

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PRISCILA CARVALHO DE ANDRADE**

O argumento judicial no *common law* e no *civil law*

**Juiz de Fora
2016**

PRISCILA CARVALHO DE ANDRADE

O argumento judicial no *common law* e no *civil law*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação da Prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

PRISCILA CARVALHO DE ANDRADE

O argumento judicial no *common law* e no *civil law*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof^a. Dr^a. Cláudia Toledo
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Orfeu Sérgio Ferreira Filho
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dr^a. Waleska Marcy Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 15 de junho de 2016

À minha família
Alberto, Veronica e Júlia.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora pela acolhida. Aos colegas discentes, pelo companheirismo. Aos docentes, pelo compartilhamento, e, em especial, à Prof^ª. Waleska, pelo incentivo, à Prof^ª. Cláudia, pelo exemplo de empenho científico, e ao Prof. Orfeu, pelo comprometimento.

“De que adianta falar de motivos, às vezes
basta um só, às vezes nem juntando todos”
José Saramago

RESUMO

Na Ciência do Direito, embora não haja verdade, há de se falar em correção, obtida argumentativamente quando o discurso é regido por regras. A racionalidade do discurso confere ao consenso nele alcançado o atributo da universalidade. Aquilo que é construído em meio ao discursivamente possível, âmbito dominado pelo *ethos*, é racional se guiado pelas regras do discurso. A cultura, portanto, expressa na conclusão do discurso jurídico, pode ser universalizável. Tendo isso em vista, objetiva-se, neste trabalho, analisar os procedimentos argumentativos traçados nas culturas jurídicas do *common law* e do *civil law*, comparativamente. A partir das raízes históricas e evolução dessas tradições, pretende-se lançar conclusões quanto a tendências no uso do argumento decorrentes do diverso modo de pensar o Direito em uma e outra cultura jurídica. É possível que, pelas diferenças no *ethos* normativo que as estruturam, os procedimentos argumentativos adotados em casos jurídicos que discutem a mesma matéria sejam diversos, ainda que, se guiados pelas regras do discurso, sejam ambos dotados de racionalidade e, assim, sejam ambos universalizáveis. Com o uso do método indutivo, através de análises de julgados prolatados pela Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal, tribunais escolhidos como representativos, respectivamente, do *common law* e do *civil law*, se confirmou a hipótese, e, ainda, concluiu-se pelo domínio de argumentos de precedentes no *common law* e, de outro lado, argumentos dogmáticos e empíricos no *civil law*. Os resultados demonstram, em última análise, diferentes graus de abertura judicial ao diálogo: menor no *common law*; maior no *civil law*.

Palavras-chave: *common law*; *civil law*; argumentação jurídica

ABSTRACT

In the Science of Law, although there is no truth, it is accurate to recognise the existence of the correctness, accomplished by the argument when the discourse is regulated by rules. What is constructed, in the sphere of the rationally possible, ambit dominated by the ethos, is rational as long as guided by the discourse rules. Hence the culture expressed in the conclusion of the discourse can be universal. Bearing that in mind, the aim of this work is to analyse the argumentative proceedings constructed in the legal cultures of the common law and civil law comparatively. Considering the historical roots and evolution of such traditions, it is intended to draw conclusions regarding tendencies in the use of the argument which can be related to one or another legal thinking. It is possible that, due to the differences in the normative culture, the argumentative proceeding adopted in legal cases that discuss the same legal problem is diverse in the common law and civil law, even though endowed with rationality and therefore able to become universal because of the observance of the rules of the discourse. Using the inductive method, through the analyses of decisions from the American Supreme Court and the Brazilian Supreme Court, chosen to represent the common law and the civil law respectively, the hypotheses of this work was confirmed. It was concluded that there is prevalence in the use of precedents as arguments in the common law, whereas in the civil law the dogmatic and empirical arguments are the most frequent ones. The results demonstrate different levels of judicial openness to the dialogue: thinner in the common law; broader in the civil law.

Keywords: common law; civil law; legal argumentation

LISTA DE SÍMBOLOS

- \neg não (negação)
- \rightarrow se...então... (condicional)
- (x) para todo x (quantificador universal)
- O é obrigatório que ... (operador deôntico)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO-----	13
2. O <i>COMMON LAW</i> E O <i>CIVIL LAW</i> -----	15
3. AS REGRAS E FORMAS DE ARGUMENTO DA JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DO DISCURSO JURÍDICO-----	21
3.1. A ARGUMENTAÇÃO DOGMÁTICA-----	22
3.2. O USO DE PRECEDENTES-----	23
3.3. ARGUMENTAÇÃO EMPÍRICA-----	25
3.4. OS CÂNONES DA INTERPRETAÇÃO-----	25
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i> -----	31
4.1. DECISÕES SOBRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO-----	32
4.2. DECISÕES SOBRE O ABORTO-----	38
4.3. DECISÕES SOBRE O USO DE DROGAS-----	43
5. CONCLUSÃO-----	49
6. REFERÊNCIAS-----	51

1. INTRODUÇÃO

As modernas teorias da argumentação jurídica se ocupam da refutação da tese juspositivista da não racionalidade da Ciência do Direito. Embora, nesses campos do conhecimento, não haja *verdade*, objeto de busca das ciências naturais, há de se falar, em seu lugar, na Ciência do Direito, pelo menos, de *correção formal*, obtida argumentativamente quando são observadas as regras do discurso. É correto o que é alcançado em um discurso racional; é racional o discurso guiado por regras. Assim, os juízos axiológicos e os deontológicos, se consensualmente fundados, são *universalizáveis*. A universalidade não está adstrita à natureza, mas é também atributo do que é racionalmente construído. A cultura pode gerar universalidade, ainda que essa se sujeite à refutabilidade própria da historicidade do consenso que a alcançou.

Sendo assim, na adjudicação do que é correto para o Direito nos discursos jurídicos, tem a cultura enorme relevo. O consenso, ainda que fundado, pois subordinado às regras do discurso, e assim, obtido sem o apoio de argumentos irracionais (discursivamente *impossível*), e, ao mesmo tempo, suportado por argumentos exigidos pelas regras (discursivamente *necessário*), é produto do *ethos*. Não há o necessariamente correto, verdade *a priori*, mas sim o discursivamente *possível*, amplo campo dominado pela cultura no qual se obtém a verdade pelo argumento. A verdade, mesmo se racional, é, portanto, refutável no espaço e no tempo, pois sua extração é construída, e não dada.

Nesse sentido, debruça-se esse trabalho, comparativamente, sobre a construção argumentativa do correto nos contextos de *culturas jurídicas* diferentes: o *common law* e o *civil law*. Intenta-se investigar a variabilidade, do ponto de vista procedimental, da obtenção da verdade consensual a partir da cultura. Tem-se, por hipótese, que os caminhos argumentativos percorridos para se dotar de racionalidade a solução jurídica são traçados de maneiras diversas na cultura jurídica do *common law* e do *civil law*, embora os consensos alcançados por procedimentos de justificação diferentes possam ser, igualmente, universalizáveis, pois racionais. A partir disso, objetiva-se, de maneira específica, identificar tendências em uma e outra tradição jurídica no uso das formas de argumentos que serão objetos desse estudo.

Para tanto, é imperioso que se aceitem os pressupostos teóricos lançados por Robert Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica, especialmente, conforme se verá, no que se refere à justificação externa das decisões jurídicas e o seus grupos de argumentos. A partir

desses subsídios, examinados em método dedutivo, far-se-á análise de julgados prolatados em tribunais representativos do *common law* e do *civil law*, a Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, para que, em perspectiva indutiva, se possam lançar conclusões sobre as formas de argumentos que são próprias de uma e de outra tradição.

Esse trabalho se divide em três tópicos de desenvolvimento: em primeiro lugar, traçam-se considerações sobre o *common law* e o *civil law*; em seguida, há exame das formas de argumento da justificação externa das decisões jurídicas, e, por último, há análise comparativa de julgados da Suprema Corte americana e Supremo Tribunal Federal.

2. O COMMON LAW E O CIVIL LAW

Existem duas tradições jurídicas de inigualável influência no mundo contemporâneo. O *common law* e, em termos de dispersão, especialmente, o *civil law* lograram êxito como nenhuma outra tradição ao se exportarem, adaptarem e solidamente se firmarem em diversos sistemas legais, agrupando-os, a despeito das estruturantes diferenças que os erguem, em *famílias*. Conforme Merryman, a tradição jurídica “coloca o sistema legal em uma perspectiva cultural.”¹

Antes de mais nada, cumpre observar um negligenciado problema de ordem linguística que surge com a incorporação dos termos da língua inglesa *common law* e *civil law* a outros idiomas, como ocorre neste estudo com a inserção das expressões em um texto escrito em língua portuguesa. Esse problema advém do vocábulo *law*, o qual, sozinho, é capaz de revelar alguns aspectos das tradições jurídicas em estudo. Como regra, nos países que adotam o *civil law*, se pode recorrer a duas expressões para designar o que *law* apenas, sem outro significante que o auxilie, o faz nos países em que se encontra o *common law*: a lei e o direito, *la loi e le droit, la legge e il diritto, das Gesetz e das Recht*. Disso se extrai que, ao se importar as expressões *common law* e *civil law* para a língua portuguesa, bem como para outros idiomas, a exemplo do francês e italiano, deve-se enfrentar o problema da escolha entre o artigo feminino ou masculino para defini-los. Embora aparentemente singela, essa questão afeta à linguística traz consigo uma importante discussão jurídica: dizer *a common law* ou *a civil law* implica em definir ambas em direta associação à lei, quer dizer, ao direito positivo, seja esse advindo dos tribunais (*case law*), seja dos códigos; contrariamente, ao se atribuir o artigo masculino às expressões, há, implícita na escolha da partícula gramatical, a noção de que *common law* e *civil law* se referem ao Direito, que ambas, portanto, transcendem o que está positivado no espaço e no tempo para abarcar princípios que estruturam uma forma ou outra de pensamento sobre o Direito. Neste trabalho, defende-se o segundo entendimento sobre o que é o *common law* e o *civil law*, de modo que se opta pelo artigo masculino para anteceder as expressões.

Do fato de que, como regra, nos países do *civil law* é possível recorrer a duas expressões para referenciar o direito e a lei, e que, de outro lado, nos países de língua inglesa, os quais, invariavelmente, adotam o *common law* e são os maiores expoentes da tradição,

¹ Tradução livre do trecho original “*puts the legal system into a cultural perspective*”. Ver MARRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3.ed. California: Stanford University Press, 2006. p.02

faz-se referência a ambas as noções unicamente através do termo *law*, já é possível que se tracem algumas conclusões sobre as tradições. O *ethos* revela se bem separar o Direito, como sistema jurídico, da lei, como o que está posto, é necessário ou contingente.

Tradicionalmente, dizer que uma ordem jurídica adotava o *common law* ou o *civil law* era uma questão rígida de fontes do direito. Sendo assim, era comum – e, por vezes, ainda o é – deparar-se com a afirmação de que o *civil law* é marcado pela presença e recurso absoluto aos códigos, enquanto se define o *common law* como aquela cultura jurídica em que a fonte do direito é o *case law*, havendo pouca legislação nesse contexto. Não obstante a frequência da reprodução dessa ideia, deve-se reconhecer que se trata de demasiada simplificação da realidade. De um lado, o elevado grau de abstração que possuem, em geral, as legislações dos países do *civil law* importa espaço para que a interpretação judicial e a doutrinária sejam também, ao lado dos códigos, fontes do direito. De outro lado, os países do *common law* sempre possuíram diplomas editados por parlamentos como fontes, e, cada vez mais, é possível que se encontrem leis nesses contextos, não obstante a manutenção do *case law*. Sendo assim, a quantidade de legislação não é critério útil para diferenciar uma e outra tradição jurídica.

A ideologia subjacente ao fenômeno da codificação, por outro lado, deve ser levada em conta no estudo de ambas as tradições.² No *civil law*, a criação dos códigos esteve, historicamente, ligada de forma intrínseca à segurança jurídica e à separação dos poderes. Através da positivação, portanto, intenta o *civil law* antecipar as respostas jurídicas para comportamentos previamente definidos e, ainda, bem demarcar as fronteiras das funções do Executivo e, ressaltando-se, do Judiciário, restringindo-as. No bojo da Revolução Francesa, como se sabe, a codificação nasceu com o escopo de reduzir a função do juiz à subsunção, sendo os códigos, por isso, pretensiosamente livres de quaisquer lacunas e claros. Deveriam os magistrados meramente identificar a *premissa maior* – lei – a *premissa menor* – fato – e aplicar a *conclusão* que já havia sido posta pelo legislador. Nesse contexto do *civil law*, a legislação assumia, e ainda assume, um nítido papel de ruptura, própria da dinâmica da revolução, pois de rompimento com a ordem jurídica anterior a cada vez que uma lei é publicada.

Já no *common law*, a legislação não tem o papel de restringir a atividade jurisdicional ao método da subsunção, como intentaram, a princípio, os códigos civilistas. Convive, nesse âmbito, o direito positivo com a *judge made law*, e, nos casos em que ambas se mostraram

² Confira MARRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd. California: Stanford University Press, 2006.p. 53 ss.

conflitantes entre si, interpreta-se a legislação restritivamente; quer dizer, se colidem o que o foi editado pelo Legislativo em reflexo dos anseios populares próprios de *um* tempo com o que foi construído e consolidado *ao longo do* tempo no Judiciário, o último deve prevalecer. Disso se extrai o compromisso do *common law* com a conservação; observa-se a manutenção e a prevalência daquilo que foi produzido caso a caso e solidificado no tempo, em contraposição à ideia de ruptura, afeta ao *civil law*.

No fundamento do *common law*, portanto, pode-se dizer, sucintamente, que o apreço pelo construído sobre a casuística consagrou a chamada regra do precedente, o qual ainda será objeto de análises mais detidas neste estudo (item 3.2). Diferentemente, na base do *civil law*, a codificação possuiu papel fundamental para que erguessem-se e mantivessem-se as repúblicas, sendo, nesses contextos, a legitimação popular intrínseca à extração do que é o Direito. Para a aplicação, eram os magistrados tidos apenas como porta-vozes das leis para que não se corresse o risco de derrubada da soberania do povo.

Ocorre que as tradições jurídicas, naturalmente, como expressões da cultura, estão em constante dinâmica, o que vem dificultando sobremaneira a manutenção das noções cristalizadas acerca das fontes e da aplicação do direito no *common law* no *civil law*. Para tomar uma ilustração própria do constitucionalismo brasileiro sobre o fenômeno, é possível que se indique a introdução, pela Emenda Constitucional 45/2004, das súmulas, especialmente as de caráter vinculante, como produto de forte influência do direito consuetudinário no ordenamento jurídico pátrio, tradicionalmente pertencente à família do *civil law*. Com nítida inspiração no princípio do *stare decisis*³, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal obrigam todo o Poder Judiciário e Executivo, vez que seu descumprimento enseja ajuizamento de Reclamação Constitucional para cassação de decisão judicial ou anulação de ato administrativo não conforme. Da mesma maneira, nos Estados Unidos, genuíno representante do *common law*, a legislação cresce em volume, em virtude, sobretudo, das pressões do lobby empresarial contra o que chamam de *law suit abuse*, ao mesmo tempo em que se assiste a esforços de compilar e sistematizar o *case law* como se *civil law* fosse nos *Restatements* editados pela doutrina.⁴ Esse país tem assistido à mudança da natureza do *common law* também com as frequentes *dissenting opinions* nos tribunais, que dificultam a formação de precedentes e os enfraquecem.⁵

³ Expressão que advém do latim, derivada do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, o qual, em tradução livre, significa mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido.

⁴ *Restatements* são compilados doutrinários publicados pela *America Law Institut*, fundado em 1923 e formado por juízes, advogados e juristas, com o objetivo de sistematizar as normas extraídas da jurisprudência.

⁵ *Dissenting opinions* são os votos dos magistrados que expressam desacordo com a opinião da maioria da Corte.

Mas os reflexos da cultura jurídica não se restringem somente à extração e à aplicação do direito. O ensino jurídico também é ponto nevrálgico na expressão do *common law* e do *civil law*. No primeiro, a aprendizagem está associada à assimilação de uma técnica, isso é, ao desenvolvimento de competências práticas. Nas universidades, concentram-se os estudos nos *casebooks*, e a análise dos casos é, em geral, pautada no esforço do acadêmico na busca do argumento a partir de debates conduzidos em sala de aula. Noutra giro, no *civil law*, a aprendizagem reside, essencialmente, na assimilação de teorias, fundando-se, portanto, na abstração. Nesse contexto, possui centralidade o modelo expositivo de ensino, o qual implica, em regra, ao menos em um primeiro momento, postura contemplativa do acadêmico. A doutrina, no *civil law*, possui o indispensável papel de sistematização e interpretação do direito e é o principal meio de estudo, sem olvidar sua enorme influência sobre o legislador, magistrado e advogado, o que confere aos professores universitários papel de destaque quando se vislumbra a figura do jurista.

Ademais, parece ainda patente a estreita relação do *common law* com o direito processual, e, de outro lado, do *civil law* com o direito substancial. *Fair trial*, a “regra do jogo” conforme comumente traduzido para o português, e *due process of law*, isso é, o devido processo legal, estão intimamente ligados ao pensamento do *common lawyer*, enquanto a dignidade humana é considerada nos países do *civil law*, como no Brasil e na Alemanha, norte não apenas dos diplomas constitucionais, mas também de todo o ordenamento jurídico.

É, ainda, a linguagem interessante perspectiva na busca em se compreender o *common law* frente ao *civil law*. Conforme brevemente se apontou, já o vocábulo *law* e seus correspondentes em outros idiomas são capazes de fornecer subsídios para a contraposição. É comumente apontado que “a língua inglesa e o *common law* estão em uma relação próxima, quase mística”.⁶ Em todos os países falantes do inglês prevalece o *common law* como cultura jurídica, e verifica-se dificuldade na transposição de ideias fundamentais da tradição do inglês para outro idioma, salvo pela tradução literal, incapaz de transmitir o verdadeiro significado de palavras sem que haja perda semântica. É o que ocorre, a título exemplificativo, com *policy*, termo corriqueiro entre os *common lawyers*, que, não obstante, dificilmente pode ser expressado com correção em línguas de países do *civil law* através da mera tradução. Na língua portuguesa e na francesa, como exemplos, as traduções mais óbvias para *policy* seriam, respectivamente, *política* e *politique*, as quais, contudo, em inglês, também fazem referência

⁶ Tradução livre do trecho original “the English language and the common law stand in a close, almost mystical relationship”. Ver FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *The Language of Law*. In: *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford, 2005. p.17

ao termo *politics*, o que já decerto indica a imprecisão da tradução literal. Segundo Dworkin, *policies* representam *instrumental goals*, isso é, interesses que o Direito pode buscar. Faz o autor a contraposição entre *policies* e princípios, dizendo que os últimos são *requirements of justice*, quer dizer, em tradução livre, imperativos de justiça.⁷ Essa distinção remonta à análise sobre a natureza do Direito: esse é guiado pelas utilidades sociais ou pelos princípios de justiça? O fato de o *common law* ter o recurso à palavra que confere corpo ao utilitarismo, *policy*, e seu frequente uso nesse contexto em relação ao que ocorre no *civil law*, também revela, portanto, aspectos das tradições.

Ainda nesse sentido, destaca-se o termo *justiça*, *die Gerechtigkeit*, invariável tradução das expressões *justice* e *fairness*. Segundo Fletcher e Sheppard, “vítimas demandam *justice*. Réus querem *fairness*”.⁸ É que há, com clareza, no *common law*, a admissão aberta de que um *fair trial* nem sempre conduz a um *just result*, o que, no *civil law*, está apenas implícito. Conforme apontaram os autores referidos, evidência da necessidade de se separar *justice* de *fairness* no *common law* é a célebre frase de John Rawls, em *A theory of justice: justice is fairness*. A frase comprova a distinção dos campos semânticos de uma palavra e outra, na medida em que seria absurdo se pensar que “justiça é justiça”, conforme ter-se-ia em uma tradução literal para o português.

A cultura é temática das mais complexas, como se vê nessas breves considerações que se teceram acerca das tradições jurídicas. É necessário que se reconheça o risco, como apontou Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos, da abordagem que recai sobre o tema: o imobilismo.⁹ Deve-se admitir que jamais houve coesão absoluta na família do *common law*, o *Commonwealth*, ou na do *civil law*, e, em tempos atuais, não apenas os sistemas legais dentro de cada família divergem, mas também o grau de concessão para a outra tradição jurídica: a convergência entre o *common law* e o *civil law*, através da mistura de elementos de ambos em diversas ordens jurídicas do mundo, é evidente. Apesar disso, como fizeram os juristas referidos, Garapon e Papadopoulos, assumem-se, neste trabalho, os riscos da tentativa de separar o *common law* do *civil law*, já que ambas as culturas apenas se revelam quando postas uma frente a outra; definem-se reciprocamente. Se isoladas, não se pode saber que se está

⁷ Sobre a defesa de Dworkin, em sua “rights thesis”, dos argumentos de princípio em detrimento dos argumentos de *policy*, confira DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.p. 82 ss.

⁸ Tradução livre do trecho original “*Victims demand justice. Defendants want fairness*”, com a manutenção dos termos *justice* e *fairness* em razão da impossibilidade de se transformar ambos os termos em justiça sem prejuízo semântico, conforme se intenta demonstrar. A citação é da obra FLETCHER, George P.; SHEPPARD, Steve. *The Language of Law*. In: *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford, 2005. p. 62.

⁹ GARAPON, Antoine; PAPADOPOLOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 07 ss.

submetido a qualquer que seja, razão pela qual pulsa a indispensabilidade do direito comparado.

O que se pretendeu com esse item não foi esgotar as formas de se compararem as tradições jurídicas e, assim, fixar características de uma e outra, pois isso seria enquadrá-las em estereótipos. Ao contrário, preocupou-se em não esgotar a temática precisamente para que não se beirassem concepções absolutas sobre algo tão orgânico e dinâmico quanto o que aqui se trata. Intentou-se apenas, através de breves apontamentos sobre aspectos variados das culturas jurídicas, transmitir, ainda que da maneira ínfima que o papel permite, noções sobre o espírito do Direito.¹⁰

¹⁰ VON JHERING, R. *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de sib développement*. Bolonha: Forni Editore, 1969, p.46 apud GARAPON, Antoine; PAPADOPOLOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 07 ss.

3. AS REGRAS E FORMAS DA JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DO DISCURSO JURÍDICO

Em sua teoria da argumentação jurídica, Robert Alexy apresenta o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.¹¹ Enquanto esse se volta para o agir humano, sem necessário elo institucional, naquele há a particularidade da vinculação ao direito vigente. Trata-se aqui do direito compreendendo não apenas o que está positivado, mas a totalidade do ordenamento jurídico, inclusive o que nele se pode inserir através de métodos de integração. O fato de o direito ser estabelecido no âmbito do Estado implica institucionalização do discurso jurídico. Essa imbricação do discurso jurídico com o Estado, organizador do ordenamento jurídico, é, portanto, nuclear na tese do caso especial.

Trata o discurso jurídico da justificação [*die Rechtsfertigung*] – ou fundamentação [*die Begründung*] – de proposições normativas especiais: as decisões jurídicas. Cabe ressaltar que a expressão, decisões jurídicas, abarca não apenas as decisões judiciais, mas também o desenvolvimento teórico do Direito. Devem-se distinguir, nesse contexto, dois aspectos da justificação dessas proposições: a) a justificação interna, na qual se verifica se a decisão decorre logicamente das premissas postas como fundamentos, em análise de mera lógica dedutiva; e b) a externa, a qual tem por objeto a correção dessas premissas. Isso é: analisa-se na justificação externa a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna, na qual, por sua vez, se investiga a relação lógica entre premissas e decisão, isso é, o silogismo jurídico. Sendo assim, é a justificação interna momento logicamente posterior ao da justificação externa.¹²

As regras e formas da justificação interna e externa marcam a especificidade do discurso jurídico, pois vão além das regras práticas gerais.¹³ Este trabalho se debruça especificamente sobre as regras e formas justificação externa, se dedicando, assim, à correção das premissas postas como fundamento das decisões jurídicas.

Tais premissas podem ser de diversas ordens: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. Assim, diferentes métodos de fundamentação são exigidos conforme o tipo

¹¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.p. 210 ss.

¹² ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2002. p. 54.

¹³ Sobre as regras do discurso prático geral, as quais, decerto, também incidem no discurso jurídico, conferir ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. P. 186/203.

de premissa. Para (1), deve-se demonstrar a conformidade da regra com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Em (2), é possível que se recorra a variadas formas de proceder, como os métodos das ciências empíricas, máximas de presunção racional e regras do ônus da prova. Para que se fundamente as premissas do tipo posto em (3), finalmente, deve haver a argumentação jurídica.¹⁴

Nesse último caso, isso é, para que sejam dotadas de correção as premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo, há, grosso modo, seis formas de argumentos e regras que compõem a justificação externa da decisão jurídica: (a) a argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (b) o uso de precedentes, (c) a argumentação empírica, (d) a interpretação da lei, (e) a argumentação prática geral e (f) as formas especiais de argumentos jurídicos, em que se insere a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.¹⁵

Neste trabalho, em virtude da extensão das matérias, há limitação às formas de argumento indicadas em (a), (b), (c) e (d).

3.1 A argumentação dogmática

A dogmática, no sentido que predomina entre os juristas, compreende, ao menos, três atividades: a descrição do direito vigente; sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para solução de casos jurídico-problemáticos.¹⁶ A partir disso, Alexy distingue, respectivamente, as dimensões empírico-descritiva, analítico-lógica e prático-normativa da disciplina. Na primeira, afirma que há, sobretudo, descrição da práxis dos tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador. Na segunda, se inclui a análise dos conceitos jurídicos e a investigação das relações entre diferentes normas e princípios. A terceira, finalmente, pode ser ilustrada pela propositura e fundamentação da interpretação de uma norma, uma nova instituição, ou crítica a uma decisão judicial quanto aos seus defeitos práticos.¹⁷

No processo jurídico-decisório, deve atuar a dogmática, compreendida em seu caráter pluridimensional, como fator que proporciona considerável previsibilidade às respostas jurídicas. Ao se lançar um argumento dogmático, vale-se de compreensão prévia própria do

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 228.

¹⁵ Sobre o conceito de formas de argumento, confira ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 97 ss.

¹⁶ Sobre isso, Ibid., p. 247 ss.

¹⁷ Ibid., p.248

campo do Direito, que, por ser já conhecida, dota o discurso de certa segurança. No campo da hermenêutica, fala-se nessa previsibilidade trazida pela dogmática através da construção filosófica do “círculo hermenêutico”, o qual se funda na admissão de que a compreensão é atividade referencial, viabilizada por pontos de partida já compreendidos. Não há que se falar, no Direito, de pensamento linear – construído sobre axiomas –, em razão da interdependência dos objetos da compreensão. O círculo hermenêutico é, portanto, área circunscrita pela dogmática. Nesse sentido, assevera Margarida Camargo, na análise das implicações da dogmática na interpretação, a partir das quais, a propósito, surge a hermenêutica *jurídica*, que a dogmática é capaz de reservar alguma segurança às relações sociais.¹⁸

São enunciados da dogmática jurídica, exemplificativamente, conforme formulado por Alexy:¹⁹

- (1) as definições dos “conceitos jurídicos genuínos”, cujos conteúdos dependem da existência de normas jurídicas, isso é, não significam nada sem tais normas;
- (2) as formulações de princípios;
- (3) as definições de outros conceitos presentes em normas jurídicas que, apesar de não extraírem sua existência de normas, estão estabelecidas, aceitas ou, ao menos, discutidas no âmbito de uma Ciência do Direito de funcionamento institucional;
- (4) normas não extraídas da lei, mas estabelecidas, aceitas ou, ao menos, discutidas no âmbito de uma Ciência do Direito de funcionamento institucional.

3.2 O uso de precedentes

Baseia-se o uso de precedentes no princípio da universalidade, isso é, na exigência de se tratar o igual de maneira igual, conforme os ditames de justiça em sua acepção formal. Sendo assim, em casos identidade de circunstâncias, deve-se aplicar a regra fixada no precedente. Ao contrário do que se poderia pensar, já que não é o legislador o responsável por sua prolação, “o uso do precedente significa a aplicação de norma que subjaz à decisão do precedente”.²⁰ Trata-se, portanto, de verdadeiro Direito de normas.

Para o uso de precedentes, a extração do que é *ratio decidendi* e do que é *obter dictum* revela-se de fundamental importância, na medida em que apenas a primeira possui autoridade; tudo que é identificado como *obter dictum*, isso é, como incidente, deve ser

¹⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p.49

¹⁹ Ver ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.p.252/256

²⁰. *Ibid.*, p. 271.

desconsiderado, bem como as opiniões dissidentes devem ser ignoradas, já que, por óbvio, não prevaleceram.

Perelman classifica os precedentes como *argumentos que dão base para estrutura do real*, precisamente como argumentos pelo exemplo.²¹ Nessa esteira, o caso particular viabiliza uma generalização, pois na *ratio decidendi* se funda regra nova.

Ocorre que jamais se configura um coincidência absoluta entre dois casos, razão pela qual depende o uso de precedentes da correta identificação das circunstâncias *relevantes*. Se todas as circunstâncias relevantes do precedente se repetem no caso eventualmente em análise, deve-se decidir conforme a *ratio decidendi* fixada naquele. Se, noutro giro, não obstante a presença de certo grau de similitude, há razões, baseadas nas circunstâncias, para não se aplicar o precedente, deve-se proceder à técnica do *distinguishing*, a qual permite que o magistrado estatua livremente sobre o caso que tem em mãos.²² Nessa hipótese, todavia, com o *distinguishing*, remanesce o precedente afastado com sua autoridade intocada.

Ainda sim, em dois casos em que todas as circunstâncias relevantes se coincidem, autorizando, em tese, segundo o princípio da universalidade, o uso do precedente, é possível que se queira decidir diferentemente, caso a valoração das circunstâncias tenha sofrido mutação. Estar-se-ia diante do *overruling*, que consiste na superação do precedente.²³ Esse instituto demonstra que a obrigação de seguir o precedente não é absoluta, e não poderia o ser, já que, nesse caso, haveria frontal violação às regras do discurso, notadamente à regra da razão segundo a qual todos podem problematizar qualquer asserção.²⁴

Naturalmente, aplicar a técnica do *distinguishing* ou do *overruling* implica assunção de elevado ônus argumentativo pelo intérprete. Neste ponto, ressalta-se o relevante papel das demais formas de argumento admissíveis no discurso jurídico, com destaque, especialmente a argumentos práticos de tipo geral.

²¹ PERELMAN, Châim; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *The new rhetoric: A Treatise in Argumentation*. Londres: University of Notre Dame Press, 1969, p. 99 apud ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2002. p. 54 ss.

²² Com o *distinguishing*, se demonstra, confrontando o caso com o precedente, que as circunstâncias relevantes estão em dissonância, o que afasta a aplicação da *ratio decidendi* precedente. A possibilidade de aplicação desse precedente em casos futuros, contudo, é mantida.

²³ Com o *overruling*, o precedente perde a autoridade, não podendo ser utilizado no caso que se processa ou nos futuros.

²⁴ Sobre as regras da razão do discurso prático racional geral, confira ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 190 ss.

3.3 Argumentação empírica

Os argumentos empíricos não podem, evidentemente, serem aqui elencados com pretensão de esgotamento. Devem-se considerar, neste ponto, enunciados das mais variadas ordens que se referem, em última análise, ao substrato fático. Segundo Alexy, trata-se de enunciados que pressupõem fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estado de coisas. Esses enunciados podem corresponder a diversas áreas da ciência, como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Linguística etc.²⁵

Conclui-se, portanto, que a inclusão de argumentos empíricos na argumentação jurídica está intrinsecamente ligada à abordagem interdisciplinar dos casos em análise no discurso, o que, idealmente, tem potência para minimizar o problema de que dificilmente se pode obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável.²⁶

Deve-se destacar, neste ponto, a validade, no discurso jurídico, da regra de transição segundo a qual a qualquer falante e em qualquer momento é possível passar para um discurso teórico (empírico).²⁷ Essa regra é reputada por Alexy como sendo de suma importância no discurso, na medida em que, não raro, estão os falantes em acordo quanto às premissas normativas, mas em embate quanto aos fatos.

3.4 Os cânones da interpretação

A interpretação pode ser conceituada como “ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem”.²⁸ Para que se extraia a norma de um texto normativo é necessária a interpretação. O método da subsunção, operação meramente formal do encaixe do fato detectado a uma lei geral e abstrata, não é suficiente para a aplicação do direito. A norma está relacionada a uma situação histórica e está, ainda, comprometida a valores, razão pela qual a interpretação intermedeia sua aplicação, impedindo que essa se consubstancie em atividade meramente mecânica.

Carlos Maximiliano aponta o corrente erro no emprego indistinto dos termos *interpretação* e *hermenêutica*. Segundo ele, a segunda fixa os princípios que regem a primeira. Sendo assim, conceitua hermenêutica como “a teoria científica da arte de interpretar”.²⁹ No mesmo sentido, diz Margarida Lacombe que “a hermenêutica passa, então,

²⁵ Ibid., p. 230.

²⁶ Ibid., p. 230.

²⁷ Sobre as regras de transição do discurso prático racional geral, confira Ibid., p. 203.

²⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 19.

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 01

a se comportar como ciência, preocupando-se com as técnicas próprias do fazer interpretativo”.³⁰

Os chamados *cânones da interpretação* são sistematizados na doutrina como métodos de extração do sentido e alcance das normas. Nesse ponto, cumpre reconhecer a variabilidade na terminologia utilizada para designarem o que nesse trabalho denominam *cânones*. Sem embargo de outros usos, ressalta-se, a título exemplificativo, que há quem faça referência à matéria através da expressão *processos* de interpretação³¹, e, ainda, a *critérios* de interpretação.³² E não apenas quanto à designação há divergências na literatura. Remanescem os cânones da interpretação como ponto ainda controvertido quanto ao seu número, valor, hierarquia e, ainda, formulação. Inequívoca, contudo, é sua função precípua: fundamentar certa interpretação que recai sobre dado enunciado.³³

Neste trabalho, faz-se uma análise breve de seis grupos de cânones analisados por Alexy.³⁴

(a) *argumento semântico*:

Na doutrina clássica, é designado como *gramatical* ou, ainda, *literal*.³⁵ Parte do significado usual, em determinada linguagem, das palavras do preceito legal.

Com base no uso da linguagem – especificação da linguagem natural ou técnica, especialmente a da Ciência do Direito –, se afirma como admissível, se critica ou se justifica uma interpretação de certa norma.³⁶

³⁰ A autora esclarece que é a partir do movimento da Ilustração que há que se falar em diferenças na hermenêutica e interpretação. Sobre isso CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 28

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 88.

³² BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 22 ss

³³ Com o escopo de explicar o que são os cânones, Alexy se utiliza de um modelo simples de justificação interna:

1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)

2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)

3) Ma

4) ORa (1)-(2)

Da regra R [(1)] e da regra de uso das palavras W [(2)], segue a regra R'

$(2') (x) (Mx \rightarrow ORx)$ (R')

R' é, portanto, uma interpretação de R por meio de W.

Nessa fórmula-lógica, “x” é variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas; “a”, uma constante de indivíduo (um nome próprio); “T”, um predicado que representa a suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas; “R”, um predicado que expressa o que tem que fazer o destinatário da norma, “W” é regra de uso de palavras, “M” são as características do fato descrito na norma, e “R” interpretação de “R” por meio de “W” equivale a I_{W}^R . Confira ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 231

³⁴ *Ibid.*, p. 231/240

³⁵ FRANÇA, R. Limogi. *Hermenêutica Jurídica*. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p.09

³⁶ Alexy distingue três formas de argumentos semânticos:

Para se alcançar uma especificação da linguagem, o que se busca é, essencialmente, o estabelecimento de fatos, razão pela qual a argumentação semântica está intrinsecamente relacionada à argumentação empírica, já brevemente discutida. No uso do argumento semântico está pressuposta a validade da especificação da linguagem adotada, a qual apenas deve ser refutada no campo da empiria, pela invocação, a título exemplificativo, de competências linguísticas e da autoridade dos dicionários.

Sendo assim, não obstante já ter sido, no bojo do direito romano, considerado com prioridade em relação aos demais cânones, atualmente o argumento semântico é tido como insuficiente, já que, como exposto, se entende que a especificação da linguagem nele empregada deve ser justificada com base em outros cânones ou, ainda, outras formas de argumento. Se apenas se parte de certa especificação da linguagem, fixando significado para determinada palavra, e, a partir disso, se extrai uma interpretação, sem, contudo, justificar, utilizando outros argumentos, o motivo pelo qual se adotou essa especificação, se constitui um argumento semântico frágil.

(b) *argumento genético*:

Há argumentação genética quando a interpretação de certo enunciado normativo é justificada através da afirmação de sua correspondência à vontade do legislador.

Os termos *histórico* e *autêntico* são também largamente utilizados para designar esse cânone da interpretação na doutrina clássica.³⁷ Nesse âmbito, são indicadas, em rol exemplificativo, as exposições de motivos das leis, os projetos, os relatórios dos debates parlamentares, emendas e os votos como fontes da apuração da vontade do legislador.

Esse argumento pode se formular de duas maneiras. A primeira consiste na sustentação de que dada interpretação era a querida pelo legislador ao tempo da formulação da norma; a segunda é a defesa de que o legislador intentou a perseguição de certos fins, os quais apenas são alcançados ao se conferir certa interpretação ao texto normativo.³⁸

1) R' deve ser aceita como interpretação de R, com base e W_i ;

2) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em W_k ;

3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem W_i nem W_k .

Sobre isso, conferir ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.233

³⁷ Exemplificativamente, se constata o uso desses termos em MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. e FRANÇA, R. Limogi. Hermenêutica Jurídica. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 10

³⁸ Segundo Alexy, as duas formas de argumento genético podem ser expressas da seguinte maneira:

1) R' ($=I^R_w$) é desejado pelo legislador

2) R'

Ocorre que as simples afirmações de que certa interpretação é querida pelo legislador, ou que, a partir dela, o legislador pretende alcançar determinados fins, geram um argumento incompleto, o qual, segundo Alexy, necessita satisfazer o chamado “requisito de saturação” para atingir a completude. *Saturar* significa apoiar a validade do argumento genético em enunciados sobre a extração da vontade do legislador; quer dizer, é preciso que se argumente para que se aceite que a intensão legislativa segue certo sentido. Sendo assim, como ocorre para os argumentos semânticos, há relação entre argumentos genéticos e argumentos empíricos, esses necessários para a validade daqueles.

(c) *argumento histórico:*

Trata-se da invocação de fatos sobre a história do problema jurídico em discussão para aceitar ou rejeitar certa interpretação. Conforme Alexy:

- (1) O problema jurídico discutido já foi solucionado com S;
- (2) S teve por consequência C;
- (3) C é indesejável;
- (4) C deve ocorrer novamente a partir de S;
- (5) S não é aceitável.³⁹

Na utilização desse cânone, há assunção de carga argumentativa para a fundamentação de (3). Apenas se pode admitir, racionalmente, que certa consequência advinda de solução já fixada para dado problema jurídico é indesejável caso se fundamente a assertiva com argumentos adicionais.

(d) *argumento sistemático:*

O argumento sistemático se baseia na relação lógica entre certa norma e outras normas do ordenamento jurídico.

Esse argumento se ergue da sustentação de que não há norma jurídica isolada. O Direito objetivo não é complexo aleatório de normas, mas conjunto delas, postas em interdependência. Segundo Maximiliano, “por umas normas se conhece o espírito das outras”.

40

1) Com R o legislador pretende alcançar Z

2) $\neg R' (=I^R_w) \rightarrow \neg Z$

3) R'

³⁹ Ibid., p.273

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.127

Deve-se conferir máxima amplitude à busca das relações lógicas entre normas: a exegese restrita à comparação de trechos da mesma lei pode causar prejuízos à coerência do ordenamento jurídico como um todo. Sendo assim, se tem que o cotejo da norma objeto da interpretação sistemática deve ser estabelecido não apenas com normas que trazem o mesmo instituto jurídico ou institutos análogos, mas também com os princípios reitores do ordenamento.⁴¹

A indicação de contradição normativa é a forma mais relevante que assume esse argumento. Na hipótese de todas as interpretações de determinada norma serem excluídas por outras normas, ter-se-á que abandonar a norma em discussão.

Cabe observar que também quanto a esse argumento há variabilidade na terminologia. É frequente, na literatura, a utilização da designação *lógico* para se referir ao tipo de argumento para o qual ora se volta.⁴²

(e) *argumento comparativo:*

Quando se toma como referência o estado de coisas jurídicas de outra sociedade, há argumento comparativo. Exemplos da utilização do argumento é a invocação de previsão constitucional, legal ou, ainda, de jurisprudência de países estrangeiros com o escopo de defender ou rechaçar certa interpretação de norma interna.

Para Maximiliano, trata-se de argumento sistemático levado às suas últimas consequências. Isso porque o argumento comparativo confronta o texto que se interpreta não com o ordenamento jurídico pátrio, mas com o direito estrangeiro, indo, portanto, além do argumento sistemático.⁴³

(f) *argumento teleológico:*

Por fim, trata o argumento teleológico da defesa ou da rejeição de interpretação de certa norma com base em fins caracterizados normativamente.⁴⁴ Quer dizer, enquanto a

⁴¹ Ibid., p. 106

⁴² A expressão processo lógico é adota, por exemplo, na obra de Uadi Lammêgo Bulos. Sobre isso, conferir: BULOS, Uadi Lammêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 23

⁴³ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.107

⁴⁴ Sendo OZ um estado de coisas ou um fato prescrito, e a necessidade da interpretação $I^R_w = R'$ para alcançar Z expressa por $\neg R' (=I^R_w) \rightarrow \neg Z$, o argumento teleológico é demonstrado, em sua forma fundamental, por Alexy da seguinte maneira:

- 1) OZ
- 2) $\neg R' (=I^R_w) \rightarrow \neg Z$
- 3) R'

investigação dos fins objetivados pelo legislador configuraria um argumento genético, a busca dos fins “racionais” ou “prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente” gera um argumento teleológico.⁴⁵ Nesse sentido, para diferenciar as teleologias nos âmbitos desses tipos de argumento, a doutrina, não raro, se utiliza da expressão *teleológico-objetivo* para designar o argumento sobre o qual nesse item trata.⁴⁶

O argumento teleológico é variante do argumento consequencialista geral do discurso prático geral de Alexy.⁴⁷ Figura correspondente na teoria de Perelman é o argumento pragmático, o qual aprecia um ato ou acontecimento a partir de suas consequências favoráveis ou desfavoráveis.⁴⁸

Essa breve apresentação viabiliza, portanto, o entendimento acerca de quatro das seis regras e formas da justificação externa propostas por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica. Da observância dessas construções decorre a correção, ainda que apenas formal, do resultado do discurso jurídico. Sendo assim, se volta esse trabalho, no item que segue, a partir dos subsídios teóricos lançados, para análise jurisprudencial, com o escopo de se identificar os argumentos aqui tratados no âmbito da prática judicial.

Confira ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 239

⁴⁵ Ibid., p. 238

⁴⁶ Essa é a expressão adotada em BULOS, Uadi Lammêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. Alexy também faz referência a argumentos teleológicos-objetivos, conforme usado por Larenz. Ver ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 238

⁴⁷ Confira, Ibid., p. 195 ss.

⁴⁸ PERELMAN, Châim; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. The new rhetoric: A Treatise in Argumentation. Londres: University of Notre Dame Press, 1969, p. 99 apud ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2002. p. 54 ss.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Por ser especial, o discurso jurídico se subordina a condições limitadoras que não são encontradas no discurso prático geral: a lei, a dogmática e os precedentes. Não obstante a delimitação, o âmbito do discursivamente possível permanece amplo. Há certos casos em que essa vasta extensão se evidencia: quando não há direito positivo (seja esse o proveniente dos códigos ou do *judge made law*) que regule o caso submetido à análise judicial; quando há direito positivo, mas a norma é constituída por linguagem ambígua ou vaga, ou, ainda, quando há normas no sistema jurídico, mas essas são contraditórias (gerando, eventualmente, antinomias e colisões normativas), estar-se-á diante de um *caso difícil*.

Sendo assim, em razão da abrangência normativa do ordenamento jurídico, da qual decorre essa amplitude do discursivamente possível, especialmente no que se refere aos casos difíceis, não há que se falar, na Teoria da Argumentação Jurídica formulada por Alexy, em *único resultado correto*. Neste ponto, vale ressaltar que essa concepção, contudo, não é unânime na literatura. Dworkin sustenta a possibilidade de extração de solução jurídica única em sua *Rights Thesis*.⁴⁹ Há, segundo o autor, resposta *a priori* baseada em direito preexistente a vencer uma ação judicial, de modo que “é mantido o dever judicial, inclusive nos casos difíceis, de descobrir os direitos das partes, e não inventar direitos novos e aplicá-los retroativamente.”⁵⁰

Não obstante as teses em contrário, como se tomou como exemplo a de Dworkin, se parte, neste trabalho, dos subsídios teóricos lançados por Alexy. Quer dizer: se admite que é possível que o discurso jurídico conduza a um número plural de consensos fundados. Diante de um mesmo problema jurídico, podem os participantes que discursam atingirem soluções diversas, até mesmo incompatíveis, ainda que sejam todas, ao mesmo tempo, racionais, e, por isso, universalizáveis. As regras e formas do discurso jurídico, pelo que se compreende as que são específicas desse caso especial de discurso, nos âmbitos da justificação interna e externa, e as advindas do discurso prático geral, permitem que haja *controlabilidade* do caminho argumentativo. Não viabilizam, contudo, o alcance do único resultado correto, pois não se prestam a, sozinhas, determinar o *conteúdo* das premissas que conduzem à conclusão, mas tão

⁴⁹ Sobre a adjudicação conduzida pelo juiz Hercules em casos difíceis na construção da “Right Thesis”, confira DWORKIN. Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978p. 105 ss.

⁵⁰ Tradução livre do trecho original “it remains the judges duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively”. Ver DWORKIN. Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81.

somente asseguram que essa seja racionalmente extraída. Isso é: enquanto procedimento argumentativo, o discurso jurídico é especialmente regido pelas regras e formas das justificações interna e externa; enquanto substância, se vincula esse discurso ao direito vigente em um contexto espacial e temporal, e, assim, em última análise, à cultura.

Neste trabalho, se considera o âmbito discursivamente possível se associa ao *ethos* não apenas quanto à matéria do resultado atingido, mas que também os percursos argumentativos traçados para o alcance das conclusões estão ligados à produção cultural. Tendo isso em vista, a partir das regras e formas da justificação externa do discurso jurídico, se objetiva verificar, possivelmente, tendências distintas nos procedimentos argumentativos adotados no *common law* e no *civil law*. Considerando a evolução histórico-cultural dessas tradições jurídicas, deve-se concluir pela existência de diferenças no uso e escolha de argumentos que conduzem à solução jurídica. Intenta-se, portanto, identificá-las.

Para se viabilizar a análise, se elegeram questões postas sob exame judicial que configuraram casos difíceis nos tribunais escolhidos como representativos do *common law*, a Suprema Corte americana, e do *civil law*, o Supremo Tribunal Federal. São as questões: o casamento e a união estável entre casais do mesmo sexo, o aborto e o uso de drogas. Considerou-se, na Suprema Corte Americana, a *opinion of the court* e, no Supremo Tribunal Federal, o voto do relator. Assim, por indução, se objetiva viabilizar que conclusões sejam lançadas quanto ao uso do argumento no que se diz respeito à justificação externa. Não se trata, portanto, de estudo comparativo das tradições no que se refere ao sentido das decisões, isso é, à matéria do consenso, mas sim quanto à fundamentação construída em casos difíceis.

Esta análise jurisprudencial visa a identificação a) das principais premissas que sustentaram as decisões; b) das formas de argumentos da justificação externa – examinados no item 3 deste trabalho – que fundamentaram essas premissas.

4.1 Decisões sobre a união e casamento de casais homossexuais:

Na recente e célebre decisão *Obergefell v. Hodges* (2015), o objeto da *judicial review* era a legislação do estado de Ohio que definia casamento como união entre um homem e uma mulher, analisada sob o parâmetro da *Fourteenth Amendment*. Justice Kennedy ofereceu a *opinion of the court*, que guiou a decisão da Corte no sentido de reverter o julgamento da *Court of Appeals of the Sixth Circuit*, reconhecendo, assim, o direito ao casamento aos homossexuais. A decisão, por ordem expressa, produziu efeitos em todos os estados do país.

Justice Kennedy iniciou a argumentação com uma digressão histórica, constante do item II da *opinion*, analisando as raízes da proteção do casamento – que pressupunham a

união de duas pessoas de sexos opostos –, e sua evolução. Nesse aspecto, abordou o fato de que, no passado, o casamento era um acordo pactuado entre os pais dos casais, baseado em aspectos políticos, religiosos e financeiros; já à época da fundação dos Estados Unidos, era o casamento entendido como contrato entre homem e mulher. No mesmo sentido, resgatou, para propósitos de reconstrução do painel histórico, a compreensão do casamento como sendo entidade patriarcal, noção que substancialmente vem sendo alterada desde o final do século XX com o reconhecimento dos direitos e dignidade da mulher. Neste ponto da *opinion*, portanto, foram utilizados argumento empíricos para sustentar uma primeira premissa da decisão, segundo a qual “a história do casamento é tanto de continuidade quanto de mudança. Essa instituição – mesmo se entendida adstrita às relações entre casais de sexos opostos – evoluiu no tempo”.⁵¹

Ainda em abordagem histórica, constatou a dinâmica também com relação aos direitos dos homossexuais. Se na maior parte do século XX a homossexualidade foi classificada como distúrbio mental pela *American Psychiatric Association*, acumularam-se desde o final daquele século, na jurisprudência da Suprema Corte, diversas decisões em reconhecimento de direitos dos homossexuais, já baseadas na admissão da psiquiatria de que orientações sexuais são expressões naturais da sexualidade humana [*Bowers v. Hardwick*; *Romer v. Evans*; *Lawrence v. Texas*]. Deve-se constatar, neste ponto, as formas de argumentos: o argumento empírico, relacionado aos conhecimentos afetos à Medicina do século XX, e, após, o uso de precedentes. Desses argumentos, Justice Kennedy extraiu a premissa de que o tratamento social dispensado aos homossexuais e as compreensões sobre comportamento humano também estiveram – e estão – sujeitos à evolução.

Após essas considerações de caráter histórico, a carga argumentativa da *opinion* no que se refere ao direito ao casamento de casais do mesmo sexo se concentrou no item III da decisão.

A primeira premissa lançada nesse item se assentou no fato de que, na Cláusula do *Due Process* da *Fourteenth Amendment*, segundo a qual nenhum estado pode “privar nenhuma pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal”, está

⁵¹ Tradução livre do trecho original “the history of marriage is one of both continuity and change. That institution – even as confined to opposite-sex relations – has evolved over time.” Ver UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 28.04.2014. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit Lex*, Supreme Court, online: http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf visto em 08 de junho de 2016. p. 06

inserida a maioria dos direitos da *Bill of Rights*.⁵² O uso de precedentes justificou a afirmação [*Duncan v. Louisiana; Eisenstadt v. Baird; Griswold v. Connecticut; Poe v. Ullman*].

Em seguimento, a segunda premissa do item III da *opinion* é a de que o direito ao casamento é um desses direitos protegidos pela Cláusula do *Due Process*, conforme determina a jurisprudência da Corte [*Loving v. Virginia; Zablocki v. Redhail; Turner v. Saflly* e outros]. Ocorre que, nesses casos em que a Corte reconheceu o direito ao casamento como conteúdo do *Due Process*, a união entre pessoas de sexos opostos estava pressuposta, conforme explanado na digressão histórica já brevemente tratada. Sendo assim, Justice Kennedy procedeu à verificação se os homossexuais estariam incluídos como titulares desse direito através da análise de quatro “princípios e tradições” que expõem a necessidade da proteção do casamento segundo os precedentes da Suprema Corte sobre a matéria.⁵³ O exame de cada um desses “princípios e tradições” tomou os seguintes sentidos:

a) Em primeiro lugar, utilizou-se *Loving v. Virginia*, decisão que invalidou legislação que vedava o casamento entre raças, da qual se extrai que o direito de escolha quanto ao casamento é inerente ao conceito de autonomia. Houve, portanto, recurso ao argumento de precedente;

b) Em sequência, em referência às decisões *Griswold v. Connecticut*, que reconheceu que a Constituição garante o direito dos cônjuges de usar métodos anticoncepcionais, e *Turner v. Saflly*, que decidiu pelo direito de casar dos condenados, se extraiu que o direito ao casamento é fundamental, pois apoia a união entre duas pessoas como nenhum outro instituto. Verifica-se, assim, também neste ponto o uso de precedentes;

c) A terceira base para proteção do casamento é a estrutura da família e a referência que o instituto configura para crianças, significando proteção da educação. Conforme estabelecido em *United States v. Windsor*, o casamento “permite que as crianças entendam a integridade e a proximidade de sua família, bem como as de outras famílias em suas comunidades e convívio rotineiro.”⁵⁴ Como a maioria dos estados americanos permite a adoção por casais homossexuais, há confirmação, segundo Justice Kennedy, inclusive através da lei, que homossexuais podem criar famílias amorosas e estruturadas. Sendo assim, excluir os casais do mesmo sexo do casamento seria atentar contra uma das premissas desse direito

⁵² Tradução livre do trecho original “deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law”. Ver *Ibid.*, p. 10

⁵³ Tradução livre das expressões originalmente utilizadas por Justice Kennedy: “principles and traditions”. Conferir *Ibid.*, p. 12

⁵⁴ Tradução livre do trecho original “allows children to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives.”. Conferir *Ibid.*, p. 15

conforme construído pelo precedente. Também aqui, portanto, o precedente foi lançado na justificação;

d) Por último, asseverou-se que é o casamento instituto central para a ordem social, segundo *Maynard v. Hill*, do qual decorrem repercussões no direito de propriedade, sucessões, tributário, direitos de adoção e inúmeras outros. Nesse aspecto, houve o único argumento dogmático da decisão, em referência ao trabalho de Alexis Tocqueville em *Democracy in America*, destacando trecho sobre a importância social do casamento naquele contexto cultural.

Conclusão: não há, nos princípios e tradições do reconhecimento e contornos conferidos pela jurisprudência ao direito ao casamento, o que impeça seu exercício por casais homossexuais, sendo essa a terceira premissa da decisão.

A quarta premissa do item da *opinion* ora em análise é a de que o *Due Process* e *Equality Protection*, apesar de constituírem princípios independentes, estão profundamente interconectados. Essa premissa se assenta na decisão *Zablocki v. Radhail*, a qual invalidou legislação que proibia o casamento de pais que deviam alimentos sem autorização judicial com base na interação entre liberdade e igualdade. Também *Loving v. Virginia* sustenta essa premissa, vez que invalidou a legislação que vedava o casamento de pessoas de raças diversas, pois essa restrição de liberdade violava a igualdade. Da mesma forma, em *Lawrence v. Texas*, houve a invalidação de leis que criminalizavam relações entre casais homossexuais em razão dos direitos de liberdade e igualdade, em histórico reconhecimento de direitos aos homossexuais. Segundo Kennedy, “cada conceito – liberdade e igualdade – conduzem a um entendimento mais forte do outro.”⁵⁵. Esse entendimento também, portanto, se ergueu com justificação apenas em precedentes.

De todas essas premissas expostas, seguiu – justificação interna – a conclusão de que as leis de Ohio objetos da apreciação judicial violam o direito ao casamento. Justice Kennedy frisou que não se trata de violação ao *direito ao casamento dos homossexuais*, um direito novo e próprio dos casais do mesmo sexo, mas sim de transgressão ao *direito ao casamento*, conforme construído pelos já consolidados precedentes da Corte. Verifica-se, portanto, que foi a partir, sobretudo, desses precedentes que se construiu a justificação externa da decisão. Isso é, as fundamentações das premissas identificadas como nucleares para que atingisse o resultado jurídico foram erguidas quase exclusivamente com base em precedentes, com ressalvas apenas para os argumentos empíricos utilizados no início da *opinion*, no item II,

⁵⁵ Tradução livre do trecho original “each concept – liberty and equal protection – leads to a stronger understanding of the other.” *Ibid.*, p. 20

dedicado à digressão histórica, e para o argumento dogmático consubstanciado nos entendimentos de Tocqueville sobre a democracia americana.

De outro lado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), decisão sobre a matéria abordada em *Obergefell v. Hodges* é a paradigmática ADPF 132, prolatada em 2011, com relatoria do ministro Ayres Britto. O pedido da ação judicial consiste na submissão do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro à técnica da interpretação conforme a Constituição.

Predomina no contexto brasileiro, conforme se constata da análise do voto do relator, o uso dos cânones da interpretação para a justificação externa, especialmente o argumento semântico.

O ministro Ayres Britto analisou o significado de “sexo” nas quatro oportunidades que a palavra é mencionada na Constituição, no artigo 3, inciso IV; artigo 5, inciso XLVIII; artigo 7, inciso XXX e artigo 201. Conclui, da análise dos dispositivos referidos, em um primeiro momento, se tratar da mera “conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre homem e mulher”.⁵⁶ Em uma segunda especulação semântica, contudo, considerou a compreensão de sexo também como situada no domínio do instinto, ponto de partida das relações afetivas. Assim, firmou uma acepção mais ampla, segundo a qual o sexo das pessoas é “um todo pró-indiviso, abrangendo o ser e o respectivo aparelho genital”.⁵⁷

Nesse campo do “ser” amparado pelo termo “sexo”, segundo o relator, houve intencional silêncio normativo da Constituição, que

“entrega o empírico desempenho das funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas”.⁵⁸

Para sustentar essa premissa de que há liberdade quando se verifica omissão nos textos normativos, há uso de argumento dogmático, consubstanciado nas construções de Kelsen sobre a “norma geral negativa”.⁵⁹

Houve, portanto, recurso a) ao argumento semântico para fundamentar a premissa de que o exercício da sexualidade está protegido pela Constituição nos dispositivos em que o

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Rio de Janeiro, 04/05/2011. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, visto em 08 de junho de 2016. p.07

⁵⁷ *Ibid.*, p.12

⁵⁸ *Ibid.*, p. 11

⁵⁹ *Ibid.*, p. 10

texto normativo se utiliza da expressão “sexo”; b) ao argumento dogmático para sustentar que a omissão no que se refere esse exercício estabelece liberdade.

O ministro também analisou o significado de “família”, constante do artigo 226 do diploma constitucional. Defendeu que o termo nesse contexto emprega sentido coloquial, segundo o qual “família” é núcleo doméstico, configurada independentemente de constituição formal e dissociada da preferência sexual de seus integrantes, sendo “fato cultural e espiritual ao mesmo tempo”.⁶⁰ Preocupou-se o ministro em ressaltar que

“a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade no mundo do ser.”⁶¹

Essa compreensão acerca do significado, como ocorreu para o termo “sexo”, foi defendida com base na análise dos dispositivos constitucionais em que aparece a palavra em exame. Segundo o ministro, nesses preceitos, “a Constituição limita seu discurso ao reconhecimento de família como instituição privada (...).⁶² A partir do argumento semântico, se lança a premissa da inexistência de restrições da configuração familiar a casais heterossexuais apenas.

O argumento dogmático, com recurso à doutrina, foi invocado, ainda, em uma outra oportunidade no voto, além do argumento construído com as elaborações de Kelsen, já referenciado. O relator fez referência ao termo “linguagem prescritiva” cunhada por Friedrich Müller, sem que, contudo, essa menção tenha constituído argumento; houve apenas emprego da expressão lançada pelo autor.⁶³ Constatou-se também referência a profissionais de outras áreas do conhecimento, como René Descartes, Friedrich Nietzsche e, inclusive, transcrição de trechos de poemas de Fernando Pessoa e Chico Xavier.

Não obstante, nessa decisão, é evidente a centralidade dos argumentos semânticos, formulados para propor interpretações às passagens do texto constitucional em que constam os termos “sexo” e “família”. Conferindo a ambos acepções amplas a partir das disposições constitucionais em que são reproduzidos, o ministro, ao final, julgou procedente o pedido da ação para conferir ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, excluindo do dispositivo qualquer interpretação que impeça a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Das análises, portanto, se extraem, de um lado, a predominância do uso de precedentes na decisão americana, *Obergefell v. Hodges*, e, de outro, na linha argumentativa

⁶⁰ Ibid., p.20

⁶¹ Ibid., p.24

⁶² Ibid., p. 21

⁶³ Ibid., p.20

principal da decisão brasileira correlata, ADPF 132, o destaque para os argumentos semânticos na atividade interpretativa.

4.2 Decisões sobre o aborto:

Landmark decision nos Estados Unidos, em *Roe v. Wade* (1973) se discutiu a constitucionalidade de legislação penal do estado do Texas que criminalizava o aborto, com a ressalva para a isenção de pena no caso de risco à vida da gestante.

A *opinion of the court* nesse caso, oferecida por Justice Blackmun, concentra a argumentação especialmente nos itens VIII, IX e X.

A primeira premissa da decisão lançada no item VIII se refere ao reconhecimento da Suprema Corte da existência do direito à privacidade, não obstante a falta de menção constitucional expressa. Essa premissa se sustentou em precedentes em que se identificaram raízes desse direito nas *First, Fourth, Fifth, Ninth e Fourteenth Amendment* [*Sanley v. Georgia, Terry v. Ohio, Boyd v. United States, Olmstead v. Unites States*, dentre outros onze precedentes invocados neste ponto].

A segunda premissa é a de que o direito à privacidade reconhecido nesses precedentes é largo o suficiente para abarcar o direito da mulher à decisão quanto à interrupção ou manutenção de gestação. Justice Blackmun utilizou argumentos empíricos na justificação da premissa: os impactos na saúde mental da mulher que é obrigada a esperar por criança indesejada e o as dificuldades e estigma enfrentados no meio social com a maternidade.

Como terceira premissa, sustentou que o direito a privacidade não é absoluto, o que foi fundamentado, novamente, com o uso dos precedentes [*Jacobson v. Massachusetts; Buck v. Bell*]. Nesses casos, que versavam sobre, respectivamente, vacinação e esterilização, a Suprema Corte estabeleceu a adequação da regulamentação de algumas áreas do exercício do direito à privacidade, refutando, assim, o caráter absoluto do direito. Nesse sentido, houve, também, citação de precedentes de cortes estaduais, e, “embora os resultados [das decisões estaduais que mencionou na *opinion*] são diversos, a maioria dessas cortes concordou que o direito a privacidade, independentemente de base [constitucional], é largo o suficiente para cobrir a decisão do aborto; esse direito, contudo, não é absoluto e se sujeita a limitações.”⁶⁴

⁶⁴ Tradução livre do trecho original “although the results are divided, most of these courts have agreed that the right of privacy, however based, is subjected to some limitations” Ver UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Roe et al v. Wade*, District Attorney of Dallas County. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. 22.01.1973. Lex, Supreme Court, online: <http://www.foxnews.com/projects/pdf/roevwade.pdf> visto em 08 de junho de 2016. p. 16

A quarta premissa da decisão se refere à possibilidade de regulamentação de direitos fundamentais nos casos em que há um *compelling state interest*. Os precedentes, uma vez mais, foram os argumentos utilizados na sustentação [*Sherbert v. Verner*, *Shapiro v. Thompson*, *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstadt v. Baird* e outros]. Dessas decisões se extrai que tanto a proteção da saúde quanto a vida potencial da pessoa devem configurar interesses robustos o suficiente para embasar restrições no exercício do direito de privacidade.

No item IX da decisão, outra linha de argumentação se desenvolveu com base em argumento semântico. A parte apelada sustentava que o feto é “pessoa” na linguagem e significado adotados pelo *Fourteenth Amendment*, e, assim, tem o direito à vida garantido por esse diploma. Justice Blackmun, contudo, rejeitou a tese. Após análise das menções, no texto normativo, ao termo “pessoa”, concluiu que em todas as passagens a palavra apenas se aplicava a situações pós nascimento. Para justificar a validade da especificação da linguagem que adotava – pessoa como ser pós natalino –, utilizou-se argumento genético, segundo o qual a vontade do legislador, ao editar o diploma normativo em análise, tem de ser compreendida em harmonia com o contexto de larga liberdade de práticas abortivas no século XIX, época da produção legislativa.

Também se enfrentou a questão do marco inicial da vida em continuação ao argumento anterior. Nesse ponto, utilizou-se de argumentação sistemática. Após examinar legislações diversas, concluiu Justice Blackmun que “em outras áreas, diferentes do aborto criminal, a lei é relutante em endossar teorias de que a vida, como conhecemos, começa antes do nascimento, ou, ainda, em conferir direitos ao nascituro (...)”.⁶⁵ Concluiu, assim, que o nascituro nunca foi reconhecido como “pessoa” pela legislação em geral.

O item X finaliza a argumentação fixando o que é legítimo que se regule, com base em *compelling state interest*, no âmbito do direito à privacidade no que se refere ao aborto. Estabeleceu-se que o aborto pode ser regulamentado, e, inclusive, criminalizado, apenas após o primeiro trimestre de gestação. Antes desse marco, a escolha da interrupção da gravidez compete à mulher, sem possibilidade de qualquer tipo de intervenção estatal em nome da saúde da gestante ou da vida em potencial. O argumento utilizado para embasar a decisão foi de ordem empírica, visto que se fundou, mormente, em conhecimentos técnicos provenientes da Medicina, segundo os quais manobras abortivas nesse estágio inicial da gestação não representam, em regra, perigo à mulher e que a vida em formação, nesse ponto,

⁶⁵ Tradução livre do trecho original “in areas other than criminal abortion, the law has been reluctant to endorse any theory that life, as we recognize it, begins before live birth or to accord legal rights to the unborn (...)”. Ver *Ibid.*, p.18

ainda é muito incipiente para que se possa acessar sua real viabilidade.⁶⁶ Após o primeiro trimestre, contrariamente, o aborto é de maior risco e a possibilidade de vida do nascituro se torna progressivamente mais certa. Assim, concluiu que a proteção da gestante e da vida futura configuram *compelling state interests* a partir do primeiro trimestre de gestação. Antes disso, não é possível qualquer restrição do direito à privacidade com a regulamentação ou criminalização do aborto.

Sobre a mesma matéria, há, no Brasil, ADPF 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio. Discutia-se, na oportunidade, a compatibilidade dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, Código Penal, com a Constituição Federal, diante da impossibilidade da antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo.

Em criticável manejo das técnicas de declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal optou, textualmente, pela aplicação da interpretação conforme a Constituição, a qual, em tese, se destina a apontar a interpretação constitucional de norma que enseja interpretações múltiplas, sem modificação do texto, portanto. Ocorre que, conforme se verá, houve genuína atividade legislativa do Tribunal, no sentido de ampliação do rol de excludentes do crime de aborto, o que não se coaduna com a técnica que alegou aplicar.

A análise do mérito se inicia, em seu item 1, com o exame da previsão da laicidade nas constituições brasileiras desde a de 1824. Para sustentar a existência do Estado secular tolerante – primeira premissa da decisão –, a despeito das menções a um deus no preâmbulo da Constituição, nas cédulas de reais, dentre outras práticas, utilizou o ministro relator, essencialmente, precedentes do Tribunal: a ADI 2.076, em que se firmou entendimento no sentido da carência de normatividade do preâmbulo, e ADI 3.510, decisão célebre sobre a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, que conduz à premissa de que ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião.

Para corroborar a tese, utilizou-se, ainda, de argumento dogmático, com recurso à doutrina. Houve menção ao entendimento de Daniel Sarmiento quanto ao modo dúplice de atuar do princípio da laicidade estatal: a um só tempo, resguarda as confissões religiosas da intervenção estatal e, ainda, protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa. Sobre ambos os aspectos, o ministro invocou, em uso de precedentes, decisões

⁶⁶ É relevante que se observe que esse ponto da *opinion*, que tem extensão de uma página, foi o único momento em que se invocou a Medicina na argumentação, e que, essa referência é feita em um curto trecho de uma única frase: “With respect to the State’s important and legitimate interest in the health of the mother, the “compelling” point, in the light of present medical knowledge, is approximately the end of the first trimester.” Não se menciona a Medicina em outro momento, não obstante a relevância desse entendimento médico para a decisão. Ver *Ibid.*, p. 19

anteriores do STF das quais se extraia essa aplicabilidade dupla do princípio. Desses argumentos, dogmático e de precedentes, surgiu premissa de que

“a questão neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais e religiosas.”⁶⁷

É interessante que se destaque, neste ponto, que, na ADPF 54, o ministro Marco Aurélio, antes da análise da laicidade em comentário e, ainda, das considerações processuais e introdutórias, inaugura sua fala com trecho do Sermão da Primeira Domingo do Advento do Padre Antônio Vieira, em evidente incoerência aos argumentos que seguiram.

A mais relevante premissa da decisão é a de que o anencéfalo é natimorto, de modo que não se pode cogitar do aborto eugênico na hipótese. A justificativa referente a tal premissa consta do item 2 da decisão. Para sustentar o defendido, se utilizou o argumento empírico, o qual foi o núcleo de toda argumentação construída. Ao todo, fez o ministro relator menção a vinte e três médicos ouvidos em audiência pública, e seus entendimentos foram, ressalvadas poucas ocasiões, reproduzidos em citação direta.

Houve, ainda, refutação de argumentos comumente postos para a proteção do feto anencéfalo. O exame desses argumentos se deu da seguinte maneira:

- a) O primeiro argumento, discutido no item 3 do voto, é a possibilidade, com a manutenção da gestação, da doação dos órgãos dos anencéfalos. Rejeitou-se a tese com argumento dogmático, consubstanciado no imperativo categórico de Kant, em *A Metafísica dos Costumes*, segundo o qual a mulher é fim em si mesma. Houve, também, neste ponto, recurso ao argumento empírico, fundado na autoridade do conhecimento médico, o qual aponta para a impossibilidade do transplante de órgãos em virtude de anomalias conexas à anencefalia.
- b) No item 4 da decisão, também o argumento da proteção do bem jurídico vida no crime de aborto foi rejeitado. O ministro invocou, novamente, argumento dogmático, para sustentar que o tipo penal referido exige a potencialidade de vida para que se configure. Nesse respeito, citou ensinamento de Nelson Hungria. Também usou argumento genético: em 1940, o legislador não poderia ter posto o aborto de anencéfalo como exceção à configuração do crime de aborto, pois, na época, não havia recursos técnicos necessários para se identificar anomalias fetais incompatíveis com a

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Marco Aurélio. Distrito Federal, 12/04/2012. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, visto em 08 de junho de 2016. p. 12

vida extrauterina. Recorreu também ao argumento semântico, utilizando do conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei 9.434 de 1997, para fundamentar a condição de natimorto do anencéfalo.

Em atenção à eventualidade, no item 4.1 do voto, argumentou que, ainda que se considere pessoa o anencéfalo, o direito à vida não é absoluto. Na defesa da premissa, citou julgado da Corte Constitucional italiana, em argumento comparativo.⁶⁸ Também usou precedentes do STF [ADI 3.510] em que se entendeu que a proteção do direito a vida comporta gradações.

Por fim, no item 5, último do voto, sustenta o ministro a violação à dignidade humana, à autodeterminação, à saúde e à privacidade da mulher com a criminalização do aborto de anencéfalo. Essa premissa se apoiou nos argumentos empíricos a) dos impactos físicos e psíquicos que sofre a mulher em decorrência da obrigatoriedade de manutenção de gestação de feto anencéfalo; b) inevitabilidade da morte do feto. Foram citados, neste ponto, entendimentos de sete médicos, novamente em recurso à Medicina para justificação.

Das premissas se extrai o julgamento de procedência prolatado na ADPF 54, para declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128 incisos I e II, do Código Penal brasileiro. Houve, portanto, ampliação do rol de excludentes do crime de aborto: a interrupção de gravidez no caso de anencefalia, conforme determinado na decisão ora em análise, se juntou às hipóteses de risco para vida da gestante – aborto necessário - e estupro – aborto humanitário -, essas estabelecidas pelo legislador.

Com o confronto das decisões examinadas, *Roe v. Wade* e ADPF 54, resta patente as diferenças nos percursos argumentativos tomados pelos Tribunais respectivos, não obstante a similitude da matéria. Para assegurar a possibilidade do aborto, a Suprema Corte americana apresentou adjudicação baseada quase exclusivamente no uso de precedentes sobre o direito à privacidade, com ressalvas para o emprego, ainda que secundário, também de argumento empírico e, por duas vezes, de cânones da interpretação (argumento semântico e argumento genético). Já na decisão brasileira correlata, em que o direito à privacidade possui papel acessório, sendo citado apenas em algumas oportunidades no último item da decisão, desenvolveu-se a argumentação sobretudo com base nos argumentos empíricos. Foram, conforme já assinalado, invocados entendimentos de vinte e três médicos na decisão,

⁶⁸ Segundo o ministro, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto, após estabelecer que o direito à vida do nascituro, por poder entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional, não possui caráter absoluto. Ver *Ibid.*, p. 28

enquanto na decisão americana o conhecimento técnico é utilizado apenas ao final, quando se determina que há *compelling state interests* suficientes para restringir o direito à privacidade a partir do primeiro trimestre de gestação. Cabe notar que, nesse ponto da decisão americana, não houve, ao contrário da decisão brasileira, menção a médicos específicos.

Disso se extraem as diferenças quanto aos pesos atribuídos aos argumentos empíricos afetos à Medicina na resolução dos problemas jurídicos em uma e outra jurisdição: nos Estados Unidos, ainda que o problema tenha estreita relação com a saúde, se resolveu a questão com predominância de argumentos de precedentes; de outro lado, no Brasil, os entendimentos médicos foram decisivos no alcance da solução jurídica e foram invocados a todo momento no voto do relator.

4. 3 Decisões sobre o uso de drogas

No ano de 2005, na decisão *Gonzales v. Raich*, julgou a Suprema Corte americana se a chamada *Commerce Clause*, previsão constitucional da competência do Legislativo de regular o comércio entre estados e o comércio internacional, inclui o poder de proibir o cultivo local e uso da maconha. Trata o caso sobre legislação federal conhecida como *Controlled Substances Act*, que cuida da incriminação das práticas referidas. Os *respondants* colocaram *sub judice* a questão, argumentando que, em cotejo com a legislação do estado da Califórnia, o qual já autorizava, à época da decisão, o uso de maconha para fins medicinais, a legislação federal ia além dos poderes de regulamentação garantidos na *Commerce Clause*.

O núcleo da argumentação lançada por Justice Stevens, quem ofereceu a *opinion of the court*, constante do item III do texto, se inicia com análise da *Commerce Clause* em seus contornos fixados no *case law*. Há, conforme a jurisprudência da Corte, na cláusula em análise, possibilidade de atuação do Congresso em três hipóteses: a) em primeiro lugar, pode o legislativo regulamentar os canais de comércio; b) pode, ainda, em segundo lugar, proteger, através da legislação, pessoas e coisas no comércio interestadual, e, finalmente, c) é possível que o Congresso regule atividades locais que afetam substancialmente o comércio interestadual. É a terceira categoria de regulamentação possível que é posta em discussão no julgado.

A principal premissa da decisão é o fato de que o Congresso possui poder para regulamentar atividades de caráter econômico, ainda que adstritas ao âmbito local, que produzam efeitos substanciais no que se refere ao comércio entre estados. Essa premissa se sustentou no precedente *Wickard v. Filburn*, a qual teve por objeto o *Agricultural Adjustment Act*, promulgado para controlar o volume da movimentação comercial de trigo entre estados e

entre os Estados Unidos e outros países. O escopo da legislação é viabilizar a estabilidade dos preços de mercado. Nessa decisão precedente, a Corte julgou válida a aplicação da legislação federal sobre a atividade empreendida pelo Sr. Filburn, não obstante sua produção rural se dedicar exclusivamente à subsistência. Na oportunidade, a Corte argumentou que, embora isoladamente os efeitos da atividade exercida pelo Sr. Filburn na economia fossem triviais, perdiam esse caráter ao se somarem com os impactos de atividades de muitos outros em situação similar. Sendo assim, se fixou o precedente segundo o qual

“(…) O Congresso pode regular atividades desenvolvidas puramente dentro de um estado, que não são, por si só, “comerciais”, por não visarem a venda, se concluir que não regular tal classe de atividade atinge a eficácia da regulamentação interestadual que existe para essa *commodity*”.⁶⁹

Em seguida, Justice Stevens se dedicou a identificar as circunstâncias relevantes do problema jurídico em análise, *Gonzales v. Raich*, bem como as do precedente, *Wickard v. Filburn*, com o objetivo de verificar se seria o caso de seguir a *ratio decedendi* desse caso anterior, ou, contrariamente, aplicar a técnica do *distinguishing*.

A comparação das circunstâncias relevantes se deu da seguinte maneira:

- a) Em primeiro lugar, Justice Stevens afirmou que, como o fazendeiro em *Wickard*, os *respondants* no caso em análise estavam cultivando, para consumo pessoal, *commodity* fungível para a qual há comércio interestadual.
- b) Também o propósito das legislações federais regulamentadoras se aproximam: enquanto o *Agricultural Adjustment Act* foi elaborado para controlar o comércio de trigo entre estados com o objetivo de assegurar estabilidade ao mercado interno, o *Controlled Substance Act* visa também controlar a oferta e a demanda de certas substâncias nos mercados legais e ilegais de drogas.
- c) Constatou-se, ainda, que, para ambos os casos, isso é, cultivo de trigo em agricultura de subsistência e cultivo de maconha para o consumo pessoal, se encontra “base racional” que fundamenta a conclusão do Congresso no sentido de que as práticas apontadas afetam o preço e as demais condições de mercado dos produtos.⁷⁰
- d) Também o fato de que interesses estatais são atingidos pela falta de controle federal sobre as atividades foi objeto de análise. Enquanto a produção de trigo fora do

⁶⁹ Tradução livre do trecho original “Congress can regulate purely intrastate activity that it is not itself “commercial”, in that it is not produced for sale, if it concludes that failure to regulate that class of activity would undercut the regulation of the interstate market in that commodity”. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Gonzales, Attorney General, et al v. Oregon et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*. 17.01.2006. Lex, Supreme Court, online: <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-623.pdf> visto em 08 de junho de 2016. p. 15

⁷⁰ Tradução livre para a expressão “rational basis” originalmente adotada. Ver *Ibid.*, p.16

controle estabelecido pela legislação federal frustra o interesse estatal em estabilizar os preços através da regulamentação do volume do comércio entre estados, o cultivo de maconha para uso próprio fora do alcance do *Controlled Substance Act* põe em risco a realização do interesse estatal de eliminar completamente o comércio interestadual dessa substância.

Conclusão: as circunstâncias relevantes se coincidem, de modo que não se pode afastar o precedente *Wickard v. Filburn* para o caso. Segundo Justice Stevens,

“em ambos os casos, a regulamentação está rigorosamente dentro dos poderes do Congresso, pois a produção da *commodity* voltada para o consumo pessoal, seja trigo ou maconha, possui efeito substancial sobre a oferta e demanda no mercado nacional da commodity.”⁷¹

Ao se verificar a adequação da aplicação desse precedente no caso em exame, portanto, se consolida a premissa nuclear da decisão já apontada – o Congresso pode regulamentar atividades econômicas desenvolvidas dentro de um estado, ainda que essas não se destinem ao comércio, se há afetação do mercado. A partir disso, decide Justice Stevens pela validade do *Controlled Substances Act*, apoiando-se para tanto, conforme se expôs, exclusivamente no argumento de precedentes.⁷²

No Brasil, o Recurso Extraordinário 635.659 de 2015, ainda em trâmite, tem por objeto a análise de constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o qual criminaliza condutas de consumo pessoal de drogas, em face do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal. O ministro Gilmar Mendes, na condição de relator, votou pela procedência do recurso, declarando a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do dispositivo legal já referido.⁷³ A análise aqui exposta se refere aos momentos de maiores concentrações argumentativas do voto em exame.

⁷¹ Tradução livre do trecho original “in both cases, the regulation is squarely within Congress’ commerce power because production of commodity meant for home consumption, be it wheat or marijuana, has a substantial effect on supply and demand in the national Market for that commodity.” Conferir Ibid., p.16

⁷² Em caráter acessório, houve, ainda, na decisão, aplicação da técnica do *distinguishing* para os casos *United States v. Morrison* e *United States v. Lopez*. A aplicação desses precedentes no caso em análise era tentada pelos *respondants* no sentido de repelir a intervenção do Congresso em atividades restritas aos âmbitos estatais. Justice Kennedy aplicou o *distinguishing*, sustentando que, em ambos os casos, os quais desafiavam, respectivamente, as legislações do *Violence Against Woman Act* e *Gun-Free Scholl Zones Act*, não havia atividade de caráter econômico envolvido, ao contrário do que se tem em *Gonzales v. Raich*. Ver Ibid., p. 20/24

⁷³ O ministro, apesar de declarar a inconstitucionalidade, determinou que as medidas previstas no dispositivo de natureza administrativa sejam mantidas até o advento de legislação específica. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. São Paulo, 12/04/2012. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565> visto em 08 de junho de 2016. p.

Inaugurando a argumentação, o ministro lança a seguinte premissa: há possibilidade de controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal. O argumento que sustenta a afirmação é dogmático, consubstanciado, essencialmente, na construção do princípio da reserva legal proporcional, que “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização”.⁷⁴ Sendo assim, segundo o ministro, está sujeita a legislação penal ao exame judicial da proporcionalidade das escolhas legislativas.

A partir dessa premissa, seguiu em defesa de que há três níveis de controle de intervenção ou restrição de direitos fundamentais dos quais se extraem balizas para o controle de constitucionalidade de leis penais: o controle de evidência, o controle de justificabilidade e o controle material de intensidade. No primeiro, há análise se as medidas adotadas pelo legislador são idôneas para a proteção do bem jurídico fundamental, podendo o intérprete apenas julgá-las inconstitucionais, neste nível, caso se conclua pela completa inidoneidade. O segundo tem por escopo verificar se o legislador considerou suficientemente todas as informações disponíveis sobre o tema e realizou prognósticos das consequências da aplicação da norma. No terceiro, por fim, se afere o grau de interferência da medida legislativa em direitos fundamentais. Na apresentação desses níveis, se recorreu a quatro decisões do Tribunal Constitucional Alemão [*BVerfGE 50, 290; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 25, 1(12 s.) e BVerfGE 7, 377*]. Houve transcrição, em citação direta, de cinco trechos das manifestações desse Tribunal estrangeiro, em evidente demonstração do peso que pretendeu depositar no argumento comparativo na defesa desse controle tripartite.

O controle de evidência, primeiro nível de apreciação da constitucionalidade do artigo 28 Lei 11.343/2006, se iniciou com a premissa de que se deve diferenciar o usuário do traficante de drogas. Para sua sustentação, se recorreu ao argumento genético: a vontade do legislador de que o tratamento conferido ao usuário seja diferenciado em relação ao devido ao traficante é extraída a) da comparação das penas culminadas ao artigo 28 – destinado ao consumo pessoal – e 33 – voltada para a tipificação de condutas do tráfico -, ambos da Lei 11.343/2006, e, ainda, b) dos objetivos de atenção à saúde e reinserção social do usuário previstos no sistema nacional de políticas sobre drogas (SISNAD). A segunda premissa do controle de evidência é a de que a vontade do legislador antes constatada não é passível de concretização na atual configuração da política criminal de combate às drogas. Os argumentos

⁷⁴ Ibid., p.06

levantados pelo ministro foram de ordem empírica: a mera previsão das condutas do artigo 28 Lei 11.343/2006 já é o suficiente para a estigmatização do usuário no meio social, e, ainda, a falta de critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante faz com que, na maioria dos casos, todos sejam simplesmente classificados ao teor do artigo 33 Lei 11.343/2006. Esse segundo argumento foi formulado com a apresentação de dados estatísticos.

Concluiu-se, assim, no controle de evidência, que a incongruência entre os objetivos do legislador e a política de combate às drogas que se verifica na realidade dos fatos viola o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, no controle de justificabilidade, o ministro asseverou que não há estudos incontroversos que revelem que a repressão ao consumo é eficiente no combate ao tráfico de drogas. Após invocar e apresentar pesquisa comparativa da realidade de 20 países que adotaram modelos menos rígidos no que diz respeito à posse de drogas para o uso pessoal, concluiu, com base no argumento empírico, que a criminalização do consumo tem muito pouco impacto na decisão de se consumir drogas.⁷⁵ Assim, também nesse âmbito, destacou a dissonância da medida legislativa incriminadora no que se refere às condutas adstritas ao consumo pessoal de drogas com o princípio da proporcionalidade.

No último nível, o controle material de intensidade, se afere a necessidade da norma impugnada. O ministro identifica, neste ponto, a colisão de direitos fundamentais no caso em análise: de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança pública e, de outro, o direito à intimidade e à vida privada. Para se que se possa verificar se há necessidade da intervenção legislativa, se deve indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos direitos de cunho individual já citados. Nesse item, a argumentação se constrói com base em argumentos de dogmática e argumentos comparativos.⁷⁶ A partir deles, o ministro concluiu que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional por atingir em grau máximo e desnecessariamente direitos individuais.

⁷⁵ Os resultados de pesquisa trazidos pelo relator se referem ao trabalho apresentado em ROSMARIN, A.; EASTWOOD, N., *A quiet revolution: drug decriminalization policies in practices across the globe*. Release Drugs: London, 2012.

⁷⁶ Neste item, há extensa construção desses argumentos. Para tratar de âmbito de proteção, há menção aos entendimentos de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink; quanto às teorias externa e interna da restrições de direitos fundamentais, o ministro cita Robert Alexy; limites dos limites, há recurso novamente a Bodo Pieroth e Bernhard Schlink; reserva legal, Richard Thomas, Heinrich Tripel e Gernhard Anschutz; núcleo essencial, Ludwig Schneider; teoria absoluta e teoria relativa dos direitos fundamentais, Hesse; sem menção a autores, há discussão, própria da dogmática, sobre colisões em sentido estrito e em sentido amplo; sobre estado social, cita-se Santiago Puig e sobre hipertrofia do direito penal, Winfried Hassemer. Os argumentos comparativos se consubstanciaram na referência à Lei Fundamental alemã e à decisão do Tribunal Constitucional alemão [BVerfGE 28, 243, 261].

Houve, ainda, ao final, seguindo essa argumentação sobre a inconstitucionalidade, argumentação para sustentar a premissa que se lançou no sentido da efetividade de medidas alternativas à criminalização do consumo de drogas. Neste ponto, se recorreu a argumentos empíricos: pesquisas, estudos e declarações de autoridades, afetos ao campo da Sociologia, quanto às realidades de países que adotam, presentemente, medidas alternativas, em exames comparativos dos quadros sociais relacionados a esse consumo antes e depois das alterações de meios de combate às drogas. Houve, inclusive, transcrição de tabela em que constam as alternativas adotadas em vinte e dois países. Disso se extrai, portanto, o destaque se pretendeu conferir a argumentos empíricos também nessa decisão brasileira.

Ao final, o ministro votou no sentido de conceder provimento ao recurso.

Confrontando ambas decisões neste subitem analisadas, constata-se que a decisão americana no caso *Gonzales v. Raich* e o voto prolatado pelo ministro Gilmar Mendes do RE 635659 divergem. Também no uso de argumentos da justificação externa se distanciam: enquanto a Suprema Corte americana ficou adstrita à argumentação de precedentes, argumentos dogmáticos e empíricos prevaleceram na fundamentação do voto do caso brasileiro.

5. CONCLUSÃO

A partir das considerações tecidas ao longo deste trabalho, é possível que se demarquem algumas conclusões:

1. A verdade para o Direito, isso é, a correção, é alcançada diferentemente no *common law* e no *civil law*, em razão das peculiaridades do desenvolvimento histórico-cultural de cada tradição, ainda que se trate de problemas jurídicos correlatos e não obstante a convergência entre essas culturas;
2. A análise jurisprudencial que se desenvolveu neste trabalho com relação a decisões da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis demonstra, por amostragem, que há tendências diversas quanto à utilização de formas de argumentos da justificação externa;
3. Na Suprema Corte americana, prevalece o uso de precedentes em relação a todos os demais argumentos. Essa constatação, por evidente, está em consonância com as características próprias do *common law* e a adoção, nesse âmbito, do princípio do *stare decisis*. Apesar disso, identificou-se, nas decisões, uso de argumentos empíricos, ainda que, em regra, acessórios em relação à linha argumentativa principal traçada nas decisões. Com frequência e relevância ainda mais diminutas, houve verificação, em uma oportunidade, de argumento dogmático e, em duas ocasiões, de cânones da interpretação, mormente o argumento semântico e o genético;
4. No Supremo Tribunal Federal, os percursos argumentativos na adjudicação dos resultados jurídicos são mais diversificados. É, possível, todavia, identificar a maior frequência do recurso aos argumentos dogmáticos e argumentos empíricos, esses últimos consubstanciados em enunciados provenientes de outras áreas do conhecimento (como, por exemplo, a Medicina e a Sociologia, nos casos que se analisou). O frequente uso de argumentos dogmáticos confirma o espaço de relevo da doutrina no *civil law*, bem como a presença em destaque de argumentos empíricos endossam a importância atribuída, nessa cultura jurídica, à técnica em geral;
5. Sendo assim, com base na indução, é possível se dizer que, enquanto no *common law* predomina o uso de argumentos provenientes da própria prática judicial, no *civil law*, há maior interface do intérprete com a Dogmática e, portanto, com profissionais do Direito desassociados do Judiciário, e, ainda, com outros campos da ciência.

6. Verificou-se, de um lado, que o domínio, no *common law*, do argumento de precedentes, restringe, em certa medida, o âmbito do discursivamente possível, já que o peso argumentativo do precedente é muito elevado, o que aproximou, ao menos nos casos examinados, a argumentação jurídica da técnica da subsunção.
7. De outro lado, no *civil law*, a busca preponderante por argumentos dogmáticos e, especialmente, pelos empíricos mantém vasta a amplitude do campo do discursivamente possível.
8. Em última análise, pode-se dizer que as diferenças argumentativas constatadas revelam a abertura judicial de cada cultura jurídica ao *diálogo*: menor no *common law*; maior no *civil law*.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. Teoria Discursiva do Direito. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2002.

BEDOYA, Hubed. Dogmática como derecho. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Rio de Janeiro, 04/05/2011. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, visto em 08 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Marco Aurélio. Distrito Federal, 12/04/2012. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, visto em 08 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. São Paulo, 12/04/2012. Lex: Supremo Tribunal Federal, online: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565> visto em 08 de junho de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
_____. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FLETCHER, George P., SHEPPARD, Steve. *The Language of Law*. In: American Law in a Global Context: The Basics. New York: Oxford, 2005.

- FRANÇA, R. Limogi. *Hermenêutica Jurídica*. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- GARAPON, Antoine; PAPADOPOLOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- HART, H.L.A. *Positivism and the Separation of the Law and Morals*. In: DWORKIN, R.M. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. 5.ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARKESINIS, BASIL S. *A Matter of Style*. Sweet and Maxwell, 1994.
- MARRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd. California: Stanford University Press, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem. Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 28.04.2014. *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit Lex*, Supreme Court, online:
http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf visto em 08 de junho de 2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Roe et al v. Wade, District Attorney of Dallas County. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas*. 22.01.1973. *Lex*, Supreme Court, online:
<http://www.foxnews.com/projects/pdf/roevwade.pdf> visto em 08 de junho de 2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Gonzales, Attorney General, et al v. Oregon et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*.

17.01.2006. Lex, Supreme Court, online: <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-623.pdf>visto em 08 de junho de 2016.

