

---

# ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS

---

*Eduardo Ribeiro Moreira - Professor de Direito Constitucional da  
UFRJ*

## **1 – CASOS DIFÍCEIS E A RESPOSTA CERTA**

A constante presença dos direitos fundamentais no Direito contemporâneo traz justiça e humanidade às relações sociais, fundadas no Estado Democrático. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais, que encontram muitos obstáculos na situação fática brasileira, é uma finalidade que muitos querem alcançar. No momento de legitimação dos direitos fundamentais – que inclusive em dada situação histórica pode ser uma atividade pré-constitucional –, muitas são as opções a serem tomadas. O contexto integrado reúne elementos de economia, política, costumes sociais, religião e influência estrangeira em constante manifestação. Algumas vezes, a tensão é mais intensa, como no momento constituinte, quicá revolucionário.

O direito, hoje em dia conforma a estrutura do Estado pela filtragem constitucional. Sem dúvida, o fator que conferiu grande

legitimidade a essa leitura da Constituição brasileira foi a importância atribuída aos direitos fundamentais. Se o diálogo do Direito com essas forças de poder – economia, política, costumes sociais, religião e influência estrangeira – é um plexo de possibilidades no momento macrosistêmico, em que já se destaca a orientação pela legitimação dos direitos fundamentais, em outro momento, o da aplicação do Direito, as possibilidades de vanguarda se estabelecem em torno dos direitos fundamentais.

Na fase de aplicação, o Direito procura sobressair-se – e, por que não, harmonizar, sempre que possível, todos os interesses e forças de poder –, conferindo uma decisão na qual a justiça aparece como razão e finalidade. A justiça e os conteúdos dela decorrentes projetam-se no espectro do Estado de Direito pelo preenchimento do núcleo dos direitos fundamentais, pois sua abertura tutela a democracia pela diversidade principiológica; forma-se o diálogo plural dos códigos intersubjetivos contemporâneos, os direitos fundamentais.

A tese de que não há resposta correta a ser encontrada, capaz de satisfazer os direitos humanos fundamentais, é incabível em um estado de direito que enaltece e reforça a argumentação, instrumento de convencimento das teses existentes. O oposto, isto é, que existam muitas respostas certas, fundadas no poder discricionário dos juízes para decidir os casos<sup>1</sup>, também é destituído de racionalidade prática, como demonstra a teoria da argumentação jurídica.

Ronald Dworkin, fugindo dos dois paradigmas acima apontados, e preocupado com o momento de aplicação judicial, defende a tese de que, nos casos difíceis, somente é possível alcançar *uma* resposta certa. Em muitos casos, na verdade, na maioria

---

<sup>1</sup> A defesa de que os juízes tinham poder discricionário para decidir casos, principalmente nos casos difíceis, em que a lei não oferece resposta, foi uma situação que já vigorou no século passado, como ensina Dworkin. Cf. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos à Sério*, p. 430.

dos casos – fáceis e médios –, só caberá uma única resposta certa. Mas tal situação inverte-se nos casos difíceis, em que uma defesa extremada e radical de se admitir uma única resposta certa pode ser autoritária e de difícil legitimação democrática.

*“não parece que se possa falar sempre de uma única resposta correta para cada caso jurídico.”<sup>2</sup>*

Veja-se que Atienza usa a palavra *sempre* justamente para alertar que existirão casos em que caberá mais de uma resposta certa. Como demonstrou Alexy, com a ponderação, mais de uma resposta correta pode ser alcançada, principalmente nos casos em que se chega a realizar a proporcionalidade estrita. Entre as respostas possíveis, haverá a melhor para alguns. O próprio Dworkin reconhece:

*“Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra simplesmente errada.”<sup>3</sup>*

Completando Dworkin, não é impossível que se façam confusões e que haja só uma resposta certa em um caso verdadeiramente difícil, entretanto, não será sempre assim. Existirão casos em que as diferenças são tênues e, entre a decisão tomada, justificativas distintas apontam o caminho certo. Um bom exemplo hipotético e teórico é o caso do Supremo Tribunal Federal julgar procedente uma ação direta de inconstitucionalidade por 7 x 4: com a tese 1, votada por quatro Ministros que consideram a lei em questão constitucional; a tese 2 em que outros três Ministros consideram a lei inconstitucional, por violar a isonomia e a liberdade de expressão, e a tese 3 em que os quatro Ministros restantes consideram a lei inconstitucional por violação exclusivamente ao princípio da isonomia. As teses 2 e 3 são vencedoras (corretas),

---

<sup>2</sup> Cf. Manuel Atienza, *El Sentido Del Derecho*, p. 267.

<sup>3</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos à Sério*, p. 446.

afastam a lei inconstitucional do ordenamento, por ser incompatível com a Constituição. O problema ganha em complexidade se imaginarmos que a tese vencedora – a inconstitucionalidade por violação à isonomia constitucional – foi tomada por justificativas e metodologias distintas entre si. Tal diversidade que considera a tradição e a formação do intérprete, argumentativamente justificada, por ser entendida como quatro manifestações da resposta certa – ou sete numa visão que só se importa com a maioria.

A repercussão social da decisão, na doutrina e na mídia, poderá refutar ou aceitar a decisão, que é exatamente a formação ou não do consenso. Por pouco, outro fundamento – o da inconstitucionalidade, que também pode atingir a liberdade de expressão – não foi vencedor (faltou um voto), o que é decisivo para a justificação interna da decisão. Para os partidários da argumentação jurídica as suas teorias deverão estar presentes na decisão, ainda mais em se tratando de Tribunal Constitucional, o qual realizará a defesa da Constituição racionalmente justificada.

## **2 – CLASSIFICAÇÃO DOS CASOS JURÍDICOS**

O momento de aplicação trabalha a decidibilidade dos casos. É realmente impressionante que o estudo do Direito e sua Teoria Geral não tenham se detido, por muito tempo, em uma classificação da dificuldade dos casos jurídicos, que deve, no meu entender, ser atrelada a sua repercussão, pois, assim, saber-se-ia a importância da apreciação daquele caso pelos mais altos Tribunais do país<sup>4</sup>.

Uma classificação dessa natureza material-filosófica deriva de

---

<sup>4</sup> Esse fato é recorrente nos EUA, nas menos de 100 vezes que a Suprema Corte se manifesta por lá. O método secularmente aplicado, o *stare decisis*, não tem elementos de uma teoria da argumentação forte, por isso não deve ser repetido por aqui.

uma pré-compreensão da teoria da argumentação jurídica. Um caso fácil, rotineiro, é o mais presente nos julgamentos, envolve a repetição dos fatos e leis a eles aplicáveis. Em regra a matéria já está pacificamente decidida em outros casos análogos e há repetição das petições e das decisões, sobretudo da matéria de direito. Nesses casos fáceis, o trabalho do juiz parte de uma base e está de acordo com a jurisprudência dos Tribunais superiores, sua jurisdição se resume a repetir as leis e a jurisprudência dominante, segundo sua própria convicção. Esse momento em que o juiz repete a lei ou jurisprudência, por convicção própria, é encontrado nos casos fáceis, um dos tipos dos casos possíveis. Vários fatores levam a tal reprodução desarrazoada, entre outros, a própria repetição das petições iniciais e contestações genéricas, produzidas pela advocacia de massa e multiplicada pela evolução da informática. Mas não convém aqui analisar esse aspecto de menor dificuldade – os casos fáceis –, nos quais previamente já se sabe o desfecho e, portanto, não há expectativa geral em torno dos mesmos.

Os casos médios dependem de um exercício de fundamentação, comparação e opção. A jurisprudência pode estar dividida pela aplicação de duas teses infraconstitucionais, como, por exemplo: trata-se de solidário ou subsidiário o dever alimentar, dos avós, para com seus netos? E, ainda, tal dever alimentar se concedido, é na medida da necessidade/possibilidade ou é apenas no dever de subsistência do menor? Essas questões, típicas dos casos médios, não necessitam de invocação de princípios constitucionais em conflito para a sua solução, e, conseqüentemente, se resolve o caso por subsunção, e não por ponderação.<sup>5</sup> Pode ser que a jurisprudência

---

<sup>5</sup> O que não quer dizer que não haja interpretação constitucional, ainda que indireta – verificação de compatibilidade da lei aplicada e orientada pelo alcance constitucional. Argumentativamente as partes poderão invocar a dignidade humana, a proteção a criança, o respeito ao idoso, todos temas constitucionais, mas não é tal exercício constitucional o de maior dificuldade dentre a nossa proposta de classificação de casos.

esteja dividida, pode apenas uma das partes utilizar-se de um direito fundamental legítimo.

A maioria dos casos, das leis e do direito da fase de aplicação cuidam dos casos fáceis e dos casos médios. Os casos difíceis são observados quando a controvérsia posta oferece argumentativamente, para os dois lados, que invocam legitimamente – isto é, sem falácias – princípios constitucionais em conflito, mais de uma resposta possível. Isso é presente nos casos difíceis, e a técnica da ponderação é essencial para encontrar a melhor resposta, dentre as oferecidas. Estes casos merecem máxima atenção, não dada pelo positivismo exclusivo, porque eles, os princípios, representam os valores prevalentes em conflito – conflito das opções da sociedade.<sup>6</sup> Os casos difíceis têm maior ou menor repercussão direta, mas têm repercussão indireta quando decidem os valores prevaletentes na democracia. São para estes casos difíceis que os elementos renovados do neoconstitucionalismo foram elaborados e divulgados<sup>7</sup>.

Para a grande maioria dos autores pós-positivistas e/ou neoconstitucionalistas o Direito oferece mais de uma resposta correta, o que leva à conclusão de que nos caso difíceis sempre é possível fazer justiça de acordo com o Direito. Sobre essa afirmação, Atienza diz que não é nada realista, pois não tem sido enfrentada com contornos práticos; e que, muitas vezes, a solução correta, que faz justiça ao caso, não é a solução que o direito positivo oferece, e, nesse momento, o intérprete tem plena consciência disso. A argumentação, segundo Atienza, nos casos de confronto entre Direito e justiça, pode implicar elemento trágico, definido como:

---

<sup>6</sup> Cf. Manuel Atienza, *el Sentido Del Derecho*, p. 30.

<sup>7</sup> O Neoconstitucionalismo aparece como uma proposta maior que redefine o papel jurídico (como teoria do direito), político (como filosofia política do estado) e filosófico do direito (como filosofia do direito aplicada), mas *uma* das suas maiores funções práticas é dar meios adequados para solucionar os casos difíceis e trágicos.

*“Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (cf, Atienza, 1989a). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.”<sup>8</sup>*

Com esse trecho, Atienza encerra seu mais famoso livro entre os autores brasileiros, tema que volta a desenvolver mais tarde. Partindo do que vimos sobre o neoconstitucionalismo e argumentação jurídica, a nossa compreensão é similar com conclusão, porém distinta. O confronto entre o Direito e a Moral é menos intenso, quando se adota o neoconstitucionalismo como teoria e Filosofia do Direito, pois é a base dela a pretensão de correção, justamente pela conexão necessária entre o Direito e a Moral.

Atienza, em defesa de sua tese, explica que os casos trágicos partem do confronto entre o *direito positivo*<sup>9</sup> e a moral, que é enfrentado *somente* com o suporte da teoria da argumentação jurídica, para resolver o dilema. Como superar esse dilema?

*“Que seriam aqueles que não podem resolver-se respeitando tanto o Direito estabelecido como os princípios da justiça; ou dito em forma quizá mais simples: nem sempre é possível fazer justiça por meio do Direito”<sup>10</sup>*

A argumentação jurídica vista isoladamente como Teoria do Direito é tão incapaz de oferecer respostas adequadas aos casos trágicos como é o positivismo jurídico incapaz de dar respostas aos

---

<sup>8</sup> Cf. Manuel Atienza, *As razões do Direito*, p. 226.

<sup>9</sup> Quando, por exemplo, explica: “Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o direito positivo leva”, Atienza considera um confronto que parte das limitações do Direito positivo. Isso acontece porque a Teoria Geral é a própria argumentação jurídica que não usa os elementos e ferramentas do Neoconstitucionalismo. Cf. Manuel Atienza, *As Razões do Direito*, p. 226.

<sup>10</sup> Cf. Manuel Atienza, *el Sentido del Derecho*, p. 267.

casos difíceis. A argumentação deve ser estudada como principal elemento, a grande ferramenta do neoconstitucionalismo, e não dissociada das demais vantagens do sistema jurídico filosófico-constitucional. Atienza se refere à argumentação jurídica como estrutura do Direito, isto é, como Teoria de Direito, que fica evidenciado na sua tese “O Direito como Argumentação”. Insistimos na inclusão da argumentação jurídica como principal elemento do neoconstitucionalismo e que pode ser estudada, ainda que separada como metodologia do direito do estado constitucional.

Adverta-se que essa não é uma disputa real, pois não existe oposição entre o neoconstitucionalismo e a argumentação jurídica, como realmente existe entre neoconstitucionalismo e positivismo. Esse é apenas um dever de complementaridade, sem auto-suficiência.

Negar a característica de dilema *insolúvel e inconciliável dos casos trágicos*<sup>11</sup> não afasta a importância dos mesmos. Como já dissemos, examinar o grau de dificuldade dos casos é importante na fase de aplicação do direito, pois, permite uma visão apropriada de quais técnicas se utilizarão – ponderação ou subsunção, por exemplo – e quem será afetado pela decisão. Por isso, entendemos, que os casos trágicos podem ser identificados quando presentes os seguintes requisitos cumulados:

- 1) forem legitimamente alegados direitos fundamentais em conflito;
- 2) houver repercussão geral na decisão;

---

<sup>11</sup> Embora possa haver confronto real entre Direito vs. justiça, o arsenal teórico com a adoção do neoconstitucionalismo é capaz de solucionar a lide sem sacrifício de um dos dois. O mandamento redigido por Eduardo Couture – dos mandamentos do advogado – “Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrar o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça” não é necessário, pois, se ele tiver as ferramentas certas.



3) as respostas possíveis atingirem uma ordem de influência maior proposta em confronto com o Direito, como a ordem econômica, a ordem religiosa, a ordem política ou a ordem costumeira.

Quando esses três requisitos estiverem presentes, as bases e os elementos do neoconstitucionalismo devem ser utilizados na tentativa de harmonizar, ou, se não for possível, resolver da forma menos traumática, com maior argumentação racional, os casos trágicos. Nesses casos trágicos, que chegam a esse ponto, o resultado deverá buscar a preservação da Constituição, sempre que a harmonização não for alcançável, principalmente porque é função dos juristas, buscar a defesa e concretização da Constituição, como manifestação maior do Estado Democrático, já que as demais ordens – 1. economia; 2. política; 3. costumes sociais; 4. religião e 5. influência estrangeira – já foram sabidamente influentes no momento macrossistêmico, em especial se fizeram presentes no momento legislativo e sempre se renovam com as bancadas, os lobbys, a representação plural das minorias

### **3 – A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS**

Quer-se agora trabalhar o Direito posto em confronto com as demais ordens, uma por uma, para perceber a presença e a existência de casos trágicos. Os casos mais antigos não desenvolveram uma resposta com base na teoria dos direitos fundamentais, mas essa é pressuposta para a nossa análise dos casos atuais.

I) No Brasil, podemos citar o voto do Ministro Relator Celso Mello, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.010/DF, em exame da lei que contrariava a política orçamentária do texto constitucional. A defesa ao argumentar pela constitucionalidade

da lei invocou, no caso concreto, as razões do estado e a sobrevivência das finanças públicas. O Ministro Relator se insurgiu mediante tal argumentação:

*“Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República. A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representadas, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica da ordem constitucional. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundamentadas em razões de pragmatismo governamental. A relação de poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de relevância estabelecido na própria Carta Política.”*  
*(voto proferido pelo Ministro Relator Celso Mello, ADI nº 2.010/DF)*

A repercussão, em face de medidas econômicas e financeiras que adotaram semelhante discurso, foi sentida, e essa decisão pode ser entendida como uma vitória do Direito sobre os argumentos da economia, na verdade, mais precisamente, em face dos ditames da economia e do interesse público secundário que levaram à

aprovação da lei financeira inconstitucional. Qualquer caso envolvendo direito e economia não pode esquecer que o ponto definido na constituição como o principal são os valores sociais do trabalho presente na livre iniciativa.

Em outro exemplo histórico, ocorrido nos Estados Unidos no início da década de trinta, a Suprema Corte anulou as políticas públicas econômico-sociais, do chamado pacote do New Deal, gerando verdadeiro confronto entre o Presidente Roosevelt e o Poder Judiciário. Neste caso, a Suprema Corte com seu ativismo judicial foi contrária às políticas econômico-sociais, que negavam pressupostos liberais, contidos desde a formação do Estado norte-americano; o que se faz ver que o ativismo judicial, desacompanhado de uma Filosofia do Direito que busca a moral, de forma consistente, pode reproduzir efeitos indesejados. O Presidente dos Estados Unidos, para resolver o impasse, apresentou projeto de emenda à Constituição para aumentar o número de Ministros (justices) da Suprema Corte<sup>12</sup> e, assim, alcançaria a maioria necessária para declarar as políticas econômicas do seu governo constitucionais e legítimas. A reação a tal tentativa de interferência no papel do Poder Judiciário foi fulminante. A popularidade do presidente Roosevelt nunca ficou tão baixa e não faltou quem o chamasse de ditador. O projeto de emenda à Constituição foi retirado e os planos econômicos e sociais foram adaptados, para que, após uma composição, fossem os mesmos aprovados. Pode-se

---

<sup>12</sup> Veja-se que, nos primeiros anos de mudança da composição da Jurisdição Constitucional Argentina, com um aumento considerável de Ministros, pôde-se constatar desequilíbrio político institucional, que, inobstante as reclamações públicas, ocorreu quando a Argentina aumentou a composição de seu Tribunal Constitucional de cinco para nove Ministros, ou seja, quase o dobro. “Este erro institucional debilitou, fortemente, a imagem da sociedade sobre a justiça em geral e da Corte Suprema em particular, portanto, a realidade confirmaria as suspeitas: aparece no Tribunal o que passará a se chamar ‘ a maioria automática’, um grupo de cinco juízes que responderam com rapidez aos requerimentos do Presidente Menen.”

Cf. María Cenicacelaya, *a Dos Décadas de la Recuperación Democrática en Argentina*, p. 171.

A crítica contumaz da autora refere-se aos Ministros nomeados com a reforma da composição da Corte Suprema Argentina, o que demonstra que o inevitável perigo, rondou a Suprema Corte dos Estados Unidos e, conseqüentemente, suas instituições democráticas, acabou se confirmando na Argentina.

dizer que houve uma vitória do Direito sobre a pressão governamental econômica, e a tentativa de mudança do Poder Judiciário restou fracassada.

II) Um exemplo de decisão que contrariou a ordem política de um dado momento histórico, justificada na promoção do direito e da justiça, foi realizada pela Suprema Corte Argentina, que, após a volta da ordem democrática, decidiu, em dezembro de 1983, afastar a lei de anistia promulgada no final do período militar. A lei 22.964, que concedia anistia em favor dos militares que praticaram atos de abuso de poder e, em alguns casos, crimes contra a dignidade da pessoa humana, foi revogada pela lei 23.040. A norma revogada declarava extintas as ações penais possíveis em face dos delitos cometidos com motivação ou finalidade de combate às atividades subversivas, qualquer que tenha sido o bem jurídico lesionado, liberdade, vida ou dignidade humana. É mais uma prova histórica de se tratar combatentes do regime, ditos subversivos ou terroristas com menos direitos humanos do que as pessoas comuns, o que, em última análise, significa dizer que essa é uma forma discursiva de reviver o “direito das gentes”, da sua pior manifestação, declarando “tipos de pessoas”.

A lei revogadora da absurda anistia teve, em 1986, sua constitucionalidade confirmada pela Suprema Corte da Argentina, que ainda declarou, expressamente, todos os efeitos da lei de anistia nulos!<sup>13</sup> A reforma democrática continuou e culminou com a reforma constitucional de 1994.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. Maria Cenicacelaya, *A dos Décadas de La Recuperacion Democrática em Argentina*, p. 172-176.

<sup>14</sup> Em 1994, várias medidas foram tomadas para realinhar a Argentina na tutela e na defesa dos direitos fundamentais. Além de adotar remédios jurídicos eficazes, como o habeas data, que combate a negativa de informações até de empresa privada no pólo passivo, e o recurso de amparo, que protege e repara, indistintamente, direito fundamental posto em perigo, cuidou de conferir máxima proteção à ordem internacional. Disciplinou, taxativamente, todos os tratados internacionais de direitos humanos, no inciso 22 do art. 75, o que expressou o entendimento de quais são os direitos humanos internacionalmente protegidos pela Argentina, para, ao final do artigo, reconhecer que

A vontade política foi derrubada pela reunião das forças democráticas, iniciativa do Executivo, aprovação do Poder Legislativo e confirmação pelo Poder Judiciário, todas pautadas pela ordem democrática – disse-se, no caso, expressar a verdadeira vontade da população. A argumentação de justificação interna foi motivada nos direitos fundamentais das vítimas de tortura.

No caso argentino, os direitos fundamentais representaram a vontade da democracia, enquanto a vontade política – perdão aos atos praticados pelas autoridades militares –, revestida de poder e autoridade, era totalmente anti-democrática e um escudo à ditadura. Os direitos fundamentais guiados pela dignidade da pessoa humana (princípio estruturante) e pela proibição da tortura fundamentaram a derrubada da lei da anistia e da supremacia do poder público; foi a vitória do Direito guiado pela justiça em face do poder político.

III) O confronto entre o Direito e os costumes sociais, pensado nas perspectivas nacionais, isto é, naquilo que a nossa Constituição assegura, de acordo com o interesse e o nível de participação social, pode ser vislumbrado no famoso julgamento do Supremo Tribunal Federal, no caso conhecido como o da farra do boi. A prática da farra do boi foi secularmente construída e praticada na Região Sul do Brasil. No caso concreto, foi defendida a sua manutenção pelo Estado de Santa Catarina. É, na verdade, um caso de Direito Público,

---

todos têm, desde sua vigência, “hierarquia constitucional, não derogando quaisquer artigos da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementários aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente podem ser denunciados, em seu caso, pelo Poder Executivo nacional, com prévia aprovação de dois terços do total dos membros de cada Câmara (inciso 22, artigo 75 Constituição Argentina).”

A matéria ficou resolvida por lá, desde o começo, de forma mais clara do que no Brasil. O parâmetro estrangeiro talvez tenha influenciado o Congresso Nacional brasileiro, ao promulgar, na qualidade de poder reformador da Constituição, a Emenda à Constituição nº 45, que corrigiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, dando reconhecimento expresso e prioritário aos direitos humanos advindos de tratados internacionais. Outros problemas com a nossa alteração constituição vieram à baila.

que confronta o direito à defesa dos animais, argüido pela Associação de Proteção dos Animais vs. o direito à manutenção do costume dos praticantes da farra.

A Associação Protetora dos Animais, com sede no Rio de Janeiro, ajuizou uma ação civil pública, que chegou ao STF, em face dos maus-tratos aos animais, fundamentando o pedido no artigo 225 VII da Constituição da República, que veda tal prática e que fora violado com a farra do boi. O caso tornou-se interessante quando a defesa do Estado de Santa Catarina alegou que a atividade deveria ser mantida, tendo em vista se tratar de prática cultural que deve ser preservada pelo Estado, fundamentado nos termos do 1º§ do artigo 215 da Constituição Federal (Recurso extraordinário nº 153.531.8-SC<sup>15</sup>).

a) Além da prática cultural à que o Estado de Santa Catarina se refere, expressamente, ela pode ser combinada com o artigo 5º II, já que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude da lei; e não havia lei sequer regulando tal prática;

b) já a argumentação da Associação Protetora de Animais encontra respaldo em outra norma constitucional (art. 225, inciso VII), esta proibitiva, e também pode ser maximizada em favor dos animais que sofreram maus-tratos, pois não é moral nem protegida pelo direito uma prática que não alcança nenhuma finalidade positiva, como seria o boi para a alimentação ou para corte, isto é, com finalidade determinada. Em suma, o sofrimento deve ser moralmente combatido, ainda que de animal;

---

<sup>15</sup> Ementa: Costume – Manifestação Cultural – Estimulo – Razoabilidade – Preservação da fauna e flora – Animais – Crueldade – A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade – Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

c) a solução tomada foi pela prevalência da norma proibitiva, ou seja, a que veda os maus-tratos, pois a norma que visa a manutenção das manifestações culturais é argumentativa e abrangente, ao contrário da norma que veda expressamente, inadmitindo dilatações. A interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal avaliou a ponderação de interesses, fez sua construção baseada em exemplo típico da argumentação jurídica e, por fim, condenou o Estado de Santa Catarina a uma nova prestação, no seu poder de polícia *uti universi*, ao dispor sobre a vedação da continuidade de tal ato e impondo a obrigação da polícia local de impedir tal atividade, a saber: a farra do boi.

O folclore, tradicionalmente realizado no sábado de aleluia, em Santa Catarina, foi proibido pela evidência das práticas cruéis e violentas. Ao coibir tal prática, o Supremo Tribunal Federal interferiu em costume local, que poderia ser comparado às touradas espanholas e portuguesas. O sentido prevalecente foi o de priorizar a educação da população por instrumento da justiça e proteger a norma constitucional proibitiva às práticas cruéis com animais, artigo 225, VII, da Constituição Federal.

Essa solução provocou polêmica pelos argumentos encontrados no processo e, principalmente, pelos defensores da reserva cultural, símbolo dos costumes sociais brasileiros, fulminados pela interpretação dos princípios jurídicos. Não nos parece que os costumes sociais devam prevalecer quando forem alegados direitos fundamentais, já que a precípua função do Direito é de organização social, e uma sociedade que ainda pretende evoluir para alcançar uma consciência constitucional – embora a evolução seja um conceito aberto – não pode esperar que a tomada de decisão coletiva seja naturalmente encontrada pelo consenso social. É da razão da teoria apostar na correção realizada pelo Poder Judiciário, que ganha fôlego e meios de imposição na fase de

aplicação do direito. Foi uma vitória do Direito face às práticas sociais costumeiras contrárias aos animais protegidos pela Constituição Federal, em especial pela firmação da cidadania social, princípio estruturante da Constituição Brasileira.

IV) No exame dos casos trágicos que ostentam o confronto entre Direito e religião<sup>16</sup>, não há melhor exame do que o recente questionamento entre o direito de gestantes grávidas de fetos sem cérebro (anencéfalos) de realizarem aborto. A sustentação que recebe apoio científico é diversa da doutrina sobre o aborto em geral, já que nos casos de anencefalia o feto não sobrevive por mais de dois dias.

Um primeiro exame sobre a matéria foi feito no plano difuso, caso em que a mãe que resolveu legalmente interromper a gravidez de feto sem cérebro ajuizou mandado de segurança com este fim. O Ministério Público de primeiro grau de jurisdição opinou desfavoravelmente, mas o juiz monocrático concedeu a segurança. Os autos subiram para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde a procuradoria de justiça se manifestou pela concessão da segurança, medida que foi seguida pela desembargadora relatora Maria Raimunda de Azevedo, MS nº 2003.078.0030. A decisão considerou que a saúde psíquica da gestante estava comprometida, pelo fato de ela ter uma gestação sem expectativa de vida do feto, com base nos laudos médicos os quais comprovavam tratar-se de feto em formação anencéfalo. O bem jurídico protegido foi a dignidade da gestante, que prevaleceu, no caso concreto, contra a segurança das relações jurídicas. A segurança da relação jurídica estaria expressa nos entendimentos sobre a vida que não poderia ter seus padrões redefinidos por decisão judicial. Tal argumento

---

<sup>16</sup> Para uma posição que considera a concepção da Igreja e das organizações religiosas como influente na sociedade dos intérpretes da Constituição, ver Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, p. 15.



não foi levado adiante, por se considerar que o feto não apresentava chances de vida 48 horas após o parto. Laudos médicos juntados ao processo confirmavam a tese da anencefalia. O voto da desembargadora assim definiu a questão:

*“... quer através do reconhecimento do estado de necessidade com aplicação de inexibibilidade de outra conduta, são mecanismos que vêm sendo utilizados pelo Estado através do Poder Judiciário, para reconhecer o direito de mães em situações idênticas, consoante se vê precedentes jurisprudenciais a que foram remetidas as fundamentações da impetrante (fls. 05/13) a par do direito comparado tendente e sensível a situação de aflição da mulher nas hipóteses em que se verifiquem processos patológicos reveladores de anomalias ou má formações do nascituro, que determinem um grave perigo para a saúde física ou psíquica da gestante.”*

A partir do teor da concessão da referida segurança, autorizativa do aborto de feto anencéfalo, pode-se pensar que as demais orientações jurisprudenciais seguiriam tal entendimento.

Mas não foi simples assim. A Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS) ajuizou a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54 perante o Supremo Tribunal Federal, que sofreu diversas pressões de todos os lados da sociedade, até da Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros, contrária à autorização e que pretendeu ser admitida na ADPF a título de *amicus curie*. O Ministro Marco Aurélio negou a pretensão da Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros. Já a pertinência temática e a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde foi aceita, sem questionamentos. O Ministério Público Federal mostrou-se contrário à medida, por meio do Procurador Geral da República, que, com apoio da doutrina de Rui Medeiros, defendeu a impossibilidade da interpretação conforme a Constituição equiparar o Supremo Tribunal Federal ao legislador da matéria e

que o pedido da ação agrediria a separação de poderes. Esse fundamento da posição, contida no parecer da ilustre Procuradoria Geral da República, não se desenvolve de acordo com os preceitos defendidos pelo neoconstitucionalismo.

Diante da deformação cerebral irreversível, o Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar para reconhecer Direito Constitucional às gestantes que decidam realizar operação terapêutica – não entendida como aborto – no parto antecipado dos fetos anencéfalos. A decisão foi concedida nos autos da ADPF nº 54, todavia logo foi julgada prejudicada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que revogou a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio. Até hoje, com pedido de voto de vista à matéria, a referida ADPF não teve julgamento final e a associação dos bispos acabou sendo admitida na qualidade de *amicus curie*.

Deve-se destacar que o pedido da ADPF tem fundamento na interpretação conforme a Constituição, para que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a inconstitucionalidade das normas do Código Penal, por não reconhecerem expressamente o direito à gestante, portadora de feto anencéfalo de submeter-se ao tratamento clínico abortivo (terapêutico). A situação da gestante, obrigada a ter um filho sem cérebro, que se sabe que vai morrer, chegou a ser comparada à tortura<sup>17</sup>. O pedido baseia-se na omissão do Código Penal, que ao ser editado em 1941, não previu a hipótese assinalada como exceção ao crime de aborto – o que não é culpa do legislador penal, já que não existiam tais exames médicos à época –, atingindo a dignidade da pessoa humana e a saúde psíquica da gestante.

---

<sup>17</sup> Cf. Oscar Vieira, Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF, p. 91.: “Impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, imposta violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológicas, na hipótese, são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica.”

Como se percebe, o caso trágico coloca-se, pois:

a) Do lado das gestantes invoca-se o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e da saúde psíquica da mesma. A decorrência da proibição do aborto, nesses casos, poderia importar em equiparação aos efeitos da tortura à gestante, situação vedada e combatida na Constituição;

b) Do lado da proteção do feto invoca-se o direito à vida e à segurança jurídica, consoante o entendimento que o Supremo Tribunal Federal não pode criar nova hipótese autorizativa de aborto não prevista como exceção ao crime de aborto, previsto nos artigos 128 e 129 do Código Penal. Defende-se também a manutenção do modelo clássico da separação dos poderes em que o papel do Tribunal Constitucional é o de fiscalizar e resguardar a Constituição sem produzir invasão na competência legislativa;

c) O confronto sem dúvida causou grande repercussão na sociedade brasileira, nos meios de comunicação e na atenção do público em geral quanto à decisão sobre a matéria;

d) O confronto entre o direito e a religião pode ser sentido quando tais argumentos se misturam nos votos, pareceres e opiniões externadas – vistas como exemplos da tradição do intérprete presente na decisão jurídica – e a Confederação de Bispos, na qualidade de *amicus curie*. Dependendo do resultado final do julgamento da ADPF nº 54, os mandamentos da igreja (Religião) poderão ser contrariados pela decisão proferida pelo Poder Judiciário (Direito);

e) O dilema presente nesse caso trágico; resolve-se melhor com os postulados neoconstitucionalistas, que, segundo a interpretação constitucional, alcançam novos parâmetros e hipóteses não previstas em lei, mas decorrentes do que se pode

extrair dos princípios da Constituição, em especial do princípio da dignidade humana da gestante, outro princípio estruturante.

V) A pressão internacional pode ser sentida em um processo isolado, como no julgamento de um processo de extradição em que autoridades diplomáticas estrangeiras exerçam pressão sobre o governo brasileiro<sup>18</sup>. Tal pedido de extradição foi negado por existirem práticas punitivas na China não admitidas no ordenamento jurídico brasileiro e o interessante é a tentativa da embaixada chinesa em omitir esse fato. Deve-se destacar que a soberania nacional, outro princípio estruturante, restou vitoriosa.

Todavia, merece mais atenção outro caso em que a pressão dos interesses internacionais confronta o Direito. Esta situação pode ser observada no âmbito da política internacional, seja entre Estados estrangeiros, seja entre jurisdição internacional e Estado estrangeiro. Em outubro de 2006<sup>19</sup>, o governo francês aprovou projeto de lei tornando crime negar o genocídio sofrido por armênios, praticado por uma série de ações do império Turco-Otomano. A aprovação da lei impõe uma situação fática, como inegável a qualquer pessoa em território francês – a de que a Turquia teria, em 1915, massacrado um milhão e meio de armênios, na Primeira Guerra Mundial, violando os tratados internacionais de então. A lei, em destaque, prevê pena de um ano de prisão e 45 mil euros de multa para quem negar os fatos praticados contra os armênios em 1915. Já existia precedente de outra lei francesa que proibia negar o genocídio nazista<sup>20</sup>, com imposição da mesma pena e multa. As pressões

---

<sup>18</sup> A título exemplificativo, STF, Extradição 633-9 – Requerente: República Popular da China, Ministro relator Celso de Mello.

<sup>19</sup> Todas as informações ora relatadas sobre a relação entre França-Turquia foram extraídas do periódico New York Times, nas edições publicadas nos dias 16 e 17 de outubro de 2006.

<sup>20</sup> Veja-se que se trata de restrição ao direito fundamental de livre liberdade de expressão, em detrimento de outro direito fundamental, o da proibição da prática de racismo, que é considerado crime imprescritível – no caso, fazemos uma analogia ao teor dos direitos fundamentais dispostos na Constituição brasileira. Esse é um exemplo de ponderação legislativa válida e de opção jurídica

estrangeiras a serem levadas ou não em consideração pelo governo e a aplicação da nova lei francesa por parte dos Tribunais, mais sentidas são as da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que, na pessoa da porta voz Krisztina Nagy, aceitou a possibilidade de reconciliação entre os dois governos. A situação se tornou delicada, do ponto de vista das jurisdições internacionais, como a Comissão Europeia de Direitos Humanos, pela pretensão real da Turquia em se tornar país membro da União Europeia. Como se não bastassem as variantes, o Parlamento da Turquia anunciou projeto de lei que torna ilegal negar que a França foi responsável pelo genocídio na Argélia entre 1830 e 1962, período colonial francês.

Caso, por exemplo, a lei turca de retaliação venha a ser promulgada, pode a Comissão Europeia de Direitos Humanos dar tratamento às queixas, em casos concretos, de formas diversas para os dois países? Pode o Tribunal Constitucional da Turquia, julgar a constitucionalidade da lei turca sem considerar o contexto político internacional implicado? A complexidade das questões não pode mais ser resolvida no âmbito exclusivamente interno, e a pressão de influências estrangeiras – por vezes argumentativamente justificável – deve considerar as compatibilidades entre o neoconstitucionalismo e o papel do Poder Judiciário, com as relevantes questões de direito internacional público. Por esse motivo, defendemos que a filosofia política, que embasa a teoria do estado (neo)constitucional, deve ser compatibilizadora e ter cuidados de cuidar de assuntos diversos, pois eles possuem temas e pontos de ligação em comum, como: a aposta em um nacionalismo revisado; ou em um patriotismo constitucional; ou,

---

realizada na fase de legitimação dos direitos fundamentais. A primeira situação a ser regulada por lei na França – prisão e multa para quem negar o genocídio nazista cometido contra a população judaica levada aos campos de concentração – pode ser considerada um parâmetro de Direito comparado para reafirmar o acerto da denegação do habeas corpus nº 82.4244-RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve a condenação do editor e autor de livro que nega o holocausto, por crime de racismo.

como a proteção internacional e incondicionada dos direitos humanos é trabalhada pela ordem interna; ou como a influência das jurisdições internacionais, é confirmada pelos Estados-nações.

#### **4 – CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA A SOLUÇÃO DOS CASOS TRÁGICOS**

A argumentação jurídica a serviço da Filosofia do Direito preenche os direitos fundamentais, mas aquela não resolve sozinha todos os enfrentamentos destes. Assim como o positivismo jurídico não encontrou resposta adequada para os casos difíceis, a argumentação jurídica sozinha não consegue resolver os casos trágicos. É necessário ser teoria e filosofia do Direito, simultaneamente, para responder aos confrontos limítrofes entre Direito e Justiça. Não subsiste dilema insolúvel. *Os casos trágicos são entendidos como aqueles em que haja, além de conflito entre direitos fundamentais alegados pelas partes, repercussão geral e confronto de uma ordem correspondente, como a ordem econômica, a ordem internacional, a ordem política nacional do governo e a ordem religiosa.* Ignorar essas manifestações no julgamento e na elaboração do direito é desconhecer as tradições do intérprete e sua pré-compreensão – essa uma grande finalidade do reconhecimento das categorias de hermenêutica: otimizar o Direito partindo dessa constatação (tradição do intérprete). Adicionamos, ainda, um elemento aos casos trágicos: a sua repercussão socialmente sentida. Os casos que merecem destaque são aqueles que encontram dificuldades jurídicas (conflito de direitos fundamentais) somadas a questões metajurídicas manifestadas (confronto entre as ordens do poder) e que causam repercussão na sociedade e nos participantes do discurso comunicativo. A teoria do discurso cuida de uma parte do problema

- ela pretende resolver a repercussão democrática e os procedimentos adotados no agir comunicativo -, também percebido na argumentação jurídica - que, embora detecte, esbarra nos casos trágicos, pois os mesmos ficam sem solução adequada e convincente -, e até o pós-positivismo jurídico se limita - ao se pré-condicionar em torno da ponderação de interesses. Os casos trágicos ficam trabalhados bem mais de acordo pelo neoconstitucionalismo total, que adota a argumentação e a ponderação para resolver o conflito de direitos fundamentais; trabalha uma filosofia do direito que reúne o direito e a moral, que são verdadeiras pautas para o conflito de ordens do poder, além de fazer usos de elementos considerados primordiais do constitucionalismo do século XXI (neoconstitucionalismo), a saber: os princípios estruturantes de uma nação, verdadeiras balizas que antecedem topograficamente os direitos fundamentais - no caso brasileiro a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a soberania nacional, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho a serem observados pela livre iniciativa.

A utilização dos princípios estruturantes ainda mais abertas dependem da argumentação para terem força normativa concretizadora. Com isto o ciclo se fecha e a argumentação volta a resolver também os casos trágicos, só que não mais sozinha, porque prescinde dos demais elementos neoconstitucionalistas.

Com todas essas ferramentas os casos trágicos ganham no cenário jurídico a proporção que lhes deve ser cabida, e os juristas antenados respondem argumentativamente a esses anseios em toda vez que eles surgirem; só que agora encontramos-nos melhor equipados para argumentar!