversíveis e que não havia esperança de uma qualidade de vida mínima para o bebê, ainda que sobrevivesse. Quanto à concorrência do direito à vida do bebê, dúvida não pode haver. Mas, e quanto à dignidade humana?

De acordo com Luís Roberto Barroso, baseando-se em Kant, o princípio da dignidade humana possui um conteúdo mínimo composto de três vetores: em primeiro lugar, o valor intrínseco de todos os seres humanos; em segundo lugar, a autonomia de cada indivíduo; e, em terceiro lugar, a autonomia como objeto de restrições legítimas, decorrentes de “valores comunitários”. A dignidade humana enquanto valor intrínseco significa que o ser humano não se presta à instrumentalização por quem quer que seja. Este o elemento ontológico do princípio em tela: é o homem como um fim em si mesmo. O elemento ético da dignidade humana seria a autonomia, o direito de cada indivíduo buscar o que entende por uma “vida boa”. Pode ser compreendida como autonomia privada (liberdade individual) ou como autonomia pública, que implica o direito à participação política (BARROSO, 2010).

Para fins da presente análise do caso Charlie Gard, apresenta relevância o terceiro aspecto da dignidade humana, o qual, para Barroso, corresponderia aos “valores comunitários”- valores de uma determinada sociedade ou interesses de Estado. Aqui estaria presente o elemento social do princípio da dignidade humana, que buscaria sua legitimidade na proteção a três esferas distintas: a) proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; b)

proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e c) proteção de valores sociais compartilhados (BARROSO, 2010).

Conquanto alertando para os riscos da imposição de uma moral social compartilhada, Barroso admite a possibilidade de uma fundamentação judicial adequada com base em tais valores, desde que contemplados os seguintes aspectos: a) a existência ou não de um direito fundamental afetado; b) o dano potencial para outros ou para a própria pessoa; c) o grau de consenso social sobre o assunto (BARROSO, 2010).

Entende-se que, sob o prisma da teoria do discurso, os chamados “valores comunitários” corresponderiam, em verdade, aos já reportados argumentos éticos²⁶, isto é, aqueles argumentos do discurso prático geral que se baseiam em visões compartilhadas por determinadas comunidades e que expressariam manifestações do que se entenderia por uma “vida boa”.

No caso Charlie Gard, a fundamentação do Juiz Francis na decisão proferida em abril de 2017, baseou-se na inviabilidade de recuperação do bebê, bem como nas precárias condições de saúde em que se encontrava:

In our judgment, the intellectual milestones for the judge in a case such as the present are, therefore, simple, although the ultimate decision will frequently be extremely difficult. The judge must decide what is in the child's best interests. In making that decision, the welfare of the child is paramount, and the judge must look at the question from the assumed point of view of the child. There is a strong presumption in favour of a course of action which will prolong life, but that presumption is not irrebuttable. The term 'best interests' encompasses medical, emotional, and all other welfare issues.

Charlie's parents have, sadly but bravely, acknowledged and accepted that the quality of life that Charlie has at present is not worth sustaining, for he can only breathe through a ventilator and, although they believe that he has a sleep/wake cycle, and can recognise them and react to them when they are close, they realise that he cannot go on as he is, lying in bed, unable to move, fed through a tube, breathing through a machine (Case no: FD17P00103, Justice Francis, Great Ormond Street Hospital and Charlie Gard, Royal Courts of Justice, High Court, Family Division – grifos acrescentados).²⁷

²⁶ Vide seção anterior.

²⁷ Traduzindo livremente: “A nosso ver, os marcos teóricos num caso como o presente são simples, embora a decisão final seja frequentemente extremamente difícil. O juiz deve decidir de acordo com o melhor interesse da criança. Ao decidir, o bem-estar da criança é o mais importante e o juiz deve encarar a questão sob o ponto de vista da criança. Existe uma forte presunção a favor do prolongamento da vida, mas esta presunção não é inatacável. A expressão “melhor interesse” abrange o bem-estar médico, emocional e todos os outros aspectos a

Em nada menos do que sete oportunidades, o juiz encarregado do caso mencionou a palavra “dignidade” referida ao bebê Charlie, na decisão proferida em abril de 2017. Na decisão que a confirmou, por sua vez, em julho de 2017, o mesmo juiz a ela se referiu duas vezes, para autorizar o desligamento dos aparelhos que mantinham Charlie vivo.

Por isso, entende-se que o princípio da dignidade humana se fez presente no caso mencionado, uma vez que a preservação da vida do bebê naquelas circunstâncias extremas implicaria contradizer um determinado entendimento a respeito do que se entende por uma vida digna. Nesse cenário, configurou-se uma colisão com o direito à vida, clamado pelos pais de Charlie.

Quer se reconhecesse o direito a um outro tratamento experimental, ou não, um daqueles princípios – vida ou dignidade - restaria inapelavelmente vulnerado. Mais do que um “caso difícil”, que não encontra resposta imediata no ordenamento jurídico vigente, estava-se frente a um dilema. Não há dúvida, portanto, de que, qualquer decisão fosse tomada, algum valor essencial restaria vulnerado. Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Cláudia Toledo:

In alexyan terms, in tragic cases there is a collision of principles with the heaviest abstract weight in the legal system. No matter the decision, according to the law of balancing, there will be an extremely serious interference or the sacrifice of one of this principles. This is the classical example of a stalemate in the weight formula (TOLEDO, 2017, p.3).²⁸

Princípios, de acordo com MacCormick, “*proporcionan una orientación general sobre la búsqueda de valores en el contexto de una actividad regulada por reglas*” (MACORMICK, 2016, posição 7076). Para Alexy, a diferença entre princípios e valores está

ele relacionados. Os pais de Charlie, triste mas bravamente, admitiram que não vale a pena manter a sua qualidade de vida atual, pois ele somente pode respirar artificialmente e, embora acreditem que ele tem um ciclo de sono/vigília e ainda pode reconhecê-los e reagir quando estão próximos, eles percebem que ele não pode continuar como está, deitado numa cama, incapaz de se mexer, alimentado por um tubo e respirando através de uma máquina” (Caso nº FD17P00103, Juiz Francis, Hospital Great Ormond Street e Charlie Gard, Corte de Justiça, Seção de Família).

²⁸ Numa tradução livre: “Em termos alexyanos, nos casos trágicos há uma colisão de princípios dotados do maior peso no ordenamento jurídico. Independentemente do conteúdo da decisão, de acordo com a lei da ponderação, haverá uma interferência grave ou um sacrifício de um dos princípios envolvidos. É o clássico exemplo de impasse na fórmula do peso”.

em que, nos primeiros, reina o seu caráter deontológico; nos segundos, impera o caráter axiológico:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido (ALEXY, 2017b, p.153).

Pelo próprio fato de que a escolha inevitavelmente levaria ao sacrifício de algum “valor essencial” é possível chegar à conclusão de que se faz presente uma incerteza normativa – vale dizer, uma incerteza a propósito do princípio ou valor a ser aplicado. Por esse ângulo, portanto, chega-se à conclusão de que casos trágicos podem, em tese, ser enquadrados como um tipo especial de caso difícil, eis que presente a mesma incerteza a respeito da premissas normativas. Como afirma Bustamante, casos trágicos “estão entre os casos mais difíceis que se pode encontrar na argumentação jurídica” (BUSTAMANTE, 2010, p.162-163). E aqui chegamos à segunda pergunta, acima proposta, a qual, por sua vez, também guarda relação com a primeira: é possível dar aos casos trágicos uma resposta “correta”, tal qual ocorre com os casos difíceis?

Nesse campo, costumam entrar em cena as seguintes alegações: *a)* os valores colidentes seriam incomensuráveis; *b)* os valores em conflito seriam “insuperáveis” (entende-se que esta seria a melhor tradução do termo em espanhol -“*inderrotables*”); *c)* o ponto de equilíbrio em tais casos ficaria abaixo do mínimo, pois alguma exigência essencial de um valor fundamental restaria sacrificada; *d)* ao invés da racionalidade estrita, mais recomendável seria lançar mão, nos casos trágicos, dos critérios da razoabilidade. Trata-se, então, de examiná-las e verificar a sua pertinência. Como as alegações estão entrelaçadas (por exemplo, a incomensurabilidade decorrendo da própria insuperabilidade do valor, e esta última, por sua vez, implicando a tragédia de eventual sacrifício de uma exigência essencial), a análise será feita de maneira global.

Certa crítica parte do pressuposto de que os valores conflituosos são incomensuráveis quando não é possível adotar uma métrica comum de valoração (LARIGUET, 2006, p.93). Não haveria, por consequência, como compará-los e apurar seus pesos relativos, por falta de um padrão comum com o qual confrontá-los. Assim é, por

exemplo, nos casos em que se confrontam princípios como vida humana e dignidade humana - como ocorre, aliás, no caso do bebê Charlie Gard. Certificada a incomensurabilidade, a aplicação da fórmula do peso ficaria prejudicada, de acordo com esse argumento. Conforme Virgílio Afonso da Silva, na base dessa argumentação estaria um receio de vulneração dos direitos fundamentais nos pronunciamentos judiciais (SILVA, 2011, p.275).

Para começar, não custa ressaltar que incomensurabilidade não é o mesmo que incomparabilidade. Se não é possível atribuir um “grau” numérico a determinado princípio, pode ser possível compará-lo com outro princípio, à luz do caso concreto, de modo a determinar aquele que merece prevalecer. Por esse aspecto, a alegada incomensurabilidade não seria obstáculo à ponderação. Para Virgílio Afonso da Silva, aliás, o que importa é que exista base para comparação “*relative to a covering or choice value*”²⁹ (SILVA, 2011, p.284) e que a ponderação se dê no caso concreto. Nesse ponto, vale a pena esmiuçar o que seria “*covering or choice value*”.

No mesmo artigo, Virgílio Afonso da Silva exemplifica com uma possível comparação entre a música produzida por Madonna e por Bach. Em termos genéricos, fica realmente difícil compará-los. Mas à medida que se adotam parâmetros mais precisos, algum tipo de comparação torna-se possível. Por exemplo, as respostas poderão variar caso se indague a respeito da “contribuição para a cultura musical ocidental” ou da “adequação para dançar em boates” (SILVA, 2011, p.284).

No campo da Economia, é corrente o conceito de *trade-off* (MANKIEW, 2013, p.4-5) – quando os recursos são escassos, e uma decisão deve necessariamente ser feita, há que se fazer escolhas: seja como um estudante utilizará o tempo disponível para estudar para uma prova, seja o tipo de despesa que uma família terá nas férias de verão (ficar em casa e economizar para o material escolar, viajar para o exterior ou conciliar as opções, fazendo uma viagem mais barata). Como se vê, é possível *comparar* coisas diversas.

O mesmo se diga em relação a uma suposta “insuperabilidade” de determinados valores (“*inderrotables*”), com o acréscimo de que o eventual sacrifício de um deles somente poderia ser cogitado diante das peculiaridades do caso concreto. Com efeito, afigura-se inviável de plano vislumbrar a preponderância em tese de algum deles - mesmo o direito à

²⁹ Livremente traduzido como “critério de escolha”.

vida, porque não seria absurdo admitir que, em determinadas situações, alguém descartasse continuar uma vida sem dignidade, por exemplo. Desse modo, admitida a ponderação, conforme a fórmula *alexiana* do peso, não há negar que o peso abstrato de tais valores deve ser necessariamente igual (ou seja, no grau máximo), mesmo que isso implique a possibilidade de um “empate”.

Pode ocorrer, então, que as peculiaridades do caso venham a acarretar a atribuição de um grau maior de interferência de determinado princípio em outro, por maior que seja o peso abstrato de que desfrutem. Acresce que, na atribuição do grau de intensidade da afetação dos princípios, o intérprete ou julgador deverá avaliar as circunstâncias fáticas em conformidade com as escolhas axiológicas que eleger. Assim, desde que isso ocorra de modo fundamentado, caberá decidir a lide em favor daquele que estiver amparado nas melhores razões.

Trazendo tais conceitos ao caso Charlie Gard, entende-se que os pesos abstratos dos princípios fundamentais em jogo se equivaliam (vida e dignidade humana). O mesmo pode-se dizer em relação à certeza quanto às premissas fáticas, pois não havia dúvida quanto à irreversibilidade da condição física do menor. O que terminou por fazer a diferença foi realmente o grau anotado da interferência nos princípios colidentes – no caso, a eventual sobrevivência do bebê não lhe garantiria condições dignas mínimas, dada a extensão dos danos físicos que experimentou.

Nessa linha, é interessante ressaltar que a necessária valoração adotada por um tribunal na eleição do princípio ou valor que se julgou preponderante não exclui a racionalidade da decisão, desde que isso ocorra de modo transparente. Afinal, sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, o seu objeto corresponderá sempre ao que é “devido” nas questões práticas que se apresentarem. E assim, voltando o julgador os seus olhos para o discurso prático geral, nada mais natural que venha a contemplar os substratos morais, éticos e pragmáticos envolvidos. O julgador, enfim, como anota Aarnio, não está isento de declinar a tábua de valores em que se baseou:

If it is possible to justify an interpretative position on a rational basis in a satisfactory manner by using any value system whatsoever, every decision would then be justified. After all, it is rational, and it is based on some value code. Thus we can “rationally” present arguments for interpretation on the basis of the value system we have adopted. It is ‘just as good’ a position as is another interpretation,

which is built on the basis of a different value code (AARNIO, 1986, p.220, grifos acrescidos).³⁰

Como se observa, o método a ser adotado na solução de “casos trágicos” em nada diferiria daquele preconizado para a resolução de *hard cases* – isto é, o maior esforço argumentativo, a ponderação de princípios. Nem mesmo o eventual sacrifício integral de algum desses princípios, ao final e ao cabo da ponderação, seria motivo para descartá-la, eis que garantido o crivo da argumentação racional. Nesse sentido, não é teoricamente útil a cogitada diferença em relação aos “casos difíceis” – em que supostamente haveria um equilíbrio “ótimo” entre os princípios conflitantes. É que nem mesmo em *hard cases* seria possível descartar *a priori* a possibilidade de sacrifício integral de algum deles. Não há falar, então, em equilíbrio “mínimo”. Ademais, careceria de precisão científica a alusão a um sacrifício de exigências essenciais de valores fundamentais. Como distinguir uma exigência essencial de uma não-essencial?

A presente pesquisa contemplou a análise de pelo menos um “caso trágico” jurisprudência do STF. Como ficará melhor demonstrado na segunda parte deste trabalho, o julgamento da ADPF 54/DF, a respeito da atipicidade do aborto de feto anencéfalo, que envolveu colisão de princípios valiosos para o ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, estava o direito à vida, tradicionalmente tido como um direito quase absoluto; do outro, o direito à liberdade de escolha, à integridade física e psicológica da gestante. Ao julgar a constitucionalidade das interpretações que deixavam de tipificar como crime as decisões autorizadas da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, o Tribunal deu prevalência total ao direito da gestante ante a constatação da inviabilidade do feto e abriu uma cláusula de exceção suprallegal. A tragicidade desse tipo de caso ficou patente nesta passagem da manifestação oral da Ministra Cármen Lúcia, a propósito do inelutável sacrifício de um daqueles princípios:

“Quem tanto tiver lido haverá de saber que, quando se faz escolha pela interrupção do que poderia ser a vida de um momento ou a vida por mais um mês, não é escolha

³⁰ Numa livre tradução: “Se é possível justificar uma posição interpretativa numa base racional, de maneira satisfatória, seja qual for o sistema de valores, toda decisão seria, então, fundamentada. Afinal de contas, é racional e é baseada em alguma tábua de valores. Então, nós podemos argumentar racionalmente em favor de uma interpretação com base num sistema de valores que tenhamos adotado. Será uma interpretação tão boa quanto outra construída com base em outro sistema de valores”.

fácil, é escolha trágica sempre[...] é a escolha do possível numa situação extremamente difícil [...] A escolha é qual a menor dor”³¹.

Por fim, analisa-se a asserção de que nos “casos trágicos” somente seria possível falar em razoabilidade num sentido “*más bien débil*” (ATIENZA, 1989). De acordo com Atienza,

Ciertamente, en tales contextos podrían utilizarse nas mismas reglas que en los casos simplemente difíciles (por ejemplo, la de no sacrificar ninguna exigencia de rango superior en aras de alguna(s) de rango inferior), pero lo que cambia es que ahora la decisión no puede pretender ser equilibrada, en cuanto que se ha sacrificado algo esencial. En definitiva, una decisión en tales contextos sería razonable tan sólo en el sentido de que se pueden dar razones en favor de su adopción que son mejores que otras. La justificación sería, cabría decir, tan sólo relativa: la decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor posible (ATIENZA, 1989, p.104).

Como visto acima, o eventual desequilíbrio na ponderação de princípios, com o sacrifício de algum deles, não é motivo para descartar *a priori* a racionalidade da decisão. Na verdade, o apelo à razoabilidade faz mais sentido como o equivalente do recurso ao discurso prático geral, suas regras e tipos de argumentos. Pelo menos até a presente quadra do debate teórico sobre o tema, razoabilidade é conceito com contornos fluidos e sujeito a múltiplas interpretações. Aliás, para um mapeamento dos vários sentidos da razoabilidade, veja-se o estudo de Bustamante sobre o assunto (BUSTAMANTE, 2008). Por isso, prefere-se adotar uma concepção ampla de racionalidade, que também engloba o que se entende por razoabilidade:

*There exists, however, another interpretation of the concept of rationality [...] When I conceived of the rules and forms of rational practical discourse as something like a ‘code of practical reason’ [...], I had an understanding of rationality in mind that includes everything reasonableness comprises. Thus, being reasonable and being rational come to be the same thing*³² (ALEXY, 2009).

³¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 07 de fevereiro de 2019.

³² Numa tradução livre: “Há, todavia, uma outra interpretação do conceito de racionalidade... Quando concebi as regras e formas do discurso prático racional como algo parecido com um ‘código da razão prática’ [...], eu tinha em mente um conceito de racionalidade que inclui tudo o que a razoabilidade engloba”.

Do mesmo modo, não há falar em impossibilidade de uma decisão “correta” (ATIENZA, 1997, p.13). Nesse plano, importa salientar que a pedra de toque da questão está no fato de que o que existe, na verdade, é uma “pretensão de correção”³³, mesmo nos casos trágicos, e a pretensão não admite gradação – ou se afirma, ou se nega. Satisfeita a pretensão de correção das alternativas, a que for eleita não perde o seu foro de racionalidade por implicar necessariamente o sacrifício total da que for preterida, desde que atendidos os pressupostos da máxima da proporcionalidade. Esse o ponto para o qual chamou a atenção Cláudia Toledo:

*That is, the quality of the justification of the decision is optimizable. The correctness is not, because it is not a quality, but a claim. Claim has no grades, either it is satisfied or not. Therefore, the claim to correctness must necessarily be satisfied for the decision to be correct*³⁴(TOLEDO, 2017, p.5).

Nesse quadro, está-se nas antípodas do que afirmou Lariguet a propósito da inexistência de resposta racional possível nos casos trágicos³⁵. Partindo do pressuposto que a racionalidade jurídica é discursiva, e presente uma fundamentação que contemple a observância às regras do discurso, com explicitação das opções valorativas adotadas, motivo não há para supor a inviabilidade de uma resposta “correta”.

Avista-se que há somente um caso em que alguns ordenamentos jurídicos contemplam a possibilidade de um julgamento não fundamentado e, portanto, aberto a avaliações subjetivas – as decisões do Tribunal do Júri. Assim é, por exemplo, no caso do direito brasileiro, por força da legislação de regência – Código de Processo Penal, art. 483.

Com efeito, o mencionado dispositivo estabelece não apenas o sigilo das votações dos jurados – que somente precisam responder afirmativa ou negativamente aos quesitos apresentados -, mas também a soberania dos vereditos. Assim, caso a maioria dos jurados entenda que o réu deve ser absolvido, mesmo que reconhecida a materialidade do fato e a

³³ Vide comentários sobre a pretensão de correção ao se abordar o conceito de caso difícil (item 2, *supra*).

³⁴ Traduzindo livremente: “A *qualidade* da justificação de uma decisão é otimizável. A correção é uma pretensão. E uma pretensão não tem graus, ou é satisfeita, ou não. Portanto, a pretensão de correção deve necessariamente ser satisfeita para que a decisão seja considerada correta”.

³⁵ “*Decir que hay limites de la razón equivale a decir que la razón no contiene todas las respuestas pues habrá casos – presuntamente los trágicos – para los cuales no habrá respuesta correcta racional posible*” (LARIGUET, 2005, p.103).

autoria ou participação, não poderá haver condenação. Os jurados sequer precisarão justificar a decisão. Daí decorre, então, a falta de controle da racionalidade do julgamento, o qual bem poderá ficar (e, muitas vezes, ficará) ao sabor das avaliações subjetivas dos jurados. Esse também o sistema adotado em países como Estados Unidos (BARROSO, 2007, p.229) e França³⁶. Não assim, porém, nos procedimentos do Tribunal do Júri de Portugal³⁷ e Espanha³⁸, por exemplo, em que há necessidade de fundamentação das respostas dadas aos quesitos.

Em resumo, afirma-se que casos trágicos configuram um tipo de caso difícil, em que se faz presente a incerteza a respeito de premissas normativas. Por tal motivo, a maneira de solucioná-los é a mesma: maior esforço argumentativo. Nos casos trágicos, esse maior esforço argumentativo implicará necessariamente uma ponderação de princípios da maior envergadura no ordenamento jurídico, sendo que, ao final, um desses princípios restará sacrificado. De todo modo, resta garantida a possibilidade de resposta racional em tais casos, assim como nos casos difíceis em geral, desde que assegurada a correção procedimental, atinente à observância das regras do discurso, e a correção no tocante ao conteúdo, dada a vinculação do discurso jurídico à Moral.

³⁶ Conforme Thiago Hanney Medeiros de Souza e Wilson Franck Junior, in “O Tribunal do Júri como modelo de administração da Justiça: por uma formulação à luz da Constituição”, disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/29.pdf>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

³⁷ Código de Processo Penal de Portugal, Decreto-Lei nº78/87, art.365, nº 3: “Cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção, e votam sobre cada uma das questões, independentemente do sentido do voto que tenham expresso sobre outras. Não é admissível a abstenção.”

³⁸ *Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado*: “Concluida la votación, se extenderá un acta con los siguientes apartados: [...] d) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: ‘Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes:...’ Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

PARTE 2 – ANÁLISE DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

1. Metodologia

Uma proposta conceitual para os casos difíceis não deve prescindir da observação do que normalmente ocorre nos tribunais. Afinal, é lá que eles aparecem e ganham a atenção de intérpretes e julgadores. Do mesmo modo, o exame do material fático, no caso, jurisprudencial, permite avaliar o aspecto normativo da questão, isto é, o esforço argumentativo desenvolvido. Assim, após o exame dos aspectos analíticos e normativos dos casos difíceis, cumpre adentrar no seu aspecto empírico-descritivo. Para tanto, utilizou-se um modelo de análise de jurisprudência baseado nas contribuições de Alexy (com base em Habermas) e MacCormick reportadas na parte teórica do presente trabalho. O objetivo é que esse modelo possibilite a coleta de dados quantitativos na jurisprudência, a partir dos quais seja viável extrair elementos qualitativos, isto é, elementos recortados da realidade em função de um determinado olhar do pesquisador – a ótica do operador do Direito interessado em melhor conhecer a argumentação desenvolvida nos casos difíceis, sem perder de vista os elementos conceituais e normativos já descritos na parte teórica, vale dizer, respectivamente, a incerteza a respeito das premissas normativas e/ou fáticas, de um lado, e, do outro, o maior esforço argumentativo. Com isso, espera-se contribuir modestamente para a literatura sobre os casos difíceis.

Importante ressaltar que a montagem do instrumental de análise foi progressiva, em consonância com o avanço sobre o terreno empírico, principalmente no tocante à classificação dos argumentos. Mais de uma versão do modelo inicial foi necessário elaborar, até que a versão definitiva tomou corpo. Isso ocorreu porque, no exame das argumentações expendidas nas decisões judiciais analisadas, foram surgindo novas questões a respeito do melhor enquadramento a ser feito, notadamente quanto aos argumentos oriundos do discurso prático geral e, também, do discurso empírico. Conseqüentemente, foi necessário revisitar a bibliografia mais de uma vez. Não obstante o manejo de elementos quantitativos, a pesquisa desde o início teve um cunho predominantemente qualitativo, dada a constante interação entre a pesquisa empírica e a teórica (DESLAURIERS E KÉRISIT, 2010, p.148-149).

Assume especial relevo destacar o material empírico a partir de um corte temporal e institucional. Para esse efeito, reputa-se conveniente analisar determinado número de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Por se tratar de uma Corte

Constitucional, não é raro que lá sejam julgados casos difíceis. Por seu alto grau de abstração, muitas normas constitucionais carecem de concretização mediante normas constitucionais atribuídas. Também é naquela Corte que diferentes setores políticos, sociais ou econômicos procuram fazer valer suas interpretações a respeito de dispositivos constitucionais que lhes dizem respeito. Tudo indica, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal representam um observatório privilegiado para o objeto do corrente estudo.

Por opção metodológica, dar-se-á exclusividade às decisões proferidas pelo Pleno daquela Corte. Com isso, ficam automaticamente excluídas as decisões turmárias ou monocráticas, eis que podem não refletir o posicionamento do Tribunal como um todo. Do mesmo modo, restaram afastados da análise os pronunciamentos em sede de medidas cautelares, porquanto provisórios. Os documentos referem-se, então, majoritariamente a acórdãos, mas não só. Foram consideradas na análise, também, as atas das sessões que aprovaram as súmulas vinculantes, pelos eventuais subsídios que poderiam conter em relação aos fundamentos dignos de constar na redação dos verbetes. Não se analisaram, todavia, as atas das sessões das audiências públicas, eis que, como já se salientou, a perspectiva do presente trabalho é examinar o contexto de justificação, e não o contexto de descoberta³⁹. Pelo mesmo motivo, não se examinaram as manifestações processuais das partes ou de terceiros (por exemplo, "amigos da Corte"). Ademais, diversos processos aqui mencionados tramitaram em meio físico, o que implicaria uma dificuldade adicional de acesso ao material correspondente.

O recorte temporal situou-se no período compreendido desde a posse do Ministro Dias Toffoli, em 23 de outubro de 2009, até o dia 31 de dezembro de 2017. Explica-se tal opção: a posse do mencionado ministro representou em termos gerais um marco importante de um processo acelerado de mudança na composição da Corte. Com efeito, no período de 2002 a 2009, observou-se uma renovação superior a 60% (sessenta por cento) na composição do STF, ao passo que no decênio imediatamente anterior (1992 a 2002), a taxa de renovação não ultrapassara o percentual de 30% (trinta por cento)⁴⁰.

³⁹ Com efeito, a análise das atas das audiências públicas seria extremamente útil para efeito de busca dos elementos que teriam influído na formação do convencimento dos magistrados, o que faz sentido num exame do contexto de descoberta - o que, como já se viu, não constitui o objeto imediato deste trabalho.

⁴⁰ Entre 1992 e 2002, foram nomeados os Ministros Maurício Correia, Nelson Jobim e Ellen Gracie; e, entre 2002 e 2009, foram nomeados os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ayres Britto, Eros Grau, Menezes Direito e Dias Toffoli.

O termo final do recorte temporal eleito tomou por referência o encerramento do primeiro ano do mestrado (2017). No segundo ano, dedicou-se a pesquisa ao exame do material empírico selecionado.

Ademais, com a posse do Min. Toffoli, pode-se dizer que se estabilizou uma certa composição majoritária⁴¹ (seis ministros) que perdura até os dias atuais. Em tese, portanto, o novo perfil do STF, dado por sua nova composição, inaugurou-se naquele momento.

Tratando-se de pesquisa documental, assume relevância a análise preliminar do material pesquisado. Com efeito, a análise de documentos encerra os seus perigos e armadilhas e delas deve estar ciente o pesquisador. Nesse terreno, examina-se primeiramente o contexto, a autoria, a confiabilidade e a natureza do texto, os seus conceitos-chave para, então, adentrar a análise propriamente dita – a desconstrução e reconstrução dos dados (CELLARD, 2012).

Pode-se correlacionar o contexto da pesquisa com o recorte temporal e institucional adotado. Como se acentuou, o período examinado reflete uma fase de consolidação da mudança na composição majoritária do STF. É, sem sombra de dúvida, um período de alteração do perfil do STF, uma fase na qual alguns dizem espreitar o fantasma do ativismo judicial, aqui entendido como o fenômeno em que o Judiciário ultrapassa os limites demarcados pelo princípio formal da separação dos poderes. De certa maneira, a acusação reflete algo da luta acirrada que ocorria como pano de fundo no panorama político nacional. Não é propósito deste trabalho entrar nessa discussão. O que ficou assente, isso sim, é que o STF passou a ter uma postura mais ativa nos mais diversos temas, alguns francamente polêmicos. Como afirmam Margarida Lacombe Camargo e Fernando Gama de Miranda Neto,

"neste cenário, não se pode negar o protagonismo do Supremo Tribunal Federal como ator político. A crescente judicialização das questões políticas...traz como resultado um Poder Judiciário que passa a atrair funções a princípio reservada aos outros Poderes" (CAMARGO E MIRANDA NETO, 2010).

A autenticidade dos documentos (basicamente, acórdãos) é facilmente aferível em virtude de sua coleta direta na página eletrônica do tribunal. Muitas vezes, as manifestações dos ministros eram acompanhadas de extensos votos por escrito; outras vezes, resumiam-se a

⁴¹ Desde outubro de 2009, seis ministros (a maioria) permanecem até hoje na composição do STF: Celso de Mello, Marco Aurélio de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

breves intervenções orais⁴². Nenhuma delas foi desprezada. Por um lado, o voto escrito conferia garantia de confiabilidade da inteireza do pensamento do ministro que o redigiu; por outro lado, a manifestação oral vinha carregada de espontaneidade, possibilitando verificar eventualmente o quão decisivo determinado argumento se revelou ao longo do julgamento.

Por certo, a natureza do texto, com o jargão próprio dos juristas, e os conceitos-chave das matérias versadas nos julgamentos foram decisivos para a pré-compreensão das narrativas que estavam em jogo.

O que se quer dizer, então, é que as peculiaridades da pesquisa documental foram devidamente consideradas na análise preliminar dos textos dos acórdãos e das atas das sessões que aprovaram súmulas vinculantes. Quanto à análise dos acórdãos, optou-se por adotar como ponto de partida o modelo proposto por Alexy: o objeto da justificação externa é a fundamentação de premissas de três tipos: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo – a chamada “argumentação jurídica” propriamente dita (ALEXY, 2017 a, p.222). Nesse modelo, a função dos argumentos é sustentar premissas, as quais, todavia, podem se apresentar desacompanhadas daqueles.

Algumas breves observações são necessárias sobre o que acabou de ser dito. Prefere-se usar a expressão “proposição” ao invés de “enunciado”, na medida em que aquela reflete o significado deste último. Então, pode-se falar que premissas e argumentos são proposições. Argumentos sustentam premissas e, juntos, integram uma “forma de argumento”. Regras de direito positivo e proposições empíricas podem atuar como premissas, mas também como argumentos (ALEXY, 2017a, p.222). O importante, então, é distinguir no caso concreto o que funciona como premissa e como argumento. Permite-se ainda acrescentar um outro aspecto: o fundamento, em sentido geral, como um conjunto de premissas e seus argumentos que, por si só, sustentaria uma decisão. Essa é uma situação, aliás, bastante comum em se tratando de decisões judiciais, ou seja, quando uma decisão admite mais de um fundamento autônomo. Por fim, ao lado da argumentação jurídica propriamente dita e da argumentação empírica, cabe falar, também, em recurso ao discurso prático geral, constituído por argumentos morais, éticos e pragmáticos. É afirmação, de mais a mais, bastante coerente com a tese do “caso especial” esposada por Alexy.

⁴² Em diversas atas de julgamento, consta que as intervenções orais do Min. Celso de Mello foram canceladas – provavelmente, a seu pedido, pois não há registro do motivo. Assim, por exemplo, no julgamento da ADPF 186/DF, que tratou da constitucionalidade das ações afirmativas.

Parece, então, razoável falar em uma análise do discurso judicial utilizando os conceitos de premissas, argumentos e fundamentos, pelo menos em um nível primordialmente descritivo, ou empírico, como é a proposta deste trabalho. Não é raro constatar em decisões judiciais a utilização de proposições destituídas de fundamentações (premissas “solteiras”). Em algumas situações isso pode ser feito sem problema, pois seria bem complicado se o julgador tivesse que exaustivamente fundamentar todas as premissas que apresentasse⁴³. Por exemplo, quando o Ministro Gilmar Mendes afirma a dimensão que ganhou o problema da judicialização do direito à saúde não foi necessário demonstrar empiricamente tal proposição (SL 47/PE AgR). Em outras situações, porém, isso pode ser problemático. Ainda naquele julgado, o mesmo relator rebateu a acusação de uma possível interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas (o que se costuma chamar de “ativismo judicial”), afirmando que “o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”. A afirmação pode até ser verdadeira (não se duvida), mas veio inequivocamente desacompanhada da devida comprovação empírica, tornando precária a presunção de verdade do enunciado. Outros exemplos poderiam ser colhidos, em favor de uma verificação minuciosa da qualidade da fundamentação judicial. Não é, porém, a pretensão desta pesquisa, sem que se descarte, porém, tal evolução num trabalho acadêmico posterior, o qual, por certo, demandaria mais fôlego e bagagem teórica por parte do pesquisador. Para o momento, bastará a verificação de um certo modelo de análise de casos, como adiante se demonstrará.

A análise empreendida deparou-se ainda com outra peculiaridade, decorrente do modelo de decisão colegiada adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o modelo de votos agregativo e em série (*seriatim*). De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello, os modelos de decisão colegiada podem ser *deliberativos* ou *agregativos*; *internos* ou *externos*; e por votação institucional (*per curiam*) ou em série (*seriatim*).

No modelo deliberativo, constrói-se coletivamente, por consenso, o julgado. No modelo agregativo, “a decisão é produzida pelo cômputo dos entendimentos manifestados por cada um dos juízes individualmente” (MELLO, 2015, p.173). O modelo interno é aquele em que o público não tem acesso ao debate entre os julgadores, ao passo que, no modelo externo, esse debate é público. Por fim, no modelo de votos em série, “cada membro do órgão colegiado

⁴³ Princípio da inércia da argumentação: o que não é questionado não precisa ser fundamentado.

produz o seu próprio voto sobre a solução do caso concreto”. No modelo *per curiam*, o entendimento é coletivo e reflete o posicionamento da instituição (MELLO, 2015, p.174).

Como se sabe, as deliberações STF são públicas, com a exposição do voto de cada ministro; ao final, apura-se o somatório dos votos individuais: trata-se, assim, de um modelo externo, em série e agregativo. Isso implica que a pesquisa jurisprudencial não pode prescindir em hipótese alguma da análise do voto de cada ministro do STF, nem da contribuição que trouxe para o resultado final do julgamento. A argumentação deve, então, ser analisada voto a voto, inclusive os vencidos.

Ainda no plano metodológico, relembrem-se, então, os aspectos que guardam relação com o conceito de caso difícil aqui adotado: existência de incerteza a respeito de premissas normativas e/ou empíricas; o esforço argumentativo; o papel da ponderação de princípios, dos argumentos empíricos e dos argumentos do discurso prático geral. Estes os parâmetros a serem avaliados. Agora, avalie-se uma metodologia para *seleção de casos com potencial de incerteza normativa*. Nessa ordem de ideias, buscou-se detectar na legislação brasileira exemplos de normas que pudessem funcionar como possíveis “filtros” de casos difíceis, independentemente da opinião que este ou aquele julgador, doutrinador ou mesmo leigo, tivesse sobre o tema. Trata-se, então, de explicitar o recorte objetivo desta pesquisa.

Veja-se o art. 103-A da Constituição Federal, o qual estabelece a possibilidade de aprovação de Súmulas Vinculantes pelo STF. O parágrafo primeiro do referido dispositivo estabelece que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual [...] que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos...” Ao que parece, pois, os precedentes que dão ensejo à aprovação de uma súmula vinculante poderiam ser, em tese, casos em que impera a incerteza a respeito de premissas normativas. Problemas de interpretação, de acordo com MacCormick, efetivamente representam um tipo de fonte de incerteza normativa, ao passo que avaliar a validade de uma norma implica analisar um problema de relevância.

Poderia ser argumentado que, tornada efetiva uma súmula vinculante mediante decisão de dois terços dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, na forma da dicção do caput do art. 103-A da Constituição Federal, esvaziada estaria a possibilidade de encontrar casos de incerteza normativa entre os seus precedentes. Isso, todavia, sob o ponto de vista deste trabalho, não retira a validade da perspectiva metodológica ora sugerida. Em primeiro lugar, porque não se vislumbra que o quórum de votação da matéria seja índice qualificado para seleção de casos. A se entender dessa forma, restaria

enfrentar a tormentosa questão do quórum mais indicado para tal finalidade. Ademais, tornaria a definição de um caso difícil uma questão extremamente subjetiva, a depender do entendimento de tal ou qual tribunal, ao passo que o desiderato desta pesquisa é justamente buscar um critério objetivo para tanto. Em segundo lugar, porque, como ficará explicitado adiante, é a dogmática jurídica que tem melhores condições de exercer o controle de coerência das premissas normativas e, por conseguinte, do grau de incerteza que são aptas a gerar. Em terceiro lugar, porque, como se detectaram na pesquisa empírica a seguir relatada, sucessivos julgamentos ao longo dos anos podem *não* ter o condão de encerrar a polêmica doutrinariamente qualificada entre os ministros do STF. Foi o que se detectou, por exemplo, no julgamento dos precedentes da Súmula Vinculante nº 29 (identidade entre elementos da base de cálculo de taxas e impostos) e da Súmula Vinculante nº 32 (incidência do ICMS sobre salvados de sinistros), adiante relatados. E, em quarto lugar, por fim, porque o que interessou ao desiderato desta pesquisa foi a busca de *potenciais casos difíceis*, critério aparentemente atendido pela seleção de casos em que se discutisse a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais grassasse controvérsia atual, repercutindo grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Obviamente, o produto do “filtro” haveria que ser examinado caso a caso.

Para esse efeito, acessou-se a versão completa das súmulas vinculantes, disponível na seguinte página virtual:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf.

Ali se encontram relacionadas 56 (cinquenta e seis) súmulas vinculantes e respectivos precedentes selecionados pelo próprio Tribunal como representativos da controvérsia. A seguir, aplicou-se o recorte temporal acima indicado e apurou-se que as súmulas nº 17 a 56 foram aprovadas dentro daquele período, redundando num total de 39 (trinta e nove) súmulas e 562 (quinhentos e sessenta e dois) precedentes. Registre-se que a Súmula Vinculante nº 30 ainda pende de publicação.

Obviamente, por se tratar de precedentes de súmulas vinculantes aprovadas a partir de outubro de 2009, muitos desses julgamentos vieram a ocorrer *antes* do recorte temporal eleito. Mas, veja-se bem: o recorte temporal diz respeito à data de aprovação das súmulas vinculantes, momento em que o STF presumidamente teria avaliado os respectivos precedentes como potenciais casos difíceis, de acordo com o conceito adotado no presente trabalho, e não com a data do julgamento dos precedentes. Isto é, no momento da aprovação

das súmulas vinculantes, aquela composição do STF vislumbrou que os precedentes examinados configuravam casos em que se fazia presente a controvérsia a respeito da validade, da interpretação e da eficácia de normas determinadas – incerteza a respeito de premissa normativa, pois. Se assim efetivamente se passava, é questão a ser devidamente apurada.

Com efeito, daquele total inicialmente apurado, porém, apurou-se que 18 (dezoito) súmulas vinculantes se referiam a antigas “súmulas persuasivas” (assim chamadas porque destituídas de efeito vinculante), que haviam sido editadas até o ano de 2003. Nesses casos, o STF entendeu por bem aplicar uma política judiciária de reforço das interpretações que haviam sido dadas à Constituição, mas que, aparentemente, não haviam sido suficientes para aplacar a litigiosidade nas instâncias superiores. Em sua maioria, repetiam a mesmíssima redação da súmula originária. Veja-se, por exemplo, o caso da Súmula Vinculante nº 55, cuja redação (“o direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos”) é idêntica à da antiga Súmula nº 680.

De todo modo, parece que esses não são casos difíceis. O entendimento do Tribunal já estava pacificado e o propósito era, tão somente, barrar a pleora de recursos encaminhados pelos tribunais regionais. Notoriamente, não havia a “controvérsia atual” sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas constitucionais. É dizer: não havia, nesses casos, incerteza a respeito de premissas normativas. Entendeu-se, por conseguinte, desconsiderar as súmulas vinculantes que versassem sobre entendimentos já consagrados nas súmulas persuasivas, por falta de interesse para os fins do corrente trabalho.

Restaram a analisar, então, vinte e uma súmulas vinculantes aprovadas no recorte temporal já indicado, bem como as respectivas propostas de edição e, ainda, os precedentes a elas vinculados – estes últimos, em número de (52) cinquenta e dois, mais respectivas propostas de súmulas vinculantes – 13 (treze) -, num total de 65 (sessenta e cinco) documentos do Pleno do Tribunal a serem examinados, sempre lembrando que estes se referem a manifestações do plenário do STF, descartadas, pois, as decisões turmárias e monocráticas, como já foi exposto linhas atrás.

Registre-se, nesse passo, que as súmulas vinculantes em questão cobrem um campo limitado de matérias, adotando-se o critério topológico da própria Carta Constitucional: direitos fundamentais (individuais e políticos), 7 (sete); organização do Estado, 3 (três); organização dos Poderes, 6 (seis); e sistema tributário, 5 (cinco). Nesse aspecto, tomou-se por base o dispositivo constitucional debatido, embora, em algumas oportunidades, mais de um

assunto estivesse em jogo. É o caso, por exemplo, da discussão sobre a caracterização de crime tributário – Súmula Vinculante nº 24 (direito fundamental e sistema tributário). Chama a atenção a ausência de súmulas vinculantes sobre direitos sociais.

Observe-se, agora, o disposto no art. 9º da Lei nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento de ações declaratórias de constitucionalidade/inconstitucionalidade perante o STF. Na dicção do parágrafo primeiro do referido dispositivo legal, o relator do processo poderá, entre outras providências, designar audiência pública, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”⁴⁴. Aqui, do que se cogita é a possibilidade, em tese, da existência de casos com incerteza a respeito das premissas empíricas.

Para efeito de verificação desse tipo de processo, acessou-se o sítio virtual do STF no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>, em 14 de março de 2018.

Obteve-se, como resultado, uma lista de processos, da competência originária ou recursal do tribunal, com audiências públicas já realizadas, num total de 22 (vinte e dois) temas. Desse total, apurou-se que 12 (doze) processos haviam sido julgados no período de 23 de outubro de 2009 a 31 de dezembro de 2017, com acórdãos publicados até a data do acesso ora descrito.

Observa-se que, nos processos em que se designou audiência pública, os temas ficaram adstritos à implementação ou proteção de direitos fundamentais - individuais, sociais ou políticos. Para esse efeito, reputa-se que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado também é um direito fundamental, com base na dicção do *caput* do art.225 da Constituição Federal.

Em resumo, o material empírico que foi examinado na presente pesquisa ficou assim distribuído: 52 (cinquenta e dois) acórdãos de precedentes de súmulas vinculantes; 13 (treze) propostas de súmulas vinculantes; 12 (doze) acórdãos de processos nos quais houve audiências públicas; num total de 77 (setenta e sete) documentos judiciais.

Não é demais advertir que a amostragem acima descrita não tem a pretensão de esgotar as possibilidades de detecção de casos difíceis na jurisprudência do STF e muito menos sugerir

⁴⁴ O art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do STF estabelece, dentre as atribuições do Relator, o seguinte: “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante”.

que todos aqueles precedentes configuram realmente casos difíceis. Como se verá, tal questão foi objeto de avaliação preliminar. É condição *sine qua non* para o prosseguimento da análise. Ademais, é evidente que existem muitos casos difíceis que não são precedentes de súmulas vinculantes e, tampouco, processos em que se realizou audiência pública. O objetivo, como já se ressaltou, é adotar um modelo de análise que possa ser utilizado em qualquer julgado que venha a ser considerado um caso difícil.

Selecionados os casos acima mencionados, elaborou-se tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial para fichamento das decisões (APÊNDICE A), estruturada em quatro seções: a) dados do processo; b) decisão; c) tipos de premissas às quais se referia a incerteza detectada; d) esforço argumentativo.

Os *dados do processo* referiram-se às seguintes informações identificadoras do processo em análise: tribunal; nº do processo; data do julgamento; relator; autor/requerente/recorrente; réu/requerido/recorrido; endereço eletrônico para visualização da decisão; e situação fática, tal qual descrita no relatório da decisão.

A descrição da *decisão* contemplou elementos do conteúdo do julgamento: parte vencedora (pessoa física ou jurídica, esta última de direito público ou privado); e principais razões dos votos dos ministros que participaram do julgamento, abrangendo os argumentos utilizados na fundamentação do voto de cada ministro.

Os *tipos de premissas* às quais se referia a incerteza detectada: na incerteza empírica, os problemas de produção de prova (determinado fato ocorreu?) e os problemas de qualificação jurídica (como enquadrar juridicamente determinado fato provado?); na incerteza normativa, os problemas de relevância (existe uma norma aplicável ao caso?) e os problemas de interpretação (qual o sentido e o alcance da norma a ser aplicada?).

Como se viu no item 3 da primeira parte deste trabalho, a apreciação de casos difíceis implica a necessidade de um maior esforço argumentativo. E, sob a ótica aqui adotada, referido esforço se desenvolve ao longo de três eixos: subsunção, manejo da máxima da proporcionalidade e tipos de argumentos utilizados. Bem por isso, o campo reservado à descrição do *esforço argumentativo* abrangeu os seguintes aspectos: o manejo da máxima da proporcionalidade; princípios citados; princípios preponderantes como resultado da ponderação; argumentos institucionais; e argumentos não institucionais.

Os argumentos institucionais compreendem as três condições limitadoras do discurso jurídico, que o caracterizam como um caso especial do discurso prático geral: os dispositivos normativos (Constituição, leis, decretos, regulamentos, portarias); os precedentes; e a

dogmática. No campo dos dispositivos normativos encontram-se englobados, também, os cânones de interpretação que a eles, dispositivos normativos, referem-se – semântico, genético, sistemático, teleológico, histórico e de direito comparado. Por dogmática compreenderam-se todos os seus tipos de enunciados, como exposto na parte teórica desta pesquisa - definições de conceitos jurídicos genuínos, outros conceitos presentes em normas jurídicas, normas não extraídas da lei, descrições e caracterizações de estados de coisas a serem produzidos, eliminados ou conservados e princípios não positivados.

Os argumentos não institucionais, por seu turno, dizem respeito aos outros tipos de discurso encontrados nas justificações judiciais – o discurso prático geral e o discurso empírico, tal como descritos na parte teórica deste trabalho. Como já se teve oportunidade de salientar, o discurso prático geral levanta necessariamente uma pretensão de correção e é integrado por argumentos morais, éticos e pragmáticos. O discurso empírico, por fim, afirma uma pretensão à verdade, enquanto descrição da realidade, e é composto por enunciados diversos, relativos à descrição de ações ou estados de coisas correspondentes a variadas áreas do conhecimento humano. Referem-se, grosso modo, à descrição de fatos concretos (passados, presentes e/ou futuros) e dados científicos (das ciências naturais e/ou sociais). Os mais frequentes são os argumentos históricos (fatos históricos), os argumentos econômicos (conceitos e fatos econômicos), os sociológicos (dados da realidade social, usos, costumes, hábitos e práticas sociais) e os políticos (relativos à organização e funcionamento dos Poderes constitucionais – Executivo, Legislativo e Judiciário), sem que se descarte a ocorrência de enunciados de outro campo do saber.

Em seguida, iniciou-se o fichamento das decisões selecionadas, mediante preenchimento da tabela mencionada, valendo observar que, no campo “PRINCIPAIS RAZÕES DA DECISÃO”, optou-se por relacionar premissas/argumentos individualmente por julgador, dada a metodologia adotada pelo STF na contagem dos votos, com isso facilitando a observação da frequência de utilização dos argumentos. O Apêndice A retrata um exemplo de fichamento de decisão judicial, a título de ilustração. Trata-se da ADPF 54, que abordou a difícil questão do aborto de fetos anencéfalos. A escolha desse exemplo deve-se a três fatores: em primeiro lugar, porque cuida, na linha do que aqui já foi exposto, de um tipo extremo de *hard case*, os casos trágicos; em segundo lugar, porque, dentre os julgados que foram objeto de análise na corrente pesquisa, é aquele que apresenta a fundamentação mais extensa (critério de *quantidade* de argumentos); por fim, em função da *qualidade* da argumentação, na qual foram esgrimidos os mais diversos tipos de argumentos.

Por fim, confeccionou-se tabulação cruzada, com totalização dos problemas dos quais originaram a incerteza empírica e/ou normativa detectada, bem como dos parâmetros de avaliação do esforço argumentativo, tanto em relação aos processos com audiências públicas realizadas quanto no tocante aos precedentes de súmulas vinculantes, tudo com base nos fichamentos realizados conforme a tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial (APÊNDICES B e C).

Desse modo, a referida tabulação cruzada contemplou a totalização, em quantidade e percentuais, dos seguintes dados, extraídos das tabelas de pesquisa empírico-jurisprudencial: total de decisões examinadas; decisões com problemas de incerteza empírica (divididos em problemas de produção de prova e problemas de qualificação dos fatos); decisões com problemas de incerteza normativa, divididos em problemas de interpretação (ambiguidade, obscuridade ou vagueza) e problemas de relevância (lacunas, antinomias e validade constitucional); e um bloco destinado ao exame do esforço argumentativo. Este último bloco, por seu turno, levou em consideração o percentual de processos em que se manejou a máxima da proporcionalidade; a utilização dos diferentes tipos de argumentos institucionais (cânones de interpretação, dogmática, precedentes) e não institucionais (discurso prático geral, subdivididos em argumentos pragmáticos, éticos e morais; e discurso empírico). O resultado dessa análise será objeto da próxima seção.

2. Pesquisa empírica

Relembrem-se, ainda uma vez mais, os aspectos que guardam referência com o conceito de caso difícil aqui adotado: existência de incerteza a respeito de premissas normativas e/ou empíricas; o esforço argumentativo; o papel da ponderação de princípios, dos argumentos empíricos e dos argumentos do discurso prático geral. Assim é que serão abordados separadamente cada um desses aspectos, tanto em relação aos processos julgados em que houve designação de audiência pública (candidatos à incerteza sobre premissas empíricas), quanto em referência aos precedentes das súmulas vinculantes (potenciais casos de incerteza a propósito das premissas normativas).

A tabulação cruzada, de cunho quantitativo, que será apresentada em relação a cada um desses tipos de processos está composta dos seguintes elementos: quantidade de decisões; quantidade de processos em que se detectou incerteza a respeito das premissas empíricas, com

indicação daqueles em que houve problemas de produção de prova ou de qualificação dos fatos; quantidade de processos em que se verificou incerteza a respeito das premissas normativas, com indicação daqueles que apresentaram problemas de interpretação e de relevância; e esforço argumentativo, com menção à porcentagem de ocorrências em que se observou o manejo da máxima da proporcionalidade e à porcentagem de tipos de argumentos.

No tocante a este último aspecto, é relevante registrar que se procurou separar, inicialmente, os argumentos institucionais e os argumentos não institucionais: os primeiros, constituídos da lei, da doutrina e dos precedentes; os segundos, argumentos do discurso prático geral (argumentos pragmáticos, éticos e morais) e do discurso empírico (fatos concretos, evidências).

O intuito é, em primeiro lugar, “testar” na jurisprudência do STF a utilidade do conceito de caso difícil de MacCormick e, com isso, contribuir para aprimorar a visão do assunto no plano empírico; e, em segundo lugar, mediante verificação de aspectos do esforço argumentativo, acrescentar algo ao debate no plano normativo, ou seja, ofertar aos operadores do Direito uma indicação, modesta que seja, a respeito do caminho que se pode trilhar frente a esse tipo de caso.

2.1. Processos com audiência pública

A seguir, apresentam-se os resultados obtidos no fichamento das decisões dos processos julgados no recorte institucional e temporal eleito, em que houve designação de audiência pública. A totalização dos referidos dados encontra-se demonstrada na tabulação cruzada – APÊNDICE B. Segue a lista de processos analisados e respectivos temas, em ordem cronológica de julgamento:

- Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47, Tribunal Pleno, de 17 de março de 2010. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pedido de suspensão da ordem judicial que determinara ao Executivo a implementação de providências administrativas em hospital público. **Judicialização do direito à saúde;**
- Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Tribunal Pleno, de 17 de março de 2010. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal e outros.

Relator: Min. Gilmar Mendes. Pedido de suspensão da ordem judicial que determinara ao Executivo o fornecimento de medicamento a paciente. **Judicialização do direito à saúde;**

- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Tribunal Pleno, de 12 de abril de 2012. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Pedido de declaração de inconstitucionalidade da interpretação que tipifica nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. **Aborto de fetos anencéfalos;**
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, Tribunal Pleno, de 26 de abril de 2012. Requerente: Democratas – DEM. Intimado: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Constitucionalidade dos atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial para ingresso em instituição de ensino superior. **Ações afirmativas;**
- Recurso Extraordinário nº 586.224, Tribunal Pleno, de 05 de março de 2015. Recorrente: Estado de São Paulo e outro. Recorrido: Câmara Municipal de Paulínia e outro. Relator: Min. Luiz Fux. Definição de interesse local para efeito de estabelecer a competência do município em matéria ambiental. **Queimada em canaviais;**
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, Tribunal Pleno, de 10 de junho de 2015. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Intimado: Presidente da República e outro. Relator: Min. Cármen Lúcia. Exigibilidade ou não da pessoa biografada, ou seus sucessores, relativamente a obras literárias ou audiovisuais. **Biografias não autorizadas;**
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, Tribunal Pleno, de 17 de setembro de 2015. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República e outro. Relator: Min. Luiz Fux. Constitucionalidade das normas que permitem o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas e naturais. **Financiamento de campanhas eleitorais;**
- Recurso Extraordinário nº 581.488, Tribunal Pleno, de 03 de dezembro de 2015. Recorrente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União e outros. Relator: Min. Dias Toffoli. Constitucionalidade da norma regulamentar que veda, no SUS, a internação em acomodações superiores, bem como

o atendimento diferenciado por médico, mediante pagamento da diferença de valores.

Internação no SUS com diferença de classe;

- Recurso Extraordinário nº 641.320, Tribunal Pleno, de 11 de maio de 2016. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes. Omissão legislativa sobre a situação fática de ausências de vagas no regime prisional definido na sentença. **Regime prisional mais gravoso do que fixado na sentença;**
- Recurso Extraordinário nº 627.189, Tribunal Pleno, de 08 de junho de 2016. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A. Recorrido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outro. Relator: Dias Toffoli. Influência na saúde humana dos campos eletromagnéticos gerados por linhas de transmissão de energia elétrica situadas em locais próximos a aglomerados urbanos. **Influência de campos eletromagnéticos;**
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5062, Tribunal Pleno, de 27 de outubro de 2016. Requerente: Associação Brasileira de Música e Artes – ABRAMUS e outro. Intimado: Presidente da República e outro. Relator Min. Luiz Fux. Constitucionalidade de dispositivos do novo marco regulatório de direitos autorais (Lei nº 12.583/2013). **Gestão coletiva de direitos autorais;**
- Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 211, Tribunal Pleno, de 15 de setembro de 2017. Agravante: União. Agravado: Henry Cardozo dos Santos Vasconcelos. Relator: Min. Cármen Lúcia. Pedido de suspensão da ordem judicial que determinara ao Executivo o custeio da realização de exame no exterior. **Judicialização do direito à saúde.**

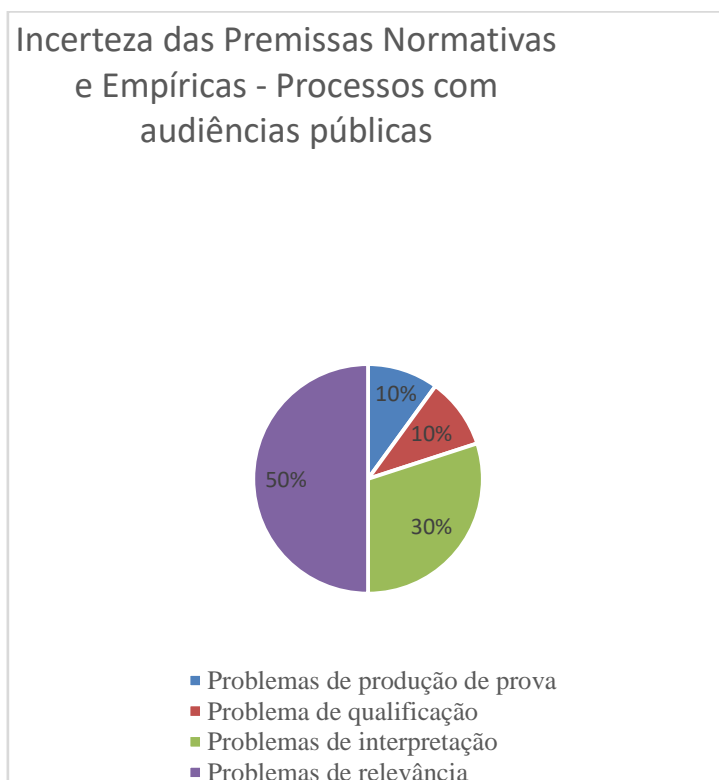
2.1.1. Incerteza a respeito de premissas

De plano, não se pode deixar de anotar que, dos doze casos inicialmente selecionados, somente em um deles não se verificou a existência de incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas: STA 211/RJ AgR. Esclareça-se que tal precedente versa sobre agravo regimental a respeito de decisão monocrática que indeferira o pedido de suspensão de tutela antecipada de outra decisão, oriunda de tribunal inferior, a qual, por sua vez,

determinara o custeio de exames a serem realizados no exterior. Aqui o Pleno do STF entendeu que o pedido de suspensão não veiculara os pressupostos processuais da espécie e não chegou a adentrar o mérito. Ficaram ao largo, portanto, questões como esforço argumentativo (que, aliás, foi singelo), uso da ponderação, de argumentos empíricos ou argumentos do discurso prático geral.

O julgamento do RE 641.320/RS, versando sobre execução de pena em regime prisional mais gravoso do que aquele fixado em sentença, acabou se transformando em edição de Súmula Vinculante (nº 56), motivo pelo qual será examinada na parte a ela dedicada neste trabalho.

Já em relação aos demais, num total de dez processos, não foi difícil detectar que, em maior ou menor grau, sempre se fazia presente incerteza razoável e séria a respeito das premissas. Assim é que, para guardar consonância com a classificação de casos difíceis proposta por MacCormick, dentre os dez processos restantes, um deles versava sobre problema de produção de prova; outro, sobre problema de qualificação jurídica de fatos; três, sobre problemas de interpretação; e cinco, sobre problemas de relevância.



A seguir, analisam-se sucintamente os processos selecionados exclusivamente sob o prisma da caracterização do tipo de incerteza.

Veja-se, por exemplo, em tema de judicialização do direito à saúde, o que se discutiu no SL 47/PE AgR e na STA 175/CE AgR, ambos da relatoria do Min. Gilmar Mendes: embora versando sobre a suspensão de liminar ou tutela antecipada deferida ou confirmada por tribunal inferior, o Pleno do STF acabou indo muito além e se propôs a estabelecer parâmetros a serem utilizados pelos magistrados ao decidir sobre a implementação de políticas públicas de saúde e fornecimento de medicamentos, afastando argumentos baseados no princípio formal da separação dos poderes. Não há dúvidas de que, nesse caso, o Tribunal veio a enunciar normas que tinham por objetivo afastar a abertura semântica ou estrutural de outra norma, desta feita norma de direito fundamental inscrita na Constituição (art.196): é o que se chama de *normas de direito fundamental atribuídas* (ALEXY, 2017b). Problema de interpretação, pois dúvida não há quanto à norma a ser aplicada, restando definir o seu sentido e alcance.

Em outro caso, no RE 581.488/RS, o debate foi travado em torno da validade de normas que vedavam o atendimento diferenciado no Sistema Único de Saúde - SUS mediante pagamento de valores complementares (isto é, inteligência do princípio do acesso universal igualitário – art. 196 da CF/88). Estava em jogo o alcance do princípio da autonomia (privada), tanto em relação ao tipo de serviço prestado, quanto à liberdade de escolha do médico responsável pelo tratamento. Portanto, bens jurídicos de considerável importância no âmbito de uma Constituição garantista, como a nossa, fato que já bastaria colocar em destaque a possibilidade de ponderação de princípios. Tratou-se, então, de verificar a constitucionalidade de normas regulamentares que vedavam a possibilidade de escolha do serviço, bem como do médico que o prestaria, no âmbito do sistema público de saúde, ainda que mediante pagamento de valores adicionais. Há, aí, então, um problema de relevância - é válida uma norma desse tipo?

O mesmo se diga no tocante à ADI 4650/DF, que versou sobre a polêmica a propósito da constitucionalidade de doações a campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. As sucessivas mudanças na legislação eleitoral ao longo dos anos já seriam suficientes para demonstrar que o tema é suscetível de visões diferentes. O resultado do julgamento – vedação da doação por pessoas jurídicas - representou importante inflexão na prática de financiamento das campanhas eleitorais e despertou o interesse de agentes políticos àquela época.

No julgamento da ADPF 186/DF estavam em análise normas regulamentares que instituíam reserva de vagas em universidade pública com base em critério étnico-racial, uma das chamadas “ações afirmativas”. É tema que ganhou a pauta de outras Cortes Constitucionais e que, entre nós, ganhou foro de discussão da sua validade perante a Carta Maior - um problema de relevância, pois se discutia a respeito da constitucionalidade de tais normas.

A ADI 4815/DF, por sua vez, versou sobre a necessidade de prévia autorização de pessoas, ou seus sucessores, à publicação de biografias. Tratava-se de saber a norma aplicável. De um lado, estavam as normas contidas nos artigos 20 e 21 do Código Civil, que estabelecem de modo genérico a proteção da imagem, da palavra e da vida privada das pessoas; de outro lado, os princípios constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de informação. O julgamento resultou no estabelecimento de uma cláusula de exceção aos reportados dispositivos do Código Civil - problema de relevância -, de modo a compatibilizar a sua aplicação com os princípios constitucionais em tela: a cogitada autorização prévia não seria necessária no caso de publicação de biografias.

O julgamento conjunto da ADI 5062/DF e 5065/DF envolveu questões relativas ao autogoverno das associações, uma vez que a novel lei de regência contemplava diversos dispositivos com previsão de interferência de órgãos governamentais, o que por si só já constituiria um problema de relevância para o ordenamento, considerando a vedação explícita no texto constitucional (art.5º, inc.XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos...; art.5º, inc.XVIII: “a criação de associações...independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”).

O julgamento do RE 586.224/SP, que versou sobre a competência para legislar sobre queimadas em canaviais, implicou o debate acerca de obscuro conceito contido no texto constitucional – interesse local, como fundamento da competência dos municípios⁴⁵. Qual o sentido de “interesse local”? Tratou-se, portanto, de conferir densidade normativa a uma norma constitucional – problema de interpretação, pois.

Todavia, não se pode dizer que, nos processos acima mencionados, discutiu-se a incerteza a respeito de premissas empíricas: os elementos fáticos colhidos na audiência pública simplesmente serviram de (importante) subsídio. Em todos esses casos, a incerteza disse respeito apenas às premissas normativas, seja em relação a problemas de interpretação

⁴⁵ Art.30 da CF/88, inciso I: “Compete aos Municípios [...] legislar sobre assuntos de interesse local”.

(SL 47/PE AgR, STA 175/CE AgR, RE 586.224/SP), seja referente a problemas de relevância (como foi o caso no julgamento da ADI 4650/DF, ADI 5062/DF, ADPF 186/DF, RE 581.488/RS e ADI 4815/DF).

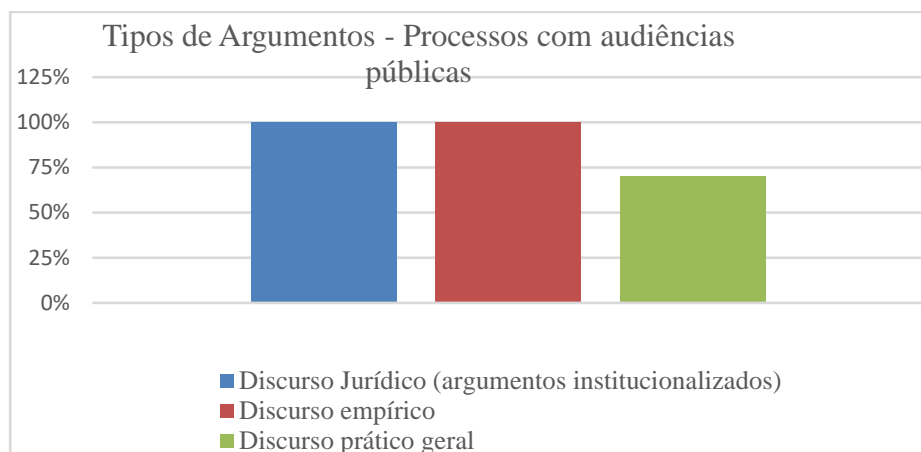
A incerteza a respeito das premissas empíricas manifestou-se, sim, no julgamento da ADPF 54/DF (aborto de fetos anencéfalos). Nesse caso, a incerteza empírica decorreu da qualificação jurídica a ser imputada ao fato tido como incontroverso - a inviabilidade vital do feto com severa malformação encefálica. As perguntas que se colocaram diante do colegiado foram: é ilícito o aborto de um feto nessas condições? Seria possível imputar à gestante a prática de um crime contra vida?

A incerteza empírica também se manifestou no julgamento do RE 627.189/SP, em que se discutiu o grau de certeza científica sobre os efeitos dos campos eletromagnéticos gerados por grandes estruturas de linhas de transmissão de energia elétrica, situadas em locais próximos a aglomerados urbanos. Aqui a pergunta que se colocou foi diferente: qual o nível máximo dos campos eletromagnéticos gerados por essas linhas de transmissão? A discussão girou em torno de diferentes critérios para aferição desses campos e do grau de certeza científica disponível. Estava-se diante, assim, de um problema de produção de prova.

Ao todo, foram analisados, portanto, dez acórdãos de processos que tiveram designação de audiência pública. Em oito deles, detectou-se incerteza a respeito de premissas normativas; e, em dois deles, apurou-se a incerteza a propósito das premissas empíricas.

2.1.2. O esforço argumentativo

Volte-se agora o olhar para o aspecto “esforço argumentativo”. Nesse plano, propõe-se analisar os seguintes aspectos: tipos de argumentos utilizados (do discurso jurídico propriamente dito, quais sejam, os argumentos institucionais; do discurso empírico; e do discurso prático geral); e eventual utilização explícita da ponderação de princípios.



Nessa linha, avulta a constatação de que os argumentos institucionais, caracterizadores do discurso jurídico desempenharam papel central na justificação judicial de todos os casos analisados. Não por acaso, foram os tipos de argumento mais frequentemente utilizados em todos os processos analisados. Cânones de interpretação dos dispositivos normativos, argumentos dogmáticos e precedentes compareceram em cem por cento (100%) dos casos. O que parece tornar diferenciada a argumentação nos casos difíceis é, de um lado, o maior desenvolvimento dos cânones de interpretação, dos argumentos dogmáticos e jurisprudenciais, e, de outro, o manejo de *outros tipos* de argumentos – uma diferença qualitativa e quantitativa em relação aos casos fáceis.

A argumentação dogmática, por exemplo, não se limitou a esgrimir *conceitos jurídicos genuínos*, para usar a terminologia já reportada de Alexy, como no julgamento do RE 627.189/SP (influência dos campos eletromagnéticos de linhas de transmissão de energia), em que amplamente se discutiu o conteúdo jurídico do princípio da precaução. Também referências a *normas não extraídas da lei* (ALEXY, 2017a, p.246) foram buscadas na dogmática para justificar determinada interpretação do texto constitucional. É o que se verificou, por exemplo, no julgamento da ADI 5062/DF, para contornar a explícita vedação constitucional à liberdade associativa. O relator, naquela oportunidade, trouxe à baila a distinção entre associações “expressivas” e associações “não expressivas”, em que somente estas últimas estariam aptas a sofrer imposições estatais (p.39-40 do acórdão), dada a relevante função social e econômica de que se revestem, tudo em ordem a avaliar as medidas previstas na nova lei para regular o funcionamento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD e associações de defesa dos direitos de autores e intérpretes. Ou ainda no julgamento da ADPF 54/DF, quando se aventou uma *causa suprallegal de exclusão da*

culpabilidade para descaracterizar a delituosidade do aborto de feto anencéfalo (p.46). Em ambos os casos, os julgadores lançaram mão de certos conceitos jurídicos para extrair consequências não estritamente previstas em lei.

Ainda no plano do discurso jurídico, constatou-se também que desempenharam papel relevante os tradicionais cânones de interpretação. Assim, por exemplo, no RE 627.189/SP, que se debruçou sobre a possível influência dos campos eletromagnéticos na saúde humana, discorreu-se extensamente sobre a evolução do princípio da precaução (cânone histórico) e o que isso representa de preocupação com o aspecto de proteção ao meio ambiente. Outro exemplo de cânone histórico foi encontrado no julgamento do RE 581.488/RS, no qual o relator trouxe à baila o histórico do Sistema Único de Saúde-SUS para demonstrar que o novo sistema, implantando pela Constituição de 1988, representou uma evolução em relação ao sistema anterior, cujos “atendimentos eram restritos àqueles que comprovassem a condição de contribuintes do sistema”.

Na ADPF 54/DF, debateu-se sobre a vontade do legislador na promulgação do Código Penal de 1940 (cânone genético): para alguns, a omissão legislativa sobre a excludente de ilicitude no caso de feto anencéfalo decorria do estágio do conhecimento científico disponível àquela época; para outros, era “silêncio eloquente”.⁴⁶

A respeito do significado da expressão “influência do poder econômico” do art. 14, § 9º da CF/88, houve controvérsia na ADI 4650/DF, que teve por objeto o financiamento de campanhas eleitorais (cânone semântico): para o Ministro Zavascki, por exemplo, o que a Constituição veda é a influência econômica *abusiva*; para o Ministro Toffoli, todavia, trata-se de cercear qualquer influência (“Como poderia o legislador autorizar que setores da iniciativa privada possam financiar o processo eleitoral?”). Cânone semântico também foi o que utilizou a Min. Cármen Lúcia ao buscar a etimologia da palavra “intimidade” para aproximá-la da ideia de identificação com aquilo que é indevassável ao outro, “dimensão da vida resguardada na dignidade pessoal”, em contraposição à publicidade, no julgamento da ADI 4815/DF (biografias não autorizadas).

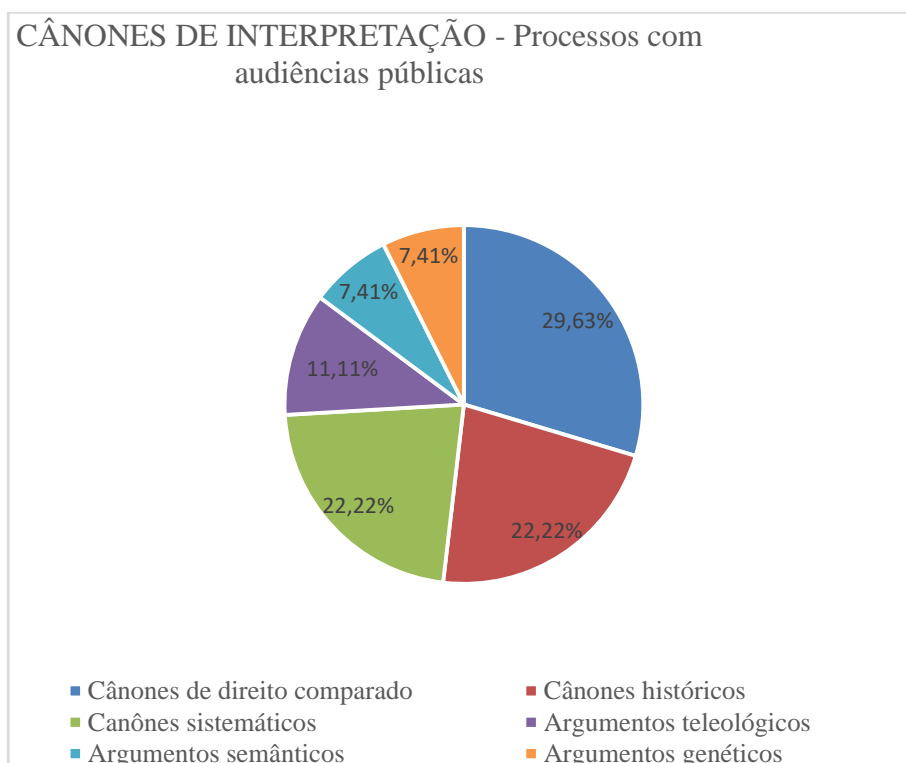
Exemplos de cânone comparativo foram suscitados no julgamento da ADI 5062/DF (a respeito do novo marco regulatório de direitos autorais). Naquela oportunidade, a Min. Cármen Lúcia mencionou a legislação de propriedade intelectual na França, na Espanha e em

⁴⁶ De acordo com o art 128 do Código Penal, só há duas excludentes da ilicitude para o crime de aborto: o aborto necessário (para salvar a vida da gestante); e o chamado aborto sentimental (quando a gravidez resulta de estupro).

Portugal, com o intuito de mostrar que alguma participação do Estado é desejável na regulação da gestão coletiva desse tipo de direito.

O cânone teleológico esteve presente na interpretação da norma do Sistema Único de Saúde – SUS que veda o atendimento diferenciado mediante pagamento de valores (julgamento do RE 581.488/RS). Cuida-se de prestigiar o tratamento dos usuários com isonomia, independentemente da sua situação financeira, afirmou-se.

Interessante registrar que os maiores índices de utilização nas justificações judiciais ficaram por conta dos cânones de direito comparado (em 29,63% dos registros de utilização dos cânones), históricos (22,22%) e sistemáticos (22,22%). Parece que os ministros do STF se preocupam, primordialmente, em situar as questões no tempo, no espaço e no ordenamento jurídico. Argumentos teleológicos (11,11%), semânticos (7,41%) e genéticos (7,41%) completam o quadro dos cânones de interpretação:



Em relação aos precedentes, que também se fizeram presentes em todos os casos examinados (processos com audiências públicas), chama-se a atenção para dois fatos. Em primeiro lugar, o desempenho da carga argumentativa quando se trata de ir de encontro a alguma jurisprudência do tribunal. Foi o que se observou no julgamento do RE 581.488/RS (internação diferenciada no SUS mediante pagamento de valores complementares), no qual o

ministro relator se preocupou em tentar estabelecer *distinguishing* em relação a precedentes sobre a matéria⁴⁷, que garantiam tratamento médico diferenciado aos recorrentes. Na oportunidade, o ministro relator externou o seguinte entendimento:

Ocorre que todos esses julgados dizem respeito a casos individuais, nos quais foram analisadas as necessidades de internação privativa ou as condições especiais em face da situação clínica em que se encontravam pacientes específicos. Além do mais, grande parte desses casos se deram na fase de implementação do SUS, logo após a Constituição Federal de 1988.

A autorização para um atendimento diferenciado deveu-se muito mais às especificidades de cada um dos casos concretos do que propriamente a um convencimento quanto à adequação desse procedimento às características do Sistema Único de Saúde, de um modo geral considerado. Portanto, não há precedente específico desta Corte a vincular o resultado deste julgamento (p.31 do acórdão do RE 581.488/RS).

Todavia, examinados os precedentes mencionados na decisão em tela, observa-se que se reportam àquele que teria consolidado o entendimento anterior do tribunal sobre o tema e que estava vazado nos seguintes termos:

DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE PERMITIU A INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA MODALIDADE "DIFERENÇA DE CLASSE", EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO DOENTE, QUE NECESSITAVA DE QUARTO PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO Nº 283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido" [RE n. 226.835/RS, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 10.3.00].

Como se vê, a tese jurídica esposada no precedente que vigorava até então era diferente daquela que acabou por vingar no julgamento do RE 581.488/RS, ou seja, o normativo regulamentar que vedava o atendimento diferenciado mediante pagamento de

⁴⁷ A título exemplificativo, RE 228.750/RS, RE 261.268/RS e RE 596.445/RS.

valores complementares é que iria de encontro ao direito à assistência à saúde. Aliás, o precedente fixado no RE 226.835/RS estabelecia que não havia quebra de isonomia, em tais situações.

Nesses casos, o que se espera é que o julgador, ao estabelecer *distinguishing*, mencione as circunstâncias fáticas que diferenciam os casos, de modo a afastar a incidência do precedente anterior. Não foi, porém, o que ocorreu no julgamento do RE 581.488/RS. Naquela ocasião, limitou-se o relator a registrar que os precedentes não eram aplicáveis, porque se tratava de “casos individuais”, em face da situação clínica dos pacientes. Examinados, todavia, os precedentes mencionados, tampouco há menção a ditas particularidades. Enfim, pareceu mesmo que ficou a dever o esforço argumentativo para justificar o que, na prática, significava uma verdadeira mudança de entendimento...

O segundo fato digno de nota, ainda no tocante aos precedentes, é que nem sempre o STF se mostra tão refratário à análise do material empírico mesmo em sede de julgamento de recurso extraordinário, como parece fazer crer a dicção da Súmula nº 279⁴⁸. É o que se detectou no RE 586.224/SP, a propósito do uso da queimada na agricultura, em que se reputaram decisivas as manifestações, feitas em audiência pública, do Ministério do Meio Ambiente e do Trabalho, da EMBRAPA, do INPE, do Instituto de Estudos Avançados da USP e do Instituto Tecnológico Vale e outras entidades. Fosse o STF fazer valer os precedentes consubstanciados na Súmula nº 279 e não seria possível apreciar tais elementos fáticos.

A importância da argumentação empírica já foi objeto de comentário neste trabalho, não obstante a constatação de que apenas em dois casos se detectou a incerteza a respeito das premissas empíricas. Ocorre que em todos os casos analisados algum argumento empírico foi manejado, ainda que em forma de reporte genérico a elementos colhidos nas audiências públicas, pois nem sempre os ministros se preocuparam em mencionar este ou aquele depoimento, relatório ou informe. Assim, por exemplo, na STA 175/CE AgR, que cuidou da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento pelo Estado, em que o ministro relator aduz que se colhe “dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde do paciente e a necessidade do medicamento indicado” (p.98), sem, todavia, reportar-se ao tipo de prova mencionado.

⁴⁸ Súmula nº 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Em alguns julgados, porém, a argumentação empírica ganhou maior destaque. Na ADI 4650/DF, por exemplo, que tratou da questão da forma de financiamento de campanhas eleitorais, foram abundantes os argumentos baseados em dados sociológicos, econômicos, políticos e históricos, com riqueza de menções a dados estatísticos em suporte da constatação de um certo estado de coisas - os conhecidos desvios éticos nas campanhas eleitorais. Assim, por exemplo, mencionou-se a importância dos modernos meios de comunicação na formação da opinião pública (argumento sociológico); o volume de doações a campanhas eleitorais efetuadas por empresas do segmento da construção civil (argumento econômico); a inexistência de perfil ideológico nas doações promovidas por pessoas jurídicas, de modo que partidos que são adversários no espectro político receberam montante aproximado de recursos (argumento político). Para finalizar, também foram apresentados argumentos históricos a respeito da evolução das regras de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

O mesmo passou-se no julgamento da ADPF 186 (ações afirmativas), no qual os ministros se sucederam no registro dos perversos índices de desigualdade social no Brasil. O objeto da ação foi, como se viu, a constitucionalidade de regulamentos universitários a respeito da reserva de vagas mediante critério étnico. A argumentação empírica desenrolou-se em torno de dados sociológicos sobre desigualdade social e discriminação racial; sobre políticas de reconhecimento, a par de políticas de redistribuição de rendas (argumentos políticos); e dados históricos, como a evolução das políticas de ações afirmativas.

Com raras exceções, porém, somente o relator do processo preocupou-se em enriquecer a justificação judicial com dados empíricos extraídos das atas das audiências públicas ou de outras fontes. Os outros ministros participantes do julgamento, em geral, preferem ater-se ao debate das questões de direito.

Cabe agora comentar o papel dos argumentos do discurso prático geral. Nessa linha, relembremos que, na definição de Alexy, são necessárias valorações adicionais nos casos difíceis, pois as leis, os precedentes e a dogmática não teriam uma resposta à mão; a resposta, então, viria da argumentação prática geral (ALEXY, 2010, p.24). Pode-se dizer que essa conclusão é consectário lógico da tese do “caso especial” – a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral.

Todavia, não foi o que se verificou nos precedentes selecionados, os quais, não obstante se encaixarem à feição no conceito aqui proposto para caso difícil, acabaram por se resolver, em sua maioria, no âmbito do próprio discurso jurídico – ou seja, valendo-se dos cânones de interpretação, do material positivado (regras e princípios), dos precedentes e da dogmática –,

com algumas notáveis exceções: na ADI 4650/DF (financiamento de campanhas eleitorais), quando o relator, Min. Luiz Fux, adentrou em considerações a respeito de ideais éticos prevalentes na sociedade brasileira, em relação aos quais a Corte deveria estar especialmente atenta:

Porque, Senhor Presidente, no meu modo de ver, há uma ideia basilar no neoconstitucionalismo: se uma determinada questão gravita em torno de algo que é um desacordo moral expressivo, ou razoável da sociedade, a Corte, no meu modo de ver, ela tem que se aliar ao sentimento social.

E, no julgamento do RE 581.488/RS (internação no SUS com diferença de classe), o relator tratou de censurar a conduta de médicos que se propõem a receber do Estado e do paciente pelo mesmo tratamento: “Agora, o médico poder cobrar à parte, ora, cobrar duas vezes pela mesma coisa – o Estado paga a ele e ele ainda cobra do doente -, é um mix que não combina! É antiético!”

Já no campo da argumentação moral, o único exemplo foi encontrado na fundamentação do voto do relator, Min. Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 54/DF. Ao argumento de que levar a termo a gestação, mesmo quando o feto é inviável (como no caso da anencefalia), poderia ensejar a possibilidade de doação de seus órgãos, o relator assim respondeu:

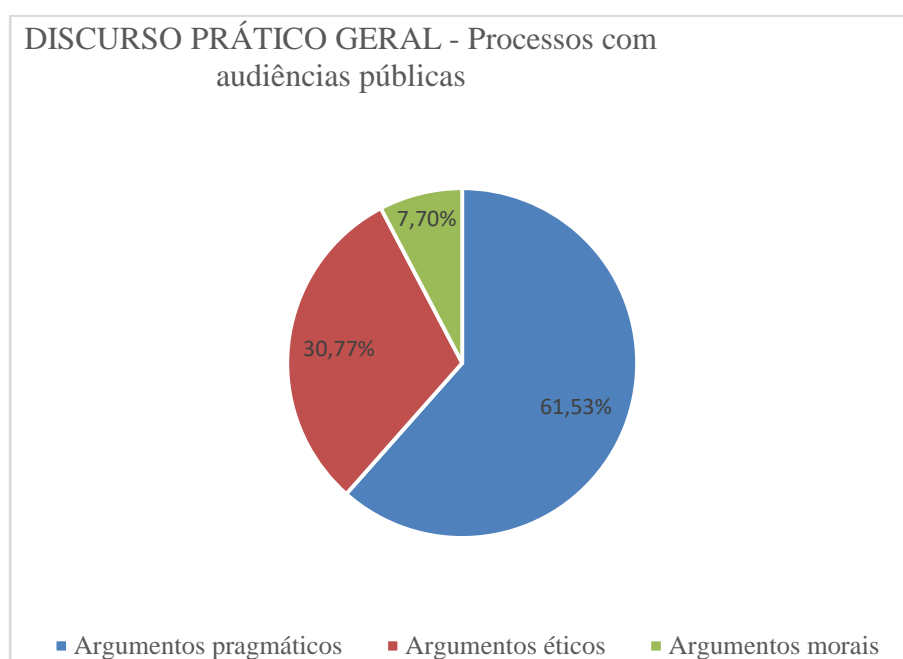
A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá -, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição humana.

Não se pode dizer, porém, que tais argumentos tenham sido o “fiel da balança” ao final desses julgamentos, embora, com certeza, para o seu resultado tenham de alguma forma contribuído. Exceção seja feita para os julgamentos da ADPF 186/DF (ações afirmativas) e do RE 586.224/SP (competência para legislar sobre queimadas na agricultura). Em ambos os casos, os argumentos pragmáticos, isto é, aqueles que levam em especial consideração as consequências, desempenharam papel decisivo. No primeiro, tratava-se de consagrar, ainda que temporariamente e de maneira não ideal, uma determinada política de acesso às universidades. Nas palavras da Min. Cármen Lúcia, “ações afirmativas não são a melhor

opção, porque o ideal seria todos igualmente livres para serem o que quisessem. Mas vivemos atualmente o processo, uma etapa, a satisfação de uma necessidade ...”

No julgamento do RE 586.224/SP (competência para legislar sobre queimadas em canaviais), cuidava-se de avaliar as eventuais repercussões da implementação da política municipal no planejamento efetuado para o setor pelo ente político mais geral (União), cuja abrangência seria mais desejável: “Por sua vez, no plano pragmático, optar pela constitucionalidade do diploma da municipalidade acarretaria a ineficácia do planejamento traçado nacionalmente”.

No âmbito do discurso prático geral, então, preponderaram os argumentos pragmáticos (61,53%), seguidos dos argumentos éticos (30,77%) e, por último, os argumentos morais (7,70%).



Por fim, bem menos frequente foi a utilização das chamadas “formas especiais de argumentos jurídicos”. Poucos votos de ministros deles lançaram mão. O julgamento da ADPF 54/DF representou uma exceção: ali foram manejados os argumentos *ad absurdum*, ambos os casos no voto do Min. Peluso, cuidando de rebater argumentos em favor da preservação da saúde da gestante de feto anencéfalo. No primeiro caso, sugeriu-se, a título de

exercício mental, imaginar “a matança de anencéfalos recém-nascidos[...] com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica”(p.387) para daí extrair a conclusão de que se tratava de homicídio ou infanticídio, tanto quanto se o mesmo ato fosse praticado na vida intrauterina, apenas mudando o momento da execução. No segundo caso, o mesmo Min. Peluso argumentou que, se toda gravidez implicava um “risco teórico” à saúde da gestante, “talvez fosse melhor até proibi-la”, para contrapor-se à alegação fundada no direito à saúde da mãe (p.411).

Nesse ponto, cumpre tecer comentários a respeito da argumentação principiológica, cuja ausência pode ter sido observada na descrição acima reproduzida. É que ou os princípios estarão positivados – e aí constituirão premissas do direito positivo -, ou não estarão positivados, não obstante reconhecidos doutrinariamente e, então, serão objeto de argumentos dogmáticos. Nem por isso deve-se subestimar a sua importância nas justificações do STF, tão frequente é a sua utilização, notadamente quando conectados a outro aspecto identificado com o conceito de caso difícil: o manejo da técnica da ponderação.

Observe-se, por exemplo, o julgamento da ADPF 54/DF. Nesse caso, os ministros discutiram explicitamente a colisão entre o direito à vida do feto anencéfalo e a liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Como salientou o Min. Celso de Mello,

A irrecusável magnitude do direito à vida e a discussão em torno de sua titularidade [...] **impõem** o confronto de tais valores **com aqueles que se fundam nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, ainda mais** se se tiver presente, sob tal aspecto, que **esses** direitos – **entre** os quais se acham **o de praticar**, sob determinadas condições, o **aborto seguro** (“*safe abortion*”), o de **controlar** a própria fecundidade **e o de decidir**, de forma livre, autônoma e responsável, **sobre questões** atinentes à sua sexualidade – **representam projeção expressiva** dos direitos humanos reconhecidos, às mulheres, pelas sucessivas Conferências internacionais **promovidas** pela ONU na década de 90 [...] – grifos no original.

O mesmo ministro, no julgamento do SL 47 AgR/PE, que tratou de ordem judicial que determinara ao Poder Executivo a implementação de medidas administrativas em hospital público, identificou os princípios colidentes no caso concreto:

Tal como pode enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da presente causa (**Pet 1.246/SC**), **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável **a todos** assegurado

pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*”, e art. 196) – **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo**, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica **impõem, ao julgador, uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito inalienável à vida e à saúde humanas”(grifos no original)

Todavia, nem sempre a ponderação de princípios ocorria explicitamente ou, ainda que mencionada, nem sempre se aperfeiçoava analiticamente, com exame de cada uma de suas máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de acordo com a lição de Alexy. Assim é que apenas no julgamento da ADPF 186/DF (ações afirmativas) é que se detectou o referido manejo analítico, no voto da Min. Rosa Weber, com exame, sob o prisma das três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, das medidas tomadas por universidade pública para reserva de vagas com base em critério étnico. Conquanto extensa, vale a transcrição dos principais trechos dessa fundamentação:

Cabem, ainda, mais algumas rápidas considerações para mostrar a constitucionalidade da política de cotas como forma de ação afirmativa nas universidades brasileiras. Primeiramente, considero, Sr. Presidente, que o modelo não fere o princípio da proporcionalidade. O fato de uma política pública correr o risco de não ser eficaz não é razão para considerá-la, *prima facie*, inadequada. Qualquer política pública corre o risco de fracassar. Só o seu fracasso efetivo pode ser causa da sua qualificação como inadequada [...]

Também não vislumbro violação do subprincípio da necessidade. Sem dúvida que o investimento na educação básica é essencial e há de ser estimulado, mas inolvidável que exige tempo para surtir efeitos. Já a política de cotas é imediata e temporária, tendendo a desaparecer na medida em que as desigualdades sociais diminuem.

Com relação à ponderação de valores, também não socorre, a meu juízo, os que defendem a posição contrária às cotas. Não há um desequilíbrio favorável à sua inconstitucionalidade no cotejo com as razões que sustentam a sua constitucionalidade. Como já ressaltado, faz parte do papel do Estado a correção de desigualdades concretas para que a presunção de igual tratamento possa se legitimar. O sistema de cotas objetiva oportunizar maior acesso dos negros às universidades brasileiras, com vista a equilíbrio nas oportunidades sociais. Assim, as razões se inclinam pela manutenção do sistema, enquanto critério concreto e temporário de tratamento desigual para a realização de igualdade material que levará à justificação da presunção geral de igualdade.

2. Precedentes de Súmulas Vinculantes

2.1. Incerteza a respeito das premissas

Passa-se agora a relatar as observações atinentes à eventual incerteza sobre as premissas nos precedentes das súmulas vinculantes. Em anexo, segue tabulação cruzada com as totalizações dos mesmos parâmetros elencados anteriormente: incerteza a respeito de premissas normativas e/ou empíricas; manejo da máxima da proporcionalidade; tipos de argumentos utilizados (APÊNDICE C).

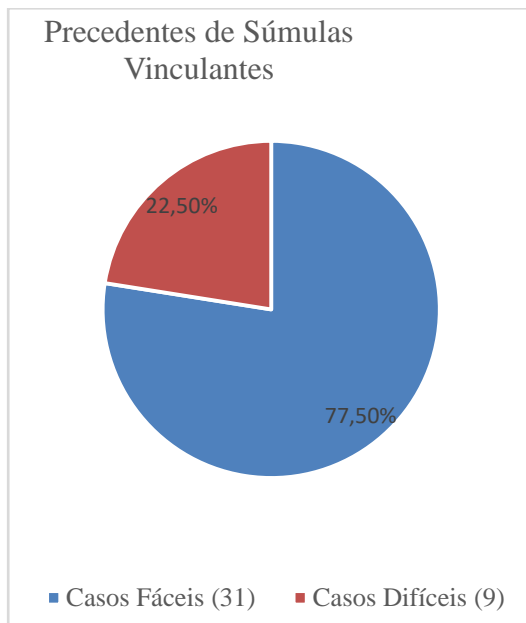
Nesse terreno, a expectativa é encontrar, primordialmente, possíveis casos de narrativas alternativas sob o prisma normativo, considerando que as súmulas vinculantes estão vocacionadas a dirimir questões sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (art. 103-A, § 1º da CF/88).

Recorde-se que a incerteza sobre premissas é uma questão de grau. Assim é que se fala em casos mais difíceis que outros. Mas o *hard case* propriamente dito ocorre quando as narrativas concorrentes apresentam grau aproximado de credibilidade. E essa credibilidade, segundo se vislumbra, deve ser aferida sob o prisma da argumentação dogmática.

Como já se ressaltou linhas atrás, boa parte do “controle de consistência” da argumentação jurídica está cometida à argumentação dogmática, isto é, a ela compete o exame da compatibilidade dos argumentos com os requisitos de unidade e coerência com o ordenamento jurídico. Então, havendo argumentação dogmática idônea, determinada narrativa para a solução de um caso assumirá ares de candidata a ser ao final abraçada pela Corte e, se houver mais de uma narrativa com esse perfil, pode-se dizer que a Corte estará diante de um caso difícil.

Enfim, esse foi o prisma escolhido para tentar conferir um mínimo de objetividade à seleção de súmulas vinculantes que estampariam efetivamente casos difíceis. E, sob esse ângulo, detectou-se que muitas das súmulas examinadas nele não se encaixaram. Com efeito, analisadas as Súmulas Vinculantes nº 17 a 56, e já excluídas aquelas que simplesmente refletiam entendimentos vazados em súmulas persuasivas anteriores, configuraram efetivamente casos de incerteza a respeito de premissas normativas os precedentes vinculados aos seguintes verbetes, pelo critério adotado neste trabalho:

- nº 18 (inelegibilidade relativa mesmo após a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal);
- nº 21 (inconstitucionalidade do depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo);
- nº 24 (consumação do crime tributário de sonegação de impostos);
- nº 25 (ilicitude da prisão civil do depositário infiel);
- nº 26 (progressão de regime nos crimes hediondos);
- nº 29 (parcial identidade de elementos na base de cálculo de taxa e imposto);
- nº 31 (não incidência do ISSQN sobre operações de bens móveis);
- nº 32 (não incidência do ICMS sobre alienação de salvados de sinistros);
- e nº 56 (efeitos da inexistência de estabelecimento penal adequado para o regime prisional).



Justifiquem-se, então, um a um, os motivos que levaram à seleção dos chamados casos difíceis.

Súmula Vinculante nº 18

“A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal”

Aprovada em sessão plenária de 29/10/2009.

Para iniciar, o precedente da Súmula Vinculante nº 18 tratou da interpretação do parágrafo 7º do art. 14 da Constituição Federal – inelegibilidade relativa em razão de laço familiar (RE 568.596/MG). A questão que se pôs foi a seguinte: a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal afastaria a inelegibilidade ali prevista? A base para o questionamento foi a frequente prática de separações fraudulentas de agentes políticos, de modo a contornar a vedação constitucional. O Tribunal acabou produzindo uma interpretação ampliativa do dispositivo para fazer alcançar a inelegibilidade também nesses casos, com base no argumento teleológico, de modo a preservar a finalidade da norma. A hipótese rival, todavia, estampada no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, produziu argumentos dogmáticos de respeito: o vício de vontade (no caso, as separações judiciais) sempre há de ser provado; as normas restritivas de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente.

Súmula Vinculante nº 21

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

Aprovada em sessão plenária de 29/10/2009.

Sete precedentes do Pleno do STF estão relacionados à edição da Súmula Vinculante nº 21: RE 388.359/PE, RE 389.383/SP, RE 390.513/SP e ADI 1976/DF, todos julgados no mesmo dia, 28 de março de 2007; AI 398.933/RJ e AI 408.914/RJ, de 02 de abril de 2007; e o AI 698.626/SP, julgado em 02 de outubro de 2008. Na verdade, os agravos de instrumento simplesmente se reportaram aos precedentes julgados em março de 2007. De todo modo, até então não se avistava inconstitucionalidade nos dispositivos legais que previam a exigência de depósito ou arrolamento de bens para viabilizar recursos administrativos. O fundamento era o fato de que, com essa exigência, não restava vulnerado em momento algum o direito de buscar a tutela judicial. Ou seja, o prejudicado não estava obrigado a esgotar previamente a instância administrativa para, só então, pleitear o que entendesse de direito judicialmente (ADI 1922/DF-MC). A partir dos precedentes mencionados, a Corte mudou o seu entendimento, com base em extensa e variada argumentação. A própria revisão de

entendimento, por si só, já seria indicadora da presença de incerteza a respeito de premissa normativa.

Súmula Vinculante nº 24

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Aprovada em sessão plenária de 02/12/2009.

A Súmula Vinculante nº 24, por sua vez, apresenta dois precedentes do plenário – HC 81.611/DF e HC 85.185/SP. Todavia, somente no HC 81.611/DF foi aduzida fundamentação relevante. O HC 85.185/SP praticamente se limitou a se reportar ao precedente do HC 81.611/DF. A questão aqui versada dizia respeito à configuração do tipo penal inscrito no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, genericamente conhecido como “sonegação fiscal”. O entendimento que prevaleceu foi no sentido de que a denúncia somente poderia ser oferecida após o lançamento definitivo do tributo. À minoria, contudo, composta pelos ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Marco Aurélio, preocupava a possível superveniência de prescrição penal, caso sobrestada indefinidamente a possibilidade de oferta de denúncia. Também se fundamentava no tradicional princípio jurídico da obrigatoriedade da ação penal pública⁴⁹. A posição minoritária estava, portanto, solidamente ancorada em fundamentos dogmáticos e legais. Colocou-se perante a Corte, então, um problema de *interpretação* da norma penal à luz da Constituição.

Súmula Vinculante nº 25

“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Aprovada em sessão plenária de 16/12/2009.

Os precedentes de plenário da Súmula Vinculante nº 25 (HC 87.585/TO, RE 349.703/RS, RE 466.343/SP e RE 562.051/MT, todos julgados em dezembro de 2008), a exemplo do que foi dito sobre a Súmula Vinculante nº 21, também representaram uma inflexão na jurisprudência da Corte sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Registre-se que o RE 562.051/MT simplesmente reconheceu a repercussão geral e em nada acrescentou ao debate. Após esses julgamentos, passou-se a considerar ilícita a prisão, seja qual for a

⁴⁹ Art. 24 do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”

modalidade do depósito, retirando eficácia a explícito dispositivo do texto constitucional - art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988. Aqui, também, fez-se presente um problema de *interpretação*, em que se discutiu o *alcance* do dispositivo constitucional.

Súmula Vinculante nº 26

“Para efeito de progressão no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Aprovada em sessão plenária de 16/12/2009.

Quatro precedentes do Pleno estão vinculados à Súmula Vinculante nº 26, mas apenas o HC 82.959/SP é o *leading case*. Também aqui o julgamento implicou uma revisão do entendimento da Corte sobre a individualização da pena nos crimes hediondos, inclusive quanto à possibilidade de realização do exame criminológico para tanto. Superou-se, assim, o entendimento estampado no HC 69.657/SP. Estavam em jogo interpretações opostas sobre o momento da individualização da pena: apenas no momento da fixação da pena em abstrato ou, também, no momento da execução da pena? Prevaleceu a última opção.

Súmula Vinculante nº 29

“É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra”.

Aprovada em sessão plenária de 03/02/2010.

É outro caso de revisão do entendimento do STF, a partir de quatro precedentes: RE 177.835/PE, julgado em abril de 1999; RE 232.393/SP e RE 220.316/MG, julgados em agosto de 1999; e o RE 576.321/SP, julgado em dezembro de 2008. O fato de que esses julgamentos representaram também uma mudança na jurisprudência da Corte, bem como a persistência de votos divergentes ao longo do tempo já seriam indicativos da incerteza sobre premissas normativas. Mas não tanto quanto as razões suficientemente fundamentadas em sentido contrário ao entendimento que ao final prevaleceu. O debate entre os ministros do STF desenrolou-se em torno da *validade* de taxas cobradas por autarquias federais ou municípios,

notadamente face ao disposto em norma constitucional⁵⁰. Também houve polêmica no tocante à dificuldade de relacionar determinados elementos da base de cálculo (por exemplo, área ocupada pelo estabelecimento para cálculo da taxa de fiscalização, localização e funcionamento de estabelecimentos; ou o patrimônio líquido de corretoras para apurar a taxa de fiscalização da CVM) ao custo efetivo do serviço. Perguntavam-se alguns integrantes do voto minoritário: qual a racionalidade desse procedimento?

Súmula Vinculante nº 31

“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Aprovada em sessão plenária de 04/02/2010.

Também o julgamento do RE 116.121/SP refletiu mudança na jurisprudência do STF. Além disso, o julgamento protraiu-se no tempo por dez anos e teve, até, relator designado para o acórdão – relator originário e mais quatro ministros restaram vencidos. De todo modo, a controvérsia instalou-se a propósito da *constitucionalidade* de determinado item da lista de serviços anexa ao DL 406/68 (“locação de bens móveis”). Problema de relevância, pois. A hipótese ao final vencida apoiou-se em princípios e conceitos tradicionais no discurso jurídico. O Min. Ilmar Galvão, por exemplo, aduziu argumentação dogmática sobre o contrato de locação de bem móvel (“manter um guindaste em funcionamento envolve serviço de manutenção [...] que implica prestação de serviço”) e, também, econômica (“o que se pretende é a isenção de tributos sobre uma das atividades econômicas certamente das mais lucrativas”). Prevaleceu, todavia, a corrente que pugnou pela diferenciação mais rígida entre o contrato de locação e a prestação de serviços.

Súmula Vinculante nº 32

“O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras”.

Aprovada em sessão plenária de 16/02/2011.

Quatro precedentes estão relacionados à edição da Súmula Vinculante nº 32: ADI 1332/RJ, ADI 1390/SP, julgados em dezembro de 1995; e RE 588.149/SP e ADI 1648/MG, julgados em fevereiro de 2011. A ADI 1332/RJ e a ADI 1390/SP eram ações cautelares e não se aprofundaram sobre o mérito. Analisaram-se, portanto, as ações julgadas em 2011. Não

⁵⁰ Art. 145, § 2º da CF/88: “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

houve propriamente uma mudança no entendimento do STF, pois a Súmula persuasiva nº 541 já tratava de assunto semelhante, tendo por objeto, porém, o antigo imposto sobre vendas e consignações. A tese central, que vigorou ao longo de quase vinte anos, é que o imposto sobre alienação de mercadorias não deve incidir sobre operações acessórias, tais como alienação pelas seguradoras de veículos com perda total. O problema é que, como se demonstrou nos julgamentos, tais operações são habituais e realizadas em volume bastante expressivo. A tese contrária gozava, então, de bons argumentos empíricos a seu favor.

Súmula Vinculante nº 56

“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

Aprovada em sessão plenária de 29/06/2016.

Como se vê, é súmula com um único precedente. Como bem salientou o Min. Teori Zavascki, nessa oportunidade o Tribunal debruçou-se sobre uma questão de omissão legislativa: “A lei não dispõe expressamente sobre esta situação de fato: o que fazer se não existem vagas? Isso é um fato”. Essa intervenção, por si só, já é reveladora da incerteza a respeito da premissa normativa a ser aplicada (problema de relevância). A Corte tratou, então, de suprir a referida omissão e fixou parâmetros a serem observados judicialmente.

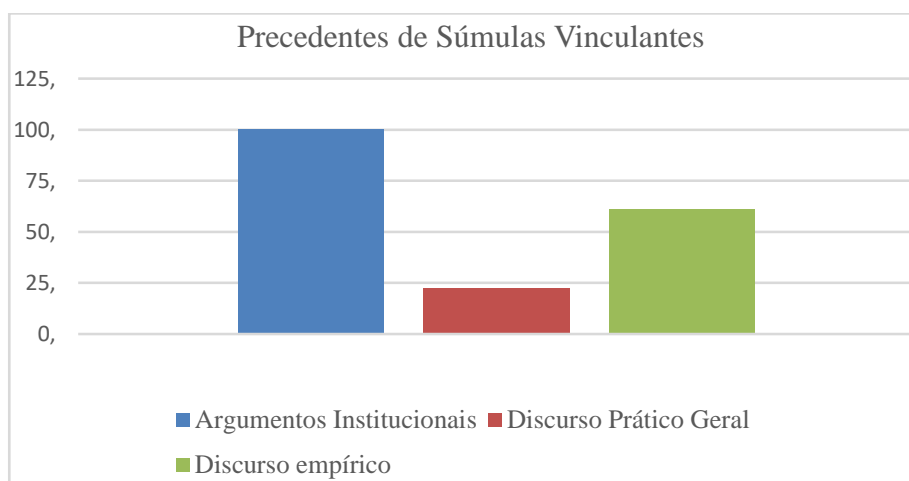
2.2. O esforço argumentativo

A tabulação cruzada levou em consideração os dados obtidos nos fichamentos de 18 (dezoito) precedentes de súmulas vinculantes (APÊNDICE C), assim distribuídos:

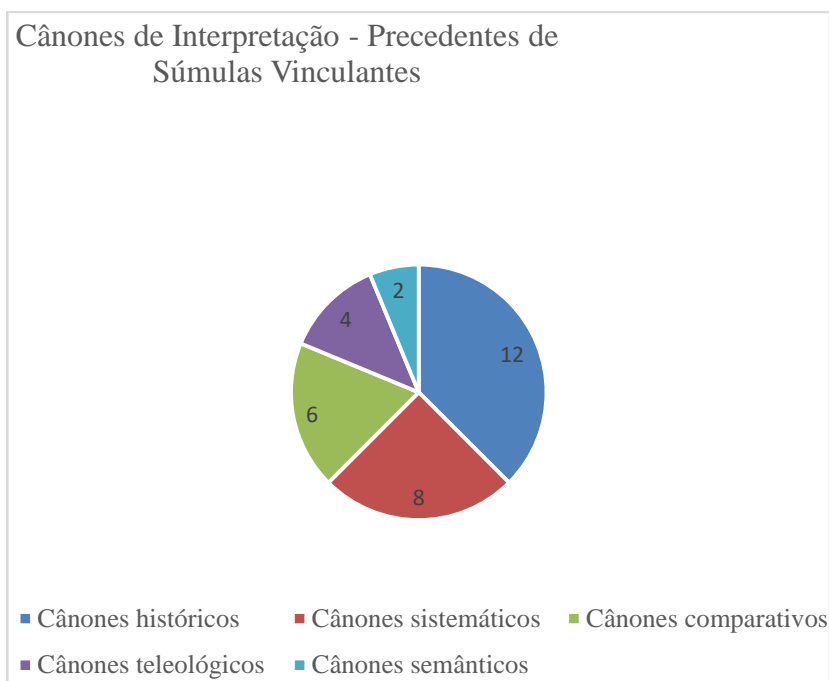
- Súmula Vinculante nº 18: RE 568.596/MG
- Súmula Vinculante nº 21: RE 388.359/PE, RE 389.383/SP; RE 390.513/SP e ADI 1976 (os outros precedentes – agravos de instrumento – àqueles simplesmente se reportavam)
- Súmula Vinculante nº 24: HC 81.611/DF (o outro precedente a ele se reportava)

- Súmula Vinculante nº 25: HC 87.585/TO, RE 349.703/RS, RE 466.343/SP (O RE 562.051/MT simplesmente reconheceu a repercussão geral)
- Súmula Vinculante nº 26: HC 82.959/SP (*leading case*)
- Súmula Vinculante nº 29: RE 177.835/PE, RE 232.393/SP, RE 220.316/MG e RE 576.321/SP
- Súmula Vinculante nº 31: RE 116.121/SP
- Súmula Vinculante nº 32: RE 588.149/SP e ADI 1648/MG (os outros precedentes eram ações cautelares)
- Súmula Vinculante nº 56: RE 641.320/RS

Passa-se a relatar os resultados verificados.



De plano, é de se ressaltar que, a exemplo do que já se detectara na tabulação cruzada dos processos com audiência pública, a argumentação contida na grande maioria dos julgados de precedentes das súmulas vinculantes é constituída majoritariamente pelo discurso jurídico – cânones de interpretação, precedentes, dogmática. Veja-se, por exemplo, que os cânones de interpretação em seu conjunto alcançaram mais da metade dos julgados – 77,78% (setenta e sete inteiros, setenta e oito centésimos pontos percentuais). Desse total, os mais frequentes foram, em ordem decrescente, os cânones históricos (doze registros), sistemáticos (oito registros), comparativos (seis registros), teleológicos (quatro registros) e semânticos (dois registros). Não se detectou utilização de argumentos genéticos nos precedentes examinados.



Não espanta, aliás, o frequente uso de argumentos de direito comparado por uma Corte que se vê frente a problemas inéditos a exigirem novas soluções. A experiência internacional pode, com efeito, trazer relevantes contribuições. É o que se verificou, por exemplo, nas extensas considerações do Min. Gilmar Mendes, na relatoria do RE 641.320/RS, a respeito da experiência italiana, espanhola e americana sobre decisões manipulativas com efeitos aditivos, para justificar a fixação de parâmetros a serem observados pelos juízes da execução penal, quando se deparam com a situação de ausência de estabelecimentos penais adequados. Também no julgamento do RE 466.343/SP, a respeito da constitucionalidade de normas que previam a prisão civil do depositário infiel, em que o Ministro Gilmar Mendes traçou um breve panorama a propósito do *status* conferido por diversos países latino-americanos aos tratados internacionais de direitos humanos.

Também não é de admirar a constância na menção a argumentos sistemáticos nos precedentes examinados. Afinal, o que se espera mesmo de uma Corte Constitucional é que, primordialmente, faça um exame de compatibilidade do ordenamento com a Constituição. Todavia, pelo menos em um caso o argumento sistemático acabou ganhando uma relevância especial. No julgamento do HC 87.585/TO, discutia-se a respeito da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A Constituição, por sua vez, excepcionava (e, pelo menos textualmente, ainda excepciona) a prisão do depositário infiel, a par do devedor de alimentos,

como um dos casos não vedados de prisão civil. O STF, entretanto, nesse julgamento tratou de analisar as relações lógicas entre normas a partir da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro, debatendo se se cuidava de tratado de direitos humanos com *status* de norma constitucional (posição de Celso de Mello) ou de tratado com *status* supralegal (posição de Gilmar Mendes), bem como as respectivas consequências. Um debate, portanto, a respeito da posição ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Os argumentos dogmáticos foram abundantes nos precedentes das súmulas vinculantes – todos os julgados continham alguma menção a eles. A Súmula Vinculante nº 24, por exemplo, discutiu a tormentosa questão do momento da consumação do crime material contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, incisos I a IV da Lei nº 8.137/90 (mais conhecido como sonegação fiscal). Os ministros do STF dividiram-se em torno de questões como as diferenças entre crime formal e crime material, natureza do lançamento tributário, condições objetivas de punibilidade etc. Questões que versaram conceitos tipicamente jurídicos, portanto. Do mesmo modo, nos precedentes da Súmula Vinculante nº 25, que consagrou a tese da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, houve extensas considerações sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, mutação constitucional, contrato de depósito, conceito de Estado Constitucional Cooperativo (Häberle), alienação fiduciária etc. No debate instaurado a propósito do conteúdo da Súmula Vinculante nº 31, os ministros divergiram a respeito da repercussão tributária de locações de coisas e prestação de serviço. E, nos precedentes da Súmula Vinculante nº 32, houve acirrada divergência sobre a natureza jurídica da alienação dos salvados de sinistros: trata-se, ou não, de mercadoria? Estariam as seguradoras, nesses casos, atuando como comerciantes “de fato”? Sobre o tema, assim se manifestou o Min. Ricardo Lewandowski, numa conjugação não tão incomum de argumento dogmático com argumento empírico:

As seguradoras, embora não sejam, a rigor, comerciantes, no sentido estrito da palavra, ao venderem salvados realizam uma operação tipicamente comercial [...] Isso porque essa operação [...] reveste-se de habitualidade – aliás, a digna representante da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo demonstrou, com base no site da própria SUSEP, que são vendidos por ano mais de cento e vinte mil veículos salvados de sinistro (página 167 do acórdão do RE 588.149/SP, de 2011).

Ao que aduziu o Min. Joaquim Barbosa, em reforço da argumentação do colega:

Todos os elementos da definição constitucional de circulação de mercadorias estão presentes nas vendas de salvados: habitualidade (organização profissional dos meios de produção e consumo), intuito lucrativo e transferência da propriedade móvel (página 169 do mesmo acórdão).

Essa, entretanto, não foi a tese vencedora. Para rebatê-la, o Min. Cezar Peluso, por exemplo, utilizou outro conceito jurídico - o de consumidor, como destinatário final de produtos e serviços:

A operação que dá ensejo à circulação é, no dizer de Aliomar Baleeiro, todo negócio jurídico que transfere a mercadoria desde o produtor até o consumidor final. O bem salvado de sinistro já não integra a cadeia produtiva, cujo último elo foi a venda ao consumidor final, e que se encerrou definitivamente com o sinistro (página 158 do RE 588.149/SP)

A discussão não era nova. Já em 1995, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio divergiam sobre a natureza da operação de alienação de salvados pelas seguradoras: para o primeiro, "...ao repor em circulação sucatas de veículos sinistrados...exerce atividade de natureza comercial" (p.240); para o segundo, a venda de salvados integraria o mecanismo do contrato de seguro, cuja renda já é tributada pela União. Veja-se, portanto, que o debate dogmático perdurou por quase vinte anos na Corte, embora não houvesse discrepância a respeito das circunstâncias que envolviam o fato. Típico problema de qualificação jurídica do fato já provado.

Abundantes, também, foram os registros de menção a precedentes nos julgados analisados. Em todos os casos, os ministros fizeram alguma referência a precedentes, em geral a título de reforço da argumentação principal – cânones de interpretação ou argumentos dogmáticos. Mas, em alguns casos, tratava-se de promover *distinguishing* ou *overruling* em relação à jurisprudência até então praticada pela Corte. No julgamento do RE 568.596/MG, que tratou da inelegibilidade mesmo presente uma separação judicial ou um divórcio, o Min. Ricardo Lewandowski preocupou-se em afiançar a diferença de tratamento em relação àquele

que fora dispensado no julgamento do RE 446.999/PE⁵¹, ressaltando que, neste último, cuidava-se de separação de fato.

Mais fartos, dentre os precedentes analisados, foram aqueles que se caracterizaram por uma "virada" na jurisprudência até então observada. É o caso dos precedentes da Súmula Vinculante nº 21, que passaram a vislumbrar inconstitucionalidade nas exigências de realização de depósito prévio para o processamento de recursos administrativos; da Súmula Vinculante nº 25, que decretaram a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em qualquer de suas modalidades; ou da Súmula Vinculante nº 26, que repudiaram a vedação à progressão de regime no cumprimento da pena, mesmo em se tratando de crimes hediondos.

Embora não tão assíduos como nos processos com audiência pública, os argumentos empíricos compareceram com frequência razoável nos precedentes das súmulas vinculantes – onze registros entre dezoito. De maneira geral, os argumentos empíricos desempenharam um papel de suporte em relação a outros tipos de argumentos. Relembre-se aqui a argumentação do Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 588.149/SP, linhas atrás mencionada. Mas, em pelo menos um caso, a argumentação empírica desempenhou um papel decisivo. Na PSV nº 36, em que se aprovou a Súmula Vinculante nº 18, as práticas costumeiras de forjar desfazimento de vínculos matrimoniais como forma de contornar a inelegibilidade reflexa do parágrafo sétimo do art. 14 da Constituição foram explicitamente lembradas como razão de decidir:

...as sociedades conjugais – ou, pelo menos, não raras vezes – são desfeitas em certos contextos político-eleitorais muito mais no plano do Direito do que no plano dos fatos. Como dizia Camões: há um saber que é exclusivamente feito de experiência. **E a nossa jurisprudência, daqui do Supremo e do TSE, homenageia o empirismo**, os dados empíricos observados em certos processos eleitorais (Min. Carlos Britto, página 21 da PSV 36, grifo nosso).

Não se pode dizer que o recurso aos argumentos do discurso prático geral tenha sido frequente entre os precedentes das súmulas vinculantes. Detectou-se que o argumento moral foi utilizado em um julgado, enquanto os argumentos pragmáticos (aqueles que levam em consideração as consequências de uma alternativa ou outra) foram localizados em três

⁵¹ "Havendo a sentença reconhecido a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família" (RE 446.999/PE).

julgados. No todo, os argumentos do discurso prático geral foram utilizados em 22,22% (vinte e dois inteiros, vinte e dois centésimos pontos percentuais) dos julgados.

O exemplo de uso do argumento moral pode ser encontrado no julgamento do RE 641.320/RS, que é o único precedente da Súmula Vinculante nº 56 (cumprimento da pena em regime integralmente fechado, na inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao regime imposto na pena). Na página 18 do acórdão, o relator afirma que “Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada” e que, por isso, “condenados não se tornam simples objetos de direito”.

A proposta de súmula vinculante nº 57, que está conectada à origem da Súmula Vinculante nº 56, apresenta um exemplo de argumento pragmático não propriamente em favor da decisão que ao final imperou, mas em prol de um certo cuidado a ser tomado na sua edição. Isso ocorreu quando o Min. Gilmar Mendes externou a sua preocupação no sentido de que parte da população viesse a pensar que “estaríamos liberando pessoas das reprimendas, porque temos que saber que o regime semiaberto é regime, também, de prisão, de limitação à liberdade” (p.17 da PSV 57). Com efeito, sabe-se que, em parcela significativa da opinião pública grassa um certo ponto de vista favorável ao tratamento mais rigoroso em relação aos infratores. A preocupação do ministro, então, era no sentido de afastar qualquer impressão de que o STF estaria “abrindo as portas das prisões”. Para obviar essa percepção é que o mesmo ministro Gilmar Mendes propôs a adoção de “uma solução de caráter aditivo, normativo – talvez envolvendo o CNJ, o CNMP – para enfrentar o problema da falta de vagas” (p.16-17 da PSV 57) – tese que acabou prevalecendo na redação final da súmula (“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”).

Há outro exemplo de argumento pragmático, ou consequencialista, que foi utilizado não para embasar a tese vencedora, mas sim a minoritária. No julgamento do HC 81.611/DF, que é considerado o *leading case* da Súmula Vinculante nº 24 (tipificação de crime material contra a ordem tributária), a Ministra Ellen Gracie, abrindo a divergência, passou a elencar as consequências fáticas e jurídicas perniciosas que adviriam caso prevalecesse a tese contrária – por exemplo, a subordinação do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, à burocracia da Administração Fazendária ou a possibilidade do manejo da impugnação nos autos de infração como instrumento de postergação do direito de punir estatal (página 150/151 do acórdão).

Outro exemplo de argumento pragmático esgrimido pelo voto minoritário foi aquele externado pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do RE 349.703/RS (Súmula Vinculante nº 25), a propósito da cogitada inconstitucionalidade da prisão civil para o depositário infiel: “sem a prisão civil o instituto da alienação fiduciária se enfraquece extremamente” (página 696 do acórdão). Àquela altura, o ministro expressava o entendimento até então dominante na Corte.

Todavia, em outros precedentes da mesma Súmula Vinculante nº 25, um argumento consequencialista foi utilizado para justificar não exatamente a tese jurídica consagrada no verbete, mas sim um dos seus fundamentos. Relembre-se o caso: no julgamento do HC 87.585/TO e do RE 466.343/SP, dividiram-se os ministros entre a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a tese da recepção de tais tratados com *status* de norma constitucional. Advertiu, então, o Min. Gilmar Mendes que, acaso adotado este último fundamento, aberta estaria a porta para a “atomização” das normas constitucionais, com prejuízo para a fixação de parâmetros de controle e conseqüente insegurança jurídica (página 305 do HC 87.585/TO); e que a referida tese poderia dar azo a uma verdadeira “Babel” em sede de controle abstrato de constitucionalidade (página 1309 do RE 466.343/SP).

Em favor da tese majoritária foi o argumento pragmático utilizado no julgamento do HC 82.959/SP, *leading case* da Súmula Vinculante nº 26. Ali se discutiu a constitucionalidade do regime integral da pena para os condenados por crimes hediondos. Em seu voto, o Min. Marco Aurélio, reportando fundamento anteriormente por ele lançado no HC 69.657/SP, anotou: “O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social...” (página 515 do acórdão). Nesse passo, o ministro expressou sua preocupação com as *consequências* da norma sob julgamento.

Não se pode dizer, portanto, que os argumentos do discurso prático geral tenham sido decisivos para o julgamento dos precedentes ora elencados como casos difíceis. Exceção seja feita, porém, ao julgamento dos precedentes da Súmula Vinculante nº 29, que discutiram a adoção, na base de cálculo da taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo de imposto. Estiveram *sub judice* taxas municipais e estaduais que se prestariam a remunerar serviços públicos diversos, como a prestação jurisdicional (taxa judiciária), a fiscalização de corretoras de valores (taxa da CVM), a fiscalização em estabelecimentos comerciais ou a coleta do lixo. Como denominador comum a todos os casos estava a dificuldade de encontrar um critério de quantificação razoável. Alguns desses exemplos já foram objeto de comentário linhas atrás:

área construída ou ocupada do imóvel como critério para a base de cálculo da taxa de fiscalização de estabelecimentos comerciais ou da taxa de coleta de lixo domiciliar. A resposta a esse questionamento acabou envolvendo uma conjugação de elemento do discurso empírico com argumento do discurso prático: o que ordinariamente ocorre (presunção de que imóveis maiores produzem mais lixo, por exemplo) com a falta de outro critério melhor, ou mais conveniente. Foi o que expressou o Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 232.393/SP:

Já acentuei, em outras oportunidades, que o problema da dimensão da taxa, em numerosas hipóteses, enfrenta a impossibilidade da exata dosimetria individual do custo do serviço; por isso, será válida, desde que o índice corresponda àquilo que normalmente ocorre: na espécie, se, conforme a generalidade dos casos, a maior área construída corresponderá maior produção de lixo, e consequentemente, maior custo do serviço, a taxa é constitucional”(página 491 do acórdão).

Em apenas duas oportunidades, detectou-se que foram utilizadas formas especiais de argumentos jurídicos: no julgamento do RE 116.121/SP (precedente da Súmula Vinculante nº 31) e do RE 390.513/SP (precedente da Súmula Vinculante nº 21). O primeiro desses julgados tratou da constitucionalidade da incidência do ISSQN sobre operações de bens móveis. Prevaleceu a tese jurídica de que seria inconstitucional tal cobrança na locação de guindastes. Um dos votos minoritários, todavia, ressaltou o absurdo da tese vencedora: “...não sendo prestação de serviço, muito menos será circulação de mercadoria. Assim, não serve de base a nenhum dos tributos previstos na Constituição...” (Min. Ilmar Galvão, página 714). Já no julgamento do RE 390.513/SP cuidava-se de manejar o argumento *a fortiori* em reforço da tese vencedora, a propósito da exigência de caução ou depósito para o processamento de recursos administrativos: “se a Constituição não permite o menos, que seria a cobrança de taxas [nota: pelo exercício do direito de petição, art. 5º, inciso XXXIV, *a* da CF/88]...*a fortiori* não pode a lei autorizar o mais, isto é, a exigência de caução ou depósito prévio” (Min. Cezar Peluso, p.1711). Em ambas as situações, o *conteúdo* das fórmulas teve caráter jurídico, mais precisamente, tratava-se de argumentos sistemáticos, isto é, baseados na compatibilidade com o sistema jurídico como um todo.

Por fim, a ponderação de princípios: de forma analítica, isto é, com referência às máximas parciais, em sete processos houve o manejo pela Corte - quase quarenta por cento dos julgados analisados. No julgamento do RE 349.703/RS, o Min. Gilmar Mendes, ao sopesar a liberdade individual do devedor-fiduciante com o direito de crédito e de propriedade

do credor-fiduciário, concluiu pela desnecessidade da prisão civil do devedor, em vista da existência de meio processual menos gravoso (página 735 e seguintes do acórdão).

Também de forma analítica, pode-se encontrar registro da máxima da proporcionalidade no julgamento dos precedentes da Súmula Vinculante nº 21: mais de um ministro fez referência ao fato de que a exigência do depósito prévio, como pressuposto de admissibilidade dos recursos administrativos, não passava pelo teste da proporcionalidade (RE 388.359/PE e RE 389.383/SP, por exemplo), pois implicava um desnecessário ônus para o exercício de um direito fundamental - o direito de petição.

CONCLUSÕES

O presente trabalho colocou-se frente a uma constatação: há certa imprecisão analítico-conceitual e normativa em relação aos chamados *hard cases* ou casos difíceis. Por consequência, da imprecisão analítico-conceitual deriva a dificuldade de encontrar critérios para identificação desse tipo de caso na prática forense, bem como para avaliar a qualidade dos pronunciamentos judiciais que os solucionam.

Viu-se que a dogmática majoritária efetivamente vislumbra que existem casos difíceis, em contraposição a casos fáceis. Verificou-se, ainda, que, tradicionalmente, *hard cases* são identificados com situações em que o chamado discurso jurídico se apresenta insuficiente para a solução do caso posto a desate. Nessa linha, Dworkin afirma que, nos *hard cases*, não há leis ou precedentes que regulem a matéria. Para Alexy, são situações em que o julgador ou intérprete necessita buscar recursos no discurso prático geral. Para outros, casos difíceis decorrem de problemas de interpretação, relevância, prova ou qualificação (MacCormick), os quais poderiam ser resumidos em casos de incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas (Atienza).

Dir-se-á que se trata de mera questão terminológica. Não é o ponto de vista aqui adotado. Afinal, reconhecida a existência de casos difíceis, afigura-se útil tentar contribuir para o debate, em direção a uma maior precisão em torno do conceito. Nessa linha, avista-se que os tradicionais conceitos que giram em torno da insuficiência do discurso jurídico apresentam alguns problemas.

O primeiro problema detectado diz respeito a toda uma gama de casos em que o decisivo é a incerteza a respeito das premissas empíricas, seja porque impera dúvida a propósito do material fático coletado ou por coletar, nos autos; seja porque há dúvida quanto à qualificação jurídica dos fatos provados. Nesses dois casos, há material autoritativo (leis ou precedentes). Por outro lado, o intérprete ou julgador não precisará necessariamente recorrer ao discurso prático geral para resolvê-los.

O segundo problema verificado relaciona-se com situações em que o material autoritativo (leis ou precedentes) existe, mas está completamente desatualizado de acordo com a tábua de valores em vigor à época do julgamento. A solução aqui normalmente passará pela inserção de uma cláusula de exceção.

O terceiro problema está relacionado a uma constatação fática. Casos há em que, não obstante haja consenso de que se trata de *hard cases*, a solução se dá dentro dos limites do

discurso jurídico. Nem sempre o julgador ou intérprete precisará lançar mão de argumentos do discurso prático geral ou do discurso empírico. Foi o que se observou na parte empírica deste trabalho.

Por fim, o quarto e decisivo problema do conceito tradicional de caso difícil é que ele, o problema, induz naquele que se debruça sobre o tema a impressão de que se trata de uma hipótese de “tudo ou nada”. Ou há leis e precedentes regulando a matéria ou não há. Viu-se, porém, que a dificuldade de um caso a isso não pode se resumir. Os conceitos tradicionais, portanto, não captam a essência do fenômeno. Como visto, a dificuldade da justificação judicial de um caso é, antes de tudo, uma questão de grau, sem que, com isso, se afirme que se trata de uma questão subjetiva.

Por tal motivo é que se avistou mais completo o conceito de “caso difícil” apresentado por MacCormick e por Atienza: são casos em que vigora incerteza a respeito de premissas normativas e/ou empíricas. A incerteza das premissas normativas decorre de problemas de interpretação ou de relevância; a incerteza a propósito das premissas empíricas, de problemas de prova ou de qualificação jurídica.

Dado que se afigura relevante identificar casos difíceis na prática judicial (porque, a depender da resposta, entrarão em cena recomendações específicas de justificação), como estabelecer critérios objetivos para tanto no âmbito da teoria da argumentação? Aqui entra em cena outra contribuição teórica de MacCormick: a coerência normativa e a coerência narrativa. Por coerência normativa, entenda-se a conformidade de certas proposições do discurso jurídico com determinado ordenamento. Já a coerência narrativa “se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas” (MACCORMICK, 2008, p.247).

Tal qual a coerência normativa ou narrativa, a incerteza a respeito das premissas é uma questão de grau e, por isso, “*there is no clear dividing line between clear cases and hard cases*”⁵²(MACCORMICK, 2003, p.197). Entre possibilidades discursivas alternativas em determinado julgamento, haverá algumas com maior ou menor coerência, normativa ou narrativa. Haverá outras que serão equivalentes. Estes são os casos mais difíceis. Com isso, não se afirma que a identificação de casos difíceis seja uma questão subjetiva. Quer-se dizer simplesmente que há casos nitidamente fáceis e há casos nitidamente difíceis: no meio, ergue-

⁵² Tradução livre: “não há uma clara linha divisória entre casos fáceis e casos difíceis”.

se uma zona cinzenta de casos em relação aos quais o julgador ou intérprete poderá ter dúvidas.

Nessa linha, investiu-se em breve *excursus* no pantanoso terreno dos chamados *casos trágicos* e da correlata polémica a respeito da racionalidade possível. A conclusão foi no sentido de que casos trágicos representam uma espécie de caso difícil. Bem por isso, defende-se a ideia de que, sim, é sempre possível uma resposta “correta”, assim entendida aquela que é racionalmente fundamentada.

Esta é, portanto, a resposta à pergunta *retro* enunciada. Sim, existe critério que garante a maior objetividade possível para identificar *hard cases* e esse critério é a incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas, a qual, por sua vez, se expressa através da maior ou menor coerência normativa ou narrativa.

Imediatamente, vem à mente outra pergunta: mas, como avaliar essa coerência? No caso da coerência narrativa, será a razão teórica, as evidências científicas, as presunções, as máximas da experiência (“o que ordinariamente ocorre”). Em último caso, as regras que regem o ônus da prova. Com a coerência normativa, todavia, as coisas se passam de modo diferente. A resposta aqui preconizada coaduna-se com a proposta de Alexy: é a dogmática que vai realizar o controle da coerência normativa.

Estabelecidas as bases conceituais da matéria, tratou-se em seguida de tentar identificar parâmetros iniciais para avaliação da maneira como casos difíceis são julgados. Nessa ordem de ideias, duas perguntas fundamentais se colocam: *a)* é possível identificar critérios objetivos para a cogitada avaliação? *b)* caso positivo, quais seriam esses critérios?

O desafio foi procurar distinguir os elementos normativos, vale dizer, a proposta sobre o que o juiz deve fazer quando se depara com um caso difícil. Como o pressuposto deste trabalho se assenta nos marcos de uma razão prática que é discursiva, a resposta a essa pergunta só pode ser a busca por uma argumentação a mais racional possível. Tratou-se, então, de procurar um modelo básico. Diz-se modelo básico porque se está consciente da envergadura da tarefa e dos limites da presente pesquisa. Descobrir parâmetros de racionalidade de julgados revela-se projeto ambicioso. Afinal, vozes há que até questionam a viabilidade de tal projeto e, mesmo entre aqueles que o consideram factível, não há consenso sobre a maneira de avaliar dita racionalidade. A pretensão do presente trabalho somente poderia ser mesmo começar a dar alguns passos naquela direção. Com esse escopo, avistou-se fundamental lançar mão de recursos da teoria da argumentação jurídica e da teoria dos princípios, notadamente a tese do caso especial, a tipologia dos argumentos e o modelo da

ponderação dos princípios. Com efeito, a partir da tese do caso especial, foi possível vislumbrar um lugar para o discurso empírico e para os argumentos do discurso prático geral nas fundamentações judiciais. A tipologia dos argumentos, tal qual formulada por Alexy, com base no pensamento de Jürgen Habermas, possibilitou um ponto de partida para o escrutínio dos acórdãos. E, por fim, o modelo de ponderação de princípios, que viabilizou começar a entender o que se estava realmente decidindo. Chega-se a um modelo para avaliação do esforço argumentativo do julgador: variedade de tipos de argumentos, institucionais ou não institucionais; e manejo da máxima de proporcionalidade.

Tinha-se em mãos, portanto, um critério o mais objetivo possível de identificação de casos difíceis e um modelo inicial para aferição do esforço argumentativo. De posse desse instrumental, ainda que ciente de suas insuficiências, era possível sair para o trabalho de campo, a parte empírica da pesquisa.

Para esse efeito, reputa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelou-se terreno fértil para identificação e análise de casos difíceis. Cuidou-se, assim, de buscar “filtros” de pesquisa para coleta de casos com potencialidade de afinidade com o conceito preconizado. Elegeram-se, então, dois critérios: os processos em que houve designação e realização de audiências públicas, como possíveis casos de incerteza a respeito de premissas empíricas; e os precedentes das súmulas vinculantes, como candidatos a casos de incerteza sobre premissas normativas.

A aplicação do filtro resultou na constatação de que o número de casos difíceis fundados em incertezas sobre premissas normativas no STF, durante o período apreciado, supera em muito o número daqueles em que imperou a incerteza sobre premissas empíricas. Nada de causar espanto. Afinal, pelo seu perfil institucional, o STF, última palavra em questões constitucionais, está majoritariamente vocacionado à apreciação de problemas de relevância, aqueles em que se perquire se há uma norma válida aplicável ao caso.

Quase todos os processos com audiência pública encaixaram-se no perfil de *hard case* (entre doze processos filtrados para análise, apenas um era nitidamente caso fácil). Dentre os precedentes de súmulas vinculantes, o índice foi menor (22,50% dos casos analisados), em função de uma política da Corte direcionada à contenção de recursos oriundos das instâncias ordinárias. Assim é que várias súmulas “persuasivas” foram reeditadas como súmulas vinculantes.

Em seguida, analisaram-se os julgados selecionados sob o prisma do esforço argumentativo. Para esse efeito, atentou-se para a classificação dos argumentos apresentada

por Alexy, com base em Habermas. Como elementos exteriores ao Direito, lá estavam os argumentos empíricos, os argumentos do discurso prático geral e as formas especiais de argumentos; e no discurso jurídico propriamente dito, os cânones de interpretação, os argumentos dogmáticos e os precedentes. Completando o modelo de análise do esforço argumentativo, atentou-se também para o manejo da máxima da proporcionalidade.

Nessa esteira, observou-se ainda que, na ampla maioria dos casos analisados, o Tribunal fundamentou suas decisões dentro dos limites do discurso jurídico, isto é, massivamente argumentos dogmáticos e precedentes, seguidos de não muito longe pelos cânones de interpretação. Nos processos selecionados com audiência pública, em cem por cento dos casos houve utilização tanto de argumentos dogmáticos, quanto de precedentes e, ainda, de cânones de interpretação. Nos precedentes das súmulas vinculantes, os índices também foram expressivos: argumentos dogmáticos, 100 % (cem por cento) dos casos; precedentes, também 100% (cem por cento); e cânones de interpretação, em torno de 77% (setenta e sete por cento).

Dentre os cânones de interpretação, os mais utilizados nos precedentes das súmulas vinculantes foram o cânone sistemático e histórico. Nos processos com audiências públicas, foi o cânone de direito comparado, seguido do cânone sistemático e histórico. Chama a atenção a pequena quantidade de referências aos cânones semântico e genético. Parece, então, que os argumentos vinculados à investigação do sentido da lei ou da vontade do legislador não gozam de tanto prestígio junto ao STF – pelo menos, nos casos difíceis, o que também não é de se estranhar, pois, se impera alguma incerteza a respeito de premissa normativa, é porque aqueles tipos de cânone, sendo dos primeiros de que normalmente se serve o intérprete⁵³, já haviam sido descartados, por não terem contribuído para dilucidá-la. Por outro lado, a frequente utilização de cânones sistemático, histórico e de direito comparado parece usual numa corte constitucional, afeita que é ao controle de constitucionalidade de leis e outros atos normativos, instrumento eminentemente destinado à garantia da unidade e da coerência do ordenamento (sistema) jurídico. Ademais, parece mesmo que a ampliação de horizontes, tanto em termos espaciais (no caso, a experiência internacional) quanto em termos temporais (através da evolução histórica dos institutos jurídicos) contribui em boa medida para a solução de casos que a muitos causam perplexidade.

⁵³ Conforme nota 15, *supra*, p.34.

Por contraste, os argumentos do discurso prático geral não se mostraram assim tão frequentes: nos processos com audiência pública, 70% (setenta por cento) dos casos e, nos precedentes das súmulas vinculantes, em torno de 22% (vinte e dois por cento). E em apenas dois casos pode-se dizer que os argumentos pragmáticos desempenharam papel decisivo.

Não se pode daí concluir, peremptoriamente, que a totalidade dos casos difíceis pode ser resolvida estritamente no âmbito do discurso jurídico, sem lançar mão de valorações adicionais no terreno do discurso prático geral. O que se pode afirmar é que o STF, na esmagadora maioria dos casos analisados, resolve-os prioritariamente nos limites do discurso jurídico, fruto, talvez, da tradição legalista e positivista da formação jurídica de nossos magistrados. Esse seria um ponto a ser mais aprofundado.

Observou-se uma utilização analítica não intensiva da máxima da proporcionalidade: nos processos com audiências públicas, o seu manejo alcançou apenas 10% (dez por cento) dos casos; nos precedentes das súmulas vinculantes, em torno de 38% (trinta e oito por cento) dos casos. Quanto à explícita utilização da fórmula do peso, nenhum registro foi detectado. Mesmo a referência às máximas parciais da proporcionalidade ficou a desejar.

O mesmo não pode ser dito em relação ao uso de argumentos empíricos: em 100% (cem por cento) dos processos com audiência pública, observou-se o manejo desse tipo de argumento; índice que girou em torno de 61% dos precedentes das súmulas vinculantes. Por motivos notórios, era de se esperar que os argumentos empíricos tivessem tanto destaque no primeiro tipo de caso. Aqui se tratava de colher elementos sobre circunstâncias de fato. Todavia, como premissas empíricas (ou melhor, como premissa "menor" do silogismo) a utilização foi bem menor – apenas dois casos, no total. Como já se assinalou, isso se explica pelo fato de que o STF tem natureza de tribunal superior, ao qual as questões fáticas, via de regra, já chegam estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Sem embargo, em diversas oportunidades as proposições empíricas desempenharam o papel de argumentos, ou seja, compareciam em suporte a outras premissas.

Por fim, as formas especiais de argumentos. Estes tiveram participação bastante discreta nos casos selecionados – em apenas dois dos precedentes das súmulas vinculantes; e em um dos processos com audiências públicas.

O que foi até aqui exposto parece indicar que os ministros do STF se sentem mais estimulados a contribuir para a fundamentação mais exaustiva dos julgados nos processos com audiência pública do que nos precedentes das súmulas vinculantes. Naqueles, detectou-se maior presença de argumentos institucionais, de argumentos empíricos e de argumentos do

discurso prático geral, em relação aos precedentes de súmulas vinculantes. De todo modo, avalia-se que, em ambos os casos, poderia haver um maior manejo da máxima da proporcionalidade, com possível ganho na racionalidade das justificações judiciais, na medida em que restariam mais transparentes e sujeitas à crítica as ponderações de princípios.

A presente pesquisa, por certo, apresentou limitações. Uma delas diz respeito à análise dos julgados, dada a simplicidade do modelo utilizado – tipos de argumentos, máxima da proporcionalidade e a frequência de utilização de ambos. A ideia era ter algum parâmetro para avaliar o esforço argumentativo do tribunal e, por via de consequência, o maior ou menor grau de qualidade da fundamentação: quanto maior a variedade de argumentos e a utilização da máxima da proporcionalidade, melhor seria a justificação judicial. De todo modo, abre-se uma perspectiva interessante para ulterior desenvolvimento, a partir desse modelo básico, o qual pode ser incrementado com eventuais contribuições da análise do discurso, ou mesmo do discurso prático geral. Por exemplo, valeria a pena pesquisar a respeito do(s) tipo(s) de argumento mais decisivo(s) em cada justificação e, ainda, se isso pode ser uma variável em função do direito fundamental ou bem coletivo afetado. Do mesmo modo, vislumbra-se instigante investigar a *qualidade* da argumentação empírica utilizada nas justificações judiciais de casos difíceis.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht, Holland: D.Reidel Publishing Company, 1986.
- ALEXY, Robert. **Ponderación, control de constitucionalidad y representación**. 2008. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2196/4.pdf>. Visualizado em 28 de dezembro de 2018.
- _____. The reasonableness of law. In: BONGIOVANNI, G.; SARTOR, G.; VALENTINI, C. (ed.). Reasonableness and law. Springer Science+Business Media, 2009.
- _____. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v.253, p.9-30, janeiro de 2010.
- _____. **Reply 7 to Jan Henrik Klement**, In: KLATT, Matthias (org.). Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy. Nova York: Oxford University Press Inc., 2012.
- _____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017b.
- ALLEN, Richard J.; PARDO, Michael, S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, vol.97, nº 4. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2925903>. Acesso em 06 de maio de 2019.
- ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable en el derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 9, n.27, septiembre-diciembre 1989.
- _____. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos, in **Isonomía: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, nr.6/abril de 1997, p.7-30.
- _____. *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica* (Derecho & Argumentación nº 2) (Spanish Edition). Lima: Palestra Editores, 2004. *E-book*.
- _____. **Curso de argumentação jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e criterios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BARROSO, Rosana Carrijo. A motivação das decisões judiciais. *Raízes Jurídicas*, v.3, n.2, julho-dezembro de 2007. Disponível em <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/173/144>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 de março de 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968**. Brasília, DF, 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Brasília, DF, 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em 11 de junho de 2018.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 14 de março de 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em 29.12.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 29.12.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas vinculantes**. Versão completa. Brasília, DF, 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em 14 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR em Suspensão de Tutela Antecipada n. 211 Rio de Janeiro*. Direito à saúde. Realização de exames no exterior. Ausência de argumentos ou fatos novos capazes de infirmar a decisão recorrida. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data do Julgamento: 15/09/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2595894>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR em Suspensão de Liminar n. 47 Pernambuco*. Suspensão de liminar. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde - SUS, Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 17/03/2010. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2252830>>. Acesso em: 19 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 Ceará*. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros

para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 17/03/2010. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 641320 Rio Grande do Sul*. Constitucional. Direito Penal. Execução Penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da. Pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 11/05/2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 581488 Rio Grande do Sul*. Acesso de paciente à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante pagamento da diferença entre os valores correspondentes [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 03/12/2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650 Distrito Federal*. Direito constitucional e eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais [...] Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 17/09/2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 Distrito Federal*. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior [...] ação julgada improcedente. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 26/04/2012. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815 Distrito Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade. Arts.20 e 21 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) [...] Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 10/06/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5062 Distrito Federal*. Direito constitucional, civil e administrativo. Gestão coletiva de direitos autorais. Lei nº 12.583/2013. Novo marco regulatório setorial [...] Relator: Ministro Luiz Fux. Data do

Julgamento: 27/10/2016. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4490979>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 Distrito Federal*. Feto anencéfalo-interrupção da gravidez-mulher-liberdade sexual e reprodutiva-saúde-dignidade-autodeterminação-direitos fundamentais-crime-inexistência. mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/04/2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 627189 São Paulo*. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 08/06/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>>. Acesso em: 08 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 586224 São Paulo*. Limites da competência municipal. lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 05/03/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616565>>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Conflito de Competência n. 7204 Minas Gerais*. Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador [...] Relator: Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 29/06/2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2283308>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 579648 Minas Gerais*. Constitucional. Competência jurisdicional. Justiça do Trabalho x Justiça comum. Ação de interdito proibitório. Movimento grevista [...] Relator: Ministro Menezes Direito. Data do Julgamento: 10/09/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2599344>>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 206777 São Paulo*. Tributário. Município de Santo André. IPTU progressivo. Taxas de limpeza pública e de segurança [...] Relator: Ministro Ilmar Galvão. Data do Julgamento: 25/02/1999. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1656028>>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 256588 Rio de Janeiro*. Serviço de limpeza de logradouros públicos e de coleta domiciliar de lixo. Universalidade.

Cobrança de taxa. Impossibilidade [...] Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data do Julgamento: 19/03/2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1783946>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 576321 São Paulo*. Constitucional. Direito Tributário. Taxa. Serviços de limpeza pública. Distinção. Elementos da base de cálculo própria de impostos [...]. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 04/12/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2589598>>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 721 Distrito Federal*. Mandado de Injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão [...] Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 30/07/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2291410>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 568596 Rio Grande do Sul*. Constitucional. Eleitoral. Elegibilidade de ex-cônjuge de prefeito reeleito. Cargo de Vereador. Impossibilidade. Art. 14, § 7º da Constituição [...]. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 01/10/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570488>>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 388359 Pernambuco*. Recurso administrativo. Depósito. § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72. Inconstitucionalidade [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 28/03/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2127609>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 389383 São Paulo*. Recurso administrativo. Depósito. §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991. Inconstitucionalidade [...] Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 28/03/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2129013>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 390513 São Paulo*. Recurso administrativo. Depósito. §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213/91. Inconstitucionalidade [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 28/03/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2131202>>. Acesso em: 26 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1976 Distrito Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art.33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art.33, ambos da MP 1.699-41/1998. Dispositivo não reeditado nas

edições subsequentes da Medida Provisória tampouco na lei de conversão. Aditamento e conversão da Medida Provisória na Lei 10.522/2002 [...] Depósito de trinta por cento do débito em discussão ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição para a interposição de recurso administrativo. Pedido deferido [...]. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/03/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1754449>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 398933 Rio de Janeiro*. Recurso Administrativo. Depósito prévio. Inconstitucionalidade do artigo 250 do Decreto-Lei nº 05, de 15 de março de 1975, com a redação da Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, ambos do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 02/04/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030232>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 408914 Rio de Janeiro*. Recurso Administrativo. Depósito prévio. Inconstitucionalidade do artigo 250 do Decreto-Lei nº 05, de 15 de março de 1975, com a redação da Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, ambos do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 02/04/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2043015>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 698626 São Paulo*. Aplica o regime legal previsto no artigo 543-B do Código de Processo Civil. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data do Julgamento: 02/10/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2588677>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1922 Distrito Federal*. Medida Provisória 1.699-41/1998 convertida na Lei 10.522/2002. Falta de aditamento. Prejudicialidade. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/03/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1738856>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 81611 Distrito Federal*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 10/12/2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990524>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 85185 São Paulo*. Competência criminal. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar e habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo [...]. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data do Julgamento: 10/08/2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2258888>>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 87585 Tocantins*. DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2345410>>. Acesso em: 14 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 349703 Rio Grande do Sul*. Prisão civil do depositário infiel em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2035659>>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466343 São Paulo*. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas [...]. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data do Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 562051 Mato Grosso*. Habeas Corpus - Prisão Civil - Depositário infiel - Impossibilidade - Nova orientação do STF - Recurso Extraordinário nº 466343 - Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade - Status supralegal dos Tratados sobre Direitos Humanos - Ordem concedida. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data do Julgamento: 03/09/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2554878>>. Acesso em: 06 de agosto de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82959 São Paulo*. [...] Pena – Crimes Hediondos – Regime de Cumprimento – Progressão – Óbice – Art. 2º, § 1º, Da Lei Nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução Jurisprudencial [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 18/02/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 17 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 69657 São Paulo*. Habeas Corpus. Lei dos crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2.º par. 1.º da Lei 8072. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2.º par. 1.º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime [...] Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 18/12/1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1543471>>. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1926 Pernambuco*. Taxa judiciária: sua legitimidade constitucional, admitindo-se que tome por base de cálculo o valor da causa ou da condenação, o que não basta para subtrair-lhe a natureza de taxa e convertê-la em imposto [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do Julgamento: 19/04/1999. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1740023>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 177835 Pernambuco*. Constitucional. Tributário. Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários – Taxa Da Cvm. Lei Nº 7.940, De 20.12.89. Fato Gerador. Constitucionalidade. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 22/04/1999. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1588839>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 232393 São Paulo*. Constitucional. Tributário. Taxa de coleta de lixo: base de cálculo. IPTU [...]. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 12/08/1999. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1719435>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 220316 Minas Gerais*. Município de Belo Horizonte. Taxa de fiscalização, localização e funcionamento. Alegada ofensa ao art. 145, § 2º da Constituição [...]. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Data do Julgamento: 12/08/1999. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1688070>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 116121 São Paulo*. [...] IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel [...]. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Data do Julgamento: 11/10/2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1474346>>. Acesso em: 11 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1332 Rio de Janeiro*. Direito Constitucional e Tributário. I.C.M. em operação de venda de bens salvados de acidente, por seguradoras [...]. Relator: Ministro Sydney Sanches. Data do Julgamento: 06/12/1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1620891>>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1390 São Paulo*. Direito Constitucional e Tributário. I.C.M sobre operações de venda, por seguradoras, de bens envolvidos em sinistros [...]. Relator: Ministro Sydney Sanches. Data do Julgamento: 19/12/1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1631401>>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 588149 São Paulo*. Recurso Extraordinário. Matéria Constitucional com Repercussão Geral Reconhecida. Tributário. ICMS. Incidência. Seguradoras. Venda. De Veículos Salvados. Inconstitucionalidade [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 16/02/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2621615>>. Acesso em: 16 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1648 Minas Gerais*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 16/02/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1679002>>. Acesso em: 09 de agosto de 2018.

BUSTAMANTE, Thomas. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. In: *Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista “Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, 2010. Visualizado em 24-12-2018,

<http://direitoestadosociedade.jur.pucRio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=200&sid=19>

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e NETO, Fernando Gama de Miranda.

Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal? Anais [...] XIX Encontro Nacional do CONPEDI-Fortaleza (CE), nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

_____. **O peso da argumentação empírica na jurisdição constitucional**. In: *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.

CELLARD, André. **A análise documental**. In: POUPART, J.; DESLAURIERS, J.; GROULX, L.; LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Trad. Ana Cristina Nasser. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.295-316.

CRESWELL, John W.; POTH, Cheryl N. **Qualitative Inquiry & Research Design**. 4.ed. Los Angeles: SAGE Publications, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeiras. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANHA. Lei Orgânica nº 5/1995. Boletim Oficial do Estado. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-12095-consolidado.pdf>. Acesso em 27 de janeiro de 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Texto apresentado na Conferência de outubro de 1989 do IEA/USP. Visualizado em 23 de julho de

2018, em Scielo, Estudos Avançados, vol. 3, n.7, São Paulo, setembro/dezembro 1989 (<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000300002>).

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H.L.A. Discretion. **Harvard Law Review**, vol.127:652, 2013.

_____. **O conceito de direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

INGLATERRA. *High Court of Justice. Approved judgment. Case no: FD17P00103. Neutral Citation Number: [2017]EWHC 1909 (Fam). Family Division. Mr Justice Francis. 24 July 2017.* Disponível em <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/05/gosh-v-yates-and-gard-20170411-1.pdf> e <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/07/gosh-v-gard-24072017.pdf>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza. **Isonomía**, n.24, abril 2006, p.93-113.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2014.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and legal theory.** Oxford University Press, 2003 (edição kindle).

_____. **Retórica e o estado de direito.** Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de macroeconomia.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIGUEL, Luís Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB.** São Paulo, 2005, pp.5-42.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho.** 10.ed. Barcelona: 2001.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón.** México: Distribuciones Fontamara, 2000.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 78/87. Diário da República Eletrônico. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/117352444/201901271945/73648701/diploma/indice>. Acesso em 27 de janeiro de 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y limites de la ponderación. **Doxa**, nº 26, Alicante, 2003.

QUINTILIANO. **Institutes of oratory** in The complete works of Quintilian. Hastings: Delphi Classics, 2015. *E-book*.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2009. *E-book*.

SILVA, Virgílio Afonso. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol.31, n.2 (2011), pp. 273-301. Published advance access March 17, 2011.

SOUZA, Thiago Hanney Medeiros de; FRANCK JUNIOR, Wilson. **O Tribunal do Júri como modelo de administração da Justiça: por uma formulação à luz da Constituição**. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/29.pdf>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

SUMMERS, Robert S. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. **Cornell Law Review**, Volume 63, number 5, June 1978, p.707/788.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Hard cases, rationality and transformation of the legal order. In: XXVIII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). **Anais** [...] Lisboa, 2017.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Legal decision and its justification**. Logique et Analyse, 1971 (visualizado em 29-09-2018 em

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54**

<u>DADOS DO PROCESSO</u>				
<ul style="list-style-type: none"> Elaborador: Renato Rodrigues 				
AÇÃO ADPF 54	DATA 12-04-2012	RELATOR Marco Aurélio	REQUERENTE Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde	REQUERIDO Presidente da República
				Endereço eletrônico http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334
EMENTA FETO ANENCÉFALO-INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ-MULHER-LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA-SAÚDE-DIGNIDADE-AUTODETERMINAÇÃO-DIREITOS FUNDAMENTAIS-CRIME-INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.				
SITUAÇÃO FÁTICA Tipicidade da conduta de interromper a gravidez de feto anencéfalo.				
<u>DECISÃO</u>				
<ul style="list-style-type: none"> Por maioria, nos termos do voto do relator, julgar procedente a ação. 				
PARTE VENCEDORA (Indivíduo/Associação ou Poder Público – União, Estado, Município) O Requerente		PRINCIPAIS RAZÕES DA DECISÃO		
		Min. Marco Aurélio (relator) <ul style="list-style-type: none"> Argumento empírico sobre a quantidade de partos de anencéfalos no Brasil (quarto país no mundo); Laicidade do Estado: interpretação histórica (p.34 e ss); Laicidade do Estado: considerações dogmáticas (p.42 e ss); Laicidade do Estado: precedente – ADI 3510; Portanto, a questão posta neste processo “<i>não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia</i>” (p.43); Argumento empírico: o que é anencefalia – p.44; Resolução nº 1752/2004: anencéfalos são natimortos cerebrais – p.46; Anencefalia e eugenia – p.48; Depoimento de ex-ministro da Saúde a respeito da possibilidade de diagnóstico pela rede pública – p.50; 		

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<ul style="list-style-type: none"> • Anencefalia e doação de <u>órgãos</u>. Argumento moral: “A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de <u>órgãos</u> e posterior doação” – p.51/52; “Por ser absolutamente inviável, o <u>anencefalia</u> não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual <u>aludi</u>, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais” – p.54; • Considerações dogmáticas sobre o objeto jurídico do crime de aborto; • Interpretação histórica: legislador de 1940 não tinha à disposição instrumentos científicos para diagnóstico da anencefalia, motivo pelo qual não foi prevista como causa excludente da ilicitude; • Analogia com o aborto sentimental – p.56; • Conceito de morte cerebral adotado na Lei nº 9434/97; • Considerações dogmáticas sobre o direito à vida: caráter não absoluto – p.58 e 55; • Direito comparado: decisão da Corte Constitucional italiana “em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma” – p.59; • Argumento a fortiori: “Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto <u>anencefalia</u>.” – p.60; • Conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde, firmado em julho de 1946: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade” – p.60; • Incerteza a respeito de premissa empírica: “Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta risco. Há alguma divergência se a gestação de <u>anencefalia</u> é mais perigosa do que a de um feto sadio” – p.60; • Argumento empírico: “Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto <u>anencefalia</u> pode conduzir a quadro devastador...” – p.62 e 55, aduzindo elementos fáticos; • Direito comparado: precedente “Caso K.L. contra Peru” – p.65; • “Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado” – p.68; • Julga procedente a ação. 	
--	--

APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação

<p><u>Min. Rosa Weber</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Conceito de anencefalia; • Conceito de vida; • “O conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência. Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana” – p.104; • Do exame das disposições do Código Penal, “vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração” – p.105; • Considerações dogmáticas sobre o objeto jurídico do crime de aborto; • Precedente: ADI 3510, sobre dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei n.11.105/2005); HC 84.025, o primeiro sobre feto anencefalo (houve perda de objeto); • Uso semântico do conceito de vida (de acordo com os precedentes mencionados): relacionado a critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico – p.111; • “Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico...” – p.112; • Considerações dogmáticas sobre ponderação de princípios – p.124 e 55; • Máxima da proporcionalidade exposta de forma analítica – 128 e 55; • Prevalência do direito à liberdade – p.135; • Procedência da ação. 	<p><u>Min. Joaquim Barbosa</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Argumento empírico: inviabilidade do feto anencefalo; • Considerações dogmáticas sobre o crime de aborto; • Interpretação sistemática: “Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real
---	--

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<p><i>conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica” – p.150;</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Argumento dogmático: morte encefálica e proteção da vida através do Direito Penal – p.151; • Procedência da ação. <p><u>Min. Luiz Fux</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Considerações dogmáticas sobre o minimalismo numa corte constitucional (“passividade virtuosa”, na expressão forjada por Alexander Bickel) – p.158; • Direito comparado: na Itália, Sentença n.35 da Corte Constitucional, de 10-02-1997, reconheceu que, embora o direito à vida do conceito mereça uma proteção forte, ela deve se dar na medida do possível, cedendo quando presente um risco sério à saúde física ou psíquica da gestante – p.160; • Argumentos empíricos sobre os exames disponíveis; • Considerações dogmáticas sobre o “estado de necessidade justificante” – p.166; • Considerações dogmáticas sobre a natureza residual do Direito Penal – p.169/170; • Procedência da ação. <p><u>Min. Cármen Lúcia</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • “Fundamentei o meu voto, tal como fez o Relator, Ministro Marco Aurélio, exatamente no princípio constitucional da dignidade da vida e também no direito à saúde, mas principalmente no direito à dignidade da vida” – p.173; • Escolha trágica da mãe: “Quem tanto tiver lido haverá de saber que, quando se faz escolha pela interrupção do que poderia ser a vida de um momento ou a vida por mais um mês, não é escolha fácil, é escolha trágica sempre[...] é a escolha do possível numa situação extremamente difícil [...] A escolha é qual a menor dor” – p.174; • Ponderação de princípios, mas não de forma analítica – p.181 e §§; • Considerações dogmáticas sobre a ética médica – p.183 e §§; • Direito comparado: decisão da Corte de Cassação francesa, de 1961, a propósito do direito do paciente à informação – p.185; • Argumentos empíricos sobre a anencefalia – p.186 e §§; • A anencefalia e a morte cerebral – p.191 e ss. “O feto anencefálico é, hoje, tido pela medicina como inviável” (p.192); 	
---	--

APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação

<ul style="list-style-type: none"> • Considerações dogmáticas sobre a Bioética – p.192 e ss; • Direito comparado: “... em 1973, nos Estados Unidos, foi aprovada a ‘Carta dos Direitos dos Doentes’ dos hospitais privados norte-americanos que afirmou quatro direitos fundamentais ao doente: à vida, à assistência sanitária, à informação e à morte digna” – p.193; • Considerações dogmáticas sobre o conceito de vida – p.195 e ss; • Considerações dogmáticas sobre o crime de aborto – p.197 e ss; • Argumento empírico (contexto social): “Não poucas vezes sem acesso à Defensoria Pública e sem condições financeiras para pagar advogado para obter autorização judicial para a interrupção da gestação do feto anencefalo, a gestante mais necessitada vê-se sujeita também ao destrato do princípio da isonomia em decorrência das condições sócio-econômicas” – p.202; • Argumento empírico: “No período compreendido entre agosto de 1996 a junho de 1999, o Dr. Marcos Valentin Frigério realizou pesquisa no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, com o apoio da Fundação MacArthur identificando e estudando 263 pedidos de alvarás judiciais para que a gestante pudesse interromper a gravidez...” – p.202; • Considerações dogmáticas sobre a anencefalia e os direitos da personalidade – p.208 e ss; • A partir da Lei nr. 9434/97, que dispôs sobre o diagnóstico de morte encefálica, o aborto de anencefalo passaria a ser conduta penal atípica – crime impossível – p.214; • Dogmática: o aborto de anencefalo como um caso de inexigibilidade de conduta diversa – p.222; • Considerações dogmáticas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana – p.222 e ss; • Considerações dogmáticas sobre o Estado laico – p.227 e ss; • Direito comparado: precedente Engel x Vitale, de 1962, na Suprema Corte americana, sobre a laicidade do Estado – p.228/229; • Procedência da ação. 	<p>Min. Ricardo Lewandowski</p> <ul style="list-style-type: none"> • Considerações dogmáticas sobre o crime de aborto; • Argumento genético: “E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração
---	--

APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação

<p>fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina” – p.241;</p> <p>“Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina [...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição” – p.241;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Considerações dogmáticas sobre os limites da “interpretação conforme”; • Argumento empírico: tramitação do PL 4403/1994 e do PL 50; • Julga improcedente o pedido. 	<p><u>Min. Ayres Britto</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • “Conselho Federal de Medicina: Para os anencefálos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica” – p.262; • Considerações a respeito do risco para as gestantes; • “O grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da mulher. Sentença oracular de Charles Fourier” – p.264; • Procedência da ação. <p><u>Min. Gilmar Mendes</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Considerações dogmáticas sobre o Estado laico e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; • “A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juizes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às ‘intervenções de eventuais interessados’, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição” – p.274/275; • Argumento empírico: “Estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da Organização das Nações Unidas reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto. Das 194 nações vinculadas à ONU,
---	---

APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação

<p>94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal” – p.277;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Argumento dogmático: “Inclusive, é possível vislumbrar hipótese de causa extralegal de exclusão de ilicitude e/ou culpabilidade” – p.293; • Interpretação sistemática: “Destarte, o caminho para que esta Corte construa uma solução legítima para a presente ação, como antes afirmado, pode ser extraído da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e do aborto humanitário [...], expressou os valores e bens jurídicos protegidos” – p.294; • Considerações dogmáticas sobre sentenças com efeitos aditivos: “Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art.128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto” – p.302; • Procedência da ação. <p><u>Min. Celso de Mello</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Ponderação de princípios – p.317; • Argumento ético – movimento feminista, um novo paradigma cultural, p.318; • Argumento empírico – processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da mulher no século XX – p.322 e ss; • Considerações dogmáticas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; • Princípio da laicidade do Estado – p.332; • Concepções sobre o “momento exato em que o ser humano se inaugura como ente” – p.340 e ss; • Lei nº 9434/97, morte cerebral; • Direito à vida pode ser objeto de ponderação – p.352; • Crime impossível – p.355; • Causa supralegal de exclusão da culpabilidade – p.358; • Considerações dogmáticas sobre a função contramajoritária; • Precedente: MS 24.831/DF; • Procedência da ação. <p><u>Min. Cezar Peluso</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Precedente: <i>distinguishing</i> em relação à ADI 3510 (células-tronco embrionárias) – p.376; 	
--	--

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<ul style="list-style-type: none"> • Argumento empírico: “anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’” – p.381; • Conduta é típica – art. 124 do CP; • Argumento ad absurdum: “para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencefalo, porque, entre um e outro casos, muda só o momento da execução, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo” (p.387); • Regra da universalidade: “Tenta-se ainda salvar a hipótese de aborto, em caso de anencefalia, ao confronto com práticas eugênicas, com discriminação contra deficientes etc... É mister, todavia, comparar o caso do anencefala com outras situações incômodas ou de angústia e sofrimento extremos, mas que não autorizam, de per si, a decretação da morte do paciente” – p.391; • Considerações dogmáticas em torno do princípio da dignidade da pessoa humana – p.393; • Ponderação: “Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos” – p.407; • Argumento ad absurdum: “...toda gravidez implica risco teórico à saúde da gestante, mas nem por isso a lei torna lícita a prática de aborto, sem prova de risco concreto e grave, cuja atualização seja capaz de provocar-lhe a morte e só possa evitada mediante esse recurso extremo. Doutra modo, e o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa, o aborto seria sempre legítimo sob o pretexto do risco meramente hipotético inerente a toda gravidez!” – p.411; • Preferência do princípio do legislador democraticamente legitimado – p.411; • Improcedência da ação. 	
--	--

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<u>INCERTEZA EMPÍRICA</u>	
PROBLEMAS DE PRODUÇÃO DE PROVA	<p>PROBLEMAS DE QUALIFICAÇÃO</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Ora, parecia-me, já antes das audiências públicas realizadas – e isso se confirmou depois – difícilimo, senão impossível, estabelecer, no plano do diagnóstico, distinção inequívoca entre a anencefalia e outras deformidades igualmente graves, talvez tão ‘incompatíveis com a vida extrauterina’ quanto ela. O estado atual da ciência médica parece não ter condições de discernir, de forma absoluta, entre a anencefalia [...] e eventuais formas agudas de meroanencefalia...” - (Min. Cezar Peluso, que votou pela improcedência da ação) p.398; • “[Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta risco. Há alguma divergência se a gestação de anencefalo é mais perigosa do que a de um feto sadio” – p.60;
<u>INCERTEZA NORMATIVA</u>	
PROBLEMAS DE RELEVÂNCIA	PROBLEMAS DE INTERPRETAÇÃO
Lacuna	Ambiguidade/Obscuridade/Vagueza
	Antinomia

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

ESFORÇO ARGUMENTATIVO	
MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	
<ul style="list-style-type: none"> • Argumento <i>a fortiori</i>: “<u>Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencefalo</u>” – p.60; • “Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado” – p.68; • Escolha trágica da mãe: “Quem tanto tiver lido haverá de saber que, quando se faz escolha pela interrupção do que poderia ser a vida de um momento ou a vida por mais um mês, não é escolha fácil, é escolha trágica sempre[...] é a escolha do possível numa situação extremamente difícil [...] A escolha é qual a menor dor” – p.174; • “Nesta moldura, só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos” – p.407 (Min. <u>Reluso</u>, que votou pela improcedência da ação); • Máxima da proporcionalidade exposta de forma analítica – 128 e ss; 	<p align="center">Princípio(s) Preponderante(s)</p> <p>Liberdade e direitos reprodutivos da mulher – Saúde da mulher</p>
ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS	
<i>Dispositivos Normativos</i>	
<p>CP 124,126 e 128- CF 5º, 19 CC 2º, 6, 22, 1609, 1779, 1798 Lei de Transplantes de Órgãos (9434/97) Lei de Tortura (9455/97) Inexigibilidade de conduta diversa Lei de Introdução ao Código Civil, art.4º e 5º Lei de Registros Públicos, art.53 Portaria n. 487/2007, do <u>M.Saúde</u> Analogia com aborto sentimental – p.56</p>	

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<p>Cânone Histórico</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vontade do legislador na promulgação do Código Penal de 1940: legislador de 1940 não tinha à disposição instrumentos científicos para diagnóstico da anencefalia, motivo pelo qual não foi prevista como causa excludente da ilicitude; - Transformações sociais e científicas desde 1940 - Laicidade do Estado: interpretação histórica (p.34 e 33); Decreto 119-A, de 7.1.1890 (Estado laico) - <u>necessidade</u> de uma interpretação evolutiva “Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou 	<p>Cânone Genético</p> <ul style="list-style-type: none"> “E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, 	<p>Cânone Sistemático</p> <ul style="list-style-type: none"> “Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de 	<p>Cânone teleológico</p>	<p>Cânone Semântico</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conceito de vida; - etimologia da palavra aborto - interpretações possíveis dos dispositivos legais que tratam do aborto - significado da palavra “anencefalia” 	<p>Cânone Comparativo</p> <ul style="list-style-type: none"> decisão da Corte Constitucional italiana “em que se declarou a inconstitucionalidade de parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma” – p.59; precedente “Caso K.L. contra Peru” – p.65; na Itália, Sentença n.35 da Corte Constitucional, de 10-02-1997, reconheceu que, embora o direito à vida do concepto mereça uma proteção forte, ela deve se dar na medida do possível, cedendo quando presente um risco sério à saúde física ou
---	--	--	----------------------------------	---	---

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

<p>patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina [...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio das obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição” – p.241 Min. Lewandowski, que votou pela improcedência da ação);</p>	<p>a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina” – p.241;</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina [...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio das obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para 	<p>proteção jurídica” – p.150;</p> <ul style="list-style-type: none"> • 		<p>psíquica da gestante – p.160; decisão da Corte de Cassação francesa, de 1961, a propósito do direito do paciente à informação – p.185;</p> <ul style="list-style-type: none"> • “...em 1973, nos Estados Unidos, foi aprovada a ‘Carta dos Direitos dos Doentes’ dos hospitais privados norte-americanos que afirmou quatro direitos fundamentais ao doente: à vida, à assistência sanitária, à informação e à morte digna” – p.193; • precedente <u>Engel x Vitale</u>, de 1962, na Suprema Corte americana, sobre a laicidade do Estado – p.228/229; •
--	--	--	--	--

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

	<p><i>incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição” – p.241;</i></p>				
<p>Precedentes</p> <ul style="list-style-type: none"> - ADI 3.510: <i>distinguishing</i> em relação à ADI 3510 (células-tronco embrionárias) – p.376; - outros hard cases: Marcha da Maconha; legitimação da união homoafetiva (posição minimalista do STF, segundo Fux) - ADI 1105 e 1127 (interpretação corretiva do Estatuto da Advocacia) - ADI 4277 - MS 24.831 (princípio contramajoritário) 				<p align="center">Doutrina</p>	<p>José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo); Scampini (A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras); Machado, Jónatas (Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva); Dworkin (<i>is democracy possible here?</i>); Sarmento, Daniel (O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado); Schweimon (Anencephaly: selected medical aspects); Fernandes, Maíra Costa (Interrupção de gravidez de feto anencefalo: uma análise constitucional); Mendes, Thalita (A interrupção seletiva de gestação de feto anencefalo como conduta atípica); Alexy (Teoria da Argumentação Jurídica, Teoria dos Direitos Fundamentais, Conceito e validade do direito); Luiz Regis Prado (curso de direito penal brasileiro); Nelson Hungria (Comentários ao código penal); Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito penal); Kelsen (Teoria pura do direito); Norbert Elias (O processo civilizador); Habermas (Entre a facticidade e a validade); Rawls (O liberalismo político); Popper (A sociedade aberta e seus inimigos); Alberto Silva Franco (Aborto por indicação</p>

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

	<p>eugênica); Santiago Mir Puig; René Ariel Dotti (Curso de direito penal); Wessells; Canotilho (Direito constitucional e Teoria da Constituição), Luis Recasens Siches (Vida humana, Sociedad y Derecho), Zaffaroni e Perangeli (Manual de direito penal brasileiro), Jescheck (Tratado de direito penal), Carvalho Santos (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro), Clóvis Bevilacqua (Código civil dos Estados Unidos do Brasil), Damásio de Jesus (Direito penal), Flávia Piovesan (Direitos humanos), Pietro Alarcón (Patrimônio genético humano e sua proteção na CF), Francesco Ferrara (Trattato di diritto civile italiano), Simone Beauvoir (O segundo sexo), Mauro Cappellotti (El proceso como fenómeno social de masa), Celso Demanto (Código penal comentado), Hesse (Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha), Uadi Lammêgo Bulo (Manual de interpretação constitucional), Luis Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da constituição), Paulo Gustavo Gonç. Branco (Proteção do direito à vida: a questão do aborto), Peter Häberle (A sociedade aberta dos intérpretes da constituição), Francisco de Assis Toledo (Princípios básicos de direito penal), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Princípio da paternidade responsável), Daniel Sarmento (Legalização do aborto e constituição; A ponderação de interesses na constituição federal), Sérgio Sérulo da Cunha (Fundamentos de direito constitucional)</p>
ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS <i>Discurso Prático Geral</i>	
Argumentos Pragmáticos	Argumentos Éticos - Conceito de valor como vetor para uma vida boa e justa
	Argumentos Morais <ul style="list-style-type: none"> • Anencefalia e doação de órgãos. Argumento moral: “A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação” – p.51/52; •

APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação

		<p>Discurso Empírico (fatos concretos; dados científicos)</p>
<p>estudo sobre a reação das mulheres após realização do aborto de fetos anencéfalos; - situação agravada para as mulheres pobres - sincretismo religioso na sociedade brasileira - - importância do movimento feminista - projetos de lei em tramitação sobre o assunto</p> <ul style="list-style-type: none"> • - dados da ONU sobre países que admitem o aborto de anencéfalos • Argumentos empíricos: deformação irreversível do feto (margem de certeza igual a 100%); riscos para a saúde da mulher; feto anencéfalo como natimorto neurológico; após o nascimento, somente 8% sobreviveriam por pequeno lapso de tempo; até o ano de 2005, o Poder Judiciário formalizou cerca de 3.000 autorizações; anencefalia consiste em malformação do tubo neural; critérios para evidencição do momento morte; segurança do diagnóstico; dados da OMS sobre número de fetos anencéfalos; estudo sobre a aplicação do ultrassom na obstetria e na ginecologia; diagnósticos pela rede pública; definição de docimasia hidrostática de Galeno; funções cerebrais ausentes nos anencéfalos; recomendações do Conselho Federal de Medicina; • Depoimento de ex-ministro da Saúde a respeito da possibilidade de diagnóstico pela rede pública – p.50; • Argumentos empíricos sobre os exames disponíveis; • “No período compreendido entre agosto de 1996 a junho de 1999, o Dr. Marcos Valentin Frigério realizou pesquisa no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, com o apoio da Fundação MacArthur, identificando e estudando 263 pedidos de alvarás judiciais para que a gestante pudesse interromper a gravidez...” – p.202; • (contexto social): “Não poucas vezes sem acesso à Defensoria Pública e sem condições financeiras para pagar advogado para obter autorização judicial para a interrupção da gestação do feto anencéfalo, a gestante mais necessitada vê-se sujeita também ao destrato do princípio da isonomia em decorrência das condições sócio-econômicas” – p.202; • tramitação do PL 4403/1994 e do PL 50, que discriminizam o aborto de anencéfalos; • “Estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da Organização das Nações Unidas reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto. Das 194 nações vinculadas à ONU, 94 permitem o aborto quando verificada ausência parcial ou total do cérebro fetal” – p.277; • processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da mulher no século XX – p.322 e 55; • “anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘microanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’ – p.381; 		

**APÊNDICE A – Tabela de pesquisa empírico-jurisprudencial
ADPF 54 - continuação**

Observações:

- Realizaram-se audiências públicas para manifestação dos interessados
- Citações desordenadas (Carmen Lúcia)
- **Argumento ad absurdum** (forma especial de argumento): “...*toda gravidez implica risco teórico à saúde da gestante, mas nem por isso a lei torna lícita a prática de aborto, sem prova de risco concreto e grave, cuja atualização seja capaz de provocar-lhe a morte e só possa evitada mediante esse recurso extremo. Doutro modo, e o absurdo da conclusão mostra o absurdo da premissa, o aborto seria sempre legítimo sob o pretexto do risco meramente hipotético inerente a toda gravidez!*” – p.411; “*para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o momento da execução, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo*” (p.387).
- Na ementa, foram citados os seguintes princípios: Estado laico; dignidade; autodeterminação; liberdade sexual da mulher; saúde da mulher.
- Avalia-se, em função da repetição do argumento em vários votos, que o grau de certeza científica desempenhou papel decisivo na fundamentação da decisão.
- Problema inicial de interpretação, de produção de prova ou de qualificação ?
- Entende-se que o Tribunal partiu de uma situação inicial de *déficit* de informação (dados científicos a respeito da anencefalia e do risco para a gravidez) e, também, de excesso de informação (no sentido atribuído por Atienza) – possíveis interpretações dos dispositivos penais que tratam do aborto;
- **Argumento a fortiori**: “*Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo*” – p.60;
- “*Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador...*” – p.62;

APÊNDICE B – Tabulação cruzada – Processos com audiência pública

DECISÕES		%	
10		100%	
INCERTEZA EMPÍRICA		%	
2		20%	
PROBLEMAS DE PRODUÇÃO DE PROVA		%	
1	10%	1	10%
INCERTEZA NORMATIVA		%	
08		80%	
PROBLEMAS DE INTERPRETAÇÃO		PROBLEMAS DE RELEVÂNCIA	
Ambiguidade/Obscuridade/Vagueza (%)		Validade constitucional (%)	Lacunosa (%)
3	30%	4	40%
			Antinomia (%)
		1	10%

APÊNDICE B – Tabulação cruzada – Processos com audiência pública

ESFORÇO ARGUMENTATIVO										100 (%)	
MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE										10 (%)	
ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS										100 (%)	
Dispositivos Normativos										100 (%)	
Cânone Histórico (%)		Cânone Genético (%)		Cânone Sistemático (%)		Cânone teleológico (%)		Cânone Semântico (%)		Cânone Comparativo (%)	
6	22,22%	2	7,41%	6	22,22%	3	11,11%	2	7,41%	8	29,63%
Precedentes										100 (%)	
10										100 %	
Doutрина										10	
										100 %	

APÊNDICE B – Tabulação cruzada – Processos com audiência pública

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS		_(%)	
<i>Discurso Prático Geral</i>			
7		70%	
Argumentos Pragmáticos		_(%)	Argumentos Morais
8	61,53 %	4	30,77%
			1
<i>Discurso Empírico</i>		_(%)	
10		100 %	
			7,70%

APÊNDICE C – Tabulação cruzada – Precedentes de Súmulas Vinculantes

DECISÕES		_(%)	
18		100%	
INCERTEZA EMPÍRICA		_(%)	
1		5,55%	
PROBLEMAS DE PRODUÇÃO DE PROVA		_(%)	
	1	5,55%	
INCERTEZA NORMATIVA		_(%)	
17		94,45 %	
PROBLEMAS DE INTERPRETAÇÃO		PROBLEMAS DE RELEVÂNCIA	
Ambiguidade/Obscuridade/Vagueza_(%)		Validade constitucional_(%)	Lacuna_(%)
1	5,88 %	12	70,59 %
		1	5,88
		3	17,65 %
			Antinomia

APÊNDICE C – Tabulação cruzada – Precedentes de Súmulas Vinculantes

ESFORÇO ARGUMENTATIVO						= (%)					
MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE						= (%)					
7						38,88 %					
ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS						100 = (%)					
Dispositivos Normativos						= (%)					
14						77,78 %					
Cânone Histórico = (%)		Cânone Genético = (%)		Cânone Sistemático = (%)		Cânone teleológico (%)		Cânone Semântico = (%)		Cânone Comparativo (%)	
12		0		8		4		2		6	
37,5 %		0		25 %		12,5 %		6,25 %		18,75 %	
Precedentes						Doutrina		= (%)			
18						100 %		18		100 %	

APÊNDICE C – Tabulação cruzada – Precedentes de Súmulas Vinculantes

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS		_(%)	
Discurso Prático Geral		_(%)	
4		22,22 %	
Argumentos Pragmáticos	_(%)	Argumentos Éticos	_(%)
3	75 %	0	1
			25 %
Discurso Empírico		_(%)	
11		61,11 %	