

Universidade de Brasília

Faculdade de Filosofia

MARA SILDA NUNES DE ALMEIDA

**O PROBLEMA DA CONSISTÊNCIA E JUSTIFICAÇÃO DE
ARGUMENTOS NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM ENSAIO
SOBRE LINGUAGEM E DIREITO**

Brasília

2013

Mara Silda Nunes de Almeida

**O PROBLEMA DA CONSISTÊNCIA E JUSTIFICAÇÃO DE
ARGUMENTOS NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM ENSAIO
SOBRE LINGUAGEM E DIREITO**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Filosofia da Faculdade de Filosofia da
UNB como requisito para obtenção do título
de bacharel em Filosofia.

Orientador: Prof. Julio Cabrera

**Brasília
2013**

SUMÁRIO

RESUMO-----	1
PROBLEMATIZAÇÃO -----	1
JUSTIFICATIVA-----	1
OBJETIVOS-----	2
METODOLOGIA-----	3
1. INTRODUÇÃO-----	4
2. RACIONALIDADE -----	5
3. LINGUAGEM -----	8
4. ARGUMENTAÇÃO -----	10
4.1 Argumentação jurídica -----	16
5. ESTUDO DE CASOS -----	20
5.1. Antissemitismo-----	20
5.2. Demarcação de terras indígenas Raposa Serra do Sol-----	29
5.3. Aborto de feto anencefálico-----	36
6. CONCLUSÃO-----	44
REFERÊNCIAS -----	46

RESUMO

O nosso objetivo neste trabalho é fazer uma análise crítica da argumentação nas decisões judiciais, pois não raras vezes verificamos que há certa inconsistência e falta de justificação nos argumentos utilizados, o que acaba tornando a decisão incorreta do ponto de vista jurídico, lógico e até ético. Para a execução desse objetivo faremos um estudo sobre racionalidade, linguagem, argumentação em geral e argumentação jurídica em particular. Neste trabalho apenas pretendemos estabelecer conceitos e algumas regras tanto para a argumentação em geral quanto para a argumentação jurídica. Essa base teórica fornecerá subsídios para o exame de algumas decisões que trataremos como estudo de caso e, assim, apontarmos nelas tanto a coerência como a inconsistência de argumentos.

Palavras-chave: Justificação. Consistência. Racionalidade. Linguagem. Argumentação.

PROBLEMATIZAÇÃO

Identificar inconsistências num discurso argumentativo nem sempre é um tarefa fácil, salvo situações extremas em que o texto é produzido de forma excessivamente descomprometida com o rigor técnico. Igualmente apontar caminhos para uma argumentação racional é um trabalho árduo e, às vezes, infrutífero. Assim, podem-se estabelecer condições para uma argumentação jurídica racional em decisões judiciais? A necessidade de decisão única a cada caso concreto é compatível com um discurso racional? Quando uma decisão judicial pode ser considerada consistente e racionalmente aceitável? É possível identificar o argumento e falhas na argumentação de uma decisão judicial? Como identificar o argumento em uma decisão judicial?

JUSTIFICATIVA

A sociedade está em constante processo de evolução e busca pela consolidação da democracia, na qual tem importante relevância um Poder Judiciário autônomo e capaz de proporcionar a crença na legalidade e a segurança jurídica. Mas para alcançar esses objetivos é necessário que as decisões judiciais sejam consistentes e racionalmente aceitáveis. Esta deveria ser uma preocupação e necessidade de toda nação que se intitula de democrática.

Contudo, não é incomum nos depararmos com decisões proferidas com inobservância desses requisitos, o que despertou o interesse pela pesquisa referente a esta temática.

O estudo da filosofia revelou-se como importante e imprescindível ferramenta para o direito no sentido de proporcionar o arcabouço teórico necessário e indispensável para uma argumentação jurídica consistente e racional, por isso, pretendemos pesquisar esta temática.

OBJETIVOS

O exame de uma decisão judicial visando a sua consistência e correção demanda pré-conhecimentos teóricos, por isso, objetiva-se uma abordagem da argumentação em geral. Porém, antes de abordar especificamente a questão da argumentação é necessária uma pesquisa sobre a racionalidade e a linguagem.

No que tange à racionalidade buscaremos uma abordagem mais genérica de seu conceito e tipos, mas com ênfase para a racionalidade e discurso para depois estabelecer a sua relevância para o discurso jurídico. A questão da linguagem é esclarecedora para a temática que se objetiva pesquisar, pois ela traz os elementos indispensáveis para a formação e compreensão do discurso e, conseqüentemente dos argumentos. Após a análise da racionalidade e da linguagem podemos estabelecer os elementos da argumentação racional.

Não obstante reconheça-se que o objetivo buscado com o desenvolvimento deste trabalho seja ambicioso, tentaremos encontrar caminhos

para uma argumentação consistente e racional para uma adequação do discurso jurídico às normas de forma a proporcionar segurança jurídica e correção. É salutar destacar que não se trata de estabelecer regras formais nas quais se pudessem adequar toda e qualquer decisão judicial, o que seria incompatível com um processo democrático.

No estado liberal de direito o papel do juiz era meramente mecânico de adaptação da lei ao caso concreto, sem nenhuma possibilidade de trabalho hermenêutico. Já no estado democrático de direito a atuação judicial tornou-se mais interpretativa e integrativa das normas legais e princípios gerais de direito; por isso, não é razoável pretender estabelecer um modelo formal de adequação das decisões judiciais de forma a reduzir o trabalho do julgador à simples adequação da lei ao caso sob julgamento, pois isso representaria uma volta ao passado. Ora, a roda da história gira para frente e assim deve ser, razão pela qual pretendemos apenas identificar as possibilidades mínimas para a prolação de uma decisão consistente e racional.

Portanto, especificamente objetivamos analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em casos de interesse da nação para, com aplicação das noções abordadas anteriormente, fazer um estudo dessas decisões, apontando a sua consistência ou a falta dela.

METODOLOGIA

A pesquisa se desenvolverá basicamente em três partes: a primeira sobre as noções básicas de racionalidade, linguagem e argumentação; a segunda sobre a argumentação jurídica e a terceira sobre estudo de caso.

O passo inicial para o desenvolvimento do trabalho será a abordagem de noções sobre a racionalidade, em que se pretende tecer considerações breves sobre a sua conceituação e tipos. Aqui utilizaremos o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, e *Razón y Sociedad* de León Olivé.

Na sequência trataremos do problema do uso da linguagem, pois a argumentação jurídica é uma atividade eminentemente linguística e para tanto buscaremos trabalhar com as obras de Lenio Streck e Manoel A. de Oliveira.

No que tange à argumentação em geral utilizaremos a obra de Stephen E. Toulmin, *Os usos do argumento*, para analisarmos as regras por ele estabelecidas para uma utilização adequada dos argumentos e o *layout* por ele desenvolvido. Douglas N. Walton também é útil para esta parte do trabalho, pois ele aborda a questão da correção dos argumentos, além da obra de Alec Fisher, *A lógica dos verdadeiros argumentos*.

A segunda parte do trabalho será destinada ao estudo da argumentação jurídica propriamente dita, na qual a obra de Robert Alexy é crucial, pois possibilita a análise da possibilidade de fundamentação racional com condições limitadoras e estabelece algumas regras básicas que devem ser observadas em um discurso racional.

Finalmente, a terceira parte será destinada a estudo de caso, em que analisaremos três importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes ao antissemitismo, demarcação de terra indígena e aborto de feto anencéfalo.

1. INTRODUÇÃO

O nosso sistema jurídico é formal e escrito ao contrário dos Estados Unidos da América e Inglaterra em que vigora o sistema do *commonlaw*, mas, curiosamente, traz mais insegurança jurídica do que aqueles, pois não há o mínimo de previsibilidade das decisões judiciais proferidas no país. Ora, sendo um sistema estritamente legalista as decisões não deveriam ser tão díspares. No entanto, além das inúmeras divergências de conteúdo das decisões verificamos também muitas falhas na justificação e consistência dos argumentos, o que será demonstrado no estudo de casos.

Isso nos levou a refletir sobre a questão há algum tempo e nasceu a vontade de elaborar este trabalho.

O juiz tem a liberdade para interpretar tanto as provas quanto as normas jurídicas em razão do princípio do livre convencimento racional, vigente no nosso ordenamento jurídico. Isso é importante, pois um juiz que não tem autonomia e liberdade para decidir não pode assegurar a mínima imparcialidade (exigência de um sistema democrático) e, conseqüentemente, a correção e justiça ao caso concreto.

Porém, a subjetividade também pode conduzir a parcialidade, tão indesejável. Portanto, precisa-se encontrar o equilíbrio entre a liberdade de convencimento e o excesso de subjetividade. O julgador está impregnado de toda a sua bagagem cultural, religiosa, moral, social, pessoal, política, ideológica etc. e isso, com certeza, influencia no julgamento, portanto o estabelecimento de regras mínimas ou parâmetros objetivos podem proporcionar esse equilíbrio.

Assim, buscaremos demonstrar quais os requisitos mínimos para uma argumentação racional e consistente das decisões judiciais; consistente no sentido formal significa contraditório, mas no jurídico representa coerência, o que será esclarecido ao longo do trabalho. No estudo de casos analisaremos as três decisões escolhidas para apontar a inconsistência ou a coerência dos argumentos empregados. As decisões escolhidas foram: antissemitismo, demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e aborto de feto anencéfalo; essas decisões foram escolhidas não em razão de serem casos famosos e muito discutidas, mas sim por serem mais apropriadas para o referencial teórico deste trabalho. Mostraremos que em alguns casos as premissas não apoiam a conclusão, algumas premissas são desprovidas de fundamentação jurídica, científica ou fática e que a falha de argumentação pode gerar a falsa impressão de solução do problema, quando isso de fato não ocorreu e, pior, aparentar proteger o direito de um grupo, quando na verdade o está suprimindo.

Como dissemos as decisões judiciais devem ser racionalmente fundamentadas, portanto, iniciaremos o desenvolvimento com a questão da racionalidade, para em seguida analisar a linguagem e a argumentação.

2. RACIONALIDADE

A primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha exigiu, conforme cita Robert Alexy, na sua resolução de 14 de fevereiro de 1973 (resolução sobre o desenvolvimento do Direito), que as decisões dos juízes devem basear-se em ‘argumentações racionais’. Assim, ressalta Robert Alexy que a questão sobre o que é a argumentação racional ou argumentação jurídica racional é um problema que interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública.

No Brasil não há exigência similar de forma expressa, mas não se pode dizer que a situação seja diversa, pois no artigo 93, IX da Constituição Federal está disposto que as decisões judiciais, em qualquer instância, devem ser fundamentadas. No entanto, não é possível uma fundamentação sem argumento racionais, portanto, tem-se que implicitamente o nosso sistema igualmente pressupõe a racionalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

As palavras às vezes apresentam ambiguidade, vagueza ou são empregadas em sentido vulgar, sem uma correta definição de seus termos, o que na teoria da argumentação é essencial para a avaliação da validade do argumento.

Segundo *The Oxford Dictionary* para que algo seja aceito como racional ele deve fazer sentido ou estar ligado a habilidade de fazer inferências e é por meio dela que podemos obter conhecimento do mundo em virtude das suas características de abstração e formalização para obtenção de certeza e segurança. É por meio da racionalidade que podemos eleger crenças, optar por uma ação ou outra ou inação, fins e metas em função de interesses e desejos (OLIVÉ, 1999, p. 42).

Para um autor como Habermas racional é uma pessoa capaz de assumir uma postura reflexiva diante dos próprios padrões valorativos e é isso que

se espera de um juiz, que ao proferir sua decisão, demonstre que a questão foi objeto de uma reflexão diante das normas do ordenamento jurídico e provas produzidas no processo.

Max Weber, citado por Habermas, entendeu que a racionalização do direito se reveste de certa ambiguidade, pois proporciona ou parece proporcionar a institucionalização do agir econômico e administrativo racional-teleológico quanto a desvinculação dos subsistemas do agir racional-teleológico em relação a seus fundamentos moral-práticos. (HABERMAS, 2012, p. 426 e 444). Portanto, tem-se que na visão dele a racionalidade pode permitir uma fundamentação em que o econômico se sobrepõe ao moral.

Michel Foucault vai além, pois vê na racionalidade as conexões com o poder, dizendo que a racionalidade que se afirma nas sociedades modernas é vista como um instrumento que, para estender a autoridade e o domínio sobre os indivíduos, se vale do saber de ciências humanas, como a psiquiatria, o direito penal, a criminologia, a psicologia social (ABBAGNANO, 2007, p. 966).

Dessa forma, tem-se que a racionalidade pode ser usada para justificar uma posição, ainda que não seja eticamente a mais recomendável. Evidentemente que o direito representa, em grande parte, os interesses da classe dominante, mas isso não nos autoriza dizer que todo magistrado está a serviço da classe dominante, ignorando o direito dos menos favorecidos ou das minorias, sob pena de incorrer na falácia da generalização apressada (que será explicada no item 4.1 deste trabalho). Portanto, as situações devem ser analisadas individualmente.

Lenio Streck destaca que no Brasil há duas espécies de pessoas: *o sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso* (STRECK, 2003, p. 29).

Assim, tem-se que o Poder Judiciário pode ser o instrumento de racionalização do sistema, suprimindo ou revisando direitos, inclusive no que tange às políticas públicas, conforme exemplo positivo trazido por Streck:

Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. (STRECK, 2003, p. 54).

Um argumento racional traz os motivos para a decisão adotada, esses motivos devem estar racionalmente justificados, seja no ordenamento jurídico, seja na situação fática, vale dizer, nas provas produzidas no caso concreto. Satisfeitos esses requisitos pode-se dizer que a decisão é racionalmente consistente e correta.

Cumpramos ressaltar que ao afirmarmos que a decisão pode ser considerada correta na hipótese supra estamos nos atendo ao aspecto da racionalidade da justificação, pois a situação pode comportar mais de uma interpretação, igualmente justificáveis do ponto de vista da racionalidade. Como diz Robert Alexy uma argumentação racional tem uma pretensão de correção, mas no caso dos processos judiciais não há como afirmar que haja para cada caso uma única decisão possível, o que seria o ideal sob o ponto de vista da segurança jurídica. Cumpramos ressaltar que Ronald Dworkin, que defende a existência de um juiz Hércule, entende que cada caso comporta uma única decisão correta, mas sabemos que as situações comportam mais de uma interpretação, portanto, é difícil, senão impossível, atingir esse ideal da decisão única.

Estamos cientes que trouxemos à tona vários autores, que abordam a questão da racionalidade de forma diversa, como por exemplo, Robert Alexy, que tem uma base discursiva analítica e Lenio Streck de base hermenêutica da existência, mas isso foi proposital para estabelecer um diálogo entre essas fontes. No entanto, destacamos que entendemos que o conceito de racionalidade comporta várias noções, cujos conceitos não são contraditórios, mas sim complementares. Assim, no estudo de casos utilizaremos essa visão diversificada da noção de racionalidade.

3. LINGUAGEM

Agora que dispomos de um referencial diversificado acerca do conceito da racionalidade passaremos ao exame da questão da linguagem, tentando demonstrar como ela tem relevância para a consistência das decisões judiciais.

A língua é um conjunto particular organizado de signos intersubjetivos e a linguagem é o fundamento dessa intersubjetividade (ABBAGNANO, 2007, p. 708). Ela tem sido mais tradicionalmente estudada na sua função de indicar objetos no mundo (referência) e dizer como são as coisas do mundo (predicativo), mesmo quando não estão presentes nele. Na antiguidade a linguagem tinha um papel secundário, posteriormente passou a ter sua importância reconhecida como constituição do conhecimento (OLIVEIRA, 1996, p. 128).

A filosofia da linguagem por muito tempo teve como objeto os proferimentos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas John Langshaw Austin se interessou por aqueles que a princípio não são usados para descrever o mundo, mas que possuem algum sentido e têm forma declarativa. Assim, ele considerou a necessidade de um sistema ou uma estrutura conceitual, por isso, criou a teoria dos atos de fala, que constituem ações que se realizam dizendo algo, o que é importante para o direito.

Alexy afirma que o conceito de ato de fala aponta para o conceito de regra, daí a sua importância para o tema ora em estudo.

Lenio Streck seguindo uma corrente do pensamento alemão adota a ideia de que a virada linguística representou um rompimento com o paradigma da filosofia da consciência, pois no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática (STRECK, 2003, p. 135).

Afirma Lenio Streck que a linguagem é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-o-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Portanto, entende ele que sustentado no novo paradigma da linguagem e na medida em que rompe com a possibilidade de saberes reprodutivos, fica muito claro que a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido (STRECK, 2003, p. 210).

Porém, no campo jurídico brasileiro, *a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais* (STRECK, 2003, p. 59), portanto ainda não se operou no direito a virada linguística, ocorrida na filosofia, pois os fenômenos sociais que são trazidos ao Judiciário são analisados como meras abstrações jurídicas em razão das barreiras criadas pelo discurso produzido pela dogmática jurídica dominante, havendo uma espécie de “coisificação” das relações jurídicas.

A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido e o direito deve ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem e, por isso, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, facticidade.

4. ARGUMENTAÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise crítica sobre as decisões judiciais, que muitas vezes padecem da falta de consistência e justificação, por isso, precisamos fazer algumas considerações sobre a argumentação possibilitando, assim, a compreensão do que seja um argumento consistente, sólido e válido. No contexto deste trabalho o termo “consistência” será empregado no sentido de coerência e justificação como sendo a demonstração de que as premissas que embasam a conclusão são corretas e estão fundamentadas no ordenamento jurídico (nas leis) e nas provas produzidas no processo.

Como referido, as decisões judiciais precisam ser fundamentadas por exigência constitucional; portanto, o julgador, singular ou colegiado, deverá demonstrar que a decisão proferida no sentido de acolher ou rejeitar o pedido, condenar ou absolver o réu, decorre coerentemente das razões expostas e essas, por sua vez, devem ser minimamente consistentes.

Assim, podemos entender que argumento é qualquer razão, prova ou demonstração capaz de obter o assentimento e de induzir persuasão ou convicção (ABBAGNANO, 2007, p. 90) e, no mesmo sentido, Douglas Walton, diz que um argumento é uma alegação que, de acordo com os procedimentos adequados do diálogo racional, deve ser pertinente à conclusão do argumentador, contribuindo para prová-la ou estabelecê-la (WALTON, 2006, p. 4).

O silogismo aristotélico, como exemplo de uma lógica formal, tem uma estrutura bastante simples consistente em três proposições: premissa menor, premissa maior; portanto, conclusão, porém não é apenas o silogismo aristotélico que constitui um argumento, pois estamos cercados de argumentos em todas as atividades desenvolvidas na sociedade, seja comercial, empresarial, política, publicitária, religiosa, acadêmica, jurídica dentre outras e muitos desses argumentos não são facilmente perceptíveis porque as premissas e/ou conclusão não está em realce e a sua estrutura é bem mais complexa.

A vida é muito dinâmica e a cada dia renova-se, surgindo, assim, um grau de complexidade ainda maior das relações humanas e, conseqüentemente, dos argumentos reais; portanto, a lógica formal não é capaz de propiciar uma fórmula para todos os argumentos. Contudo, se analisarmos a lógica informal veremos que, por mais que se estabeleçam regras e padrões para a argumentação, esses nunca serão suficientemente completos.

Contudo, essa dificuldade de se estabelecer normas e padrões definitivos para a argumentação não impede que alguns critérios sejam estabelecidos para, de forma contextualizada, auxiliar na avaliação do argumento.

Assim, destacaremos alguns requisitos estabelecidos pelos autores pesquisados para a obtenção de uma argumentação minimamente racional e consistente. O primeiro passo nessa avaliação é identificar o argumento, distinguindo a conclusão das premissas, pois um argumento é válido quando não é possível que as premissas sejam verdadeiras e a conclusão falsa (WALTON, 2006, p. 183).

Diz Walton que a argumentação racional tem um núcleo semântico, que normalmente é cercado por estruturas pragmáticas. *O aspecto semântico está relacionado à verdade ou à falsidade das proposições. O aspecto pragmático está relacionado aos prováveis comprometimentos do argumentador no contexto do diálogo. O conceito de um argumento válido é uma noção semântica* (WALTON, 2006, p. 160/161).

O fato de um argumento ser válido não garante que as premissas sejam verdadeiras. Uma contradição é uma conjunção de uma proposição e sua negação, portanto ela nunca será uma proposição verdadeira. Quando uma proposição é verdadeira sua negação tem que ser falsa. Nem sempre a incoerência é evidente num argumento, mas ela aparece quando se acrescentam outros pressupostos. Mas é preciso determinar com cuidado se os pressupostos adicionais podem ser racionalmente atribuídos ao argumentador antes de afirmar prematuramente que seu argumento é incoerente. (WALTON, 2006, p. 163, 174, 175, 177 e 178).

Dessa forma, tem-se que as lições de Walton nos mostram a importância da contextualização do argumento, permitindo assim, o exame das premissas para estabelecer o seu núcleo semântico e, conseqüentemente, a validade do argumento.

Stephen E. Toulmin, na obra *Os usos do argumento* busca demonstrar que os argumentos reais são bem mais complexos que os silogismos e propõe um *layout* para esses argumentos. Entende ele que o processo judicial é um meio adequado para a apresentação de argumentos e, assim, estabelece com ele um paralelo para o processo racional de discurso. A análise fática de um caso levado a juízo é associada aos dados do argumento racional; a base legal às garantias e a decisão ou veredito à conclusão.

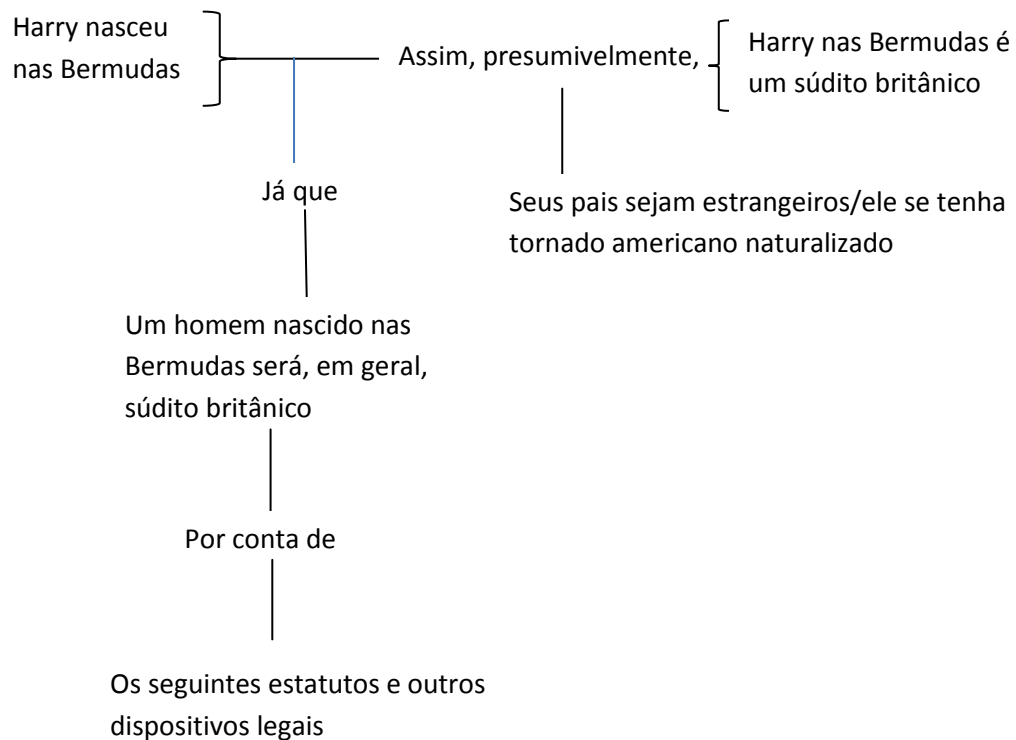
Toulmin propõe um *layout* logicamente imparcial dos argumentos e afirma que o caso tem de ser exposto, antes de tudo, na forma adequada, pois compatibilidade e coerência são requisitos prévios para a avaliação racional (TOULMIN, 2006, p. 245 e 251). Demonstra ele que uma conclusão deve embasar-se em dados, mas em muitas situações esses dados não são suficientes para justificar a solução apontada, razão pela qual faz-se necessário garantias adicionais.

A garantia, para Toulmin

é incidental e explanatória, com a única tarefa de registrar, explicitamente, a legitimidade do passo envolvido e de referi-lo, outra vez, na classe maior de passos, cuja legitimidade está sendo pressuposta (...) as garantias são gerais, certificando a solidez de todos os argumentos do tipo apropriado, e, portanto, têm, de ser estabelecidas de modo muito diferente dos fatos que apresentamos como dados (TOULMIN, 2006, p. 143).

Ressalta o autor que em situações outras, dados, garantia e alegação podem ser insatisfatórios para uma justificação racional, fazendo-se necessário o acréscimo de um qualificador, que seria uma referência explícita ao

grau de força que os dados conferem à alegação em razão da garantia (TOULMIN, 2006, p. 145). Além do qualificador modal (advérbios como “necessariamente”, “provavelmente” e “presumivelmente”) podem ser necessárias condições de exceção ou refutação. Vejamos isso no gráfico demonstrado por ele na página 151:



Robert Alexy critica a teoria de Toulmin por ser incompleta e afirma que as regras de inferência apresentadas por ele

não são regras da lógica. Não se apoiam no significado das expressões entre as quais devem estabelecer uma relação. Além disso, é possível negar uma dessas regras sem se contradizer. Essas são regras de conteúdo moral, que se podem considerar como premissas de silogismos práticos (ALEXY, 2011, p. 94).

Mas considera que ela apresenta pontos positivos para o discurso prático racional, quais sejam: 1) existem regras de discurso moral que caracterizam determinadas asserções de fato como boas razões para certas valorações, (o que permite aproximar essas regras às da lógica); 2) a

argumentação moral está ligada ao material normativo surgido historicamente; 3) a sua teoria não é um substituto apropriado da lógica formal, mas fornece observações sobre a estrutura das premissas usadas no processo de fundamentação; 4) distinção das diferentes formas e níveis de argumentos; 5) regras dos jogos de linguagem podem ser descobertas ao se analisar suas funções ou finalidades (ALEXY, 2011, p. 97).

O nosso estudo foi restrito a uma única obra de Toulmin referente à argumentação ao contrário de Alexy, que fez um estudo mais abrangente. Porém, na introdução de sua obra Toulmin afirma que *o propósito deste estudos é levantar problemas, não resolvê-los; é chamar a atenção para um campo de indagação, em vez de examiná-lo completamente; e provocar a discussão, em vez de ser usado como tratado sistemático* (TOULMIN, 2006, p. 1), portanto, não se pode esperar que ele seja completo.

Contudo, não podemos olvidar que, não obstante Toulmin pretenda mostrar que o silogismo é excessivamente simples em contraste com os argumentos reais, o *layout* proposto é ainda insuficiente para a complexidade dos argumentos informais, o que foi tão bem ilustrado por Alec Fischer na obra *A lógica dos verdadeiros argumentos*.

Alexy afirma que a teoria do discurso considera também a dimensão pragmática da fundamentação; em que ela não pretende proporcionar critérios tão fortes para a determinação com segurança de um resultado simplesmente com base no seu conhecimento. O que se indicam são regras e formas cujo cumprimento ou utilização faz com que aumente a probabilidade de que numa discussão se chegue a uma conclusão correta, isto é, racional (ALEXY, 2011, p. 245).

Alexy apresenta a regra geral de fundamentação nos seguintes termos: *todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que se possa dar razões que lhe justifiquem negar uma fundamentação* (ALEXY, 2011, p. 132).

Alec Fisher trata a análise dos argumentos de forma um pouco diversa. Na obra *A lógica dos verdadeiros argumentos* ele apresenta *um método geral* a ser seguido para a análise da validade dos argumentos independentemente da opinião de especialistas no assunto e, para isso, ele utiliza argumentos extraídos de textos técnicos ou científicos, baseando a sua análise em argumentos bastante complexos. Diz ele que *raciocinar ou argumentar a favor de algo consiste em oferecer fundamentos ou razões a favor de conclusões, e as razões são apresentadas a fim de sustentar, justificar, estabelecer, provar ou demonstrar a conclusão* (FISHER, 2008, p. 24).

Nesse *método geral* a primeira coisa a fazer é identificar a conclusão, que pode ser destacada por expressões como logo, concludo que, portanto, dessa forma, segue-se que, assim, o que implica que, conseqüentemente, o que nos permite inferir que, a prova que, estabelece o fato de que, justifica a crença de que etc. Porém ele ressalta que nem sempre esses indicadores de conclusão são encontrados nos argumentos e tampouco que essas expressões sempre vão indicar conclusão, portanto, a análise deve ser contextual. No caso das decisões judiciais é mais fácil identificar a conclusão, pois essa coincide com a parte dispositiva, vale dizer, com a decisão de acolher ou rejeitar o pedido, condenar ou absolver o réu.

Em seguida devem ser identificados os indicadores de razões que justificam a conclusão e, em geral, contem expressões como “porque”, “a razão é que”, “pois”, “em primeiro lugar...em segundo lugar”, “já que”, “uma vez que”, “pode ser inferido do fato de que” etc. Aqui também é imprescindível uma análise do contexto, como referido. No caso das decisões judiciais os indicadores de razão são representados pela fundamentação, em outras palavras, nas razões que levaram à decisão propriamente dita.

Assim, segundo Fisher um bom argumento deve apresentar os seguintes requisitos: a) todas as premissas têm de ser verdadeiras, salvo se forem independentes; b) a conclusão tem de seguir das premissas e isso ocorre *se e somente se a verdade dessas premissas garantir a verdade da conclusão* (FISCHER, 2008, p. 38).

4.1. Argumentação jurídica

O Direito tem como suporte a língua que se constitui em discurso e a produção desse discurso pressupõe um ponto de chegada que se expressa como Direito positivo, mas o discurso jurídico dado não está desvinculado de sua fonte de produção, que é o grupo dominante da sociedade, sendo instrumento de poder desse grupo (STRECK, 2003).

A argumentação jurídica é uma atividade linguística, da qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois ocorre sob uma série de condições limitadoras.

Texto (jurídico) e norma (jurídica) são distintos. O texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico, não se completa como sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expresso pelo texto é algo novo, diferente do texto. É a norma. As normas resultam sempre da interpretação. Pelo processo interpretativo decorre a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social (STRECK, 2003).

Lenio Streck afirma que para o direito a virada hermenêutica é muito importante, pois a *hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas. Cada texto jurídico gera novos sentidos* (STRECK, 2003, p. 212).

A interpretação de um texto jurídico não pode ser meramente literal, já que *A máxima fidelidade à letra de um texto não é garantia de sua (cor)reta compreensão* (STRECK, 2003, p. 212), portanto a interpretação exige muito mais do intérprete do que apenas a decodificação de símbolos. Nesse sentido o mencionado autor afirma que

Só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do interprete. Por isto a compreensão necessariamente será existencial. Ao compreender, já compreendeu. Vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma afirmativa. A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. O texto não subsiste separadamente da norma. Quando se fala da norma que ex-surge do texto não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica- primeiro conheço, depois interpreto, depois aplico). A norma não é uma capa de sentido que existiria apartada do texto. Quando me deparo com o texto, ela já ex-surgenormada, a partir da minha condição de-ser-no-mundo (STRECK, 2003, p. 215/216).

Contudo, esse processo interpretativo exige do interprete uma mudança de paradigma; um rompimento com a dicotomia sujeito-objeto, pois:

Não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente (STRECK, 2003, p. 2225).

Dessa forma pode se afirmar que a hermenêutica jurídica pressupõe uma tomada de consciência da realidade que cerca o interprete de forma que esse processo interpretativo seja também integrativo, criativo e crítico, pois com Lenio Streck

Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)ahermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência (STRECK, 2003, p. 226).

Ele mostra de forma muito peculiar e sob um viés existencialista como deve ser a hermenêutica jurídica:

A autenticidade da interpretação exsurgirá da possibilidade de o jurista/interprete apropriar-se deste compreendido. A apropriação do compreendido passa a ser a sua condição e possibilidade de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetificante representado por esse *habitusdogmaticus* que é o sentido comum teórico dos juristas. O poder apropriar-se é a chave para escancarar as portas do mundo inautêntico do Direito, abrindo-se-o para as múltiplas possibilidades de desvelamento do ser dos entes (jurídicos) (STRECK, 2003, p. 272).

As palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, enfim de incertezas significativas; um termo é considerado ambíguo quando tem mais de um sentido. O contexto do diálogo se encarrega de esclarecer seu sentido. Ele é vago se há casos em que não fica claro se ele se aplica corretamente. Vagueza e ambiguidade não podem ser totalmente eliminadas. Mas também não são totalmente intoleráveis e destrutivas na argumentação racional. Os termos têm que ser definidos com uma precisão compatível com o contexto do diálogo. Termos vagos que são usados com coerência ao longo da argumentação não costumam gerar problemas lógicos nem falácias. O problema surge quando um termo vago ocorre mais de uma vez, em diferentes proposições de um argumento (WALTON, 2010).

Verificamos que em alguns casos a vagueza ou ambiguidade pode gerar um erro no raciocínio ou na argumentação, denominado de falácia. Alguns argumentos falaciosos são a falácia do acidente invertido (generalização apressada), do equívoco e do declive escorregadio. A primeira ocorre quando se busca compreender ou caracterizar o geral com base no particular. A falácia do equívoco se baseia no duplo sentido de uma palavra, ou seja, seus significados são confundidos. Já o declive escorregadio ocorre quando se conclui que certas medidas aparentemente plausíveis poderão ser estendidas de maneira indevida; ela introduz elementos irrelevantes às consequências de uma ação mais ampla para se opor à proposta mais restrita.

Como mencionado para uma argumentação racional é preciso o estabelecimento de regras fundamentais, o que foi feito por Robert Alexy. Todavia, ele estabelece regras tanto para a argumentação em geral quanto para a jurídica, mas citaremos apenas aquelas que estão diretamente relacionadas com os casos estudados.

Alexy estabelece regras de razão, sendo que a primeira consiste em que *todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação*. Essa regra é muito importante para o nosso estudo, pois como mencionado o juiz está, por imposição constitucional, obrigado a fundamentar suas decisões.

No campo da argumentação jurídica há regras específicas enumeradas por Alexy. São elas:

II. Regras e formas do discurso jurídico

1. Regras de justificação interna:

- a) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.
- b) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.
- c) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão
- d) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível
- e) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

2. Regras e formas da justificação externa:

- a) Regras e formas da argumentação empírica
- b) Regras e formas da interpretação (p. 293).

É interessante esclarecer melhor em que consistem essas regras de justificação interna e externa. A justificação interna está relacionada com a verificação se a *decisão se segue logicamente das premissas que se expõe como fundamentação*, é o chamado silogismo jurídico (ALEXY, 2011, p. 220). Para a justificação interna devem ser observadas regras universais, logo, deve ser apresentada pelo menos uma norma universal e a decisão deve decorrer logicamente de ao menos uma norma universal; logo, são importantes a existência de várias etapas de desenvolvimento em que a aplicação ao caso não seja discutível.

Já a justificação externa se relaciona com a correção das premissas, isto é, *a fundamentação das premissas usadas na justificação interna* (ALEXY, 2011, p. 228). Ela apresenta seis grupos de regras e formas, quais sejam: interpretação, argumentação da Ciência do Direito (dogmática), uso dos precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos.

No estudo de casos concretos essas regras muitas vezes não são obedecidas, o que gera variados problemas nos argumentos apresentados. É o que veremos a seguir.

5. ESTUDO DE CASOS

Foi afirmado que o objetivo deste trabalho é demonstrar que as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros nem sempre seguem as regras fundamentais para uma argumentação consistente, no sentido de coerência conforme esclarecido anteriormente e, conseqüentemente correta.

Assim, traremos a baila algumas decisões judiciais com a pretensão de se fazer uma análise crítica delas à luz do que foi exposto nos itens anteriores. Porém, adverte-se que não será feito um estudo minucioso dessas decisões para manter-se no objetivo traçado e, por isso, será evitada a análise jurídica e mantido o exame apenas sob o aspecto da argumentação.

A impossibilidade de análise detalhada de cada uma das decisões decorre tanto da complexidade das questões envolvidas quanto do volume delas, pois no caso do antissemitismo a decisão possui 487, a demarcação de terras indígenas 652 e o terceiro caso 433 laudas, razão pela qual optamos por um corte metodológico para abordar as questões diretamente relacionadas com o tema estudo, qual seja, a argumentação.

5.1. Antissemitismo

Siegfried Ellwanger foi condenado por escrever, editar, publicar, distribuir e vender obras antissemitas da autoria dele (*Holocausto Judeu ou Alemão? - nos bastidores da mentira do século*) e de outros autores (*O Judeu Internacional, A história Secreta do Brasil, Brasil Colônia de banqueiros, Os protocolos dos sábios de Sião, Hitler: culpado ou inocente?, Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*), cujo crime está tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 (Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa*).

Ele foi absolvido na primeira instância, mas condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja decisão foi confirmada pelo

Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, mas o nosso exame se restringirá à decisão proferida por essa última instância.

O *habeas corpus* foi impetrado com alegação de que a condenação foi por crime de discriminação contra os judeus, sem conotação racial, por isso, não se pode reconhecer a imprescritibilidade constitucional, razão pela qual deveria ser admitida a extinção da punibilidade.

Como se trata de trabalho de filosofia deve ser explicado que o Código Penal estabelece prazos para aplicação da pena, que não sendo observados ela fica afastada em razão do instituto jurídico denominado de prescrição. No entanto a Constituição Federal, no artigo 5º, XLII estabelece a imprescritibilidade do crime de racismo, vale dizer, a pena para o crime de racismo será sempre aplicada, independentemente do decurso do tempo e aqui está identificado o objeto do referido HC 82.424/RS. Destaca-se que não houve questionamento quanto ao mérito da condenação, vale dizer que o condenado aceitou ter praticado a discriminação contra os judeus, mas discorda da aplicação da pena porque a imprescritibilidade estaria restrita ao crime de racismo.

A dificuldade de se analisar criticamente uma decisão de colegiado brasileiro decorre da incoerência lógica entre os votos proferidos, como por exemplo, voto contra ou a favor do pedido formulado, pois cada ministro decide de uma forma distinta, como ocorreu neste caso. Assim, discutiremos alguns votos individualmente para em seguida analisar a decisão como um todo.

O relator do caso, Ministro Moreira Alves, entendeu que a análise do caso dever se ater ao alcance da expressão “racismo”. Afirmou ele que a imprescritibilidade do racismo está vinculada ao objetivo fundamental estabelecido no artigo 3º, IV da Constituição Federal, mas mesmo assim aplicou uma interpretação restritiva ao termo racismo para a tradicional distinção da raça humana em branca, negra e amarela, ou seja, caucasiana, a negroide e mongólica e com base em obras de autores e antropólogos judeus concluiu que esses não constituem uma raça, portanto, o réu não poderia ter cometido crime de racismo, razão pela qual a pena estaria prescrita.

Foi referido na primeira parte deste trabalho que oracional pressupõe a capacidade de reflexão, de fazer inferências e tem de fazer sentido. Porém, não se verifica isso na argumentação do ministro relator, pois o artigo 3º, IV da Constituição Federal, que seria, segundo o Ministro, a justificativa do artigo 5º, XLII, objetiva a eliminação do preconceito de *origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Ora, não há sentido em se basear em uma norma que tem uma abordagem ampla do conceito de discriminação para fundamentar uma aplicação restritiva do termo racismo; isso é inconsistente e mal fundamentado.

Essa decisão não se mostra racionalmente justificada por apresentar uma inconsistência em sua argumentação, logo a interpretação restritiva à expressão “racismo” mostra-se equivocada.

Como mencionado no item 4 deste trabalho a ambiguidade e vagueza de termos pode gerar problemas para a argumentação, por isso, os termos devem ser esclarecidos no contexto da discussão. Nesse caso o ponto principal é definir o conceito de racismo, mas isso não poderia ser feito de forma abstrata, como aparentemente, fez o Ministro, que se preocupou apenas em demonstrar que judeu não é raça, mas sim em consideração às particularidades do caso concreto.

Alexy afirma que a argumentação racional deve ser justificada interna e externamente (item 4.1), mas isso não foi observado nesse caso. Senão vejamos.

Internamente pode-se dizer que não há uma perfeita conexão entre premissas e conclusão, já que para delimitar o conceito de racismo uma das premissas estabelecidas foi a relação entre os artigo 3º, IV e 5º, XLII da Constituição Federal, portanto isso só poderia conduzir à uma compreensão abrangente da expressão racismo e não restritiva e excludente, como ocorreu.

Externamente há problema de justificação das premissas, pois conforme foi destacado pelo Ministro Maurício Correa, com a descoberta do

Projeto Genoma Humano, biologicamente não se sustenta a divisão do ser humano em raças, logo, incoerente afirmar que os judeus não são raças, o que os impediria de serem vítimas de crime de racismo, mas implicitamente se admite a existência de raças.

Por outro viés, pode-se destacar que o racismo também é considerado como uma *doutrina segundo a qual todas as manifestações histórico-sociais do homem e os seus valores (ou desvalores) dependem da raça* (ABBAGNANO, 2007, p. 968) e essa doutrina admite a superioridade da raça “ariana”, com o objetivo de defender a aristocracia contra a democracia, o que serviu para embasar o antissemitismo, logo, isso demonstra a inadequação da premissa utilizada pelo ministro relator.

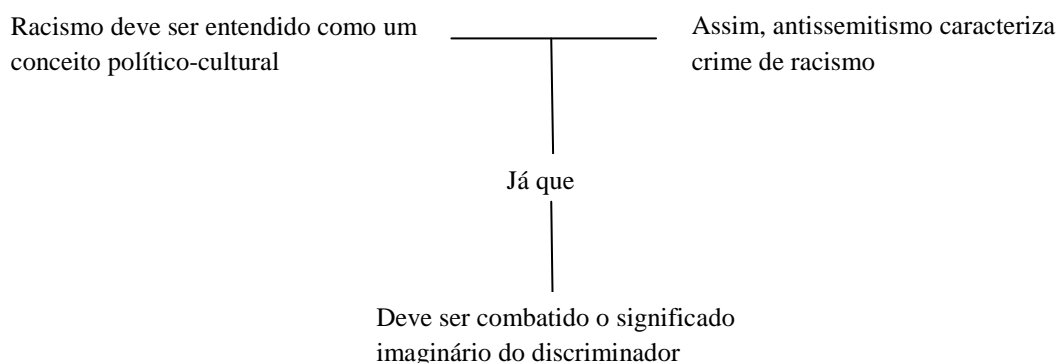
Assim, partindo do ponto de vista biológico poderia se afirmar que a disposição constitucional sobre racismo é desprovida de conteúdo, pois não havendo raça, conseqüentemente não haverá racismo. Porém, isso não se mostra razoável e racional, pois a prática de discriminação é recorrente e não pode ser ignorada pelo direito, portanto, é preciso definir esse conceito sob outras perspectivas para uma correta interpretação jurídica conforme a Constituição, pois como diz Lenio Streckas palavras da lei não são unívocas, mas sim plurívocas e o *interprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição* (STRECK, 2003, p. 263) e assim, deve-se reconhecer que na sociedade moderna o racismo tornou-se mais abrangente e mais diversificado na forma de recusar a igualdade e o respeito à pessoa humana.

O Ministro Maurício Correa proferiu voto divergente por entender que deve ser considerada a pluralidade de conceituação do termo racismo e ressaltou que após a descoberta do Projeto Genoma Humano (PHG) ficou incontroverso que só há uma raça humana e que as distinções são de ordem político-social e ressalta que a discriminação contra o povo judeu adquiriu índole racial, tanto que na concepção nazista o povo judeu constituiu uma raça, ou melhor, uma sub-raça, pois era inferior e marcada pela hereditariedade para

concluir que o antissemitismo é uma forma de racismo. Ressaltou ele que não interessa saber se o povo judeu é uma raça, mas sim analisar a conduta daquele que discrimina e o tem como uma raça e, assim, promove e incita a sua segregação. Portanto, considerou-se importante combater o significado imaginário do discriminador.

Neste caso a conclusão é que o crime é imprescritível porque o antissemitismo deve ser considerado como racismo. Aqui, temos que a argumentação é consistente, pois a premissa foi racionalmente fundamentada, já que o ministro afirmou que não há raça, mas o que é relevante para caracterizar o crime de racismo não é o conceito científico de raça, hipótese em que este crime não existiria, mas sim o sentido cultural e considerar que os judeus são discriminados justamente por serem considerados uma *raça* inferior. Verifica-se que há certo grau de apelo à emoção neste voto, pois se fala muito na história dos judeus e sobre o quanto foram perseguidos, especialmente na segunda guerra mundial, mas isso não faz com que a decisão deixe de ser sólida, pois o interprete do direito deve lhe atribuir sentido, como já mencionado.

Podemos enquadrar o voto do ministro Maurício Correa no layout de Toulmin da seguinte forma



Como mencionado em linhas volvidas o objeto do processo era o alcance da expressão racismo para se verificar a ocorrência ou não da prescrição, mas outros ministros, como Gilmar Mendes e Marco Aurélio acrescentaram ao debate outra questão, qual seja a de uma suposta colisão entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, mas chegaram a conclusões distintas.

Gilmar Mendes, depois de longas citações, afirmou que não pode ser negado o caráter racista do antissemitismo, mas analisou esse fato em contraste com a liberdade de expressão, que considerou não ter primazia sobre a dignidade da pessoa humana e concluiu que a condenação atinge a finalidade de salvaguarda de uma sociedade pluralista com repúdio ao racismo e que as obras mencionadas não se destinam à revisão da história, mas sim divulgação de ideias contra os judeus.

Identificamos problema de fundamentação para a justificação de manutenção da condenação, pois ele afirma que *não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz*, mas ele não demonstra concretamente a impossibilidade de meio menos penoso e igualmente eficaz. Ficam as perguntas: haveria outro meio de proteger a dignidade dos judeus? Há outra forma de punição do racismo? Aqui, verificamos que não foi observada a regra de razão de Alexy, pois o ministro não fundamentou a afirmação feita e isso é uma exigência do sistema.

Outra questão muito importante é referente ao revisionismo histórico, pois o réu afirmou não ter preconceito contra os judeus, mas apenas buscava revisar fatos históricos. Essa questão não ficou muito esclarecida, pois os tribunais superiores não fazem exame de provas e como base nas decisões e pareceres constantes do processo que tramitou nas instâncias inferiores eles afirmaram que era notório o caráter discriminatório das obras.

Essa questão ressalta o problema da inconsistência da fundamentação das premissas, que acaba por prejudicar a verdade da conclusão e a validade do argumento como um todo.

Não conhecemos as obras mencionadas no processo, mas em pesquisa na internet encontramos alguns artigos que afirmam que elas negam o holocausto, buscam vitimizar a Alemanha na segunda guerra mundial e expõe um complô judaico de dominação do mundo, portanto, não seria uma revisão histórica, mas sim impressões pessoais com forte carga de preconceito,

ressaltando as diferenças entre pessoas de origem hebraica das demais, o que também consta do processo, pelo que foi citado por alguns ministros.

Refletindo sobre a questão percebemos que identificar se se trata de revisionismo histórico e, conseqüentemente, de atividade de pesquisa científica não tem relevância para a decisão desse caso concreto, pois ainda que isso fique provado ou demonstrado não afasta a proibição de racismo e discriminação.

Não se pode perder de vista que deve ser analisado o argumento como um todo, pois nem todo argumento que fala de judeu é antissemita ou racista. Portanto, poderíamos estar diante de uma obra revisionista da história com conteúdo antissemita ou, ainda que não fosse revisionista, sem argumentação discriminatória, mas pelo que se observa dos votos dos ministros e relatos do processo o caráter antissemita das obras ficou demonstrado.

O Ministro Carlos Ayres Britto entendeu que se tratava de contraposição de princípios jurídicos: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Para ele a liberdade é *quem quer que seja para dizer o que quer que seja*, mas a constituição traz excludentes do abuso desse direito e a prática do racismo só estaria configurada se houvesse abuso dessa liberdade de expressão.

Ele narra que leu o livro de autoria do réu e se convenceu de ser uma pesquisa histórica sobre a segunda guerra mundial destinada a reabilitar a imagem do povo alemão, não obstante tenha reconhecido que lhe falta a neutralidade essencial a todo pesquisador e professa uma ideologia pouco verossímil. No que tange à questão da pretensão dos judeus dominarem o mundo o ministro entendeu que para o réu os judeus não são inferiores, mas têm um complexo de superioridade, portanto, a obra não é preconceituosa, pois preconceituoso seria o sionismo. Ele acrescenta que o réu, na obra, nega que fosse intenção de Hitler exterminar os judeus e conclui seu voto dizendo que o réu não praticou nenhum crime.

Vimos algumas contradições na argumentação do ministro, pois ele ignorou que os antissemitas divulgam a ideia que os judeus querem dominar o

mundo, justamente para disseminar o ódio ou o temor contra eles. Sustenta o ministro que o réu não poderia discriminar os judeus porque esses se sentem superiores, mas essa afirmação não é racional porque não faz sentido e infringe a regra de razão e de justificação externa de Alexy. Ora, ainda que os judeus se sentissem realmente superiores isso não impede o outro de discriminá-lo, pois o problema do preconceito não está no sentimento da pessoa discriminada, mas sim naquele da pessoa que discrimina.

Igualmente mostra-se insustentável a afirmação de que se trata de obra revisionista, pois ele mesmo aponta o seu caráter ideológico e ausência de neutralidade e, como já dito, se fosse uma obra revisionista não estaria impedida de apresentar conteúdo discriminatório, o que demonstra que não foi feita a correta inferência, pois a conclusão não decorre das premissas.

Ele não demonstrou que realmente há um conflito entre princípios jurídicos, pois apenas argumentou que o réu não praticou crime porque não teria abusado do direito de liberdade de expressão, portanto, mostra-se que há um problema de justificação interna e as premissas levantadas não justificam racionalmente a conclusão.

O Ministro Marco Aurélio também entendeu que a questão envolvia a liberdade de expressão, princípio importante em um estado democrático, portanto, não poderia ser divulgada apenas a opinião oficial.

Disse ele: *há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo* e para justificar essa fala cita um trecho da obra de John Stuart Mill sobre a liberdade e diz que esse filósofo quer demonstrar que não há liberdade absoluta a justificar limitações à liberdade de expressão individual. Assim, afirma que o réu limitou-se a escrever e a difundir a versão da história vista com seus próprios olhos.

Na visão desse ministro os livros publicados não incitam o racismo ou manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor e a defesa de uma ideologia não é crime e que o brasileiro não tem o hábito de ler. Porém, ele afirma que o livro do réu deixa claro que ele tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus, mas que no Brasil não há pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatórios à dignidade dessa comunidade. E na ponderação de princípios entendeu que a condenação não foi o meio mais adequado, necessário e razoável, mas se omitiu quanto o que seria mais adequado e razoável.

Marco Aurélio sustentou que deveriam ser hierarquizados os valores da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana e, embora esse pudesse ser violado por aquele, o reconhecimento de que não houve crime de racismo e, conseqüentemente, não censura às publicações, ainda que discriminatórias, seriam proporcionalmente melhor para a democracia, do bem-estar e de uma cultura pluralista, pois ao leitor cabe se posicionar sobre o tema. Pergunta-se: bem-estar para quem?

Marcelo Cattoni mostrou o equívoco dessa ponderação de valores, pois ou realmente ocorreu um crime ou o exercício regular e não abusivo de um direito. Pergunta ele: *Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?* (OLIVEIRA, p. 119).

Portanto, não há que se fazer uma análise de colisão de valores, mas sim verificar, no caso concreto, se houve crime de racismo ou não. Cattoni afirma que a prática do racismo é inafastável, pois não se trata simplesmente de uma discriminação religiosa ou revisionismo histórico, *mas da atribuição intolerante, estigmatizada, a todo um povo, de uma pretensa natureza corrupta e má, portanto indigna, a ser denunciada e combatida. Portanto, racismo e não liberdade de expressão* (Oliveira, p. 120).

Pelos votos comentados podemos constatar que estava presente a falácia do equívoco na utilização do termo “racismo” e cada ministro procurou lhe empregar um sentido diverso, esquecendo-se que, conforme ressaltou Streck a fidelidade à letra do texto não implica na correta compreensão do mesmo e a hermenêutica jurídica só é autêntica quando houver uma superação do conteúdo objetificante e que, não obstante as situações possam comportar mais de uma interpretação; essa hermenêutica deve representar a efetiva compreensão da norma.

5.2. Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol

A demarcação de terras indígenas é feita administrativamente nos termos da Constituição Federal de 1988, mas houve questionamento ao Supremo Tribunal Federal (Pet 3388/RR) em relação à demarcação feita no estado de Roraima referente à reserva Raposa Serra do Sol.

O senador Augusto Affonso Botelho Neto ajuizou ação popular no Supremo Tribunal Federal objetivando a declaração de nulidade da Portaria que demarcou as terras indígenas Raposa Serra do Sol.

Inicialmente houve a demarcação pela Portaria nº 820 de 11/12/1998 do Ministério da Justiça, mas retificada pela Portaria nº 534/2005 reconhecendo que 1.743.089 hectares de forma contínua, correspondente a 7% do território de Roraima, pertencia aos indígenas o que causou descontentamento dos fazendeiros e arrozeiros da região, gerando o referido processo.

A decisão foi no sentido de reconhecer a constitucionalidade da Portaria expedida pelo Ministério da Justiça que demarcou as terras de forma contínua, mas estabeleceu várias condições. Trata-se de decisão bastante complexa e confusa, portanto, foram utilizadas várias premissas, das quais destacaremos apenas algumas.

Como mencionado no item 3 deste trabalho a linguagem tem muitas funções e atualmente pode se dizer que o seu papel é bem mais do que indicar nomes; ela *deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento* (STRECK, 2003, p. 160).

Portanto, quando se busca definir termos é importante ser criterioso para não incorrer na falácia do equívoco, que como visto consiste na confusão entre os sentidos de uma mesma palavra. As leis apresentam termos vagos e ambíguos, por isso, é necessária uma definição com precisão compatível com o diálogo. Com a Constituição Federal não é diferente.

O relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu que precisava definir o significado e alcance das palavras “índio” e “terra indígena”, o que sob a nossa ótica seria dispensável.

Assim, entendeu-se que “índio” na Constituição Federal tem um significado plural *para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias* e que terra indígena são aquelas ocupadas continuamente pelos índios até a promulgação da Constituição, qual seja 5/10/1988. Esclarece-se que a Constituição Federal fala em *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* e, nesta decisão esses termos dependem de estarem coletivamente em determinado espaço geográfico e ostente o *caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica*.

Ele reconheceu que os Estados e Municípios empurraram os índios para zonas ermas e inóspitas do país, *num processo de espremedura topográfica, só rediscutida com a Constituição Federal de 1988*, mas contraditoriamente diz que só pode ser reconhecida como terra indígena aquelas ocupadas com continuidade e exclusivo uso e fruição em 5/10/1988, atribuindo ao termo constitucional *tradicional* a noção de perdurabilidade. Ora, isso legitima as condutas anteriores em que os índios foram expulsos de suas terras e reconhecidas pelo relator.

O reconhecimento de que os índios foram, injusta e indevidamente, expulsos de suas terras com restrição do uso e fruição desse espaço territorial que lhes é destinado caracteriza a racionalidade das sociedades modernas, conforme ressaltou Michael Foucault, racionalidade que é utilizada como forma de dominação e manutenção dos princípios da classe dominante.

Esse marco temporal tem sido criticado por trazer o vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. A fixação da data da promulgação da Constituição Federal foi feita de forma arbitrária, pois se desconsidera o valor do Estatuto do Índio (que é anterior) sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva e, ainda, diminui o valor do passado indigenista brasileiro. Ora, a decisão jurídica não pode ignorar o massacre, esbulho, expulsão e remoção dos índios de suas terras tradicionais. É bom ressaltar que o próprio STF já tinha se manifestado nesse sentido no Recurso Extraordinário nº 416.144-3, que reconhece a ocupação indígena anterior à Constituição se comprovado o afastamento ou expulsão dos índios das suas terras.

No item 2 destacamos que a racionalidade demonstra que as situações comportam mais de uma interpretação e a maneira de se justificar uma interpretação em detrimento de outra não consiste em uma demonstração coercitiva que aplica regras enumeradas previamente, mas numa argumentação de maior ou menor eficácia, portanto trata-se de uma escolha razoável entre várias soluções possíveis.

A interpretação feita pelo STF quanto ao marco temporal, salvo melhor juízo, não protege o direito indígena, como aparentemente é a intenção da Constituição Federal, mas ao contrário, vira seu algoz, pois impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas histórias do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. A Ministra Ellen Gracie, que acompanhou o voto do relator ressaltou que o Estado brasileiro precisa se mobilizar *no resgate dessa dívida histórica que temos com a população indígena*, o que demonstra que aquela corte de justiça estava sensível ao problema, mas não foi capaz de optar por uma interpretação racionalmente coerente com esse sentimento, já que ao estabelecer as dezenove condicionantes acabou por utilizar-

se do artifício de conceder um direito, qual seja a demarcação de uma terra indígena específica, enquanto se acolhem interesses da classe dominante, que procuram liberar o Estado para o aproveitamento autoritário dos recursos presentes nelas, como veremos mais adiante.

Destaca-se que a Constituição Federal não assegura a propriedade de terra aos índios, tanto que afirma que as terras por eles ocupadas são de propriedade da União, mas apenas lhes assegura a posse permanente e usufruto exclusivo.

Não obstante tenha se reconhecido que o índio tem a exclusividade do usufruto da terra afirmou-se que isso não é incompatível com a presença de não índios na reserva e, assim, deve ser permitida a instalação de equipamentos tecnológicos, abertura de estradas e outras vias de comunicação, construção ou bases físicas para prestação de serviços públicos ou de relevância pública, não podendo os índios bloquear estradas ou cobrar pedágio. Ele afirmou, ainda, que a União, Estados e Municípios devem estar presentes em terras indígenas *para preservar a identidade de cada etnia e abertura para relacionamento com não índios*.

Como referido no item 2, uma argumentação para ser racional tem de fazer sentido, mas não é logicamente aceitável a afirmação de que a permissão do trânsito de não índios em terras indígenas sirva para preservar a *identidade de cada etnia*; o relacionamento com não índios deve ser uma decisão dos índios e não uma imposição, como ficou evidenciado no julgamento.

Sustentou-se que a exclusividade do usufruto indígena não é incompatível com a presença de estranhos em suas terras. Essa afirmação não foi justificada e apresenta problemas de consistência. O usufruto representa o direito do usufrutuário, no caso os índios, de usar e gozar de todos os atributos inerentes à propriedade do bem, salvo dele dispor, pois ele não tem a titularidade do domínio; portanto, apenas esse usufrutuário poderá decidir sobre o que pode ser feito em suas terras e quem por elas pode transitar; logo, criar ressalva para permitir a intervenção do Estado, realização de obras e trânsito de pessoas

estranhas é um desrespeito a esse direito assegurado constitucionalmente. Portanto, a propalada “compatibilidade” é inconsistente.

Esse aspecto econômico da demarcação foi muito criticado por falta de dados concretos sobre a sua influência ou não na economia do estado de Roraima, por isso, os argumentos foram considerados como meramente retóricos. Nesse sentido o Ministro Joaquim Barbosa disse que as alegações de que o índio prejudica a economia do estado de Roraima são de ordem meramente especulativa.

Afirmou o ministro relator que índio não atrapalha o desenvolvimento do país e o poder público não pode dizimar as comunidades indígenas, mas *tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios e a partir da culturalidade intraétnica fazer um desafio crítico de reinvenção de sua história*. E, ainda, que não há necessidade de organismos estrangeiros para proteger os índios, pois a Constituição é suficiente.

Identificamos problemas de ordem ética nessa argumentação, pois qualquer corrente ética condena o desrespeito ao próximo e Kant, com sua ética deontológica, reprova de forma contundente a utilização do outro apenas como meio e não como fim. Ora, o conselho ou sugestão do ministro relator para que o poder público tire proveito econômico das atividades desenvolvidas pelos índios demonstra de forma inquestionável a intenção de manipulação do índio como meio de “incrementar” a economia e desenvolvimento da região e, em última instância, do país.

Além desse problema ético há o da inconsistência da argumentação, no sentido antes aludido, pois todo o voto do ministro é no sentido da proteção do interesse indígena, mas isso é contraditório com a sua utilização como meio de proporcionar o desenvolvimento econômico dos não-índios.

Releva notar que a única preocupação do ministro foi com relação à contribuição que os índios podem oferecer no sentido de um fim utilitarista e eminentemente econômico para os não-índios; mas não há a mínima

demonstração da percepção de que o índio possa contribuir para a comunidade não índia, considerada pelo relator como superior, sob o ponto de vista cultural, religioso, filosófico e comunitário. A existência de diferenças entre culturas não implica, necessariamente, na superioridade de uma em detrimento de outra e a convivência livre e pacífica (sem imposição vertical, como neste caso), pode ser positiva para ambas, mas infelizmente isso tem sido reiteradamente ignorado.

Sustentou-se que a Constituição Federal busca integrar os nossos índios *para agregar valor à subjetividade deles (aculturação)* para que eles sejam mais do que eram, *beneficiando-se de um estado civilizado de vida superior em qualidade social, educação, lazer, ciência e tecnologia, profissionalização e direitos políticos.*

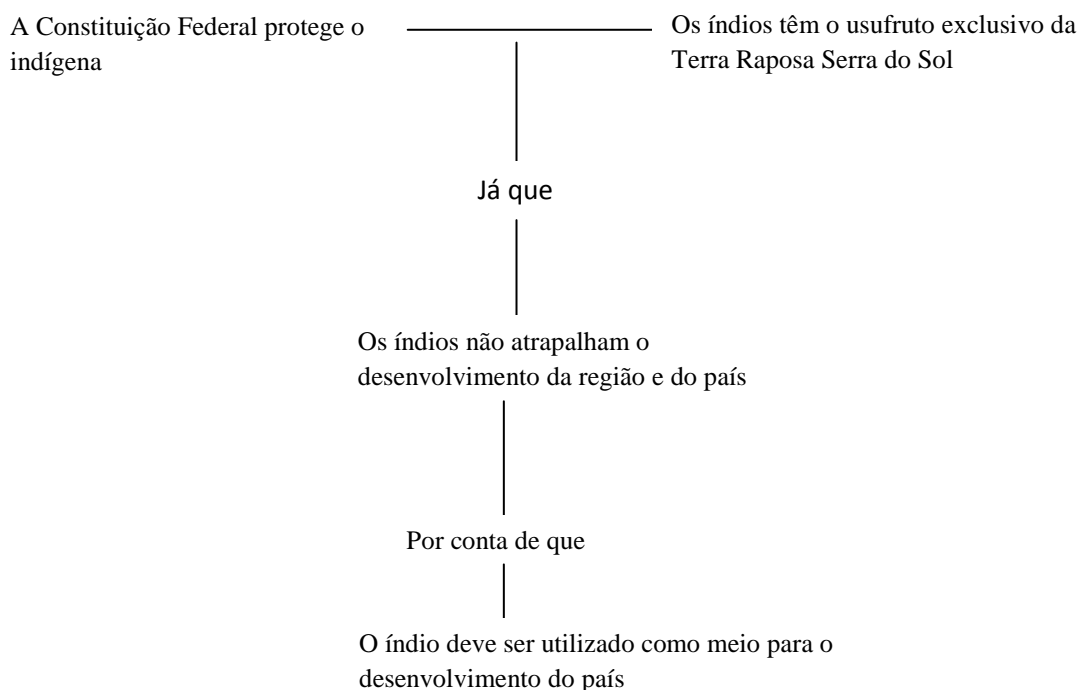
Considerou-se que a Constituição Federal assegura aos índios o direito a desfrutar de um espaço fundiário que lhes *assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural* e que a ocupação indígena não impede o desenvolvimento do país. Ora, como a cultura indígena pode ser preservada se se recomenda a integração dele com a nossa sociedade considerada superior?

Muitos defensores da permanência dos agricultores na referida área afirmam que não se justifica a preservação de um modelo de produção agrícola baseado na tradição indígena pré-colombiana em que prevalece a propriedade coletiva das terras e seu uso para plantio de forma rotativa, conhecido por “Coivara”, mas as necessidades de um índio não-aculturado eram satisfatoriamente atendidas pelo modelo econômico tradicional indígena, antes da chegada das primeiras embarcações europeias. Esse argumento carece de uma justificação racional, pois não se pode negar ao índio o direito de evoluir, assim como os não-índios. Porque eles tinham que manter um estágio de 500 anos atrás para ter o seu direito reconhecido: o índio não pode ficar à margem das mudanças pelas quais passam a sociedade, portanto, compete a ele decidir sobre as mudanças que pretende assimilar ou realizar. Os tempos são outros, mas isso não muda em nada o direito do índio, que historicamente foi desrespeitado e expulso de suas terras.

Nesta ação o povo indígena foi representado pela advogada Joênia Wapixana, nascida numa aldeia do interior de Roraima, que vestida com a toga preta (para ter direito de fazer sustentação oral), mas com rosto pintado, para lembrar a todos que sua identidade se sobrepunha ao formalismo, em uma defesa emocionada disse: *a terra indígena não é só casa para morar, mas o local onde se caça, onde pesca, onde se caminha e onde os povos indígenas vivem e preservam sua cultura. A terra não é um espaço de agora, mas um espaço para sempre. Queremos viver conforme nossos usos e costumes. Conforme nossas tradições, num ambiente de harmonia e respeito com todos.*

O principal questionamento do autor da ação era referente à demarcação contínua, pois isso iria acarretar vários prejuízos econômicos e sociais para o estado de Roraima, mas prevaleceu o entendimento que a demarcação deve ser contínua e não insular, sob pena de se extinguir as comunidades indígenas.

Não obstante as inúmeras inconsistências no voto do relator esse acabou por rejeitar o pedido formulado, para reconhecer a validade da Portaria que demarcou as terras na Raposa Serra do Sol. Apesar dessas incoerências apontadas podemos representar parcialmente o voto do relator no seguinte layout



Convém ressaltar que o estabelecimento de normas, e suas interpretações, que dizem respeito aos povos indígenas se dão pela necessidade de remediar situações de conflito entre índios e não índios, e não como forma de reconhecer direitos de maneira equitativa ou prevenir a violação de direitos indígenas e esse caso teve tanta repercussão por mostrar a dificuldade de se construir uma sociedade verdadeiramente diversa e democrática a partir do respeito e da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e mostrou, ainda, que os governos locais veem e promovem os indígenas como estrangeiros em seus próprios territórios e a falta de segurança jurídica de direitos administrativamente reconhecidos contribui para o agravamento da situação de conflito entre povos indígenas e ocupantes não índios.

O Ministro Menezes Direito percebeu que havia na Corte um “clima” favorável ao interesse indígena e notou que não poderia decidir de forma contrária ao relator, então votou parcialmente divergente do relator e afirmou que *não há índio sem terra, pois ele é ontologicamente terrâneo. É um ser de sua terra. Não adianta reconhecer o direito dos índio sem lhes assegurar a terra*, mas o seu voto influenciou na decisão final para, apesar de se reconhecer a constitucionalidade da demarcação contínua da terra Raposa Serra do Sol estabeleceu várias condições, como prevalência do interesse na União na exploração das riquezas naturais em terras indígenas, atuação da Polícia Federal e Forças Armadas em território indígena independentemente de autorização das comunidades indígenas ou FUNAI, possibilidade de construção de estradas e instalação de serviços públicos em área indígena, administração da área pelos índios e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, trânsito de visitantes na forma estabelecida pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, trânsito e permanência de não índios com autorização da FUNAI, vedação de cobrança pelos índios de qualquer taxa pelo trânsito ou utilização de suas terras.

Ora, essa decisão, aparentemente benéfica aos índios, embutiu no reconhecimento territorial um grande retrocesso em relação aos seus direitos. Os índios merecem ser informados e participar das decisões e ações do Estado que atingem sua vida. A participação e o consentimento dos povos indígenas implicam

decisões com maior consenso e, portanto, com mais legitimidade. A decisão do STF, sob pressão das Forças Armadas e dos Estados, permitiu a intervenção irrestrita do Estado em terras indígenas. Decidir sobre a entrada, o trânsito e a permanência de pessoas não indígenas em suas terras, em sua casa é um direito que foi negado ao povo indígena, mas conferido a todos os outros. Assim, problemas que não estavam presentes no caso concreto foram trazidos com essas ressalvas, que serviu apenas para gerar mais insegurança jurídica, tanto que o STF já foi chamado para se pronunciar novamente sobre a questão.

5.3. Aborto de feto anencefálico

Em 17/6/2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde- CNTS formalizou ao STF arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54/DF) em razão de juízes e tribunais estar entendendo que a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálicos constituiria crime previsto nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, defendendo que isso não consubstanciava aborto.

O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, decidiu realizar audiência pública para proporcionar a participação de diversos segmentos sociais, religiosos e científicos no debate da questão.

Ressaltou o relator que a decisão não se destinava a discutir a descriminalização do aborto, mas sim antecipação terapêutica do parto, que são coisas distintas, segundo ele. Verificou o ministro a existência de confronto entre a dignidade da mulher e os interesses da sociedade em proteger todos os que a integram, inclusive os que ainda não nasceram, envolvendo dignidade humana, usufruto da vida, liberdade, auto-determinação, saúde e direitos individuais, mas que o conflito entre esses direitos seria apenas aparente.

A primeira premissa utilizada pelo relator foi que o Estado brasileiro é laico, no sentido de ser neutro, portanto, ele não pode interferir em assuntos religiosos, mas também não pode permitir que a fé determine o conteúdo

de atos estatais, assim a questão não pode ser analisada com base em orientações morais religiosas.

A segunda questão foi sobre a anencefalia e com base nos técnicos ouvidos na referida audiência afirmou o relator que ela *consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária* e sem dúvida configura doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento posterior da massa encefálica. Ressaltou que a Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina, considerou os anencéfalos natimortos cerebrais. Assim, *não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura*, afirmou o relator.

Em seguida o relator passou à questão da doação de órgãos de anencéfalos para afirmar que isso não é argumento para justificar a manutenção da gravidez apenas para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir a sua dignidade e porque o aproveitamento dos órgãos seria quase impossível e para embasar sua argumentação ele cita a Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant para concluir que a mulher deve ser tratada como fim em si mesma e não sob uma perspectiva utilitarista.

A quarta questão abordada foi com relação ao direito à vida dos anencéfalos, que segundo o relator não pode ser invocado, pois *anencefalia e vida são termos antitéticos*, pois não há nesse caso vida em potencial. Aborto é crime contra a vida, mas se esta não existe, aquele também não.

Sustentou o relator que o direito à vida não é absoluto, logo, não se sobrepõe aos demais direitos, tanto que há hipóteses legais que legitimam a conduta de tirar a vida do outro, como na legítima defesa e no aborto decorrente de estupro.

Em contraposição a essa questão ressaltou o ministro o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade para concluir que a mulher tem o direito de manifestar-se livremente sobre a manutenção ou não da

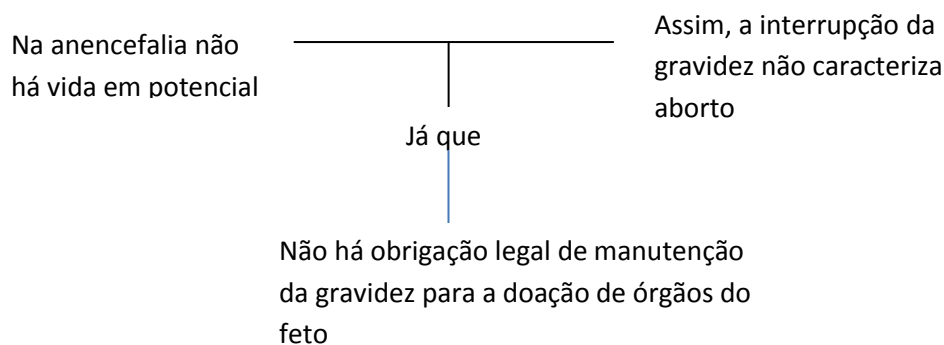
gravidez nesse caso e votou pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação que considera essa interrupção da gravidez como crime de aborto.

Ainda que se discorde do voto do relator, não há como negar que se trata de uma argumentação racionalmente consistente. Senão vejamos.

Concluiu o ministro que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não caracteriza o crime de aborto e para tanto estabelece as seguintes premissas: a) sendo o estado brasileiro laico a questão não pode ser analisada sob a ótica de argumentos religiosos; b) que no caso de anencefalia não há vida em potencial; c) não há obrigação legal de manutenção da gravidez para doação de órgãos do feto; d) que não há direito à vida porque não há vida em potencial; e e) direito à vida não é absoluto.

Essas premissas foram fundamentadas em elementos científicos, ainda que haja divergência sobre a questão, e jurídicos, logo, elas foram racionalmente justificas e corroboram a conclusão.

No layout apresentado por Toulmin o argumento do ministro ficaria assim:



Não obstante possa se discordar de algumas das premissas apresentadas, seja por razões jurídicas ou científicas, é inafastável que se trata de um bom argumento, pois as premissas são verdadeiras e a conclusão se segue delas.

A maioria dos ministros, com acréscimo de considerações, acompanhou o voto do relator, com exceção de Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Lewandowski afirmou que o legislador penal não afastou a punibilidade do aborto eugênico e que a interpretação conforme a constituição tem dois limites: a literalidade da lei e a vontade do legislador, que não pode ser substituída, portanto, o STF não pode promover inovações no ordenamento normativo. Entendeu o ministro que a decisão favorável *abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros embriões que sofrem ou venham a sofrer doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.*

Argumentou que seria um retrocesso aos tempos antigos romanos, em que se lançavam à morte as crianças fracas ou debilitadas e concluiu que a pretensão de interpretação extensiva retrata uma intenção de que o STF elabore norma abstrata autorizadora de aborto eugênico e julgou o pedido improcedente.

Esse voto, salvo melhor juízo, apresenta problemas de justificação, razão pela qual não pode ser considerado como um argumento sólido e consistente.

O ministro votou pela improcedência do pedido baseado nas premissas de que o diagnóstico de anencefalia é difícil, de que o objetivo era de elaboração de lei pelo STF em substituição ao Poder Legislativo, que os artigos do Código Penal referente ao aborto devem ser interpretados literalmente e que isso possibilitaria a prática de aborto em várias outras situações.

Sobre o diagnóstico da anencefalia o relator considerou que o feto anencéfalo pode ser comparado a uma pessoa com morte cerebral e Lewandowski considera que é muito difícil distinguir casos de anencefalia de outros em que há má formação do cérebro, mas a criança ainda pode sobreviver. No entanto, o neurologista Rogério Lima, especialista do Hospital Copa D'or, em

entrevista na época do julgamento, explicou que as duas afirmações estão equivocadas, pois tecnicamente o feto anencéfalo não pode ser equiparado a uma pessoa com morte cerebral, pelo simples fato de não existir um cérebro e a morte cerebral pressupõe a existência de um cérebro funcional. Afirma ele que não há formação de tecido cerebral ou, quando ele existe, é tão incipiente que não proporciona condições de sobrevivência e que não há dificuldade para identificação do problema, já que o diagnóstico é preciso.

Alexy estabelece regras do discurso jurídico divididas em justificação interna e externa. Na primeira exige-se uma regra universal e articulação do maior número possível de etapas; a segunda guarda pertinência com a argumentação empírica e forma de interpretação. Não obstante a possibilidade de mais de uma interpretação não afastar a racionalidade de argumentação, a opção feita pelo ministro foi inconsistente.

A interpretação pode ser literal, histórica, lógica, sistemática ou teleológica e, nesse caso, o ministro entendeu que ela deve ser literal por imposição à hipótese de interpretação conforme a constituição. Aparentemente há um equívoco nessa afirmação, pois se a atuação do STF fosse reduzida à simples interpretação literal provavelmente não se justificaria a sua existência.

A interpretação literal aproxima-se muito de uma questão a qual Lenio Streck chamou a atenção nos seguintes termos:

Refaz-se, no campo jurídico, uma nova forma de divisão (social) do trabalho (jurídico): os hermenutas- que possuem a fala autorizada no campo da dogmática jurídica dominante- fazem o que se poderia chamar de trabalho intelectual, restando para os operadores/aplicadores do Direito uma espécie de trabalho “manual” de reprodução do sentido instituído e instituinte. Há, nesse processo que (sub)divide o trabalho jurídico-hermeneutico, um poder de nome-ação. Isto porque a dogmática jurídica serve como um reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central (Bourdieu), a autoridade dos atos jurídicos singulares. Como resultado, é possível afirmar, a partir de Philippi, que os operadores jurídicos, na medida em que não têm consciência de tais determinações que se vinculam aos seus mitos imutáveis, ficam submetidos à ordem de um significado, a qual restringe a sua capacidade de produção de significações que possibilitaria, enfim, a “reconstrução” das tramas imaginárias que os capturam a partir de leis que os ultrapassam (STRECK, 2003, p. 234).

A interpretação é uma atividade intelectual *que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas* (CARVALHO, 2012, p. 128), mas na interpretação literal o interprete considera apenas a literalidade do texto, restringindo-se à construção gramatical em que se exprime o comando jurídico.

Adverte Paulo de Barros que não devemos esperar do legislador *um sistema logicamente bem construído, harmônico e cheio de sentido integrativo, quando a composição dos Parlamentos é profundamente heterogênea, em termos culturais, intelectuais, sociais, ideológicos e políticos, portanto, incumbe ao intérprete transformar a multiplicidade caótica de normas numa construção congruente e cósmica* (CARVALHO, 2012, P. 252).

Dessa forma, conclui-se que a interpretação não pode ser simplesmente literal, mas sim uma conjunção de todas as formas de interpretação, em que o método sistemático se mostra mais eficaz a essa tarefa, pois é nele que o interprete se volta para o mundo jurídico como um todo, cotejando a multiplicidade de comandos jurídicos, sopesando os grandes princípios, indagando os postulados que influenciaram para a produção da norma e a relação de coordenação e subordinação das normas. Assim, tem-se que a premissa utilizada pelo ministro não foi racionalmente justificada por contrariar toda essa lógica interpretativa, logo, não pode ser consistente.

A outra premissa com relação à elaboração de norma abstrata, entendemos que também não foi corretamente justificada, pois a separação dos poderes é um dos principais pilares de um estado democrático e deve ser protegida, portanto, não se pode permitir que o Poder Judiciário edite normas. Contudo, essa questão precisa ser esclarecida para evidenciar o equívoco da premissa referida.

A afirmação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura as condutas tipificadas nos artigos do Código Penal mencionados, não significa, necessariamente, a edição de norma abstrata, mas sim a evidenciação de interpretação possível dessas normas à luz da Constituição

Federal, ainda que se considere a possibilidade de equívoco nessa interpretação, como por exemplo, de que a constituição não a sustenta.

Por outro giro, verifica-se que o próprio STF não observou essa separação de poderes quando estabeleceu as dezenove ressalvas no caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, visto no item 5.1 supra, que versaram sobre fatos estranhos ao processo e destinaram-se a criar direito, na forma de limitações dos direitos sociais.

A outra premissa de que poderiam ocorrer abortos em outras situações é ainda mais problemática, pois essa justificção externa (explicada no item 4.1 deste trabalho) com base em argumentação empírica não foi racionalmente justificada e revelou bem mais um receio do que uma premissa baseada em dados concretos. Em outras palavras, pode-se dizer que se trata de uma alegação falaciosa (falácia do declive escorregadio, definida no item 4.1 deste trabalho).

Permitiu-se a interrupção da gravidez apenas para o caso de anencefalia diagnosticada pelo médico por meio de exame de ultrassonografia nos termos de resolução a ser editada pelo Ministério da Saúde, logo, é falacioso afirmar que poderia se estender a prática para outras doenças genéticas ou adquiridas.

Afirmar que isso representa um retrocesso a Roma antiga é, ainda, mais falacioso, pois estabelece equivocadamente uma comparação entre aborto e infanticídio, situações distintas e o segundo nem foi objeto do caso examinado.

Cesar Peluso disse que todos os fetos anencéfalos são dotados de capacidade autógena, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Entende que a audiência pública apresentou resultados contraditórios e que por isso não servia. Sustentou que havendo comportamento tipificado como crime há exclusão da liberdade e autonomia da gestante. Afirmou que os demais ministros incorrem em petição de princípio, por antessuporem a

ocorrência de aborto. Para ele é aborto e não há *malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de conduzir a conclusão diversa*. Afirmou, ainda, que a vida intrauterina tem dignidade constitucional plena e isso não depende da qualidade ou duração. Vislumbrou o risco de surgimento de práticas de eugenia e eutanásia. Dificuldades e divergências de diagnóstico – agravamento da eugenia.

O Ministro Peluso concluiu que há aborto, com base nas alegações de que há vida, que os resultados da audiência pública são imprestáveis porque contraditórios e que há risco de práticas de eugenia e eutanásia.

A questão sobre a existência da vida ou vida em potencial é bastante controversa e nem na ciência há consenso a respeito, mas na visão médica se não há cérebro não há vida, logo, essa afirmação carece de básica fática e científica.

Com relação aos resultados da audiência pública verifica-se que não haveria nenhuma possibilidade de consenso, pois foram ouvidas pessoas de diversos segmentos da sociedade- religiosos, cientistas, médicos, dentre outro, portanto, as declarações estavam embasadas, na maioria dos casos, em convicções religiosas ou pessoais, mas isso, por si só não afeta a questão a ser examinada, pois, ainda que a audiência pública tenha apontado contradições, e não poderia ser diferente em razão da grande controvérsia sobre a questão, isso não invalida a análise jurídica, que deve ser isenta.

Quanto aos riscos de prática de eugenia e eutanásia entendemos que o ministro incorreu na mesma falácia do declive escorregadio cometida por Lewandowski, pois ele conclui que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, aparentemente plausível, poderá ser estendida de maneira indevida, comparando a situação atual com um declive que poderá nos levar a cair amanhã. Não se pode perder de vista que o argumento do declive escorregadio poder ser admissível como apelo à prudência, mas neste caso não vislumbramos a necessidade de pretensa prudência, pois não há dados a corroborá-la.

6. CONCLUSÃO

Nos propomos a fazer um estudo de casos para demonstrar que, muito frequentemente, há falha de consistência nas argumentações jurídicas das decisões judiciais. Não se trata de um trabalho original, mas se pretende crítico.

Inicialmente discorreremos sobre a racionalidade, mostrando que ela representa a capacidade de reflexão e de fazer inferências; o racional também é algo que tem de fazer sentido. Contudo, a racionalidade pode ser um instrumento utilizado pela classe dominante para manter seu poder e benefícios, consoante destacou Michael Foucault. O seguinte assunto referiu-se à linguagem onde tentamos demonstrar que ela afastou-se da sua função tradicional de designar coisas ou se limitar a ser o meio de comunicação do conhecimento para ser a condição de possibilidade do próprio conhecimento. O mais relevante da linguagem, para o objetivo proposto, é mostrar o rompimento com o paradigma da consciência e afastar-se da dicotomia sujeito-objeto.

Porém, como afirmou Lenio Streck essa mudança de paradigma decorrente da virada linguística não ocorreu no direito, em que ainda predomina a filosofia da consciência, pois os direitos sociais previstos na Constituição Federal não foram implementados, com preponderância da relação sujeito-objeto (direitos subjetivos e privados, como por exemplo, a propriedade) em detrimento da relação sujeito-sujeito (direitos sociais: educação, saúde, habitação, dentre outros).

Em seguida analisamos a argumentação jurídica, em que buscamos mostrar o que é um argumento, quais são as regras estabelecidas pelos autores pesquisados para aplica-las aos casos concretos. Releva notar que as regras formais são limitadas e, portanto, insuficientes para os argumentos reais, que são muito mais complexos e, às vezes, como destacou Alec Fischer, difíceis de serem identificados em razão da conclusão nem sempre estar em realce ou até mesmo embaralhada com as premissas. O importante dessas regras para as decisões judiciais é que elas, quando observadas, podem proporcionar uma decisão racionalmente justificada e consistente e, conseqüentemente, correta.

No estudo de casos destacamos as inconsistências dos votos proferidos, mediante o emprego das técnicas abordadas na primeira parte do

trabalho. A lógica informal não traz regras em que se possa enquadrar todo tipo de argumento real, mas estabelece parâmetros suficientes para subsidiar a análise da correção de uma argumentação, conforme demonstrado no item 4.1 deste trabalho. A argumentação jurídica sofre algumas limitações em relação à argumentação em geral, pois as normas legais devem ser observadas. No entanto, isso não afasta a obrigação de que a conclusão decorra das premissas e que essas sejam fundamentadas para serem racionalmente corretas.

A filosofia, apesar de ser eminentemente teórica torna-se interessante quando aplicada a outros campos, como no caso do direito; fornecendo instrumentos tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a argumentação, consoante mostramos nesse estudo.

O primeiro caso foi o do antissemitismo, cuja discussão teve como ponto principal o conceito do termo racismo e destacamos a inconsistência entre os votos proferidos e falha de justificação de alguns votos.

O segundo caso foi o da demarcação de terras indígenas, provavelmente, o mais problemático dos casos estudados, pois há inúmeras irregularidades jurídicas e muitas falhas de argumentação. O relator do processo aparentemente proferiu um voto favorável aos índios, mas cometeu inúmeras incongruências, pois considerou que as comunidades indígenas são inferiores, que os índios devem ser utilizados para o progresso do país e que o usufruto da terra efetivamente não é exclusivo, já que foram estabelecidas várias limitações e os índios não são ouvidos e seus interesses ignorados.

No terceiro caso a discussão foi o aborto e não obstante se trate de um tema muito complexo e polêmico, as argumentações foram muito rasas e apresentaram muitas falhas de consistência.

Os casos escolhidos são controvertidos e as decisões muito complexas, razão pela qual não puderam ser examinadas exaustivamente e foi necessário um corte metodológico para centrar na questão da argumentação, mas demonstramos satisfatoriamente as falhas da argumentação e a importância da

linguagem para o direito, com emprego de todas as técnicas e regras aos casos estudados.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

ASTI VERA Carlos. *Escenarios argumentativos. Iniciación a la evaluación de argumentos*. Ed. Educando, Buenos Aires, 2008.

BACKBURN, Simon. *The Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford University Press, 2008.

CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, 2009 (reimpressão).

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISCHER, Alec. *A lógica dos verdadeiros argumentos*. Trad. Rodrigo Castro. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008.

FOGELIN Robert, SINNOTT-AMSTRONG, Walter. *Understanding arguments. An Introduction to informal logic*. Thomson, Wadsworth, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação – ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo – racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVÉ, León. *Razón y Sociedad*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

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

SYTIA, Celestina Vitoria Moraes. *O direito e suas instâncias linguísticas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOULMIN, Stephen. *Return to Reason*. Harvard Univ. Press, Cambridge-Massachusetts, 2001.

VAN EEMEREN, Frans, GROOTENDORST Rob. *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge Univ. Press, 2004.

WALTON, Douglas N. *Lógica Informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WALTON, Douglas, REED, Chris, MACAGNO Fabrizio. *Argumentation schemes*. Cambridge University Press, 2010.

WALTON, Douglas. *Fundamental of Critical Argumentation*. Cambridge Univ. Press, 2006.

ZALTA, Edward N (principal Editor). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, U.S.A Main site: Stanford University, 1996.