

JORGE ALBERTO ARAÚJO DE ARAÚJO

TORNANDO A ADJUDICAÇÃO EXPLÍCITA
Uma análise inferencialista dos limites dos argumentos interpretativos na
fundamentação das decisões judiciais

Tese de Doutorado

Orientador:
Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo,
2020

JORGE ALBERTO ARAÚJO DE ARAÚJO

TORNANDO A ADJUDICAÇÃO EXPLÍCITA
Uma análise inferencialista dos limites dos argumentos interpretativos na
fundamentação das decisões judiciais

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração “Filosofia e Teoria Geral do Direito”, sob a orientação do Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo,
2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Araújo, Jorge Alberto Araújo de
TORNANDO A ADJUDICAÇÃO EXPLÍCITA: Uma análise
inferencialista dos limites dos argumentos
interpretativos na fundamentação das decisões
judiciais ; Jorge Alberto Araújo de Araújo ;
orientador Juliano S. A. Maranhão -- São Paulo, 2020.
377

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2020.

1. Interpretação jurídica. 2. Teoria da argumentação
jurídica. 3. Pragmática discursiva. 4. Normatividade
do significado linguístico. 5. Inferencialismo. I.
Maranhão, Juliano S. A., orient. II. Título.

Para Rayanna, Helena e Terezinha

AGRADECIMENTOS

Ao meu mestre, Professor Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, que com uma rara combinação de brilhantismo, paciência e humildade consegue guiar seus orientandos para que o que está implícito em nossas mentes consiga achar um caminho para a explicitação nas dissertações e teses.

À minha família: a minha esposa Rayanna, que me ajudou muito mais do que eu poderia pedir e de quem mais furtei tempo para dedicar aos estudos, pelo companheirismo de sempre e por tornar a vida sempre mais doce; a minha mãe, que acompanhou minhas dificuldades de longe, mas sempre presente com seu carinho e atenção que tanto me confortam, e que com suas orações tem me sustentado sempre; ao meu irmão, meu primeiro e maior amigo, e a meus avós, meus maiores exemplos, que completam o núcleo familiar tão essencial para mim.

Aos meus grandes amigos Marcio Cristiano Ebert e Paulo Marcos Rodrigues de Almeida, os melhores magistrados que conheço, que com suas sugestões e críticas ajudaram a desenvolver o argumento desta tese ao longo dos anos.

Aos amigos que, com suas sugestões, ideias ou apenas pela disponibilidade de ouvir, contribuíram fundamentalmente com esta pesquisa: Walter Celeste, Tiago Bologna Dias, Hugo Sawaia, Horácio Neiva, Gabriel Cruz

Aos amigos de Imperatriz, pelo companheirismo constante: Gleudson e Michelle Guimarães, Rafael e Andressa Costa, e Georgiano e Rayanne Magalhães, Marcos José e Marília Ribeiro. Um agradecimento especial ao meu amigo e grande colega Claudio Cezar Cavalcantes, que assumiu muito mais do que poderia pedir na 1ª Vara de Imperatriz para me permitir a conclusão do doutorado.

Aos amigos de São Paulo, especialmente Ryann Carvalho, Julianna Cardoso, Pedro Lobo e Diogo.

Ao amigo Lucas Valadão, que me concedeu uma entrevista para que eu pudesse explicitar um dos casos tratados nesta tese.

Aos colegas da 1ª Vara de Imperatriz, em especial do Diretor Fabio Passos de Abreu, provavelmente a pessoa que mais fez, juntamente comigo, de forma indireta, o doutorado.

Aos amigos que sempre estiveram comigo e, espero, sempre estarão, e que provavelmente nunca lerão este trabalho: Alex Septímio, Vitor Davi Souza, Fábio Abrantes, Francisco Viana, Eugênio Muniz, João Francisco Muniz, Igor Sérgio Oliveira, Pablo Furtado, Mário Sérgio Lima, Paulo Batista Neto, Lucio Lins e Prênteci Veloso.

RESUMO

ARAÚJO, J. A. A. TORNANDO A ADJUDICAÇÃO EXPLÍCITA: Uma análise inferencialista dos limites dos argumentos interpretativos na fundamentação das decisões judiciais. 2020. 377f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A adjudicação é um momento crucial da prática jurídica, e uma adequada fundamentação é condição de validade das decisões judiciais. Apesar disso, há pouca clareza no estudo dessa fundamentação enquanto argumentação jurídica racional. Diante de um caso individual que deve ser decidido, frequentemente as atividades de definir as regras jurídicas aplicáveis, interpretar essas regras derivando soluções normativas e, por fim, determinar a solução para o caso individual, são discutidas em conjunto, sem uma delimitação clara do que está em jogo em cada uma delas. Esta falta de clareza metodológica é potencializada por uma incorporação da filosofia da linguagem para a teoria do direito que, a partir do que é caracterizado como uma natural indeterminação da linguagem utilizada na formulação das regras, pretende sustentar que a atividade interpretativa dos juízes não está sujeita a limites objetivamente identificáveis. Propõe-se, aqui, em sentido contrário a este ceticismo, que não só é possível descrever objetivamente a atividade interpretativa como também analisar os limites dos argumentos interpretativos frequentemente utilizados na fundamentação das decisões judiciais em casos difíceis. A partir da introdução de uma delimitação metodológica entre interpretação e construção jurídicas, descreve-se uma moldura inferencialista na linha da teoria semântica de Robert Brandom, que toma a inferência como unidade primária de significado e desenvolve uma rota para uma semântica inferencialista a partir de uma pragmática normativa baseada na instituição social das normas linguísticas a partir das atitudes deontológicas dos participantes da prática. Esta moldura é aplicada a diversas decisões judiciais para evidenciar que os argumentos interpretativos (e construtivos) devem ser interpretados como padrões de inferência material, cuja validade está vinculada ao conteúdo conceitual nelas articulado. Esta estratégia permite definir que a interpretação é constricta pelos limites semânticos da formulação das regras, e que os argumentos dos Tribunais de redefinição do significado de termos e expressões e de modificação das inferências materiais necessárias são irracionais enquanto movimentos que não podem ser feitos de forma independente em relação a conceitos essencialmente perspectivo-dependentes no necessariamente social “jogo de dar e demandar razões” que caracteriza as práticas linguístico-discursivas, em particular a prática de fundamentar decisões judiciais.

Palavras-chave: interpretação jurídica, teoria da argumentação jurídica, pragmática discursiva, objetividade, normatividade do significado linguístico, inferencialismo.

ABSTRACT

ARAÚJO, J. A. A. **MAKING ADJUDICATION EXPLICIT: An inferentialist analysis of the limits of interpretive arguments in the justification of judicial decisions.** 2020. 377p. Doctorate Thesis – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

Adjudication is a crucial moment in the practice of Law, and a proper justification is a requirement for the validity of judicial rulings. Nonetheless, there is little clarity in the study of judicial decisions as rational reasoning. When deciding an individual case, often judges conflate the activities of defining the applicable rules, interpreting these rules deriving normative solutions and, at last, determining the solution for the individual case. These procedures are usually analyzed as a single movement, without a clear delimitation of what is at stake at each moment. This lack of methodological precision is further increased by an import from the philosophy of language to legal theory. From what is characterized as a natural indetermination of the language used in rule formulations, it is claimed that judicial interpretive activity is not constrained by rational limits. I propose, in contrary to that skepticism, that it is possible to give an objective account of judicial interpretation and of the limits of interpretive arguments often used in justifying judicial rulings in hard cases. Starting with the introduction of a methodological distinction between interpretation and legal construction, I then describe an inferentialist framework based on Robert Brandom's semantic theory. He takes the inference as primary element for meaning and develops a pragmatic route for an inferentialist semantics based on the social institution of linguistic norms grounded on the deontic attitudes of the participants in a discursive practice. This framework is applied in many judicial rulings to make explicit that interpretive and constructive arguments must be taken as material-inferential patterns, with a primary normativity grounding its validity in the conceptual content inferentially articulated. This strategy allows describing judicial interpretation as constrained by the semantic limits of rule formulations. Furthermore, interpretive arguments used by Courts with theses of content redefinition, modification on consequential inferences and rejection of endorsed material-inferential patterns are irrational as movements that cannot be made from an isolated standpoint, since the concepts are social-perspectival in a "game of giving and asking for reasons".

Keywords: judicial interpretation, theory of legal reasoning, discursive pragmatics, objectivity, normativity of linguistic meaning, inferentialism.

SOMMARIO

ARAÚJO, J. A. A. RENDENDO ESPLICITA L'AGGIUDICAZIONE: Una analisi inferenzialista dei limiti degli argomenti interpretativi nella giustificazione delle decisioni giudiziali. 2020. 377p. Tesi di Dottorato – Scuola di Giurisprudenza, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

L'aggiudicazione è un momento cruciale della pratica giuridica, ed una adeguata fondamentazione è condizione di validità delle decisioni giudiziali. Nonostante ciò, vi è poca chiarezza nello studio di questa fondamentazione in quanto argomentazione giuridica razionale. Dinanzi ad un caso individuale che deve essere deciso, frequentemente le attività di definire le regole giuridiche applicabili, interpretare queste regole da cui derivare soluzioni normative e, infine, determinare la soluzione per il caso individuale, sono discusse congiuntamente, senza una delimitazione chiara di ciò che è in gioco in ciascuna di esse. Questa mancanza di chiarezza metodologica è potenziata da una incorporazione della filosofia del linguaggio nella teoria del diritto che, a partire da ciò che è caratterizzato come una naturale indeterminazione del linguaggio utilizzato nella formulazione delle regole, pretende sostenere che l'attività interpretativa dei giudici non è soggetta a limiti oggettivamente identificabili. Si propone, qui, in senso contrario a questo scetticismo, che non soltanto è possibile descrivere oggettivamente l'attività interpretativa, ma, altresì, analizzare i limiti degli argomenti interpretativi frequentemente utilizzati nella fondamentazione delle decisioni giudiziali in casi difficili. A partire dall'introduzione di una delimitazione metodologica tra interpretazione e costruzione giuridiche, si descrive una cornice inferenzialista sulla linea della teoria semantica di Robert Brandom, che prende/considera l'inferenza come unità primaria di significato e sviluppa un percorso verso una semantica inferenzialista a partire da una prammatica normativa basata sull'istituzione sociale delle norme linguistiche a partire dalle attitudini deontiche dei partecipanti alla pratica. Questa cornice è applicata a diverse decisioni giudiziali per evidenziare che gli argomenti interpretativi (e costruttivi) devono essere interpretati come modelli di inferenza materiale, la cui validità è vincolata al contenuto concettuale in esse articolato. Questa strategia permette di definire che l'interpretazione è costretta dai limiti semantici della formulazione delle regole, e che gli argomenti dei Tribunali di ridefinizione del significato di termini ed espressioni e di modifica delle inferenze materiali necessarie sono irrazionali, in quanto movimenti che non possono essere eseguiti in modo indipendente in relazione a concetti essenzialmente prospettivo-dipendenti nel necessariamente sociale "gioco del dare e rivendicare ragioni" che caratterizza le pratiche linguistico-discorsive, in particolare la pratica di fondamentare decisioni giudiziali.

Parole chiave: interpretazione giuridica, teoria dell'argomentazione giuridica, prammatica discorsiva, oggettività, normatività del significato linguistico, inferenzialismo.

“What’s in a name? That which we call a rose
By any other name would smell as sweet.”

Shakespeare,
Romeo and Juliet

“‘When *I* use a word’, Humpty Dumpty said,
in rather a scornful tone, ‘it means just what I
choose it to mean — neither more nor less’.

‘The question is’, said Alice, ‘whether you
can make words mean so many different
things’.

‘The question is’, said Humpty Dumpty,
‘which is to be master — that’s all.’”

Lewis Carroll,
Through the Looking Glass

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	17
2	A indeterminação do direito e a interpretação na adjudicação.....	25
2.1	A fundamentação das decisões judiciais, o uso de argumentos interpretativos e a ameaça à objetividade da interpretação.....	25
2.2	A racionalidade discursiva da fundamentação das decisões judiciais.....	35
2.3	A racionalidade da interpretação pelos juízes.....	45
2.4	A linguagem das regras pode constranger?.....	51
2.4.1	Qual linguagem constrange?.....	60
2.5	O juiz “pode tudo” na interpretação?.....	63
2.6	A distinção interpretação-construção.....	69
2.7	A construção jurídica como ampliação ou contração do sistema normativo.....	86
2.8	Indeterminação da linguagem e objetividade da interpretação.....	90
2.8.1	Ambiguidade.....	92
2.8.2	Vagueza.....	96
2.9	Textura aberta e indeterminação (?) do Direito.....	103
2.9.1	A argumentação que busca o propósito da regra.....	117
2.10	Reformulando a discordância: há limites para a construção jurídica?.....	124
2.11	Argumentos interpretativos — I.....	128
3	Uma abordagem inferencialista.....	139
3.1	A normatividade primária implícita na prática.....	139
3.2	Da pragmática normativa à semântica inferencialista.....	140
3.3	Vocabulário deôntico.....	145
3.4	O conteúdo semântico a partir da inferência.....	152
3.4.1	Compromissos de substituição.....	152
3.4.2	Anáfora.....	157
3.5	Três níveis na teoria do significado.....	158
3.6	A normatividade implícita na prática — I.....	159
3.7	Padrões de inferências materiais.....	166
3.7.1	Esquemas argumentativos.....	168

3.7.2	O argumento por analogia	171
3.7.2.1	Lacunas normativas	174
3.7.2.2	Lacunas axiológicas e exceções implícitas	181
3.7.2.3	A comparação entre os casos.....	189
3.7.2.4	Conclusão com extensão da regra	202
3.7.2.5	Mapas argumentativos e contra-argumentos	205
3.7.3	A validade do padrão de inferência material.....	211
3.7.4	Argumentos interpretativos — II	224
3.8	A normatividade implícita na prática — II	235
3.8.1	Premissas e esquemas argumentativos implícitos	241
3.9	A articulação inferencial consequencial das decisões judiciais	247
3.10	A normatividade implícita na prática — III	255
3.10.1	Diferentes perspectivas: o caráter social das práticas discursivas.....	255
3.10.2	A objetividade das normas conceituais em uma estrutura perspectivodependente.....	264
4	Os limites dos argumentos interpretativos e a possibilidade de modificação do conteúdo conceitual.....	269
4.1	Argumentos interpretativos — III	269
4.1.1	Argumentos semânticos com teses de redefinição conceitual.....	274
4.2	As teses judiciais de redefinição de conceitos.....	281
4.2.1	A ADPF 54 e o aborto de fetos anencéfalos	281
4.2.2	A possibilidade de modificação conceitual	290
4.2.3	A racionalidade possível da decisão.....	295
4.3	As teses judiciais de modificação da inferência material.....	296
4.3.1	A ADPF 132 e a união estável homoafetiva	296
4.3.2	A impossibilidade de modificação de articulações inferenciais necessárias	307
4.3.3	A racionalidade possível da decisão.....	310
4.4	As teses judiciais de rejeição das inferências materiais	312
4.4.1	A ADO 26 e a discriminação por homofobia.....	312
4.4.2	Reconstrução argumentativa	319
4.4.3	O argumento semântico com redefinição conceitual	322
4.4.3.1	A rejeição do conceito “raça”.....	322
4.4.3.2	Racismo “social”	326

4.4.3.3	A “interpretação” com aplicação da regra.....	329
4.4.4	A racionalidade do argumento semântico	334
4.4.5	É possível endossar argumentos semânticos de redefinição conceitual? ..	337
4.4.6	O que o Tribunal fez e o que o Tribunal disse que fez.....	339
4.5	Definindo e redefinindo conceitos jurídicos abertos	344
4.5.1	Reestruturando o ceticismo quanto à interpretação judicial.....	344
4.5.2	A redefinição de conceitos jurídicos	349
4.6	Qual o placar ao final? (Uma crítica de racionalidade).....	354
5	Conclusão	359
	REFERÊNCIAS	361
	DECISÕES DE CORTES ESTRANGEIRAS	373
	DECISÕES DE CORTES BRASILEIRAS	374
	DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	375

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Funcionamento das regras de inferência de acordo com Toulmin e Alexy.....	134
Figura 2 – Representação inferencial da comparação entre os casos.....	200
Figura 3 - Mapa do argumento por analogia na lacuna normativa.....	207
Figura 4 - Mapa do argumento por analogia na lacuna axiológica	208
Figura 5 - Mapa do argumento completo na extensão da escusa absolutória do art. 181, I, do CP, para o "companheiro"	210
Figura 6 - Mapa inferencial no exemplo de Govier, 1989	217
Figura 7 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo dedutivo	226
Figura 8 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo de Toulmin, 2003	227
Figura 9 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo de Toulmin, 2003, com suporte da regra de inferência.....	228
Figura 10 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo com inferência material	229
Figura 11 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo com inferência material e utilização do propósito da regra	232
Figura 12 - Mapa argumentativo parcial de STF, HC 86.320, 2006.....	244
Figura 13 - Mapa argumentativo conjugando várias decisões do STF sobre a extensão do art. 115 do CP	251
Figura 14 - Mapa argumentativo da ADPF 54 com o argumento por exceção implícita..	287
Figura 15 - Mapa argumentativo da ADPF 54 com o argumento semântico.....	288
Figura 16 - Mapa argumentativo da ADPF 132 com os argumentos por exceção implícita e por analogia	299
Figura 17 - Esquema inferencial da coerência normativa entre CF e CC na ADPF 132 ..	301
Figura 18 - Esquema inferencial da incoerência argumentada pelo STF na ADPF 132...	303

Figura 19 - Esquema inferencial da incoerência entre regras da CF e os propósitos desta, situando o argumento semântico	305
Figura 20 - Esquema inferencial do argumento semântico utilizado pelo STF na ADPF 132 para a derivação de solução normativa.....	306
Figura 21 - Mapa inferencial do argumento 1 do autor da ADO 26	313
Figura 22 - Mapa inferencial do argumento 2 do autor da ADO 26	316
Figura 23 - Mapa argumentativo da ADO 26 com as inconsistências nos dois argumentos convergentes.....	333

LISTA DE ABREVIATURAS

ACrim	Apelação Criminal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art., arts.	Artigo, artigos
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
ED	Embargos de Declaração
HC	Habeas Corpus
Inq	Inquérito
LIDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MC	Medida Cautelar
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SCOTUS	Supreme Court of the United States of America
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TRF	Tribunal Regional Federal

1 INTRODUÇÃO

A interpretação de regras é atividade fundamental na adjudicação, o que é normalmente feito através do uso de argumentos interpretativos bastante trabalhados na tradição jurídica. Apesar dessa familiaridade, a argumentação que constitui a fundamentação das decisões judiciais padece de uma frequente falta de clareza quanto a uma distinção entre o que pode ser objetivamente tratado como um argumento interpretativo e o que constitui uma tese jurídica incompatível com os limites semânticos da proposição normativa. Argumentos desta natureza são identificáveis tanto em decisões de pequena repercussão quanto nos julgamentos mais comentados de Cortes Constitucionais.

Na presente pesquisa parto de uma indagação motivada por argumentos interpretativos utilizados em três decisões recentes do Supremo Tribunal Federal: A ADPF 132, de 2011, a ADPF 54, de 2012, e a ADO 26, de 2019. Agregando a estas diversas outras decisões do STF e de Tribunais brasileiros e estrangeiros para pautar a discussão, busco evidenciar critérios de racionalidade para que se possa falar em uma objetividade da atividade interpretativa na fundamentação das decisões judiciais. Esta análise é feita com base na filosofia da linguagem, em particular com a apropriação de *insights* do segundo Wittgenstein por Robert Brandom. Desenvolve-se, assim, um modelo a partir do inferencialismo semântico descrito em *Making It Explicit* — e detalhado em textos posteriores do autor — para abordar os argumentos interpretativos enquanto padrões de inferência material. Argumento que este modelo permite uma descrição da objetividade do conteúdo conceitual suficiente para abordar a questão da possibilidade de uma interpretação judicial objetiva.

No capítulo 2, começo buscando situar o desacordo teórico em torno dessa possibilidade de objetividade da interpretação diante dos argumentos céticos que partem de uma alegada indeterminação natural da linguagem e buscam concluir por uma resultante indeterminação do direito, o que tornaria inútil a busca por um relato objetivo da atividade interpretativa de regras jurídicas. O problema é primeiramente identificado com a percepção de uma aparente falta de limites na atividade dos Tribunais, particularmente de Cortes Constitucionais, que dão a última palavra sobre a interpretação dos textos normativos, inclusive da Constituição (item 2.1).

Assumo, na linha de Alchourrón e Bulygin em *Normative Systems*, que o ponto de partida da adjudicação é sempre um *caso*, que é o que vai pautar a identificação do sistema normativo aplicável e a definição das soluções jurídicas eventualmente determinadas pelas regras que compõem esse sistema. Aplicando à discussão a teoria da argumentação jurídica, que toma a fundamentação das decisões judiciais como discurso jurídico racional, fundamento sua divisão em três níveis, correspondentes à identificação de regras aplicáveis a um caso individual, à interpretação dessas regras e à determinação de uma solução para o caso individual diante do julgador (item 2.2). Em seguida, a interpretação é definida inferencialmente — já na linha do modelo a ser adotado — como a atividade de derivar soluções normativas a partir de um sistema normativo localizado, e uma primeira questão quanto à confluência entre discernir soluções normativas e determinar a solução para o caso individual é enfrentada (item 2.3).

O desafio cético em sua dimensão semântica tem por base uma suposta incapacidade da linguagem das regras em constranger as decisões judiciais, questão que é abordada no item 2.4 a partir das distinções até então delimitadas, definindo-se que a possibilidade de constrangimento seria uma condição para a própria existência de uma prática jurídica de seguir regras e que esse constrangimento precisa ser exercido pela linguagem ordinária (item 2.4.1). Segue-se com o primeiro esclarecimento conceitual que distingue teses interpretativas de teses *sobre* a interpretação. Argumento que doutrinas como o originalismo e a interpretação dinâmica confundem argumentos sobre o que *pode* ser derivado inferencialmente em uma atividade tipicamente interpretativa com a *melhor* interpretação, ou seja, a interpretação que deve controlar o resultado do julgamento (item 2.5).

No item 2.6 introduzo a distinção interpretação-construção, que é fundamental para o prosseguimento da análise, estabelecendo que a interpretação, de forma consensada, é limitada pelas possibilidades semânticas do texto. Esta tese é defendida pelos autores que tratam da interpretação e da teoria da argumentação jurídica como uma tese jurídica com fundamento político-constitucional na separação de poderes. Adianto que, na sequência da investigação, sustentarei que, além de uma necessidade jurídica, a limitação semântica da interpretação é condição de *racionalidade* do processo interpretativo a partir da abordagem inferencialista. A construção jurídica é definida, assim, de forma residual como a

argumentação jurídica que se segue a partir da interpretação, que pressupõe a interpretação ou tem a interpretação por objeto (item 2.7).

No item 2.8 abordo mais a fundo a tese da indeterminação da linguagem como uma inevitável textura aberta e a repercussão disso para a possibilidade de delimitação precisa entre interpretação e construção. Primeiro, dou definições analíticas de ambiguidade (item 2.8.1) e vagueza (item 2.8.2), inclusive a vagueza que importa em necessidade de análise multidimensional, e em 2.9 argumento, a partir da apropriação que Hart faz de Waismann e de críticas de Schauer, que a questão da textura aberta não infirma a possibilidade de objetividade conceitual nem a distinção interpretação-construção. No item 2.9.1 detalho a utilização generalizada do propósito normativo na adjudicação, considerando que as interpretações pelo propósito dominam a prática jurídica pelo menos há algumas décadas, e explico que o recurso ao propósito não interfere na distinção interpretação-construção, já que não conflita com a utilização dos limites semânticos da formulação normativa. Assim, em 2.10 reformulo a discordância quanto à objetividade da interpretação como uma discussão sobre em que medida a interpretação — e por extensão a formulação das regras — deve *controlar* o resultado da adjudicação.

Na conclusão deste capítulo, defino provisoriamente os argumentos interpretativos como padrões inferenciais utilizados *na* interpretação para derivar soluções normativas do sistema normativo localmente aplicável. Menciono que muitos autores tratam desses argumentos, ou cânones de interpretação, como *regras* de inferência, e utilizo a formulação de Alexy e Toulmin para uma primeira abordagem dessa questão, adiantando que utilizarei as considerações sobre seguir regras de Wittgenstein nas Investigações Filosóficas para sustentar, contrariamente a essa perspectiva, que essas inferências precisam ser compreendidas como padrões de inferência material na linha do que Brandom sustenta em seu modelo.

No capítulo 3 desenvolvo em detalhes como será feita a abordagem dos argumentos interpretativos utilizados pelo STF. Considero que uma rota promissora para o exame de uma possível objetividade do conteúdo conceitual é da pragmática para a semântica. Para isso, utilizo como modelo o inferencialismo desenvolvido por Robert Brandom a partir de uma extrapolação de insights de Kant, Hegel, Frege, Wittgenstein, Dummet e Sellars.

Utilizando uma pragmática que tem como traço essencial um vocabulário deôntico para explicitar a normatividade implícita na articulação inferencial nas práticas discursivas, define-se o conteúdo semântico das proposições que constituem os “movimentos” na prática como seu papel na inferência, ou seja, sua contribuição na modificação de um placar discursivo. Este, por sua vez, é determinado pelas atitudes deônticas dos participantes da prática de atribuir e assumir conteúdos e justificações. O conteúdo conceitual das expressões subsentenciais é alcançado a partir de sua contribuição para as inferências materiais para e a partir das proposições em que elas são utilizadas, utilizando uma relação disposicional quanto à substituição que resgata um modelo de Frege basilar na filosofia da linguagem do séc. XX. Esta estrutura é a que Sellars chamava de “o jogo de dar e pedir razões”, que na fundamentação judicial podemos adaptar como o “jogo de dar e demandar razões” (itens 3.1 a 3.5). Em 3.6 inicio a descrição da normatividade implícita na prática utilizando uma reconstrução inferencialista de um julgamento italiano, feita por autores que adotam uma teoria cética moderada quanto à interpretação jurídica na linha de Guastini, aqui utilizado como paradigma desta posição doutrinária. Argumento, discordando daqueles autores, que a forma como eles incorporam a teoria de Brandom deixa de fora justamente seu ponto mais relevante, que é a transição de um formalismo que busca “dedutivizar” as inferências (e transfere a força argumentativa da inferência para os valores de verdade das premissas) para uma inferência material que extrai sua validade da articulação dos conceitos envolvidos entre premissa e conclusão.

Por isso, a partir de 3.7 desenvolvo a ideia de inferência material. Primeiramente introduzo os esquemas argumentativos como suplemento expressivo ao modelo de Brandom, de modo a substituir o condicional brandomiano pelos mapas argumentativos que auxiliam na visualização da articulação inferencial da fundamentação das decisões judiciais (3.7.1). Em seguida, utilizo o argumento por analogia, por ser o mais trabalhado na literatura na teoria da argumentação (no direito e fora dele), para detalhar a validade da inferência material (3.7.2). Faço a distinção entre lacunas normativas (3.7.2.1) e axiológicas (3.7.2.2), associando à segunda o argumento por exceção implícita, representação inferencial da derrotabilidade normativa implícita. O argumento por analogia em seguida é caracterizado através de uma premissa de comparação entre os casos, e uma primeira aproximação com a validade material do padrão de inferência é feita na representação desta avaliação entre caso-análogo e caso-alvo (3.7.2.3). Em seguida, define-se que o argumento por analogia tem como conclusão a determinação de extensão de uma regra, da mesma forma que o argumento por

exceção implícita conclui tipicamente pela rejeição (derrota) de uma solução normativa (3.7.2.4). O argumento por exceção implícita e o por analogia são delimitados como expressando a contração e a ampliação, respectivamente, do sistema normativo em decorrência de teses sobre a interpretação na construção jurídica. Conclui-se este ponto com os mapas argumentativos em geral e de um caso específico de analogia em matéria criminal (3.7.2.5).

A partir da descrição dos argumentos por analogia e exceção implícita, discuto a validade destes padrões de inferência como vinculada não à postulação de uma premissa adicional que condicionaria dedutivamente a derivação da conclusão, mas sim como um padrão inferencial materialmente aceito (3.7.3). Várias descrições alternativas existentes na literatura são comentadas a partir da ideia de padrões de inferência material de Brandom e da necessidade de uma normatividade primitiva da prática que está na raiz do argumento contra o regresso ao infinito nas considerações sobre seguir regras de Wittgenstein.

Em 3.7.4, retomo os argumentos interpretativos, que são aqui caracterizados como padrões de inferência material, no sentido de não necessitar de uma regra de inferência no modelo anteriormente detalhado. Considero aqui as alternativas dedutivista e de justificação externa de Alexy e Toulmin, sustentando que ambas não resistem à crítica de Wittgenstein contra o regresso ao infinito, além de incorrerem em outros problemas descritivos e pragmáticos.

O modelo inferencialista é detalhado de forma adicional em 3.8 com o aprofundamento das atitudes deônticas, a fim de alcançar uma descrição suficiente que permita falar na normatividade da atribuição de *status* deônticos. Essa normatividade justifica a atribuição de premissas implícitas e de padrões de inferência material endossados (3.8.1). Em 3.9 exploro as inferências compromissivas de Brandom para mostrar consequencialmente as implicações da assunção de compromissos e endosso de inferências de forma diacrônica nas decisões judiciais, uma primeira aproximação a uma questão que será retomada ao final ao tratar dos conceitos jurídicos.

A objetividade conceitual é descrita em 3.10 de forma estrutural, a partir das diferentes perspectivas de cada participante da prática, associadas aos repertórios de compromissos colaterais que relativizam as formulações expressivas (compromissos expressivos) que evidenciam o conteúdo conceitual, mas que permitem tratar de um

conteúdo objetivo na medida em que cada participante da prática precisa conseguir navegar entre essas diferentes perspectivas. Esta capacidade é representada pela distinção entre atribuições de atitudes proposicionais *de re* e *de dicto*, e conclui-se este capítulo definindo que essa objetividade (suficiente para os fins desta pesquisa) pode ser caracterizada como a impossibilidade de um participante da prática, individualmente, dispor sobre o conteúdo conceitual (itens 3.10.1 e 3.10.2).

Completada a descrição do modelo inferencialista, inicio o capítulo 4 retomando uma última vez a definição de argumentos interpretativos, detalhando finalmente que a limitação da interpretação às possibilidades semânticas é condição de racionalidade em razão da vinculação da validade das inferências materiais ao conteúdo conceitual articulado. Isso pode ser objeto de explicitação objetiva a partir do caráter social da prática, evidenciado pela instituição das normas conceituais pelas atitudes deônticas dos participantes coletivamente considerados (4.1). Em seguida, defino os argumentos semânticos como argumentos interpretativos que buscam derivar a solução normativa exclusivamente a partir da regra, sem outras premissas, tendo por objeto a articulação inferencial direta entre regra e solução normativa. Uma espécie de argumento semântico veicula teses que parecem de explicitação de um conteúdo conceitual, mas que argumento que são, na verdade, de redefinição conceitual (4.1.1).

Prossigo na parte final abordando, através do modelo detalhado, os três casos em que argumentos interpretativos-semânticos de redefinição conceitual foram utilizados pelo STF. No primeiro, a ADPF 54, o argumento consistiu na redefinição do termo “aborto” articulando-o com a “viabilidade de vida extrauterina do feto”. Este argumento foi definido como uma tese judicial de redefinição de conceitos (4.2). Após a reconstrução da argumentação com o apoio de mapas argumentativos (4.2.1), analiso a possibilidade de conceitos mudarem com o tempo, e concluo que, de acordo com a objetividade conceitual alcançada a partir da análise inferencialista, os Tribunais podem identificar esta mudança e *explicitá-la* em um argumento interpretativo que justifica a derivação da solução normativa, mas não podem promover individualmente a mudança diante da impossibilidade de disposição sobre os conceitos a partir de um ponto de vista individual da prática linguística. Sustento que, conquanto o STF possua posição proeminente na prática jurídica, joga o jogo linguístico em posição simétrica em relação aos demais, uma tese fundamental do inferencialismo, que rejeita explicar a normatividade do conteúdo com o apelo a uma

comunidade com ponto de vista privilegiado (4.2.2). Por isso, sustento que o argumento semântico nesses moldes é irracional, e não apenas um erro, por constitui um argumento que tem por *objeto* um movimento estranho à prática. Por fim, analiso que a argumentação que prevaleceu constitui uma instância do argumento por exceção implícita (4.2.3).

Em 4.3 analiso a ADPF 132, descrita em 4.3.1. A tese foi denominada de uma modificação de um padrão inferencial no nível da metalinguagem, pois a Corte buscou utilizar o argumento semântico de modo a justificar a rejeição de uma inferência compromissiva entre a Constituição Federal e o Código Civil, em vez de fazer uma extensão por analogia em nível constitucional. Argumento que não é possível modificar inferências materiais necessárias, razão pela qual este argumento também é irracional (4.3.2). Concluo detalhando que a argumentação racional possível neste caso importaria em uma extensão em nível constitucional através de um argumento por analogia com lacuna axiológica, o que poderia necessitar da relativização de outros compromissos do STF quanto aos limites (jurídicos) de sua atuação (4.3.3).

O terceiro caso é que tem o argumento semântico mais explícito (4.4). Além de haver uma tese de redefinição conceitual de “raça” ou “racismo” para “racismo social” de modo a incluir a “homofobia” (4.4.1 a 4.4.2), houve a rejeição de um padrão de inferência material necessário. Detalho o argumento semântico de redefinição conceitual em três partes. Primeiro, explico a impossibilidade de rejeição de um conceito da forma como sustenta o Relator sobre o conceito “raça”, utilizando como parâmetro um exemplo similar de Brandom em *Making It Explicit* (4.4.3.1). Argumento que a possibilidade de rejeição de um conceito consiste em sua não utilização (ou sua crítica), mas que, uma vez utilizado, o conteúdo deste conceito não está à disposição de um participante do jogo de dar e demandar razões individualmente. Em seguida (4.4.3.2), destaco a impossibilidade de redefinição em termos de substituição de conceitos, fazendo um paralelo com caso curioso da literatura constitucional norte-americana exemplificado no item 2.9. Por fim, analiso a defesa do Relator de uma interpretação como mera identificação de conteúdo em termos semelhantes aos da semântica clássica, e argumento que se trata, na verdade, de tese de redefinição conceitual (4.4.3.3).

Detalho que o argumento neste terceiro caso também é irracional (4.4.4), e examino em seguida uma possível objeção, consistente no fato de a decisão ter sido unânime

e em procedimento de caráter vinculante para todo o Judiciário brasileiro. Sustento que o endosso, pela moldura inferencialista, é analisado em termos das atitudes deônticas, e estas em termos do que é necessário fazer para justificar os demais a atribuir um compromisso, de modo que o endosso, no caso da ADO 26, está relacionado à conclusão, e não ao argumento semântico, já que não houve a internalização (assunção) dos compromissos de substituição que seriam necessários. Em seguida, destaco que a racionalidade possível da decisão impõe a relativização do compromisso que veda a analogia *in malam partem* no direito penal, que é o resultado que deve ser atribuído ao STF (4.4.6).

Um último possível argumento cético é endereçado no item 4.5, que diz respeito à objetividade dos conceitos jurídicos abertos (chamados também de “indeterminados”). Reposicionando o ceticismo (4.5.1), utilizo uma suplementação do próprio Brandom a sua teoria para incorporar a dimensão diacrônica (histórica) da instituição das normas conceituais, na linha de sua mais recente leitura da fenomenologia hegeliana. Detalho que a redefinição de conceitos jurídicos ocorre no mesmo contexto de uma instituição social de normas conceituais, na medida em que os julgadores atuam em uma posição simétrica em uma cadeia diacrônica envolvendo responsabilidade para com os precedentes e autoridade para com as futuras instâncias de aplicação do conceito que necessariamente julgarão a decisão. Deste modo, a inferência material, mais uma vez, justifica um relato objetivo desta atividade interpretativa (4.5.2).

Concluo no item 4.6 explicitando que a crítica feita aqui é de racionalidade. Não tem por objetivo sustentar a inviabilidade de determinadas decisões, e sim expor seu padrão argumentativo de modo a trazer para a luz do dia o que realmente está em jogo na articulação inferencial que caracteriza a fundamentação das decisões judiciais.

2 A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E A INTERPRETAÇÃO NA ADJUDICAÇÃO

2.1 A fundamentação das decisões judiciais, o uso de argumentos interpretativos e a ameaça à objetividade da interpretação

Ao tratar da interpretação em seu tratado sobre o Direito, publicado em 1672, Pufendorf relata que, em Bologna, foi promulgado que “aquele que derramasse sangue nas ruas” seria severamente punido”.¹ Por causa desta lei, um barbeiro que (aparentemente de forma acidental) “abriu uma veia” (provavelmente de um cliente) na rua (talvez buscando melhor iluminação) acabou *autuado*. Embora não deixe claro se o caso é real ou apenas uma alegoria — como as outras centenas de curiosas narrativas que são usadas como artifício retórico pelo autor —, Pufendorf diz acreditar que a punição foi severa, porque a lei previa que “as palavras deve[riam] ser lidas precisamente, sem qualquer interpretação”.

Quase duzentos anos depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos citou justamente esta alegoria quando teve de decidir que *não* era o caso de aplicar uma regra que previa uma punição pecuniária a quem “deliberadamente obstruísse ou retardasse a passagem do correio, ou de um motorista ou transportador de correio.”² No Kentucky, um xerife chamado Kirby recebeu um mandado de prisão decorrente do indiciamento de Farris, um carteiro, por duplo homicídio. Ao cumprir o mandado, Kirby e os demais policiais acabaram, claro, “obstruindo” o trabalho do carteiro.

Apesar de hoje o caso soar cômico, no século XIX a questão chegou até o mais alto Tribunal daquele país, e mesmo nos Tribunais locais os juízes ficaram divididos quanto à *interpretação* que deveria ser dada à regra. A questão era saber se era possível *interpretá-la* para evitar sua aplicação naquele caso individual, já que o legislador não havia previsto

¹ Na tradução inglesa: “At Bologna it was enacted, that whoever drew blood in the streets, should be severely punish’d” (PUFENDORF, 1729, Livro V, Capítulo XII, p. 55).

² “(...) if any person shall knowingly and wilfully obstruct or retard the passage of the mail, or of any driver or carrier, or of any horse or carriage carrying the same, he shall, upon conviction, for every such offence pay a fine not exceeding one hundred dollars.” A punição era prevista no Ato do Congresso de 3 de março de 1825 (SCOTUS, *United States v. Kirby*, 74 U.S. (7 Wall.) 482, 1868).

exceção alguma. Ao final, os juízes argumentarem que o *sensu comum* impunha a conclusão de que a punição *não deveria ser* aplicada no caso. Na decisão consta ainda que todas as normas devem ser *interpretadas* de forma sensata, e que a interpretação não deve levar a “consequências absurdas”. A citação de Pufendorf foi apropriada:³ ele usou a narrativa do bafeiro de Bologna justamente para fundamentar que “os efeitos e as consequências frequentemente evidenciam o sentido das palavras”.⁴

Cento e cinquenta anos se passaram desde *Kirby* e o uso de argumentos interpretativos pelos juízes na fundamentação de suas decisões é tão comum quanto confuso, apesar dos muitos julgados e da intensa produção acadêmica sobre o tema. Um notório aumento da complexidade das questões que os Tribunais precisam decidir faz com que a busca de fontes autoritativas esbarre em dificuldades na fundamentação da decisão como uma atividade *exclusivamente* interpretativa. Nesse contexto, o *significado* dos termos e expressões utilizados na formulação das regras ocupa posição proeminente, muitas vezes até central nos debates judiciais em casos de grande repercussão social. O histórico jurisprudencial da Suprema Corte Americana é eloquente nesse sentido: desde sua instituição, a Corte recorreu ao uso de *dicionários* em suas decisões quase setecentas vezes.⁵

Em uma dessas ocasiões, um dos Justices citou nada menos que *dez* definições de dicionários para fundamentar que a palavra “intérprete” se referia somente a quem traduzisse “discurso oral”, enquanto outra julgadora buscou *quatro* dicionários para contrargumentar que a regra se referia, também, a quem traduzisse “documentos”. Ocorre que, dentre os dicionários citados, *dois* foram usados por *ambos* os Justices na fundamentação de decisões completamente contraditórias. Comentando este caso, um professor de linguística da Universidade de Illinois diz que a conclusão é a de que “as definições nos dicionários precisam de interpretação tanto quanto a lei,”⁶ ecoando Wittgenstein, que evidenciou que

³ A referência a Pufendorf foi, aparentemente, feita sem recorrer ao texto original, pois consta da decisão da Suprema Corte que a lei de Bologna *não* teria sido aplicada a um *cirurgião* que havia cortado uma veia para socorrer alguém que havia caído na rua “convulsionando”, o que não corresponde à alegoria do autor (cit. acima, nota de rodapé nº 1). De qualquer modo, o Justice Field, que redigiu a opinião da Corte, manteve o sentido da alegoria, de que os efeitos e propósitos deveriam ser levados em conta na interpretação.

⁴ PUFENDORF, 1729, Livro V, Capítulo XII, p. 55.

⁵ WERBACH, 1994.

⁶ BARON, 2013.

uma *regra de interpretação* também precisaria ser interpretada, e isso poderia levar a um regresso ao infinito.⁷

As dificuldades argumentativas dizem respeito, primeiro, ao fato de as regras jurídicas serem formuladas utilizando a linguagem ordinária, não uma linguagem ideal, e, segundo, à aparente falta de sistematização adequada da prática judicial de interpretar regras. Estes pontos, contudo, costumam ser examinados em conjunto com questões normativas de natureza jurídico-política sobre a atividade do juiz. Ao buscarem o apoio em dicionários, os Justices da Suprema Corte não apenas prestavam “deferência à linguagem” através do respeito à normatividade do significado linguístico, mas endossavam uma perspectiva de que a adjudicação deve ser uma atividade *racional* que deriva uma conclusão a partir de *normas jurídicas*, ou *standards* normativos em geral, *externos* ao julgador.

Essa perspectiva dificilmente seria negada no Brasil: por mais flexível que seja a base normativa de modo a incorporar princípios e valorações (com base em qualquer paradigma), a legitimidade dos pronunciamentos judiciais está incontrovertidamente atrelada à *derivação* de soluções a partir desses *standards* considerados vinculantes. Os juízes não proclamam que um caso deve ser solucionado da forma que eles consideram a *melhor* após uma reflexão sobre *todos* os fatores em jogo, mas de acordo com algum *standard normativo* que funciona como *razão* de decidir de determinada forma. O problema é que a *legitimidade* da decisão judicial, que pressupõe uma teoria quanto aos limites do juiz para a determinação da solução de casos concretos, acaba misturada com a *racionalidade* da interpretação judicial enquanto atividade *objetiva* e à possibilidade de um significado linguístico *objetivo* a partir de uma regra que é necessariamente *linguisticamente* formulada.

O traço distintivo da prática jurídica é que os *status* jurídicos — obrigações e direitos — são *instituídos* por leis, e o *status* ontológico desta prática está intimamente ligado à inteligibilidade do *conteúdo* dos conceitos utilizados nas normas jurídicas como algo com limites determinados.⁸ Por isso os juízes têm uma tendência de apresentar seus argumentos como *interpretativos*, acreditando que, assim fazendo, vão “usufruir da *legitimidade* que a *interpretação* confere à atividade judicial”.⁹ O resultado é que, na fundamentação de suas

⁷ WITTEGENSTEIN, 2009, §201.

⁸ BRANDOM, 2013, p. 19.

⁹ BARAK, 2005, p. 17.

decisões, temos a identificação de regras aplicáveis, a interpretação das soluções normativas determinadas por essas regras e a determinação de uma solução para o caso individual, tudo em “um só fôlego” e tratado como “interpretação judicial”.

Em muitas oportunidades, os juízes acabam lançando mão de “argumentos interpretativos”, que todavia não são utilizados de forma clara. Um mesmo julgador no Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano, decidiu um caso estendendo um determinado benefício legal, afirmando que a regra ali “revelava uma extensão”. Meses depois, votando em outro caso, negou a extensão de outro benefício, previsto em outra lei, afirmando que fazê-lo seria um “elastério hermenêutico”.¹⁰ Em nenhuma das decisões fica explícito porque uma regra “naturalmente” deveria ser interpretada de uma forma e outra não. E argumentos interpretativos deste tipo acabam figurando no cerne dos julgados mais relevantes do STF na última década.

Em 2011, durante os debates que acabaram por estender, por unanimidade, o instituto jurídico da “união estável” a relacionamentos homoafetivos, uma das Ministras afirmou que não havia “artifício hermenêutico” que levasse a uma *interpretação* como a proposta pelo Relator. Mas, ao final, o acórdão diz que o Tribunal fez uma “*interpretação* conforme à Constituição”, ao mesmo tempo em que houve um “salto normativo” e estaria sendo “excluído um significado” preconceituoso.¹¹

No ano seguinte, ao afastar a punição criminal pelo aborto no caso de fetos anencéfalos, alguns Ministros argumentaram que seria o caso de simplesmente não aplicar a norma penal incriminadora. Eles propunham que se fizesse uma *interpretação* para excluir o caso do “do âmbito de abrangência do *conceito* de aborto”. Um deles sustentou que o caso somente seria aborto em “linguagem simplesmente coloquial”, mas não em “linguagem depuradamente jurídica”.¹²

Em 2019, o STF unanimemente disse que regras penais incriminadoras que puniam comportamentos preconceituosos por “racismo” deveriam ser *interpretadas* através do *conceito* “racismo social”, de modo a incluir a homofobia. A Corte expressamente *negou*

¹⁰ STF, *AP 516 ED*, 2013 e *MI 2.140 AgR*, 2013.

¹¹ STF, *ADPF 132*, 2011, grifei.

¹² STF, *ADPF 54*, 2012, grifei.

estar fazendo analogia (que reconheceu ser inadmissível no direito penal para incriminar condutas), sustentando que o caso era de simples *interpretação* da regra.¹³

Essas três decisões, que são apenas exemplificativas de um padrão argumentativo, proclamaram resultados amplamente considerados *justos*. Mas há ali — e em diversas outras decisões menos famosas do STF e de Tribunais brasileiros — o uso de argumentos interpretativos com o que sustento ser uma tese de *redefinição conceitual*. Essas três decisões foram extensamente fundamentadas — na mais recente, apenas o voto do Relator tem mais de cento e cinquenta páginas —, mas em muitas outras decisões menos conhecidas a fundamentação se restringe a invocar um argumento interpretativo sem qualquer especificação, derivando resultados que não parecem compatíveis com a formulação normativa. É possível *interpretar* um benefício previsto na legislação criminal para o “cônjuge” e aplicá-lo ao “companheiro” (em união estável)? Qual a técnica *interpretativa* que de uma regra prevendo imunidade tributária ao “papel destinado à impressão de jornais” permite validamente derivar que máquinas importadas para a impressão de jornais devem, também, ser beneficiadas?

A literatura sobre o tema reage a essas decisões não raro proclamando que, diante da envergadura que os Tribunais — e especialmente as Cortes Constitucionais — parecem ter ao usar técnicas de interpretação, impõe-se a conclusão de que a regra não exerce qualquer papel na adjudicação, e que a sistematização da interpretação judicial é um exercício de justificação *post hoc* de decisões tomadas considerando outra sorte de razões. Haveria, para os críticos, apenas uma “fachada de racionalidade” no processo, mas, na verdade, como os realistas norte-americanos já proclamavam desde o século XIX, outros fatores, que não a regra, seriam tão ou mais importantes para a definição do resultado.¹⁴ Este ceticismo quanto ao papel da regra na adjudicação levou Holmes a proclamar que o Direito seria apenas “a profecia do que as Cortes farão, e nada mais”.¹⁵ O resultado é o “fantasma

¹³ STF, *ADO 26*, 2019.

¹⁴ Como o que o juiz “comeu no café da manhã” (BRANDOM, 2002). Cf. LEITER, 2001, 2004

¹⁵ “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (HOLMES JR., 1897, p. 9). No mesmo sentido: “The life of the law has not been logic: it has been experience” (HOLMES JR., 2011, p. 5).

do ceticismo a assombrar a filosofia do direito,”¹⁶ desafiando as bases de nossa compreensão da prática jurídica.

Em recente palestra,¹⁷ Richard Posner, que é o autor mais citado na história da produção acadêmica americana relacionada ao Direito,¹⁸ disse que acredita que o juramento de obedecer à Constituição, que é imposto aos juízes ao tomar posse, não faz sentido. Na prática, para ele, o juramento é de obedecer a um corpo de normas criado pela Suprema Corte, que é a intérprete da Constituição.¹⁹ A posição de Posner é bem conhecida diante de sua vasta produção acadêmica, mas ao ler sua declaração não há como evitar lembrar da figura de Humpty Dumpty, criada pelo linguista²⁰ Lewis Carroll: uma palavra pode significar o que a Suprema Corte quiser que signifique, porque a questão é “quem manda?”²¹

Por outro lado, se o que constrange não é a regra, mas uma interpretação da regra, como descrever racionalmente uma decisão posterior que declara estar mudando a interpretação? Em 1998, o STF decidiu, em conclusão que por lei é vinculante, que um determinado critério legal para a concessão de um benefício era o único possível, salvo ampliação dos critérios através de lei formal. Anos depois, alguns Ministros do próprio STF afirmaram que uma interpretação deste precedente levava à conclusão de que ali... não se “proibira o uso de outros critérios”.²² Um dos Ministros chamou a conduta dos primeiros de “inventividade hermenêutica” para “escapar” do precedente, e afirmou que os demais usaram “subterfúgios processuais” para evitar a discussão — para, logo em seguida, ele próprio decidir no mesmo sentido, também com argumentos interpretativos.²³

Como resultado de uma aparente *imprevisibilidade* do resultado da adjudicação, alguns sustentam que o direito seria *indeterminado*. Esta tese tem várias razões como os muitos interesses em conflito e os distintos sentimentos de justiça em jogo, particularmente

¹⁶ “Or at least, there is a neighborhood of that bustling city demarcated by a dominating concern with that potentially destructive apparition” (BRANDOM, 2013, p. 19).

¹⁷ POSNER, 2015.

¹⁸ SHAPIRO, 2000, p. 424, .

¹⁹ Sobre o contexto da palestra, STRAUSS, 2015. Criticando Posner, SEGALL, 2016.

²⁰ Brandom qualifica Humpty Dumpty, personagem de Carroll, como um “leninista linguístico” em BRANDOM, 1994, p. 51.

²¹ “The question us which is to be master”, no original (CARROLL, 1986, p. 184).

²² Respectivamente, STF, *ADI 1.232*, 1998, e *Rcl 3.805*, 2006.

²³ STF, *Rcl 4.374*, 2013.

em um órgão colegiado como um Tribunal.²⁴ Isso é relativamente óbvio. O problema é que esta imprevisibilidade diante de uma multiplicidade de percepções subjetivas quanto à *melhor* solução em cada caso é tratada conjuntamente com uma tese *semântica* que sustenta que as regras — ou melhor, a formulação dessas regras na linguagem ordinária — não *determina* o resultado do julgamento. Em uma versão mais extrema, há quem sustente que sequer é possível falar em um conteúdo objetivo de formulações normativas, pois somente há *normas* como resultado do processo interpretativo.²⁵ Na versão moderada de Guastini, assume-se uma distinção entre o resultado da interpretação e a formulação normativa interpretada, mas a tese é igualmente cética: já que o texto normativo seria ambíguo, complexo, vago, admitiria, sem síntese, uma multiplicidade de interpretações.²⁶ Levanta-se uma dúvida contra a atividade interpretativa dos juízes enquanto um exercício *cognitivo*, e mesmo na versão moderada do ceticismo a escola genovesa o caracteriza como uma atribuição de significado. A interpretação, nesse sentido, *reduz* a indeterminação no direito, mas através de um ato de vontade, de uma decisão (em algum grau) discricionária do juiz.

Embora Guastini distinga as atividades de interpretar uma regra jurídica e definir qual a solução para o caso a partir da regra — uma distinção que é elementar para o argumento que pretendo desenvolver —, afirma que, de qualquer modo, o direito seria *duplamente indeterminado*, tanto na interpretação quanto na construção jurídica a partir da regra, de certa forma na mesma linha do que Hart classificou como uma indeterminação da linguagem, de um lado (como uma “textura aberta” inescapável) e uma relativa “indeterminação de propósitos”, de outro.²⁷ Assim, “[à] indeterminação do ordenamento se segue uma ulterior indeterminação de qualquer norma. Toda norma vigente é indeterminada, no sentido de que não sabe exatamente que casos entram em seu campo de aplicação. Isso depende da inevitável vagueza dos predicados em toda linguagem natural”.²⁸

Uma parte do problema parece estar relacionada à forma obscura com que os argumentos interpretativos são utilizados, o que às vezes é percebido como uma forma de ocultar um voluntarismo inconfessável. Decisões assim fundamentadas acabam levando a

²⁴ GUASTINI, 2011, p. 47.

²⁵ TARELLO, 2013. Cf. GUASTINI, 2018

²⁶ GUASTINI, 2011, p. 39, e 2014.

²⁷ HART, 1994.

²⁸ GUASTINI, 2011, p. 53-54.

uma “crise” de legitimidade. Guastini sustenta que uma formulação normativa pode expressar *significados distintos* a depender da técnica interpretativa utilizada. Assim, as formulações de regras expressam, pelo menos potencialmente, sincrônica e diacronicamente, uma pluralidade de *significados alternativos*, ou seja, admite distintas interpretações, cada uma correspondendo a uma norma distinta.²⁹

O ceticismo parece ter como combustível uma confusão conceitual generalizada na literatura jurídica. Por exemplo, o argumento por analogia, um dos mais tradicionais na fundamentação de decisões judiciais, é considerado “interpretação” por alguns autores,³⁰ “construção jurídica” por outros,³¹ “desenvolvimento da lei” para os alemães³² e até um “recurso retórico no realismo de Tarello. Até a lei brasileira participa do caos conceitual: diz que a analogia deve ser aplicada em caso de lacuna normativa.³³ Mas Kelsen diz que não existem lacunas genuínas.³⁴ Alchourrón e Bulygin respondem que sim, há lacunas, e não só lacunas normativas, mas também de conhecimento, reconhecimento e axiológicas.³⁵ As últimas, aliás, aparecem muito pouco na jurisprudência do STF de forma expressa, embora sejam constantemente utilizadas.

Na teoria da argumentação jurídica, inclusive com a tentativa de formalização dos argumentos através de estruturas inferenciais com o uso de aplicativos especificamente criados para este fim — que permitem a criação de mapas argumentativos —, não há convergência quanto à forma de representar um simples argumento por analogia: se com duas, três, quatro ou até mais premissas necessárias, se a inferência é dedutiva, indutiva ou atípica. Apesar do enorme avanço na aproximação entre o Direito e a inteligência artificial na estruturação de ontologias apropriáveis pela prática jurídica, os modelos para representar a argumentação nas decisões judiciais se concentram mais em quando os julgadores consideram provada uma determinada asserção do que na inferência entre premissas e conclusão. A busca de uma representação para a articulação inferencial que pudesse lançar

²⁹ GUASTINI, 2011, p. 59.

³⁰ TARELLO, 2013.

³¹ BARAK, 2005. Embora o autor não faça a distinção entre interpretação e construção nesses termos, deixa claro que considera a analogia uma técnica não-interpretativa.

³² KLATT, 2008.

³³ Art. 4º do Decreto-Lei 4.657, de 1942.

³⁴ KELSEN, 2005.

³⁵ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

luz sobre o problema é atrapalhada em parte pela retórica judicial e em parte pelo caos conceitual na base do problema.

Por outro lado, pouca distinção é feita quanto à definição e redefinição de conceitos jurídicos e de conceitos não-jurídicos. Termos como “posse” e “propriedade” têm conteúdo típico na ontologia dos conceitos jurídicos, embora tenham uso ordinário. Mas os argumentos interpretativos por vezes veiculam teses interpretativas de redefinição de termos e expressões da linguagem ordinária. É intuitivo que o simples fato de um termo ou expressão da linguagem ordinária ser utilizado em uma regra não significa necessariamente que seu conteúdo conceitual se tornou “vinculado” à prática jurídica, mas todos os conceitos são tratados como padecendo da mesma inevitável indeterminação. É possível, então, que um Tribunal redefina um conceito não-jurídico?

Se for, há algo que impediria o STF de dizer, por exemplo, que o descarte de embriões congelados seria um “aborto”? Em verdade, o Tribunal decidiu o contrário, afirmando que embriões fecundados *in vitro* não seriam “seres vivos”,³⁶ mas a questão é: havia ou não algo constringendo os julgadores a esta decisão? Eles poderiam ter redefinido “aborto” desta forma? O fato de o STF de fato ter decidido, em 2019, que “racismo” significa “racismo social” e inclui a “homofobia”, significa que o conceito de “racismo” mudou? Se sim, ainda é possível falarmos em um conteúdo conceitual objetivo? As respostas a estas perguntas estão no cerne da questão entre objetividade e ceticismo na interpretação judicial de regras.

Se a linguagem da regra não constringe a tomada de decisões, um inevitável ceticismo quanto ao papel das regras na adjudicação se instala, e como reação um formalismo que busca limitar o que é visto como “criatividade” das Cortes ganha força.³⁷ São posições que vêm se distanciando ao longo dos anos, representadas em um extremo pelo resgate do textualismo e até do originalismo,³⁸ e no outro pela afirmação de Posner de que a Suprema Corte é quem define as normas jurídicas daquele país ao interpretá-las e pelo

³⁶ STF, *ADI 3.510*, 2008.

³⁷ ALEXANDER; SHERWIN, 2001, 2008. No mesmo sentido: “We achieve stability, valuable in its place, by relinquishing some part of our ability to improve on yesterday. Again the issue is jurisdiction, for those who have jurisdiction to improve on yesterday also have jurisdiction to make things worse. To stabilize, to operate in an inherently conservative mode, is to give up some of the possibility of improvement in exchange for guarding against some of the possibility of disaster (SCHAUER, 1988, p. 542).

³⁸ SCALIA, 1989, 1997; SOLUM, 2010, 2015.

resgate do realismo jurídico.³⁹ Por outro lado, se assumirmos como intuitivo que há um certo consenso no significado normativo e na interpretação em pelo menos boa parte da prática jurídica, é preciso dar conta de como identificar um conteúdo conceitual objetivo de modo a possibilitar afirmar que um determinado argumento violou os limites semânticos da formulação normativa.

A ameaça do ceticismo diz respeito à possibilidade de as regras — e os conceitos nelas articulados — serem utilizados como razões para a decisão, como premissas na fundamentação das decisões judiciais.⁴⁰ Há, portanto, duas rotas para abordar a questão. A primeira, e mais frequentemente seguida, é discutir a envergadura dos juízes para decidir casos individuais em um sistema onde institucionalizamos a divisão de atribuições entre Judiciário e Legislativo. Essa é uma questão jurídico-política. A outra rota é investigar se é possível descrever racionalmente o que as regras *determinam* que o juiz faça — ainda que, no caso individual, a decisão seja em sentido diverso. Acredito que essas questões não precisam — na verdade, não devem — ser tratadas conjuntamente, como têm sido.

Somente é possível falar em formulações de regras enquanto *razões* se conseguimos descrever em que medida seu conteúdo constrange. Não apenas por uma razão jurídico-política de divisão institucional de atribuições, mas, pelo menos inicialmente, como uma constrição racional decorrente da semântica da formulação normativa. A presente investigação parte, portanto, da seguinte questão fundamental: É possível dar conta de limites de *racionalidade* no uso de argumentos interpretativos na fundamentação de decisões judiciais?

A *questão semântica* na interpretação é, portanto, se as formulações regras são capazes ou não de *constranger* as decisões judiciais — se o conteúdo semântico de termos

³⁹ “El escepticismo genovés está allí caracterizado según las siguientes cuatro tesis aquí muy brevemente reconstruidas: (i) entender a los enunciados interpretativos del tipo ‘T significa S’ como similares a las definiciones estipulativas (...); (ii) concebir a la actividad interpretativa como actividad con carácter prescriptivo y no cognoscitivo (... Guastini debilita esta afirmación al decir que parece más adecuado entender a los enunciados interpretativos como con ‘carácter adscriptivo’); (iii) prescindir de una teoría del significado para dar cuenta de lo anterior, siendo suficiente con observar lo que hacen los juristas cuando interpretan documentos normativos; (iv) el néustico de los enunciados prescriptivos jurídicos influye sobre el frástico de tales enunciados, tornándolo peculiarmente indeterminado.” Quanto a este último ponto, “la tesis de Tarello consistía en que la interpretación de un enunciado jurídico como (continente un néustico) prescriptivo (o imperativo) tenía consecuencias relevantes sobre la identificación del frástico (la parte proposicional de todo enunciado, prescriptivo o asertivo), de modo que éste no era (necesariamente) el mismo que el del enunciado interpretado con función descriptiva (...)” (VECCHI, 2013, p. 22).

⁴⁰ BRANDOM, 2013, p. 19.

e expressões pode ser utilizado como parâmetro para que se julgue interpretações como corretas ou incorretas. É preciso encontrar um caminho racional para a *objetividade da interpretação* enquanto método, o que parece estar vinculado de forma essencial à objetividade do significado linguístico.

O problema é, portanto, anterior ao das (e é pressuposto lógico das) teorias do direito sobre o papel do juiz na conformação institucional moderna. Mesmo quando o julgador deriva uma solução normativa a partir de um princípio bastante aberto — como a “dignidade da pessoa humana” —, ele o faz através de uma proposição normativa que descreve o que ele identifica como o *conteúdo normativo* do princípio. Este caráter linguístico da prática jurídica faz com que qualquer discussão sobre a interpretação das normas jurídicas (regras e princípios) e sua utilização como razões na adjudicação seja um objeto a ser abordado a partir da filosofia da linguagem. Para isso, primeiro é preciso delimitar o que se entende por “interpretação” na prática judicial de fundamentar decisões, o que faço a partir de uma tradicional distinção de níveis argumentativos na teoria da argumentação jurídica. Depois, identifico até onde as técnicas interpretativas comumente usadas pelos juízes são consideradas *juridicamente limitadas* pela linguagem da regra — para posteriormente verificar se essa limitação decorre da racionalidade da própria atividade. Isso permite definir, em uma primeira aproximação com base nos limites que os próprios julgadores traçam, uma terminologia descritiva para basear o restante da investigação, sem assumir uma tese normativa de como os juízes devem decidir, que é sustentada como uma questão secundária à da possibilidade de identificação do conteúdo das regras.

2.2 A racionalidade discursiva da fundamentação das decisões judiciais

A prática jurídica é baseada em regras. Regras são linguisticamente formuladas e promulgadas e, a partir delas, os destinatários são capazes de ordenar seus comportamentos, os advogados podem formular teses e os juízes decidem casos individuais. Como parte da prática jurídica, a fundamentação das decisões judiciais é essencialmente uma prática discursiva: nos ordenamentos jurídicos modernos, uma decisão judicial precisa ser justificada para ser considerada válida. Uma decisão sem fundamentação ou com fundamentação deficiente é nula, da mesma forma que uma petição inicial cuja conclusão

não decorre “logicamente” da narração dos fatos. A prática de fundamentar decisões é, assim, uma prática de dar razões que sustentem inferencialmente a conclusão.

Ao descrever sua abordagem inferencialista e se apropriar de uma expressão clássica de Sellars que ecoa o segundo Wittgenstein, Brandom descreve as práticas discursivas como “um jogo de dar e pedir razões”.⁴¹ No caso da adjudicação, os juízes têm o dever legal — no Brasil, constitucional — de dar razões para suas decisões, de modo que podemos chamá-la de uma prática de “dar e demandar razões”. Essas razões têm a forma de proposições que podem ser reconstruídas como asserções inferencialmente articuladas, assumindo por proposição uma unidade mínima desta prática discursiva, capaz de veicular um conteúdo que é inferencialmente relevante, de alguma forma, na argumentação. Esta argumentação pode ser entendida como uma sequência de argumentos, e estes como estruturas de proposições articuladas entre si como premissas e conclusões. Estas conclusões, por sua vez, servem como premissas de outros argumentos, até o final da argumentação, que é a determinação de uma solução para um caso.

Em uma prática discursiva, todas as razões são, em princípio, questionáveis. Mas isso necessariamente tem que ter um limite, sob pena de incorremos no regresso ao infinito contra qual Wittgenstein advertiu nas *Investigações Filosóficas*.⁴² Há um ponto a partir do qual é preciso *constatar* determinadas atitudes a partir das quais é possível falar em uma prática social. Esta é uma ideia fundamental por todo este trabalho, e uma premissa básica do inferencialismo. Por ora, no caso da adjudicação, isso significa que o jogo de dar e demandar razões para uma solução de um caso tem limites estruturais e conceituais: no primeiro caso, a argumentação precisa ser desenvolvida em uma articulação inferencial racional, e, no segundo, precisa ser, de alguma forma, amparada por razões últimas justificadas de antemão — o que na prática jurídica significa que devem corresponder ao direito vigente.⁴³

O que distingue a adjudicação — aqui entendida como a determinação de uma solução para um caso individual submetido ao juiz — do discurso prático de maneira geral, e a caracteriza como atividade *sui generis*, é uma restrição àquilo que pode servir como razão

⁴¹ “(...) the core of specifically linguistic practice is the game of giving and asking for reasons” (BRANDOM, 2000, p. 162).

⁴² WITTGENSTEIN, 2009, §201 e ss.

⁴³ ALEXY, 2013, p. 210.

na articulação inferencial que resulta na determinação de uma solução para o caso individual. Há uma pretensão de correção na formulação de um enunciado jurídico normativo como solução para um caso que se reflete não apenas na necessidade de que seja inteligível, mas especialmente na exigência de que “no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”.⁴⁴ Logo, por mais que seja possível que decisões judiciais sem fundamentação racional acabem sendo eficazes — e pretendo mostrar pelo menos dois casos disso na última parte deste trabalho —, esta pretensão de correção no sentido de que é necessário, de alguma forma, traçar as origens da solução dada pelo juiz ao direito vigente, é constitutiva da prática *jurídica* de fundamentar decisões judiciais.

Isso parece condicionar a validade da adjudicação à medida em que o resultado seja derivado apenas de regras,⁴⁵ o que excluiria os princípios jurídicos e morais.⁴⁶ Para entender este ponto, é preciso distinguir a justificação interna da externa no discurso.⁴⁷ Normalmente, ao tratar do discurso *racional*, pensamos de imediato na justificação interna enquanto validade das derivações inferenciais entre premissas e conclusões. Todavia, não se pode perder de vista a justificação externa — a correção dessas premissas.⁴⁸ A justificação externa não costuma ser um problema justamente porque se parte das regras de direito positivo e deriva-se, a partir delas, diretamente, uma solução para o caso. As regras são consideradas justificadas por *default*, já que o paradigma da adjudicação é de deferência ao legislador como titular da capacidade de definir soluções para casos gerais. Isso não quer dizer que a adjudicação precisaria necessariamente ser assim, apenas que, contingentemente, é assim que a prática jurídica foi modernamente estruturada. Um exame das decisões judiciais em qualquer prática jurídica contemporânea evidencia que a adjudicação consiste em grande parte em, a partir de um caso, determinar o direito aplicável a partir do direito posto.

⁴⁴ ALEXY, 2013, 211-212.

⁴⁵ Aqui utilizo “regras” para me referir às positivadas no ordenamento jurídico.

⁴⁶ Conquanto haja grande discussão sobre a definição de princípios, não pretendo aqui examinar essa questão, de modo que utilizo “princípios” de forma genérica para me referir a qualquer *standard* normativo que não seja uma *regra*, aqui considerada uma norma jurídica positivada no ordenamento jurídico. Em certos momentos, farei a identificação do *propósito* da regra, que é algo que pode se confundir com um “princípio”, e aqui essa distinção não é relevante — a alusão ao *propósito* se dá apenas para tornar mais claro que aquele princípio é utilizado como justificação para a regra em análise. (Cf. MARANHÃO; ARAÚJO, 2018, MARANHÃO, 2012a, 2015).

⁴⁷ ALEXY, 2013, p. 220 e ss.

⁴⁸ WRÓBLEWSKI, 1974, p. 39, e WRÓBLEWSKI, 1971, p. 412.

Vale ressaltar que frequentemente é esquecido que a justificação externa envolve a justificação de quaisquer premissas elementares na adjudicação — que não se limitam às regras. Duas outras categorias além das regras de direito positivo costumam ser identificadas. Uma é a dos enunciados empíricos — quando é preciso determinar se um fato ocorreu, o que pode ser feito “pelos métodos das ciências empíricas” ou até utilizando “as regras de ônus da prova no processo”.⁴⁹ A outra é constituída de proposições que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. E, neste ponto, os autores divergem. Seria fácil argumentar que os princípios jurídicos implícitos, os princípios morais, os propósitos das regras etc., fariam parte desta terceira categoria. Mas Alexy considera também os *cânones de interpretação* como justificação *externa* de soluções normativas derivadas de regras. Sustentarei, ao contrário, que a validade da inferência interpretativa faz parte da justificação interna, com base no inferencialismo, mas por ora, é possível incorporar a teoria da argumentação jurídica de Alexy para entender que, havendo essa necessidade de justificação externa das premissas primeiras a partir das quais as soluções normativas são derivadas, a utilização de regras de direito positivo como ponto de partida torna a argumentação judicial, em princípio, externamente justificada — pelo menos quanto às soluções normativas derivadas das regras em questão.⁵⁰ Se o juiz simplesmente “aplica as regras”, muito pouco é exigido em termos de fundamentação, havendo até quem diga que não é nem necessário interpretar as regras neste caso⁵¹ — *in claris cessat interpretatio*.

A questão, entretanto, não é tão simples, já que, se a fundamentação das decisões judiciais sempre começa considerando as regras aplicáveis ao caso, ela não necessariamente termina de acordo com a solução dada por essas regras. Muitas vezes a solução *para o caso* é derivada de outros standards normativos. Foi assim, inclusive, em *Riggs v. Palmer*,⁵² caso que Dworkin tornou famoso⁵³ e que serviu de base para sua primeira crítica ao positivismo, onde os julgadores decidiram de acordo com um princípio moral.⁵⁴ Nesses casos, há um ônus

⁴⁹ ALEXY, 2013.

⁵⁰ Adiante busco sustentar que os argumentos interpretativos são padrões inferenciais específicos, cuja validade é expressável através da ideia de inferência material desenvolvida em BRANDOM, 1994, 2000, 2002.

⁵¹ MARMOR, 2005.

⁵² New York State Court of Appeals, *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 1889.

⁵³ DWORKIN, 1978.

⁵⁴ O princípio pelo qual “ninguém pode ser beneficiado por sua própria torpeza” ou “por seu próprio crime”. No decisão consta que “(...) all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud,

argumentativo (de justificação) extra para o juiz: como as regras entram no jogo já justificadas externamente por *default*, é preciso dar razões para que as soluções normativas delas derivadas seja rejeitada.

Para exemplificar este ponto sem recorrer a uma decisão do século XIX, pode-se utilizar um julgado do Supremo Tribunal Federal de 1968. O caso era de um professor universitário afastado de seu cargo com base na “lei de segurança nacional”⁵⁵ por ter sido denunciado criminalmente pela prática de um “ato subversivo”. O argumento do professor era de que ele havia sido apenas denunciado, e não condenado (até então). O Tribunal decidiu o caso dando uma solução derivada de uma solução normativa, a de que não poderia haver repercussão negativa contra ele pela simples existência de um processo criminal, pois “o indivíduo se presume inocente até ser condenado”.⁵⁶ A solução (recondução do professor ao cargo) foi dada a partir de uma solução normativa que, por sua vez, foi derivada do *princípio* da presunção de inocência.

Ocorre que este princípio, até então, não era enunciado explicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, o que somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988. Houve, portanto, naquela ocasião, antes mesmo da primeira crítica de Dworkin ao positivismo, uma decisão do STF proclamando um princípio implícito ao ordenamento jurídico — o que, em 2014, foi interpretado por um dos Ministros da Corte como uma *declaração* de um princípio “imaneente” ao sistema constitucional.⁵⁷ Conforme o Relator do caso em 1968, “[n]ão é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos”.⁵⁸

O ponto é que o STF, primeiro, considerou a solução normativa dada pela regra do direito posto aplicável ao caso.⁵⁹ Em seguida, *rejeitou-a* por inconstitucionalidade. Para

or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes” (New York State Court of Appeals, *Riggs v. Palmer*, 1889, p. 511-512).

⁵⁵ Decreto-Lei nº 314, de 1967.

⁵⁶ STF, *HC 45.232*, 1968. Esta proposição foi enunciada em voto do Min. Gonçalves de Oliveira, em aparte durante o voto do Min. Evandro Lins, p. 3. Depois, no próprio voto, p. 1-2.

⁵⁷ Interpretação do julgado pelo Min. Celso de Mello em em STF, *RE 591.054*, 2014.

⁵⁸ STF, *HC 45.232*, 1968.

⁵⁹ “Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade

dar uma solução diferente, foi identificado um *standard* normativo que, uma vez aplicado, determinava a inconstitucionalidade do art. 48 da Lei de Segurança Nacional e uma solução normativa diferente para o caso: a recondução do processor à função. Isso mostra que essa justificação externa *default* das regras impõe que, mesmo quando há a rejeição de uma solução normativa derivada da regra aplicável, (a) a regra é utilizada como ponto de partida da argumentação; e (b) é preciso justificar a rejeição da solução normativa derivada da regra.

É possível, portanto, na justificação interna, distinguir três dimensões, ou níveis, do discurso que constitui a fundamentação das decisões judiciais, que correspondem a três atividades nessa argumentação: a de identificar regras aplicáveis, a de interpretá-las, e a de determinar uma solução para o caso.

Primeiro, não se concebe na prática jurídica que um juiz que fundamente suas decisões sem sequer buscar no ordenamento jurídico vigente regras que seriam aplicáveis ao caso. A racionalidade que nos qualifica como seres “sapietes”, ou seja, capazes de usar conceitos, e não apenas “sencientes”, ou capazes de reagir de forma consistente a estímulos, na terminologia de Brandom, é identificada com a capacidade de ser um “jogador” no “jogo normativo de dar, analisar, produzir e consumir razões”.⁶⁰ No jogo específico de fundamentar decisões judiciais, exige-se como ponto de partida que soluções sejam derivadas de *regras* — por mais que essas soluções normativas não *controlem* o resultado.

Segundo, se é necessário que a adjudicação tenha por base o sistema de regras, há uma racionalidade subjacente à prática jurídica que também impõe uma normatividade implícita: a da linguagem. Teoria do direito e filosofia da linguagem precisam se intercalar porque é necessário interpretar regras que são formuladas linguisticamente.

Terceiro, a partir de regras devidamente interpretadas, a argumentação judicial prossegue *derivando* uma solução para o caso individual. Neste nível não se admite que, havendo solução normativa derivada das regras aplicáveis ao caso, o juiz fundamente a decisão em suas próprias considerações sobre o que é certo a fazer em um determinado caso, sem qualquer alusão a *standards* normativos (de maneira geral) que seriam aplicáveis como razões de decidir. Da mesma forma que na hipótese de fundamentar sem identificar as regras

privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.”

⁶⁰ BRANDOM, 2000, p. 81.

aplicáveis, este juiz fatalmente acabaria proferindo uma decisão que seria classificada como não fundamentada e facilmente anulada pelas instâncias superiores. Isso porque a racionalidade jurídica da prática está ligada a uma relação de adequação entre os argumentos utilizados na fundamentação e os critérios e mecanismos para determinar a correção de movimentos internos à prática, que consistem nas regras enquanto ponto de partida e na fundamentação última da decisão em *standards* normativos dotados de generalidade. Para a rejeição da solução normativa derivada do sistema de regras, outra solução *normativa* deve de ser derivada, e por isso outro *standard* normativo precisa ser utilizado como ponto de partida. Na decisão citada acima, foi um princípio jurídico implícito. Em outras situações, como no caso de lacuna normativa, pode ser uma regra que se aplicaria a um caso considerado semelhante

Assim colocadas as coisas, é possível descrever que, embora a regra aplicável ao caso não necessariamente determine o *resultado* da adjudicação, a argumentação judicial sempre será feita *a partir* da regra. Quando os autores da teoria da argumentação jurídica condicionam a racionalidade da decisão judicial à utilização de *regras* como razões, evidenciam que a fundamentação invariavelmente busca as regras aplicáveis ao caso e resolve o que fazer não só a partir das regras, *mas com as regras*. Logo, em todas as decisões judiciais, inclusive as que efetivamente não aplicam as consequências determinadas pelas regras, a validade da adjudicação está vinculada à definição do que deve ser feito com a solução normativa da regra e eventualmente a derivação racional de uma solução normativa a partir de um *standard* dotado de generalidade, uma “norma universal”,⁶¹ por maior que seja a abertura do conjunto de razões que podem validamente servir para esse fim. A questão de como isso vai ser justificado — se internamente ou externamente — precisa ser melhor detalhada adiante.

Desta forma, assume-se aqui que a regra tem um papel fundamental como *objeto* do discurso judicial, mas não *decisivo* — e buscarei descrever uma objetividade para a interpretação judicial que seja coerente com este ponto de partida. Assim, a presente discussão pressupõe, mas não se insere, no debate entre o positivismo jurídico, de um lado, e teorias não-positivistas, de outro. Não é relevante aqui se o conjunto de razões juridicamente válidas para a derivação de soluções para os casos submetidos aos juízes deve

⁶¹ ALEXY, 2013, p. 221.

se restringir às regras que passem pelo critério de *pedigree*, ou se, em outro extremo, a própria atividade de adjudicar vai constituir, de alguma maneira, o “direito válido”, ou qualquer teoria que se insira entre estas. A partir de algum *standard* normativo, quer sejam regras, princípios jurídicos explícitos ou implícitos, princípios morais, propósitos, há uma atividade de derivação, a partir do sistema de regras, de uma solução que é *normativa*, ou seja, é imposta, de alguma forma, independentemente da vontade, opinião ou preferência pessoal do julgador. O caráter especial das regras aqui reside em sua ubiquidade na adjudicação: elas são objeto da argumentação mesmo quando a solução delas derivada é (precisa ser) rejeitada.

É claro que a discussão em torno dos critérios para definição do que pode ser validamente considerado uma razão para figurar como *standard* normativo neste processo de derivação de uma solução é relevante para a racionalidade da adjudicação. Definir se é ou não possível um acordo sobre as fontes, ou se a discordância em torno das fontes é fundamental a ponto de impedir qualquer objetividade na identificação do que é ou não direito, diz respeito às premissas básicas do discurso judicial. O ponto é que não é necessário, para investigar os limites dos argumentos interpretativos na fundamentação das decisões judiciais enquanto prática discursiva, aderir a uma tese sobre o que o direito (enquanto conjunto de razões jurídicas) é. Basta identificar que, qualquer que seja o resultado da adjudicação, é certo que alguma regra precisará ser interpretada — ou parte-se do sistema normativo para definir que não há regra aplicável (lacuna normativa).

Assim, na decisão do STF, é possível perceber que o Tribunal identificou uma regra aplicável ao caso, derivou desta regra uma solução normativa em um processo interpretativo e rejeitou esta solução, considerando-a inconstitucional. O parâmetro de controle da constitucionalidade foi um princípio jurídico implícito, que serviu também como norma geral por meio da qual o STF derivou outra solução normativa: a de que o professor deveria ser reconduzido ao cargo. Esta descrição não depende de se considerar o princípio (naquela época ainda implícito) da presunção de inocência como “direito” ou não, como razão jurídica ou extrajurídica. Na análise feita nas páginas seguintes, não se faz nenhuma crítica quanto às razões utilizadas como *standards* normativos. Em praticamente todas há a identificação de propósitos subjacentes às regras em jogo ou a aplicação de princípios explícitos e implícitos. A partir do que os Tribunais consideram como razões externamente justificadas nesse sentido incontroverso apropriado da teoria de Alexy, busca-se fazer uma

análise de um aspecto relevante da fundamentação das decisões judiciais — a forma como se interpretam as formulações de regras.

Aqui a questão volta para a justificação interna. Se partimos de regras na argumentação, pressupomos um legislador racional,⁶² que cria regras para atingir certos objetivos. Se as regras são meios para os fins do legislador, isso significa que elas precisam *constranger* a conduta dos destinatários — inclusive juízes. Mas isso só é possível se a linguagem das regras, o veículo utilizado para veicular regras jurídicas a partir de formulações normativas, é capaz de constranger, de alguma forma, a decisão judicial. Se a “textura aberta” da linguagem significar que as regras linguisticamente formuladas não têm (e não podem ter) um “núcleo de significado consensado”, como denominou Hart,⁶³ o ceticismo a que Brandom aludiu como um “fantasma” a assombrar a prática jurídica parece ser um destino inevitável.

Mas os próprios participantes percebem a prática jurídica parecem considerar que há este constrangimento. Como Dworkin acentuou de forma essencial em sua primeira crítica,⁶⁴ os juízes não veem sua atividade como ilimitada, e buscam fundamentar suas decisões a partir de *standards* que consideram vinculantes. Um participante da prática jurídica intuitivamente responderá, portanto, que “nem tudo é possível”, ou seja, que a regra jurídica, e mais precisamente a linguagem da regra jurídica, de fato constrange (ou pelo menos pode constranger) a interpretação do julgador. Por outro lado, se a formulação das regras é capaz de constranger as decisões judiciais, deve haver limites para a interpretação a partir da linguagem das regras. Esses limites seriam de racionalidade, e a discussão antes feita no nível jurídico (da justificação externa) se concentra aqui no nível linguístico: se o significado linguístico é *normativo*, e como identificar esta normatividade.

Parece ser possível dizer que, pelo menos intuitivamente, a normatividade do significado linguístico seria condição para a própria existência de uma prática jurídica de seguir regras.⁶⁵ Não há como utilizar regras como razões no jogo de dar e demandar razões sem que o conteúdo dessas regras possa ser determinado com um mínimo de objetividade.

⁶² MARANHÃO, 2015.

⁶³ HART, 1994, cap. VII.

⁶⁴ DWORKIN, 1978.

⁶⁵ HART, 1994; MACCORMICK, 2010.

Esta conclusão está presente em muitos autores, de Kelsen, Hart, Raz a Dworkin, MacCormick, Schauer e Juliano Maranhão. Mas a questão de um conteúdo conceitual objetivo que se verifica na filosofia da linguagem já em Frege, Russell, Strawson e Grice, dentre muitos outros, não é tão simples quando se trata de determinar como este conteúdo conceitual pode ser objetivamente determinado. O desafio cético de Quine e de Kripke — ou de Wittgenstein como lido por Kripke — dividiu as teorias semânticas e até hoje uma resposta está longe de atingir o status de “definitiva”, se é que um dia isso será possível. Todavia, o esforço dos teóricos a partir da segunda metade do século XX em fornecer uma resposta ao desafio cético na filosofia da linguagem mostra que a simples intuição de que a objetividade conceitual é identificável é pouco persuasiva se não conseguimos dar uma descrição de *como identificá-la*.

É em razão dessa dificuldade que o “fantasma do ceticismo” que ronda a filosofia do direito parece particularmente interessado na interpretação judicial, especialmente no que se argumenta como a ausência de limites determinados para a atividade dos juízes. Se a linguagem das regras precisa constranger a atividade judicial, esse constrangimento precisa ocorrer no momento da interpretação das regras aplicáveis a um caso, e não basta falar que há uma (óbvia) objetividade na atividade interpretativa dos juízes — é necessário descrever *como* essa objetividade pode ser alcançada, e isso pressupõe que ela possa ser *expressa* de alguma maneira. A filosofia da linguagem precisa, então, ser incorporada à discussão neste momento, no processo de derivação de soluções normativas a partir das regras aplicáveis, para proporcionar uma descrição de como esses limites operam.

Essa incorporação torna a presente investigação uma análise da racionalidade da interpretação judicial, que é feita a partir dos argumentos interpretativos rotineiramente utilizados pelos juízes na fundamentação de suas decisões — e um que, embora não seja tradicional na adjudicação, tem sido utilizado com bastante frequência em julgados do Supremo Tribunal Federal: o argumento semântico com tese de redefinição conceitual. Contudo, por ser um problema que envolve questões de diferentes ordens, a discussão costuma navegar sem muito critério pelos níveis do discurso judicial, e entre justificação interna e externa, sendo necessário, para abordar a questão de forma clara, primeiro explicitar o que realmente está em jogo, e para isso é necessário situar a discordância em torno da indeterminação do direito e da objetividade da interpretação. O que Sellars chamava de “método Socrático” é justamente essa maneira de

colocar nossas práticas sob controle racional ao expressá-las explicitamente de uma forma em que elas possam ser confrontadas com objeções e alternativas, uma forma em que elas possam ser exibidas como conclusões de inferências buscando justificá-las com base em premissas lançadas como razões, e como premissas em novas inferências explorando as consequências de aceitá-las.⁶⁶

Esse método, que Brandom qualifica como um “paradigma de processo racional”, depende da possibilidade de *explicitar* o que está *implícito*, de trazer a normatividade implícita na prática para o jogo de dar e demandar razões.⁶⁷ Por isso é necessário esclarecer de que indeterminação estamos falando, e qual a objetividade que buscamos (ou reputamos inalcançável). Em seguida, com a aplicação do modelo que alia uma pragmática normativa a uma semântica inferencialista se busca, primeiro, evidenciar a estrutura inferencial implícita na adjudicação e a natureza dos argumentos utilizados na fundamentação de decisões judiciais, e, segundo, dar conta de uma “rota social” para a objetividade conceitual no cerne da questão da normatividade da formulação linguística das regras jurídicas.

A partir deste projeto, identificando três atividades distintas na argumentação judicial, podemos caracterizá-las como *três níveis* para os fins de uma investigação descritiva (ou expressiva): (1) identificar quais regras são aplicáveis em um determinado caso; (2) estabelecer a solução normativa a partir do conteúdo das regras jurídicas aplicáveis em um determinado caso; (3) determinar uma solução para o caso em análise.⁶⁸

2.3 A racionalidade da interpretação pelos juízes

Considerando o objetivo específico de analisar os limites de racionalidade dos argumentos interpretativos, não é necessário fornecer ou tentar sintetizar uma teoria geral da interpretação jurídica. Não se busca delimitar o que seria a melhor interpretação ou *como* seria a maneira “correta” de efetuar a interpretação jurídica — ambições que Raz inclusive

⁶⁶ BRANDOM, 2000, p. 56. Sobre o método Socrático, SELLARS, 1980, nota nº 2.

⁶⁷ BRANDOM, 2000, p. 57.

⁶⁸ Excluo aqui a possibilidade de argumentação que resulta em uma decisão sem referência a *standards* normativos, por não considerar que o caso seria de uma argumentação distinta de um discurso prático em geral. O restante é uma adaptação da teoria discursiva de Alexy (2013) de modo a acomodar a distinção entre interpretação e construção que será trabalhada adiante.

considera inatingíveis.⁶⁹ Adota-se aqui uma metodologia *expressiva* cujo propósito é *explicitar* o que se faz na interpretação judicial, e a partir daí a maneira como a prática de fundamentar decisões judiciais, enquanto prática *discursiva* específica, está sujeita a uma normatividade implícita.

A própria definição do que seria “interpretação” está longe de um consenso: uns a descrevem como a definição do sentido legal de um texto dentro do espectro de suas possibilidades semânticas,⁷⁰ outros a definem como a passagem de um texto legal para uma regra legal,⁷¹ ou ainda a passagem do conteúdo linguístico para a intenção comunicativa.⁷² Assim, conquanto haja uma pletera de descrições para a expressão “interpretação jurídica”, uma definição mais técnica como a de Alchourrón e Bulygin é mais útil para delimitar o objeto de análise.

Após alertar que na teoria do direito a distinção entre a identificação do conteúdo normativo e a definição do que o juiz deve fazer em um caso concreto não é tão clara quanto seria necessário, e que normalmente isso tudo é tratado sob o rótulo “interpretação”,⁷³ eles a definem como a determinação de *consequências* que podem ser derivadas de regras.⁷⁴ Mas que regras? Uma ideia fundamental de *Normative Systems* é a de que, normalmente, não nos interessamos, nem mesmo em um discurso da dogmática jurídica, por *todo* o ordenamento, mas focamos em uma pequena porção dele, porque o ponto de partida do discurso judicial é sempre um *caso*.

Podemos definir “caso” como um conjunto de circunstâncias, real ou hipotético, para o qual uma solução (normativa) deve ser determinada, em abstrato ou ao final de um processo judicial. Exemplos famosos na tradição jurídica como o do barbeiro de Bologna, relatado por Pufendorf, seriam “casos” nesse sentido. O que chamo aqui de *caso individual* é um caso submetido a um juiz ou tribunal para o qual *deve ser dada uma solução* — não apenas determinar uma solução normativa derivada a partir de uma regra.

⁶⁹ RAZ, 1975, 1979, 2001, 2009.

⁷⁰ BARAK, 2005.

⁷¹ HAGE, 1996; TARELLO, 2013; WALTON; SARTOR; MACAGNO, 2016).

⁷² LEVINSON, 2000.

⁷³ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 31.

⁷⁴ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 67-68.

A partir de um caso, identificam-se as regras que seriam aplicáveis no processo de derivação de soluções normativas — ainda que a solução normativa que acabe *controlando* o resultado não seja derivada de uma regra, mas de outro *standard* normativo como um princípio ou o propósito da regra. No caso julgado pelo STF em 1968 e relatado no item anterior, a regra aplicável seria o art. 48 da Lei de Segurança Nacional, que acabou rejeitada por inconstitucionalidade em cotejo com o princípio implícito da presunção de inocência. Assim, em todos os casos analisados, as regras jurídicas aplicáveis formam um conjunto bastante restrito, o que facilita a reconstrução argumentativa. Ao falar na identificação das *regras* aplicáveis, é preciso levar em conta, ainda, a distinção entre regras e formulações de regras. Utilizando o exemplo de Schauer, “não ande sobre a grama”, “andar sobre a grama é proibido” e “não se pode andar sobre a grama” constituem apenas uma, e não três, regras.⁷⁵ Esta distinção é relevante para a compreensão do processo interpretativo, de modo que, salvo especificação em contrário, ao dizer que a regra foi identificada, quero me referir à formulação de uma regra em um diploma legal válido.

Uma vez identificado o caso e as regras aplicáveis — atividade no primeiro nível da argumentação judicial como discriminado no item anterior —, segue-se a derivação de soluções normativas, ou seja, formulam-se proposições normativas que veiculam as determinações para o caso pelas regras aplicáveis,⁷⁶ o que corresponde ao segundo nível da argumentação.

“Proposições normativas” são asserções sobre regras (neste momento) ou sobre *standards* normativos de maneira geral. Apesar de a distinção entre normas e proposições normativas ser essencial, normalmente há confusão em razão de duas asserções por vezes coincidirem em ambas as funções.⁷⁷ Uma regra é uma sentença prescritiva quando ao *status* deontico (obrigatório, permitido ou proibido) de determinadas condutas.⁷⁸ Proposições normativas são “expressadas por sentenças descritivas que veiculam informações sobre [regras] ou sobre as obrigações, permissões ou proibições determinadas pelas [regras]”.⁷⁹

⁷⁵ SCHAUER, 1988, p. 538.

⁷⁶ Alchourrón e Bulygin (1971) definem uma norma funcionalmente como algo que fornece uma solução para um caso.

⁷⁷ BULYGIN, 2015, p. 304.

⁷⁸ VON WRIGHT, 1963.

⁷⁹ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 121.

Assim, ao dizer que, no direito brasileiro, “o aborto é proibido”, não estamos proclamando uma regra, mas descrevendo, através de uma proposição normativa, algo como “há uma regra no sistema normativo brasileiro que proíbe o aborto” ou “uma regra que proíbe o aborto é consequência [inferencial] do sistema normativo”.

Uma solução normativa é uma proposição normativa que descreve a determinação feita por uma regra para um caso que se amolde à *facti species* normativa,⁸⁰ ou, em um segundo momento, por um *standard* normativo utilizado para a derivação de outra solução. A solução normativa que o art. 124 do Código Penal dá em caso de aborto é a prisão (detenção) por 1 a 3 anos, que seria enunciada pela proposição normativa “quem pratica aborto em si mesma deve ser punida com detenção de 1 a 3 anos”,⁸¹ que reflete a existência de uma regra no sistema normativo nesse sentido. Esta solução normativa pode ser considerada moralmente reprovável por alguns, e até não ser aplicada — como de fato não o foi pelo STF⁸² —, mas isso depende de uma *valoração* da solução, o que não significa que uma solução normativa não possa ser *identificada* no sistema normativo em questão.

Delimita-se, desta forma, o sistema normativo relevante para a solução do caso. Para isso é preciso evidenciar que ele é composto não apenas pelas regras explícitas em diplomas normativos, mas também pelas *consequências* dessas regras. Se no direito brasileiro existe a sentença “o voto é obrigatório para os maiores de dezoito anos”⁸³ e ela é considerada válida, a sentença “o voto é obrigatório para os maiores de 30 anos” também é válida nesse sistema porque é consequência lógica da primeira.⁸⁴ A relação de consequência aqui é *inferencial*. Deste modo, o conteúdo do sistema normativo relevante para solução do caso individual é dado pelo caso, pelas regras e pelas “regras de inferência”⁸⁵ que determinam as consequências das regras. Assim, as regras logicamente derivadas das regras válidas são também válidas.⁸⁶

⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, 2003. No mesmo sentido, BULYGIN, 2015, p. 304.

⁸¹ A proposição normativa aqui é formulada pelo ponto de vista do julgador que precisa solucionar o caso.

⁸² STF, *ADPF 54*, 2012.

⁸³ Constituição Federal, art. 14, §1º, I.

⁸⁴ Adaptando o exemplo que Alchourrón e Bulygin dão em 1971, p. 69-70.

⁸⁵ Adiante tratarei especificamente da inferência, e detalharei porque não é adequado falar em *regras de inferência*.

⁸⁶ MARANHÃO, 2012a.

Proposições normativas não são, nesse sentido, “verdadeiras ou falsas”, mas refletem corretamente ou não o conteúdo de normas jurídicas. Isso depende justamente das “regras de inferência”. Uma proposição normativa válida é aquela que é validamente derivada, de acordo com as regras de inferência, a partir do material pré-interpretativo. Distingue-se, portanto, entre o ordenamento jurídico como a base de regras pré-interpretativa e os *sistemas normativos* como o conjunto localizado de “razões para agir conforme o direito”.⁸⁷

A interpretação que nos interessa é, portanto, aqui considerada como a *derivação racional de soluções normativas a partir do sistema normativo no processo de determinação de uma solução para um caso individual*.

Assim, se é um traço distintivo da argumentação jurídica que o ponto de partida seja o sistema normativo relevante para o caso individual a ser solucionado, esta articulação inferencial aqui definida de modo a, do sistema normativo, derivar soluções normativas, é a atividade interpretativa realizada rotineiramente pelos juízes. Não se ignoram as demais concepções de interpretação na teoria do direito — especialmente teorias mais substanciais nesse sentido como a de Dworkin —, mas todas podem ser descritas como suplementação desta concepção *elementar* de interpretação, que é suficiente para a análise que se pretende fazer.

A partir desta definição, a interpretação se insere na argumentação jurídica que caracteriza a fundamentação das decisões judiciais como inferência ou padrão inferencial na articulação de razões. Nesse sentido, é possível afirmar que toda decisão judicial envolve algum tipo de interpretação, ainda que em certos casos isso não seja percebido porque a instanciamento normativa a um caso é consensada e a aplicação da regra não é problemática.⁸⁸ Logo, *sempre* é necessário interpretar, não havendo compreensão “pré-interpretativa”.⁸⁹ É comum que falemos em “interpretação” apenas quando a instanciamento de uma regra parece de alguma forma problemática,⁹⁰ mas isso ignora um processo interpretativo “inconsciente”

⁸⁷ MARANHÃO, 2012a, p. 110.

⁸⁸ MARANHÃO, 2012a.

⁸⁹ BARAK, 2005 p. XV.

⁹⁰ MARMOR, 2005.

nos casos em que a aplicação de uma regra é tranquila. Deste modo, “toda aplicação de uma regra é uma interpretação.”⁹¹

Aqui a questão quanto aos *critérios* para a interpretação retorna. Uma vez identificado o caso e o sistema normativo aplicável, como proceder deste material-base para as soluções normativas? Seria possível responder a esta questão apenas apontando o que os juízes fazem nesta etapa, mas a questão é que, se a interpretação é uma atividade racional, há uma normatividade implícita pela qual é possível aferir se o processo interpretativo foi validamente desempenhado, e o relevante é conseguir falar algo sobre essa normatividade. A literatura costuma falar de “regras” de inferência,⁹² “regras” linguísticas de interpretação,⁹³ “regras” disciplinadoras. Quanto às últimas, Fiss diz que são “reconhecidas pela comunidade interpretativa como autoritativas” e “constrangem o intérprete e constituem os standards pelos quais a correção da interpretação deve ser julgada”.⁹⁴ Seriam regras constitutivas da prática interpretativa, uma “gramática profissional”.

A natureza dessas “regras” de inferência ou limitadoras está no cerne da questão. Porque se há uma *regra* (no sentido comum de um enunciado prescritivo)⁹⁵ que estabelece como uma inferência deve ser feita (por exemplo, utilizando, na interpretação, do significado dos termos na linguagem ordinária por padrão, e somente em contextos específicos o seu significado técnico-jurídico), esta regra também pode precisar de interpretação (para se saber o que é o significado técnico-jurídico de um termo em oposição a seu significado na linguagem ordinária). Se há uma inferência, deve haver uma maneira de, como disse Wittgenstein, dar conta desta inferência sem recorrer a uma regra que pode demandar outra regra para ser interpretada, e assim sucessivamente. Falar em “regras” aqui pode já ser, de início, confuso e tecnicamente pouco preciso. É necessário dar conta da objetividade da interpretação de uma forma mais ampla, abrangendo tanto a normatividade do significado semântico quanto a racionalidade das técnicas interpretativas na prática jurídica.

Do que foi dito até aqui, é possível então situar os dois principais problemas comumente associados à atividade interpretativa: a possibilidade de identificação de um

⁹¹ SCHAUER, 1991, p. 207.

⁹² ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

⁹³ BARAK, 2005.

⁹⁴ FISS, 1982, p. 744-745.

⁹⁵ VON WRIGHT, 1963.

conteúdo conceitual objetivo (cuja negativa leva ao ceticismo) e a aparente ausência de limitação quanto às técnicas utilizadas no processo interpretativo, já que “argumentos interpretativos” parecem ser utilizados pelos Tribunais para dar base a qualquer tipo de resultado — ou pelo menos os Tribunais são acusados de decidir desta forma. Ambos os problemas têm relação, portanto, com o primeiro e segundo níveis da argumentação jurídica.

Tanto a possibilidade de um conteúdo conceitual objetivo quanto os limites da atividade interpretativa foram abordados pela literatura sobre a interpretação jurídica com teses sobre *como* ela deve ser feita, vinculando este procedimento à própria racionalidade do processo interpretativo dentro deste esquema maior da argumentação jurídica na adjudicação. O “*como*” pode ser entendido de várias formas, e exames de racionalidade do processo interpretativo não raro se confundem com teses normativas sobre o papel do juiz em uma configuração institucional com separação de poderes em relação ao legislador. A partir desta confusão, inúmeras teses são derivadas, tornando a atividade de análise menos precisa. Estes dois grandes grupos de teses sobre a interpretação serão abordados na sequência, na tentativa de esclarecer o que efetivamente está em discussão.

2.4 A linguagem das regras pode constranger?

Acessamos as regras jurídicas através das formulações dessas regras, que sempre têm de ser interpretadas. O primeiro problema quando se fala na objetividade da interpretação jurídica diz respeito à possibilidade de identificação do conteúdo normativo na formulação das regras, o que está frequentemente ligado na literatura ao papel do texto na fundamentação das decisões judiciais.

Schauer, por exemplo, diz que a questão central da argumentação jurídica é a medida em que o “material jurídico” impõe limitações às decisões jurídicas. Mas neste ponto ele já fez uma identificação entre “material jurídico” e interpretação literal do texto, para dizer que a “textualidade da lei” é uma de suas propriedades centrais.⁹⁶ E o debate se desenvolve desta forma, vinculando teses conceituais e normativas, o que criou, de um lado, textualistas e originalistas, e, de outro, defensores de uma “interpretação dinâmica” das regras jurídicas. Uma incursão nesses extremos pode ajudar a delimitar o problema.

⁹⁶ SCHAUER, 1991, 1998, 2011.

Os originalistas defendem um texto “estático”, de modo que o seu significado é fixado na data em que a lei foi promulgada, seja pelo significado que os conceitos tinham naquele momento ou pela intenção dos legisladores.⁹⁷ Não é uma tese tão antiquada quanto parece: até hoje argumentos nesse sentido aparecem com frequência nas decisões do Supremo Tribunal Federal — em uma delas, de 2011, um dos Ministros chegou a buscar os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 para averiguar o propósito do constituinte originário.⁹⁸

A primeira variante do originalismo considera os significados “estáticos”, fixados pelo “significado público original” dos conceitos utilizados.⁹⁹ A segunda, considera que o que fixa o texto é o propósito legislativo, de modo que uma leitura atualizada do texto poderia ser feita à luz deste propósito original. É notório que a segunda perspectiva foi endossada nas arguições, ainda em 1953, de *Brown v. Board of Education of Topeka*,¹⁰⁰ onde os Justices da Suprema Corte Americana adiaram o julgamento e pediram que as partes levantassem qual teria sido a intenção dos congressistas ao aprovar a 13ª emenda à Constituição Americana.

Os originalistas não negam que técnicas de interpretação jurídica sejam normalmente utilizadas pelos juízes, especialmente na interpretação dos conceitos mais abertos de uma Constituição, mas, mesmo nestes casos, exigem que “os intérpretes modernos sigam as regras de interpretação originalmente usadas pelo Constituinte tanto quanto o significado original das palavras e as regras de gramática da época”.¹⁰¹

Por esta perspectiva, o ônus sobre os juízes na interpretação não é pequeno. Na verdade, parece tão grande que a tese é qualificada como uma ficção, já que exige o discernimento de um “significado textual que faça sentido no presente a partir de material

⁹⁷ Sobre a interpretação constitucional, Solum exemplifica os dois grupos: “Original-Intentions Originalists may believe that the semantic content of the Constitution was fixed by the intentions of the Framers or ratifiers. Original-public-meaning Originalists may believe that the linguistic meaning of the Constitution is the meaning that the constitutional text had to the competent speakers of American English at the time the Constitution was framed and ratified” (SOLUM, 2010, p. 101).

⁹⁸ STF, *ADPF 132*, 2011.

⁹⁹ FARNSWORTH, 2018.

¹⁰⁰ SCOTUS, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954.

¹⁰¹ SOLUM, 2010, p. 112.

histórico cujo significado é frequentemente impossível de recriar de forma fiel”.¹⁰² Este é um dos argumentos utilizados pelos que defendem uma interpretação dinâmica.

Por este método, a melhor interpretação de uma regra ou conjunto de regras é a que “mais se coaduna com nossa atual ‘rede de crenças’ e políticas em torno do diploma legal”.¹⁰³ No *locus classicus* da interpretação dinâmica, Eskridge diz que o intérprete de hoje deve conciliar três perspectivas, nenhuma das quais seria capaz de controlar o resultado isoladamente: (1) o texto, que representa um limite para as opções interpretativas possíveis; (2) as expectativas dos legisladores ao promulgarem o texto, o que ele chama de perspectiva histórica; e (3) “a evolução subsequente da lei e seu contexto atual, especialmente as formas em que o ambiente social e legal em torno da lei mudou materialmente com o passar do tempo”,¹⁰⁴ que seria a perspectiva evolutiva.

No Brasil, uma “interpretação evolutiva” foi expressamente usada nos Tribunais superiores em diversas oportunidades. Ao decidir que Deputados Federais perderiam o mandato em caso de troca de partido, o que ficou conhecido como a tese da necessária “fidelidade partidária”, o Tribunal Superior Eleitoral, e depois o STF, fundamentaram as conclusões em uma “uma interpretação evolutiva de nosso ordenamento constitucional” considerando as “características do sistema proporcional adotado no Brasil”.¹⁰⁵ Quando o STF, em 2017, entendeu que a imunidade tributária que a Constituição confere aos “livros” deveria ser aplicada aos “livros eletrônicos”, fundamentou que os avanços tecnológicos, sociais e culturais desde 1988 demandavam uma “interpretação evolutiva”.¹⁰⁶

Ocorre que, na interpretação dinâmica, não se diz que o conceito de “livro” seria outro se a Constituição fosse promulgada em 2017. A conclusão é a de que o conceito de livro efetivamente teria mudado entre 1988 e 2017. Teria havido uma redefinição conceitual, e a questão é como dar conta disso em uma teoria que diz expressamente que a perspectiva textual é “crítica”, e que o “Estado de Direito” demanda que “leis promulgadas pela legislatura devem ter efeito, e os cidadãos devem ter uma razoável previsão quanto às regras

¹⁰² ESKRIDGE, 1987, p. 1482.

¹⁰³ ESKRIDGE, 1987, p. 1483.

¹⁰⁴ ESKRIDGE, 1987, p. 1483 grifei.

¹⁰⁵ STF, *MS 26.603*, 2007.

¹⁰⁶ STF, *RE 330.817*, 2017.

que governam o seu comportamento”.¹⁰⁷ A resposta de Eskridge é considerar as três perspectivas como um contínuo: o texto controla o resultado como *default*, mas no outro extremo haveria os casos em que nem o texto nem a perspectiva histórica claramente determinam uma solução, e aí mudanças no contexto social e histórico fazem com que a perspectiva evolutiva controle o resultado da interpretação.¹⁰⁸

Mas aqui Eskridge parece vincular a possibilidade de interpretação evolutiva aos casos “não-claros”, que ele define como aqueles em que não haveria uma resposta clara a partir do texto ou da perspectiva histórica.¹⁰⁹ O dilema entre a deferência ao texto (e ao legislador) e a necessidade de que a interpretação possa ser “atualizada” diante de mudanças sociais significativas parece assumir contornos de um “dilema”: ou se busca o primeiro caminho, e o resultado será alguma versão do originalismo, ou se segue pelo segundo, e a interpretação dinâmica que se afasta do texto receberá as críticas de que os juízes agem sem uma necessária limitação por standards normativos e de interpretação — não muito diferente da crítica do realismo jurídico norte-americano. As teorias que buscam se situar entre as alternativas do dilema, como a de Eskridge, acabam por descrever um método que fornece muito pouco em termos de uma efetiva técnica de interpretação que pudesse ser considerada uma resposta à pergunta “como interpretar?”.

Além disso, ele evita abordar de forma direta justamente os casos claros, onde há uma determinação normativa claramente identificável e, mesmo assim, os julgadores decidem de modo diverso. Isso seria “interpretação dinâmica” conferindo mais peso ao aspecto evolutivo? Mas o aspecto evolutivo não prevalece apenas em casos de ambiguidade e vagueza? Aqui o autor, mostrando bem como o debate navega entre diferentes níveis, recorre a Cardozo, que famosamente afirmou que “o processo em seus níveis mais altos não é descoberta, mas criação”.¹¹⁰ Isso está longe de ser um critério interpretativo claro,¹¹¹ dando

¹⁰⁷ ESKRIDGE, 1987, p. 1483.

¹⁰⁸ ESKRIDGE, 1987, p. 1496.

¹⁰⁹ Ele fala primeiro em ambiguidade e, depois, aparentemente, em vagueza do texto legal: “The dynamic model, however, views the evolutive perspective as most important when the statutory text is not clear and the original legislative expectations have been overtaken by subsequent changes in society and law. In such cases, the pull of text and history will be slight, and the interpreter will find current policies and societal conditions most important” (ESKRIDGE, 1987, p. 1484).

¹¹⁰ CARDOZO, 1921, p. 166.

¹¹¹ “For the hard cases, interpretation will inevitably be affected by the current context of the judicial interpreter, and the greater the distance between the current and the historical context of the statute the more unlikely it is that intentionalist interpretation is even possible” (ESKRIDGE, 1987, p. 1508)

margem, justamente, às críticas de que a interpretação dinâmica não impõe limites à atividade judicial.

O problema, na verdade, não parece ser, em nenhuma das “pontas” do dilema, sequer relativo à interpretação na forma aqui definida. Tanto o originalismo quanto a interpretação dinâmica contêm teses sobre como a solução de um caso deve ser determinada. Isso estaria situado no terceiro nível da argumentação jurídica na divisão acima adotada, onde, já considerando a derivação das soluções normativas a partir das normas aplicáveis, determina-se uma solução para o caso em análise. A interpretação propriamente dita, enquanto atividade que permite inferir as soluções normativas da base pré-interpretativa, estaria no primeiro e segundo níveis.

É claro que não se pretende afirmar que as decisões judiciais são sempre estruturadas em “etapas” nem que é fácil identificar quando os julgadores estão identificando o sistema normativo relevante para o caso, derivando soluções normativas ou construindo uma solução a partir delas. A argumentação jurídica costuma ser um processo menos ordenado, mas propõe-se que é possível identificar, no bojo desse processo, distintas atividades, que podem ser delimitadas e estudadas em suas características essenciais. O fato de a reconstrução argumentativa assim empreendida ser uma evidente simplificação não significa que da análise de uma prática simplificada não se possa extrair *insights* relevantes.¹¹²

Nesse sentido, o que o originalismo propõe é uma tese textualista em que uma interpretação literal da regra, em uma versão, e uma tese não-textualista em que uma interpretação que leva em conta o propósito legislativo à época da promulgação da regra, em outra versão, devem *controlar o resultado* da adjudicação. A discussão não é se a técnica interpretativa que deriva uma solução normativa pela literalidade da formulação da regra é possível — evidentemente é — ou se é aceita na prática jurídica — contingentemente parece ser incontroverso que também é. O que o originalismo, em qualquer de suas versões, propõe, é uma tese sobre como, a partir de interpretações possíveis da formulação das regras do sistema normativo aplicável a um caso individual, o juiz deve decidir esse caso.

¹¹² Aliás, é exatamente isso que Brandom diz fazer em 1994.

A tese é a de que, na primeira versão, o juiz deve aplicar a literalidade da regra (uma forma de literalidade que é determinada pelo significado do texto à época de sua edição), e, na outra versão, que ele, ao ir além do texto, deve fazê-lo apenas de forma coerente com o propósito do legislador histórico. Nenhuma dessas teses diz respeito a como interpretar, mas sim a como utilizar um produto possivelmente inferido interpretativamente. Não são argumentos na interpretação, mas sim argumentos sobre a interpretação.

Quando o STF decidiu que a imunidade tributária que a Constituição prevê para os “livros” deveria ser aplicada no caso de um “livro eletrônico”, a primeira versão do textualismo diria que a decisão está errada por não considerar que, em 1988, a linguagem da regra não poderia ser interpretada de modo a abranger o livro eletrônico; a segunda diria que o legislador histórico não poderia pretender incluir o livro eletrônico, que na época não existia e, fora do contexto da ficção científica, não era seriamente cogitado. Há ainda uma corrente menos rigorosa que talvez admitisse a decisão do STF considerando que às vezes há um “desvio” muito relevante do contexto original que justificou a edição da regra.¹¹³ De qualquer modo, são teses que buscam determinar a maneira “correta” de decidir um caso *a partir* de interpretações possíveis. O problema não é linguístico, ou de como extrair o significado legal de uma formulação normativa, mas de qual deve ser a envergadura do juiz diante de um caso a partir das regras existentes.

Defensores do originalismo, de forma explícita, defendem que as preferências individuais dos juízes devem ser “removidas da interpretação jurídica.”¹¹⁴ No recente *Obergefell v. Hodges*,¹¹⁵ em que a Suprema Corte Americana decidiu que os Estados eram obrigados ao reconhecimento de casamentos entre dois homens regularmente realizados fora desses Estados à luz da décima quarta emenda à Constituição Americana,¹¹⁶ o Chief Justice John Roberts acusou a maioria de retirar a questão do foro adequado, que seria o Poder Legislativo.¹¹⁷ Dentre os Justices, três que são normalmente associados com o originalismo

¹¹³ SOLUM, 2015, p. 16-17.

¹¹⁴ FARNSWORTH, 2018, p. 1780, comentando a opinião do Justice Antonin Scalia em SCOTUS, *Roper v. Simmons*, 543 US 551, 2005.

¹¹⁵ SCOTUS, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___, 2015.

¹¹⁶ Na 14ª emenda a expressão que veda ao Congresso editar leis negando “to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” é lida como consubstanciando o princípio da isonomia, que na Constituição Federal brasileira tem formulação mais direta.

¹¹⁷ “Supporters of same-sex marriage have achieved considerable success persuading their fellow citizens — through the democratic process — to adopt their view. That ends today. Five lawyers have closed the debate and enacted their own vision of marriage as a matter of constitutional law. Stealing this issue from the

e decisões judiciais mais conservadoras consignaram em uma opinião divergente que “todos os americanos, independentemente de sua opinião sobre o assunto, deveriam se preocupar com o que a afirmação de poder da maioria [da Corte] pressagia”.¹¹⁸

A interpretação dinâmica, por outro lado, propõe uma tese de que a maneira correta de interpretar seria em consideração à evolução do contexto jurídico e social, ainda que não se abra mão por completo da deferência ao texto e à intenção legislativa. Logo, prega que a maneira correta de decidir os casos é a partir de um certo tipo de técnica interpretativa que leva essas questões em conta. Há várias teorias que incorporam essa perspectiva, notadamente as modernas interpretações pelo propósito.¹¹⁹ Mas é fácil identificar que as interpretações dinâmicas, propositivas, evolutivas ou qualquer outra que reivindique um título próprio, não negam a possibilidade de que uma interpretação literal derive uma solução normativa. Apenas rejeitam que essa solução deva sempre controlar o resultado.

Nenhuma das teses, portanto, envolve a interpretação enquanto possibilidade de derivação de soluções a partir do sistema normativo. Apenas questionam que algumas dessas soluções normativas não devem determinar o resultado de decisões judiciais. Se a tese fosse, de um lado, que a interpretação evolutiva seria impossível ou irracional, e, de outro, que a interpretação literal ou de acordo com o propósito do legislador histórico seria sempre impossível ou irracional, estaríamos diante de teses sobre como a interpretação pode ser feita validamente. Mas enquanto teses sobre como a interpretação deve ser feita, pressupõem valorações sobre a melhor maneira de interpretar, o que não exclui outras técnicas que, conquanto não sejam a melhor por um ponto de vista, podem sê-lo por outro.

Este ponto é trabalhado com muita clareza por Schauer. O que ele chama de *presumptive positivism* seria, aqui simplificada, uma tese que proclama que o significado literal das formulações normativas deve controlar o resultado do julgamento na maioria dos casos, somente cedendo (podendo ser derrotado) diante de circunstâncias

people will for many cast a cloud over same-sex marriage, making a dramatic social change that much more difficult to accept” (SCOTUS, *Obergefell v. Hodges*, p. 41).

¹¹⁸ SCOTUS, *Obergefell v. Hodges*, grifei, opinião divergente escrita pelo Justice Alito, à qual os Justices Scalia e Thomas aderiram.

¹¹⁹ BARAK, 2005.

particularmente exigentes.¹²⁰ Ele não nega que outras formas de interpretar possam ser melhores, mas sustenta que a sua teoria é a melhor porque privilegia um dos valores que ele considera mais caros à prática jurídica: a previsibilidade dos resultados dos julgamentos como expressão do princípio da segurança jurídica.¹²¹ A tese é de como o *poder* deve ser alocado na prática jurídica,¹²² e, para Schauer, isso deve ser feito de forma moderada em relação aos juízes, já que a conformação institucional de nossa sociedade moderna demanda que se defira a decisão de casos gerais ao Legislativo.¹²³

Trata-se, portanto, como o originalismo e a interpretação dinâmica, de uma tese sobre como a decisão judicial deve ser derivada, o que não determina como a interpretação pode validamente ser feita — apenas *qual* interpretação deve ser utilizada para que o resultado seja melhor, de acordo com algum critério. Para Schauer e os originalistas, o critério é a alocação de poder, que deve ser concentrado, neste aspecto da prática jurídica, no Legislativo. Assim, as regras “condenam a adjudicação à mediocridade ao tornar a excelência inacessível”.¹²⁴ Desiste-se de uma certa possibilidade de melhora para evitar um possível “desastre”. Não se trata, portanto, de uma forma *necessária* de lidar com regras, mas da defesa de *uma forma* de lidar com regras. Para Eskridge, do outro lado deste debate, a melhor maneira de lidar com regras é levando em conta outros fatores como as mudanças sociais verificadas desde a promulgação da lei.

Se o esclarecimento feito aqui tem algum mérito, então este caminho para o ceticismo quanto à interpretação ficaria bloqueado, ou, pelo menos, a discussão neste ponto

¹²⁰ SCHAUER, 1988, 1991, 1998.

¹²¹ “Creating the jurisdiction to determine whether the purposes of a rule are served undermines predictability by allowing the determination of any of several possible purposes; in addition, the creation of that jurisdiction engenders the possibility that those who exercise it might just get it wrong” (SCHAUER, 1988, p. 541)

¹²² Schauer diz que, mesmo em casos extremos onde o propósito que justifica a regra se choca com a literalidade da regra, “formalism is only superficially about rigidity and absurdity. More fundamentally, it is about power and its allocation” (1988, p. 543).

¹²³ “Grants of decisional jurisdiction not only increase permissible variance and the possibility of “computational” error, they also involve decisionmakers in determinations that a system may prefer to have made by someone else. We may believe that courts are less competent to make certain decisions than other bodies; for example, we may feel that certain kinds of fact-finding are better done by legislatures. There may also be moral or political reasons to restrict the judge's discretion, for decision-making implicates profound questions of just who in a given domain may legitimately make certain decisions. It is, for example, a plausible position that the public rather than the University of Michigan philosophy department should make the moral determinations involved in governing the United States, even if the University of Michigan philosophy department would make better choices” (SCHAUER, 1988, p. 541).

¹²⁴ SCHAUER, 1988, p. 539.

ficaria restrita no terceiro nível da argumentação jurídica. Independentemente da teoria sobre como os casos devem ser decididos, é possível dar conta de uma interpretação jurídica racional na medida em que o texto tem algum papel na interpretação e a inferência que caracteriza o processo interpretativo tem uma normatividade implícita. A crítica de que a interpretação dinâmica seria um “exercício disfarçado de legislação pelo judiciário”¹²⁵ seria uma tese sobre a alocação do poder para criar soluções normativas na prática jurídica, não sobre as maneiras válidas de inferir soluções normativas a partir do sistema normativo.

Da mesma forma, dizer que o texto, ou a formulação normativa, tem um papel na interpretação, e conseqüentemente na adjudicação — ainda que a solução normativa derivada do texto seja rejeitada em favor de outra, derivada de um princípio jurídico implícito, como já exemplificado —, não significa aderir a nenhum tipo de textualismo, na medida em que este seria uma tese de que a linguagem da regra deve *controlar* o resultado da adjudicação. Se a interpretação é uma atividade que se insere na argumentação jurídica em um nível anterior ao da definição da conclusão da argumentação (resultado da adjudicação), a vinculação da interpretação, de alguma forma, ao texto, ou aos limites semânticos do texto, não implica em vinculação da adjudicação ao texto.

Dito de outra forma, ainda que a interpretação seja essencial em qualquer argumentação que constitua a fundamentação de decisões judiciais em função da inafastável textualidade das formulações normativas, ela não esgota a argumentação. Afirmar que o texto não deve sempre constranger a decisão judicial não implica que ele não possa constranger. Para sustentar isso outra sorte de argumentos é necessária, que precisam dizer respeito à medida em que a linguagem seria indeterminada. Por ora, é possível estabelecer que o texto pelo menos parece poder constranger decisões judiciais na medida em que os próprios participantes da prática jurídica se sentem vinculados, de alguma forma, às formulações normativas.¹²⁶

¹²⁵ FARNSWORTH, 2018.

¹²⁶ MacCormick diz que isso é “just a necessary part of respecting authority. If someone in authority issues a norm of some kind, necessarily using some language or another to do so, one does not respect that authority unless one reads the norm text in the language and register in which it is issued. To treat a linguistically formulated text as authoritative, one must also ascribe a kind of normative authority to the ‘compositional’ meaning of the wording used in the authority” (2005, p. 126)

2.4.1 *Qual linguagem constrange?*

Se a formulação de uma regra pelo menos *pode* constranger, é preciso analisar uma distinção comumente utilizada em argumentos interpretativos: entre a linguagem ordinária e a linguagem técnica. Em um dos casos que serão analisados na última parte, na análise dos argumentos semânticos, o STF disse que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo somente seria um “aborto” em “linguagem simplesmente coloquial”, mas não em “linguagem depuradamente jurídica”.¹²⁷ É possível, portanto, responder ao ceticismo afirmando que, conquanto a linguagem ordinária sofra de uma insuperável indeterminação, a linguagem jurídica pode ser a fonte da objetividade que se busca para o processo de interpretação?

Não há nenhuma novidade em pensar em uma linguagem técnico-jurídica como algo identificável no bojo da linguagem ordinária. No início das Investigações Filosóficas, Wittgenstein dá um exemplo justamente de falantes que se tornam proficientes em diferentes técnicas linguísticas.¹²⁸ Nesse sentido, nós adquirimos a capacidade de pensar “juridicamente”, dentro do jogo de linguagem próprio do direito. Termos e expressões como “posse”, “preço vil” e “injusta agressão” assumem, na linguagem jurídica, sentidos que ou não têm na linguagem ordinária, ou são mais restritos do que a gama de significados com que são usados fora do direito. Esta é, aliás, a base para que se possa falar em conceitos *jurídicos* em oposição a conceitos não-jurídicos, que são apropriados da linguagem ordinária na formulação de regras.

Todavia, considerar a linguagem jurídica uma linguagem especializada (em relação à linguagem ordinária, de uso comum) e utilizar isso como argumento pela objetividade da interpretação significaria que apenas aqueles devidamente treinados seriam capazes de entender e operar com a linguagem jurídica. Isso é contraintuitivo e contraditório.

Contraintuitivo porque pessoas não treinadas conseguem entender, pelo menos em grande parte, as prescrições normativas que são parte da linguagem jurídica, e conseguem orientar o seu comportamento com base nisso. Ainda que desconheça o conceito analítico de crime ou ferramentas complexas de análise da tipicidade penal como a “imputação

¹²⁷ STF, *ADPF 54*, 2012.

¹²⁸ Exemplo em que um falante utiliza de forma competente uma nota que determina a compra de “cinco maçãs vermelhas.” (WITTGENSTEIN, 2009, §1). Sobre este exemplo, cf. MCGINNN, 2013, p. 43.

objetiva”, uma pessoa de entendimento comum, que usa a linguagem ordinária de modo competente, consegue discernir adequadamente o conteúdo do art. 121 do Código Penal e utilizar este discernimento como elemento de razão prática de modo a decidir não matar alguém, embora nutra esse desejo.

A assunção é ainda contraditória porque vai de encontro ao que se percebe como um dos fundamentos da prática jurídica. Em virtualmente todas as formas em que modernamente se buscou dar uma descrição racional para a prática jurídica, a regra, enquanto ponto de partida da argumentação jurídica, ocupa lugar central. Todas as teorias de algum relevo — mesmo as que negam a proeminência de regras que passem em um teste objetivo de legitimidade como a teoria das fontes do positivismo — pressupõem a *capacidade* dos integrantes da sociedade de entenderem as regras e se comportarem de acordo com elas. Até para questionar a capacidade das regras de funcionar como parâmetros ou guias de comportamento fora do âmbito da decisão judicial de uma demanda é preciso primeiro identificar as regras como algo *sobre o que* se pode falar.

Assim, utilizar a ideia de uma linguagem técnico-jurídica como estratégia argumentativa contra o ceticismo na interpretação levaria, de um lado, à impossibilidade de utilização de regras como parâmetros para a ordenação de condutas fora da argumentação jurídica, e, de outro, à inviabilidade de um discurso dogmático ou de adjudicação sobre as regras, que pressupõem um legislador racional que busca, justamente, ordenar condutas com o uso de regras.

Ao tratar da linguagem técnica em oposição à linguagem ordinária, Ryle comparou o problema a um cartógrafo que busca criar um mapa de uma vila. Os moradores da vila sabem ir de suas casas para a igreja, para o comércio e de volta para casa sem o uso de mapas. Se um mapa é introduzido por um cartógrafo, pode ser que uma diferente competência seja necessária para que os moradores da vila o utilizem.¹²⁹ E se o cartógrafo pretende que o mapa seja utilizado de forma eficiente, ele precisa utilizar um vocabulário mais geral, mais acessível que o exclusivamente técnico.¹³⁰ Assim como os moradores da vila, os falantes competentes da linguagem ordinária conseguem organizar suas condutas de acordo com regras formuladas na linguagem ordinária, ainda que não saibam *falar*

¹²⁹ RYLE, 2009a.

¹³⁰ RYLE, 2009b.

juridicamente sobre isso — para o que seria necessário um vocabulário de outro nível, no caso, *deôntico*.

Por outro lado, ainda que nas formulações que ordinariamente usam a linguagem ordinária seja necessário lançar mão de conceitos jurídicos, como “litigância de má-fé”, ou ambíguos entre a linguagem ordinária e a jurídica, como “posse”, isso não implica em impossibilidade de uso da regra de forma competente na ordenação de condutas. As pessoas normalmente não são capazes de dar uma definição técnica de “aborto”, por exemplo, ou de “faturamento”, e talvez ficassem surpresas se demandássemos isso delas. Isso não significa que o termo não seja efetivamente utilizado por elas em articulações inferenciais a partir da regra — ainda que, em alguns casos, façam inferências incorretas.

Ryle argumentou no mesmo sentido ao questionar o que se pode inferir da frase “João fala francês”. Tratando essas proposições como “tickets para inferências”, ele diz que é possível concluir que João conseguiria ler uma edição do *Le Monde*, ou se comunicar satisfatoriamente por telefone com um francês. Mas pode ser que João não consiga entender um tratado técnico. Neste último caso, apesar do insucesso de João, por exemplo, na tentativa de ler a *Arqueologia do Saber* de Foucault no original, *não* retificaríamos a nossa asserção de que João fala francês. Ao dizer que ele fala francês, “esperamos apenas que ele lide relativamente bem com a maioria das atividades ordinárias que envolvem falar francês ou entender francês”.¹³¹ Logo, ainda que alguém que não tem treinamento técnico-jurídico não seja capaz de utilizar de forma correta a proposição “João praticou um homicídio doloso” por não conhecer as nuances do termo técnico “dolo”, é suficientemente competente na linguagem ordinária para saber que o ordenamento jurídico brasileiro pune o assassinato.¹³² Mesmo que uma pessoa não conheça o termo técnico, ela faz parte da prática, ainda que em certas ocasiões possa não ser capaz de aplicar corretamente normas específicas.

Por fim, é preciso distinguir o desconhecimento do conceito (ordinário ou técnico) com o erro no uso de conceitos. Uma pessoa pode não conhecer o conceito *dolo*. Pode ser que ela fale em “dôlo” em vez da pronúncia correta “dólo”, e mesmo assim use o conceito corretamente, mas de forma *acidental*. E pode ser que ele diga que alguém agiu

¹³¹ RYLE, 1949.

¹³² Na linguagem ordinária, o assassino é quem mata deliberadamente, um aspecto que é capturado pelo conceito jurídico “dolo”, ainda que este possua diversos detalhes que não são mencionados pelos dicionários (citar HOUAISS).

com dolo ao praticar um homicídio *sem* a intenção de matar. No primeiro caso, o desconhecimento que leva ao não uso do conceito não reflete nem uma “regra” da linguagem ordinária que precluiria o uso desse conceito nem a ausência de um significado para *dolo* fora da linguagem técnica. No segundo, o uso correto do conceito ocorreu de forma acidental, de modo que, na abordagem aqui utilizada, não se considera que houve o uso do termo *enquanto* um conceito, capaz de figurar em proposições que se articulam como premissa e conclusão de articulações inferenciais.¹³³ No terceiro caso, o falante utilizou o conceito incorretamente.¹³⁴ A conclusão é que a inacessibilidade ou o eventual erro no uso de conceitos técnico-jurídicos por aqueles que fazem parte do conjunto de destinatários das regras não importa em mitigação da objetividade dessas regras. O conceito não está à disposição dos falantes desta forma.

Logo, se a linguagem das regras constrange, este constrangimento tem por meio a linguagem *ordinária*, o que é inclusive um cânone de interpretação.¹³⁵ Para isso, para que possa efetivamente constranger, a linguagem deve ter objetividade. Esta é a potencial limitação semântica da atividade interpretativa, que precisa ser devidamente demonstrada, bem como de que forma é possível dar um relato racional da redefinição conceitual.

De qualquer modo, a *linguagem* jurídica deve ser estudada e analisada da mesma forma que a linguagem ordinária, aplicando as mesmas premissas de análise, especialmente a normatividade (ou objetividade) do significado dos termos e sentenças. A questão da redefinição de conceitos jurídicos ou não-jurídicos, a modificação de seus significados, que está no cerne dos limites da interpretação e do uso dos argumentos interpretativos — e especialmente do argumento semântico — tem respostas diferentes, mas a abordagem segue pelo mesmo caminho.

2.5 O juiz “pode tudo” na interpretação?

Além de uma possível limitação semântica, a interpretação é vista como uma atividade *estruturalmente* limitada. Alchourrón e Bulygin falam em *regras* de inferência,

¹³³ Brandom compara este uso com um papagaio que reage de forma confiável pronunciando “vermelho” ao ver objetos da cor vermelha (1994 e 2000).

¹³⁴ Putnam argumenta de modo semelhante em 1962.

¹³⁵ ALEXY; DREIER, 1991, e BARAK, 2005.

Barak em regras para a interpretação, Fiss em uma “gramática profissional”, uns as consideram regras com prescritivas, outros dizem que são “regras linguísticas”. A aparente falta de objetividade no tratamento dessa questão leva a críticas no sentido de que falar em parâmetros para a interpretação apenas desviaria a atenção do fato de que os juízes “criam direito”.

Os próprios juízes, contudo, consideram que a interpretação não é uma atividade ilimitada. Barak diz que “os limites da interpretação estabelecem a legitimidade da atividade interpretativa,” e que os juízes que agem fora desses limites devem “encontrar uma fonte alternativa de legitimidade para suas ações” que não é fornecida pela interpretação.¹³⁶ Mas, na prática, argumentos interpretativos de fato parecem ser utilizados sem critérios claros. Um exemplo que abrange diversas decisões do STF é bastante útil para visualizar o problema.

A Constituição Federal de 1967 continha uma regra de imunidade tributária que favorecia “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”. Essa previsão foi mantida mais ou menos nos mesmos termos nas Constituições subsequentes. O STF foi sempre confrontado com casos em que se tinha que definir se determinado objeto estaria ou não abrangido pela regra de imunidade, que determinaria se ele seria, ou não, tributado.

Resumindo esta saga jurisprudencial, que será reabordada ao longo deste texto em vários pontos, em 1967 a Corte decidiu que a imunidade não se aplicava às listas telefônicas. Em 1975, que se aplicava às revistas técnicas. Em 1978, aos serviços de publicidade prestados pelos jornais. Em 1979, determinou-se que o benefício não seria aplicável a calendários. Em 1985, consideraram que os serviços editoriais para a produção de enciclopédias deveriam ser beneficiados. Em 1986, reafirmou-se que listas telefônicas não haviam sido contempladas. Em 1987, revertendo os precedentes de 1967 e 1986, decidiu-se que as listas telefônicas eram alcançadas pela regra. Em 2001 foi a vez das apostilas, em 2004, dos álbuns de figurinhas, em 2008, dos mapas cartográficos, em 2011, de maquinários importados da Alemanha que seriam usados na impressão de jornais, e em 2017, dos livros eletrônicos, bem como dos audiolivros, CD que contivessem livros ou audiolivros e, por fim, leitores de livros digitais.

¹³⁶ BARAK, 2005, p. 16-17.

Em *todos* estes precedentes o Tribunal argumentou que estava fazendo *interpretação* da regra. Em alguns, isso é claro, como ao discutir — inclusive com apoio em dicionários — se listas telefônicas seriam ou não “periódicos”, já que, afinal, são (eram) distribuídas periodicamente, normalmente uma vez ao ano. Em outros, a aplicação da imunidade à importação de máquinas da Alemanha, ainda que seu destino fosse a impressão de itens claramente imunizados, como os jornais, parece não ser possível atribuir a uma *interpretação*, pelo menos da forma como até aqui delimitado este procedimento. De qualquer modo, a argumentação se baseou no argumento de que deveria ser “potencializado o objetivo maior da norma, de facilitar a publicação”.¹³⁷

São decisões como esta que fazem com que muitos argumentem que não há como falar em limites à interpretação jurídica, especialmente em se tratando de Cortes Constitucionais, em que as decisões costumam ser irrecorríveis e onde as razões de decidir se tornam precedentes. Se se admite “construir significados” de forma que a regra de imunidade possa ser “lida” de modo que “papel” possa contemplar o “maquinário destinado à impressão de jornais”, falar em limites à atividade interpretativa dos juízes de fato seria um exercício de futilidade.

Ocorre que nos mesmos precedentes fica claro que o STF não considera sua atividade interpretativa como ilimitada, e a pleora de casos aqui examinados mostra que há, na verdade, pouca clareza quanto às possibilidades de ir além do texto. Esta dificuldade é *argumentativa* e tem origem em uma compreensão inadequada do que a filosofia da linguagem tem a dizer sobre isso, de um lado, e dos limites do Judiciário diante de regras, de outro.

Em uma das muitas decisões sobre a imunidade acima descrita, de 1997, um dos Ministros disse que “onde a Constituição se limitou a referir-se ao ‘papel destinado a sua impressão,’ não se pode ler ‘máquinas, tintas e imóveis’. Aí, sim, estaríamos a nos transformar em livres legisladores e livres constituintes”.¹³⁸ Há aqui, em uma manifestação, dois problemas distintos. O primeiro é um problema analítico quanto à objetividade dos conceitos e de que forma isso resulta em um limite à atividade interpretativa. O segundo é

¹³⁷ STF, *RE 202.149*, 2011.

¹³⁸ Manifestação do Min. Sepúlveda Pertence em STF, *RE 174.476*, 1997.

um problema jurídico, de definir os limites do juiz em um sistema onde a atividade judicial tem sua legitimidade normalmente vinculada a uma atitude de deferência ao legislador.

Como se vê, são problemas situados em *momentos* distintos da atividade de adjudicação, ainda que a retórica judicial torne muitas vezes difícil ou até impossível discerni-los. Mas isso não significa que não é possível identificá-los em muitos ou na maioria dos casos, e a falta de uma compreensão adequada desses dois momentos (ou *níveis*) na atividade de solucionar casos individuais a partir de *standards* normativos faz com que se confunda os excessos eventualmente praticados por Tribunais (o chamado “ativismo judicial”) com a falta de limites em razão de uma “textura aberta” da linguagem.

A não percepção disso pelas Cortes Constitucionais é sintoma de uma insuficiência relevante das teorias da argumentação e da interpretação jurídicas. O “fantasma do ceticismo” que assombra a prática jurídica está associado, como também considera Brandom, a uma má compreensão do que ocorre na adjudicação, e à tentativa dos próprios juízes de tentar legitimar decisões percebidas como heterodoxas através do “porto seguro” da “interpretação”, compreendida como a atividade judicial cognitiva por excelência.

Portanto, se for possível identificar a interpretação no esquema maior da argumentação jurídica enquanto uma atividade de derivação de soluções a partir de regras e delimitar que, a partir daí, a questão dos *limites* da atividade judicante é um problema jurídico-político que, embora relevante, não diz respeito à *validade* da interpretação enquanto possibilidade de derivação racional, resta saber como, pelo menos em uma primeira aproximação, pode-se identificar esses limites da interpretação.

Por definição, a normatividade implícita da articulação inferencial que caracteriza a interpretação condiciona a racionalidade do processo, estabelece limites que não podem ser ultrapassados e fornece um parâmetro para que se avalie a *correção* da inferência. A abordagem que será aqui desenvolvida toma a *inferência* como primária, e o conteúdo conceitual objetivo como destino a ser alcançado a partir dela. Por isso os dois problemas aqui identificados como combustível para o ceticismo — a possibilidade de limites a partir do texto e a existência de limites de racionalidade para o processo interpretativo — têm solução através de um mesmo *caminho*. Para iniciá-lo, é preciso delimitar com clareza até onde, na prática jurídica, se considera que vai o processo interpretativo.

Um exemplo clássico de Peczenik pode ajudar. Em um clube de xadrez foi criada uma regra estabelecendo que “qualquer *jogador de xadrez* pode se tornar membro do clube.”¹³⁹ A partir daí, várias interpretações são possíveis. Uma poderia ser enunciada pela seguinte proposição:

(1) Todas as pessoas que jogam xadrez de vez em quando podem ser membros do clube de xadrez.

Esta pode não ser a *melhor* interpretação a partir da formulação da regra. Mas é uma inferência interpretativa (Peczenik a considera uma interpretação “literal”) a partir do texto e que “cabe no texto”. Outra interpretação possível dada por ele seria:

(2) Todas as pessoas que jogam xadrez e têm um *rating* conferido pela Federação Nacional de Xadrez podem ser membros do clube de xadrez.

Esta é uma interpretação *restritiva*. Não decorre de forma imediata¹⁴⁰ da regra, mas continua sendo uma interpretação que cabe no texto. Ela é diferente de:

(3) Todas as pessoas que conhecem as regras do xadrez podem ser membros do clube, mesmo que nunca tenham jogado uma partida.

A interpretação aqui é *extensiva*, e pode-se imaginar que haveria um teste escrito para comprovar que o postulante a uma vaga no clube sabe o movimento de cada peça e as demais regras elementares do jogo. Alguns dirão que simplesmente conhecer as regras do jogo não transforma ninguém em um “jogador de xadrez”. A interpretação do conceito desta forma extensiva parece ser mais “estranha” do que a restritiva, mas também cabe no texto, não é percebida como estando “fora” da linguagem da regra. Pode ser argumentado que, da mesma forma que alguém que começa a correr, mas ainda não completou uma corrida, pode se identificar como um “corredor”, alguém que sabe as regras do xadrez pode, mesmo não tendo jogado, ser considerado um “jogador de xadrez”.

Mas Peczenik dá ainda dois outros exemplos que são diferentes de (2) e (3) em um aspecto relevante. O primeiro envolve, como em (2), uma *restrição*:

¹³⁹ PECZENIK, 1989, grifei. No original: “All chess players are qualified for membership in the club” (p. 317).

¹⁴⁰ Uma compreensão que, embora decorrente de uma interpretação, é alcançada rapidamente por ser um caso não-problemático de instanciação de um termo ou expressão. Cf. MARANHÃO, 2012a; HART, 1994; MACCORMICK, 2010. Em sentido contrário (parcialmente): MARMOR, 2005.

(4) Todos os jogadores de xadrez que possuem o *ranking* de Grande Mestre podem ser membros do clube de xadrez.

Esta redução é mais drástica, e, segundo o autor, exclui parte do “núcleo linguístico incontroverso”¹⁴¹ da regra, de modo que “contraria a linguagem ordinária”. O autor diz que “não é concebível sustentar que o termo ‘jogador de xadrez’ signifique o mesmo que ‘grande mestre’”.¹⁴² É fácil perceber que, embora relacionados, são conceitos distintos, da mesma forma que todo “maratonista” é um “corredor”, mas tem todo “corredor” é um “maratonista”, Por fim, uma *extensão radical* seria:

(5) Todos os jogadores de xadrez e de *canastra* podem ser membros do clube de xadrez.

Também aqui há uma extensão da área de aplicação da regra para “além de sua periferia linguística”, pois “é linguisticamente impossível chamar canastra de ‘xadrez’”.¹⁴³ A interpretação (5) pode, com o tempo, até modificar a natureza do Clube de Xadrez.

Em (4) e (5) o resultado da inferência é tão drástico que Peczenik (e outros autores) falam na *criação* de uma nova regra, embora use a expressão *interpretação corretiva*, que também é utilizada pelo STF em alguns julgados e expressa método semelhante. Em 2006, ao julgar a constitucionalidade de vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), o STF “acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira *interpretação corretiva* da lei”.¹⁴⁴

Conquanto haja o uso de “interpretação” para se referir a todos esses processos, é possível perceber uma diferença marcante de *grau* entre eles, do mais restritivo (a redução que remove uma área do “núcleo linguístico incontroverso” da regra) ao mais ampliativo (a “criação de uma nova regra” mais abrangente que a primeira). Entre esses extremos, o resultado da interpretação, extensiva ou restritiva, não vai de encontro à linguagem da regra. Com base nessa percepção, é possível introduzir uma distinção terminológica útil para a sequência da discussão, porque acentua uma característica do processo interpretativo.

¹⁴¹ O que Hart chamaria de “núcleo de significado consensuado” (1994).

¹⁴² PECZENIK, 1989, p. 317-318.

¹⁴³ PECZENIK, 1989, p. 318.

¹⁴⁴ Manifestação do Min. Gilmar Mendes em STF, *ADPF 132*, 2011, referindo-se ao julgamento conjunto das *ADI 1.105* e *ADI 1.127*, 2006.

2.6 A distinção interpretação-construção

As confusões teóricas ocorrem, pelo menos parcialmente, pela falta de clareza terminológica. O uso generalizado do termo “interpretação” para significar qualquer argumento utilizado no bojo da fundamentação de decisões judiciais leva, em muitos casos, a grandes dificuldades na tentativa de compreender o que efetivamente os Tribunais fizeram — particularmente, o que é feito *com o sistema normativo*, que é invariavelmente o ponto de partida da argumentação judicial, ainda que o resultado seja a constatação da ausência de regra (lacuna normativa) ou a rejeição da solução normativa em favor de uma derivada de outro *standard* normativo.

Julgadores sempre interpretam normas jurídicas. As normas são veiculadas através da linguagem, e a aplicação dessas normas depende da compreensão do comando contido em uma proposição linguística. Toda compreensão pressupõe um ato de interpretação,¹⁴⁵ por mais simples e quase imperceptível. Todavia, ainda que seja uma etapa necessária na adjudicação, a interpretação por vezes não é *suficiente*. Se a interpretação tem limites, há decisões judiciais que dão soluções que, claramente, excedem esses limites.

Isso não significa que tais decisões são inválidas ou incorretas, apenas que dependem de justificativa *adicional*, além da que seria fornecida pela regra interpretada (que é justificada externamente por *default*, e internamente pela validade da inferência interpretativa). É necessário recorrer a outro tipo de suporte argumentativo. Em linhas gerais, esta é a base da distinção entre interpretação e construção jurídicas, uma delimitação conceitual elementar em alguns autores das tradições anglo-americana¹⁴⁶ e continental.¹⁴⁷ Essa distinção é necessária especialmente no direito brasileiro, onde há uma confluência em que se atribui todo tipo de argumento à interpretação.

¹⁴⁵ BARAK, 2005: “Many jurists embark on a futile search to discover what the legal meaning of a text ‘truly’ is. A text has no ‘true’ meaning. We have no ability to compare the meaning of a text before and after its interpretation by focusing on its ‘true’ meaning. All understanding results from interpretation, because we can access a text only after it has been interpreted. There is no pre-exegetic understanding” (p. 9). No mesmo sentido, McCormick: “Applying the law always involve interpreting it. Any norm posed in an authoritative legal text has to be understood before it can be applied” (2005, p. 121). Cf. também FULLER, 1958; MARANHÃO, 2012a

¹⁴⁶ SOLUM, 2010.

¹⁴⁷ KLATT, 2008.

A interpretação no direito é baseada em cânones ou técnicas interpretativas tradicionais. Alexy cataloga seis cânones fundamentais mais genéricos que acabam por abranger todas classificações mais minudentes existentes na literatura. É uma classificação suficiente para o propósito desta investigação, com a vantagem de ser estruturada pelo autor como *argumentos*: (I) o argumento semântico; (II) o argumento genético; (III) argumento histórico; (IV) o argumento comparativo; (V) o argumento sistemático; (VI) o argumento teleológico.¹⁴⁸

As estruturas inferenciais desses *argumentos interpretativos* são, claro, utilizadas em outros níveis da argumentação judicial, não apenas na interpretação. Mas, quando utilizados *na interpretação*, há uma convergência entre os autores quanto a um dos *limites* para o uso desses argumentos: as possibilidades semânticas da formulação normativa. Eles constituem um padrão inferencial que permite a definição do significado (legal) a ser adotado dentre os significados (semânticos) *possíveis*.¹⁴⁹

Kelsen considerava a definição do significado normativo dentre os significados possíveis uma escolha discricionária do julgador,¹⁵⁰ pela qual ele não demonstra, em verdade, grande interesse. Mas a tradição jurídica posterior, especialmente Raz,¹⁵¹ embora admita o que chamam — como Kelsen — de “criação do direito pelo juiz”, teoriza uma argumentação racional que justifica de forma *objetiva* a opção por um dos significados possíveis. Os cânones não seriam normas jurídicas em sentido estrito nem teriam *status* jurídico,¹⁵² mas seriam de uma forma relevante *endossados* pela comunidade jurídica e constituiriam parte da normatividade implícita de uma argumentação racional que deriva, do sistema normativo, *uma* solução autoritativa.

Ocorre que, por qualquer das perspectivas pelas quais se aborde a interpretação — seja da forma mais estrita e cética com a qual Kelsen primeiro considera a questão nas páginas finais da teoria pura,¹⁵³ seja da forma extremamente elaborada com que Alexy e Barak desenvolvem suas teorias da argumentação jurídica racional —, o limite do processo

¹⁴⁸ ALEXY, 2013, p. 231-238.

¹⁴⁹ BARAK, 2005; ALEXY, 2013; KLATT, 2008; RAZ, 1970, 1979.

¹⁵⁰ KELSEN, 2005.

¹⁵¹ RAZ, 2000.

¹⁵² ALEXY, 2013.

¹⁵³ E depois em KELSEN, 1991.

é, de forma consensada, a *linguagem do texto* a ser interpretado. Todas as técnicas interpretativas seriam, para usar uma alegoria familiar à filosofia analítica, *funções* de uma regra para proposições normativas, dentro dos *limites semânticos* da formulação normativa.

No exemplo clássico de Pufendorf, da regra “é proibido derramar sangue nas ruas de Bologna” é possível extrair um significado literal — que resultaria na injusta punição do barbeiro — e um significado mais próximo do (provável) propósito da regra — que seria o de proibir duelos até a morte nas ruas da cidade.¹⁵⁴ Este segundo significado da expressão, que seria derivável através de uma interpretação *pelo propósito* (na classificação de Alexy, genética, histórica ou teleológica)¹⁵⁵ não viola os limites semânticos da expressão original.

Todavia, a proposição “não é permitido derramar tinta vermelha nas ruas de Bologna” não é uma interpretação possível da regra. Peczenik compararia este caso com o da admissão de jogadores de canastra no clube de xadrez. A semântica clássica diria que os conceitos “sangue” e “tinta vermelha” não são correferenciais.¹⁵⁶ O inferencialismo dirá que os conteúdos são diferentes porque tem implicação diversa em diferentes articulações inferenciais.¹⁵⁷ Independentemente da maneira pela qual a questão semântica for abordada,¹⁵⁸ se o significado é *normativo*, a linguagem da proposição interpretada (*interpretandum*) limita o conjunto de interpretantes (*interpretans*) possíveis.

É elementar que “[a] linguagem tem uma capacidade limitada de acomodar significados”.¹⁵⁹ Esta conclusão é imposta pela assunção de uma objetividade linguística que está na intuição de quaisquer teorias linguísticas, valendo ressaltar que mesmo os desafios céticos a partir de Quine não *negaram* a possibilidade (em tese) de um significado normativo, apenas questionaram nossa capacidade de descrevê-lo em termos de regras para sua

¹⁵⁴ MARANHÃO, 2012a.

¹⁵⁵ Mais sobre isso adiante, item 2.11, p. 123.

¹⁵⁶ RUSSELL, 1905; STRAWSON, 1950; DONNELLAN, 1966. Frege diria que o sentido é diferente, o que faz com que o termo colha diferentes referentes (FREGE, 1996).

¹⁵⁷ BRANDOM, 1994.

¹⁵⁸ Por isso, apesar de utilizar uma moldura inferencialista como forma de analisar e tornar explícitos os argumentos implícitos na adjudicação nos casos analisados, argumento ao final que a tese defendida neste texto não é incompatível com quaisquer outras teorias semânticas (mesmo que não pela via do pragmatismo), bastando que haja um compromisso inicial com a normatividade do significado. Ou seja, a conclusão é extrapolável para qualquer teoria semântica que não abraça o ceticismo quanto aos conceitos.

¹⁵⁹ BARAK, 2005, p. 102.

aplicação.¹⁶⁰ A interpretação é rica o suficiente para permitir não punir injustamente o barbeiro de Bologna, mas tem limites a partir dos quais outras razões precisam ser dadas em suporte à conclusão. Logo, o texto “não é uma fortaleza para ser conquistada com dicionários, mas ele tem muros, além dos quais ele não tem significado”.¹⁶¹

Esta percepção foi incorporada pelos autores que tratam da interpretação na adjudicação como condição de *racionalidade* do processo. O que é preciso ressaltar é que a tradição jurídica normalmente caracteriza esse limite do texto sobre a interpretação como uma necessidade jurídico-política, e, portanto, de racionalidade no nível da justificação externa da prática jurídica.¹⁶² As regras fornecem justificação externa por *default*, mas na medida, claro, de sua formulação. Não raro os autores formulam este argumento como uma tese *normativa*, de como a interpretação *deve ser*, o que a colocaria no mesmo terceiro nível da argumentação das teses já discutidas anteriormente.

Barak, por exemplo, classifica sua tese por uma interpretação propositiva que pode até ir contra o propósito subjetivo do legislador, mas não contra os limites semânticos do texto, como um “argumento constitucional”, afirmando que “[c]onsiderações constitucionais relativas à democracia, ao Estado de Direito, e à separação dos poderes impedem os juízes de conferir à linguagem da lei um significado que ela não pode suportar”.¹⁶³ Isso teria ligação, claro, com o postulado do legislador racional, que edita regras utilizando a linguagem de forma *autoritativa*, de modo que quando “uma legislatura democrática promulga uma lei usando certas ferramentas de expressão”, a essas “ferramentas se deve dar significado”, e por isso não se pode “ler nelas o que elas não contêm”. Se os juízes “modificam” a lei, precisam fundamentar suas decisões em *doutrinas não-interpretativas*.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Nesse sentido, Hookway (1988) diz que “[in] spite of their many differences, Quine and the later Wittgenstein are united in combating the tendency of philosophers to view the notion of a rule as part of a powerful explanatory account of understanding and rationality”.

¹⁶¹ BARAK, 2005, p. 102.

¹⁶² “From my point of view, in order for a system to be interpretive — to belong to the interpretive family of law — it must adhere to one critical principle: Interpretation is a rational activity that gives a legal text a meaning that it can bear in its language (public or private). This condition is both necessary and sufficient for the existence of a system of interpretation. (...) my position is that the limits of the text set the limits of interpretation in law, and the limits of language set the limits of the text” (Ibidem, p. 18).

¹⁶³ Ibidem, p. 19-20.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 20.

O argumento é pouco controverso neste nível. Apesar da extensa pesquisa ao longo dos últimos anos, ainda me falta encontrar uma manifestação de uma Corte Constitucional — em verdade, de qualquer Tribunal — em que se proclama que o Judiciário não deve esta deferência ao legislador no que se refere à produção legislativa — mesmo quando o Judiciário inequivocamente *produz* normas. Em 2007, por exemplo, o STF decidiu que a omissão legislativa quanto à edição de uma lei regulamentando o direito de *greve* — constitucionalmente garantido — aos servidores públicos já era insustentável, já que a mora completava quase vinte anos desde a promulgação da Constituição. Um dos Ministros chegou a *elaborar* uma lei para o caso, completamente nova,¹⁶⁵ por ele concebida tomando por base apenas os parâmetros constitucionais. Mas este Ministro ficou, neste ponto, vencido de forma isolada, porque a solução da Corte foi a de *estender* aos servidores públicos a lei de greves aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada.

O Relator considerou que, assim, estariam utilizando a “vontade hipotética” do próprio legislador. Procurando dar ainda mais coerência à sugestão, afirmou que os julgadores ali *não* estariam rompendo com o *self-restraint* historicamente endossado pelo Tribunal,¹⁶⁶ e fez um apêndice com uma comparação analítica entre a lei que teria a partir de então sua aplicação estendida para além dos casos nela previstos, e os projetos de lei então em curso no Congresso Nacional para a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Sua conclusão foi a de que não havia inconsistências relevantes, pelo que a “vontade hipotética do legislador” seria respeitada.

E mesmo o instrumento mais utilizado pelo STF nos casos heterodoxos, a “interpretação conforme à Constituição,” é definida pela própria Corte em diversos precedentes como condicionada pelos limites semânticos das regras objeto da interpretação.¹⁶⁷

Entretanto, não considero que se trata *apenas* de uma tese jurídica. A validade das inferências interpretativas está vinculada a uma racionalidade que é indissociável dos

¹⁶⁵ STF, *MI 670*, 2007, p. 199 do inteiro teor do acórdão.

¹⁶⁶ O Relator, Min. Gilmar Mendes, afirmou se tratar de situação peculiar em que havia uma recalitrância histórica. “Não se trata de o Tribunal romper com a doutrina de *‘self-restraint’*” (STF, *MI 670*, 2007).

¹⁶⁷ “A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria” (STF, *ADPF 130*, 2009). No mesmo sentido, exemplificativamente: STF, *ADI 1344*, 1995; *ADPF 187*, 2011; *ADI 4.274*, 2011; *ADO 26*, 2019.

limites semânticos que caracterizam a objetividade dos conteúdos conceituais utilizados na formulação (linguística) de regras, e a abordagem inferencialista permitirá *explicitar* esta normatividade implícita em um vocabulário normativo, de modo a viabilizar a análise dos argumentos semânticos utilizados pelo STF. Fosse apenas uma tese jurídico-política, não seria possível sequer iniciar a discussão a partir da filosofia da linguagem. E se há algo a ser dito pela filosofia da linguagem sobre a interpretação jurídica, há uma racionalidade que condiciona a interpretação que vai além de uma contingente conformação institucional de poderes. A análise não resulta apenas em uma “crítica constitucional”, mas em uma crítica de racionalidade. Por ora, fica esta “nota promissória”, bastando considerar como parâmetro da distinção que “os limites do texto definem os limites da atividade interpretativa. Dentre os limites do texto, a mensagem normativa que surge é discernida”.¹⁶⁸

Isso caracterizaria uma relação de *subdeterminação* entre a linguagem da formulação normativa e a solução normativa que é o resultado do processo de interpretação — com o uso de quaisquer dos argumentos interpretativos acima arrolados. A linguagem daria o “leque de possibilidades semânticas”, que, uma vez discernido, permite ao intérprete argumentar por um significado, expresso ou implicado.¹⁶⁹ Evidentemente, não se estabelecem as possibilidades semânticas desta forma na prática, tratando-se aqui de uma simplificação analítica do processo argumentativo. Uma coisa é argumentar um significado na interpretação, outra é argumentar *por um* significado na determinação do resultado. No primeiro caso, interpreta-se; no segundo, se fala sobre a(s) interpretação(ões) para definir uma solução.

A linguagem, claro, não se restringe ao que um *dicionário* definiria, o que limitaria a interpretação à literalidade. Quando se diz aqui que o resultado da interpretação deve ser suportado pela linguagem, esta é considerada incluindo as inferências (conteúdo logicamente implicado), a estrutura do texto, organização e sua relação com as diferentes partes da lei em que inserida. Assim, uma regra que fala em “grave ameaça” pode ser tranquilamente interpretada como fazendo referência ao uso de “arma de fogo”. Uma disposição constitucional que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de *sentença* penal condenatória” como garantia fundamental, inclui os casos em que esta condenação se dá através de um *acórdão*, sendo tranquilo concluir que a espécie

¹⁶⁸ BARAK, 2005, p. 10.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 89.

(sentença) foi utilizada para fazer referência ao gênero (decisão judicial). Se uma disposição do Código Civil fala em “prescrição”, posso inferir que não se trata da prescrição da pretensão punitiva típica do Direito Penal, ainda que a regra não especifique isso. E se o Código Penal, em uma de suas regras, qualifica o agente da conduta por “maior”, sei com facilidade que se trata de indivíduo com mais de 18 anos. Todas essas conclusões são típicos resultados interpretativos que atendem aos limites semânticos da formulação normativa considerada em sua estrutura (argumento sistemático, comparativo), propósito (argumento genético, histórico, teleológico) etc.

Os limites semânticos também não importam na impossibilidade de interpretação extensiva ou restritiva.¹⁷⁰ Os exemplos de Peczenik do clube de xadrez tornam fácil perceber que extensão e restrição no contexto da interpretação têm relação com os limites dos conceitos utilizados, cuja aplicação pode ser duvidosa em alguns casos. “Jogador de xadrez” pode ser interpretado como quem “joga de vez em quando”, quem “conhece as regras do jogo” ou quem “possui *rating* conferido pela federação nacional”. Mas considerar “jogador de xadrez” quem “tem o *ranking* de Grande Mestre” ou quem “joga canastra” não é nem interpretação restritiva nem extensiva. Nestes casos, redução e extensão ocorrem em outro nível da argumentação jurídica.

A teoria alemã dos limites do texto argumenta no mesmo sentido. Matthias Klatt, baseando-se especialmente em Alexy e Larenz, diz que a característica que *define* a interpretação judicial é que todos os cânones de interpretação devem ser considerados “apenas dentro das fronteiras dos ‘limites da formulação linguística.’ Se uma solução normativa não pode ser ‘reconciliada’ com a formulação normativa, não se trata de interpretação — a doutrina do ‘desenvolvimento da lei’”.¹⁷¹ Da mesma forma, teorias da interpretação pelo propósito — que buscam mecanismos racionais para a definição do propósito do texto, do legislador, de ambos ou de uma combinação de alguns ou de todos — têm como limite o que pode ser “encaixado” na semântica da norma interpretada. Barak define o significado semântico como a “totalidade de significados que podem ser atribuídos à linguagem do texto no léxico ideal de quem fala o idioma”, e que “interpretar é escolher o

¹⁷⁰ “(...) interpretation can give a text an expansive or a constrictive meaning; the meaning may be natural to the language or innovative. But we must insist that interpretation confer upon the text a meaning that it is capable of bearing in the language in which it is expressed” (BARAK, 2005, p. 18)

¹⁷¹ KLATT, 2008, p. 5.

significado jurídico entre as possibilidades semânticas — decidir qual dos significados semânticos constitui o significado jurídico apropriado”. Logo, o significado semântico do texto determina os limites, seu “potencial,” e o significado jurídico “transporta este potencial para a prática.”¹⁷²

Como se vê, esta delimitação não significa que a semântica do texto normativo interpretado limita sempre a solução a ser dada pelo julgador — aliás, uma análise rápida da jurisprudência de qualquer Corte Constitucional levaria a esta conclusão. O texto pode limitar a interpretação, mas, uma vez definida esta, dois caminhos continuam possíveis: (a) o julgador pode decidir que a interpretação *limita* as soluções normativas e proclamar uma delas para o caso concreto; ou (b) pode dar solução diversa. Se seguir o segundo caminho, há a necessidade de “algo mais” além da interpretação.¹⁷³

Logo, “dar ao texto um significado além dos seus limites semânticos”,¹⁷⁴ ou, como defini aqui seguindo a tradição analítica no direito, dar uma solução normativa que não é derivável da regra considerando seus limites semânticos, caracteriza o “desenvolvimento da lei”,¹⁷⁵ está fora da interpretação. “A interpretação acaba quando a linguagem acaba”.¹⁷⁶ A partir daí, são necessários, para uma fundamentação racional de uma decisão judicial, outros argumentos *não-interpretativos*, de modo que pode-se estabelecer, então, que os limites semânticos permitem “separar”, ou delimitar, entre interpretação e *construção*,¹⁷⁷ termo que tem se tornado padrão na literatura e, por isso, passo a utilizar com o mesmo sentido de “argumentos não-interpretativos”, “desenvolvimento da lei” etc.

Há *necessidade* de “algo mais,” de *construção jurídica*, se entendermos, como de fato entendemos, que a argumentação jurídica é um discurso racional. Essa premissa demanda a justificação das decisões judiciais a partir de *standards* normativos gerais. Disso resulta que, primeiro, se o resultado não pode ser validamente justificado pela interpretação, que é essencial, mas não esgota, a argumentação judicial, outro tipo de fundamentação deve ser buscado. Por outro lado, essa fundamentação tem que estar amparada, como a

¹⁷² BARAK, 2005, p. 7.

¹⁷³ Também limitando a interpretação ao texto cf. SCHAUER, 2009a, p. 13.

¹⁷⁴ BARAK, 2005, p. 18.

¹⁷⁵ KLATT, 2008.

¹⁷⁶ BARAK, 2005, p. 18.

¹⁷⁷ É também a terminologia utilizada por GUASTINI, 2011

interpretação, também em *standards* considerados vinculantes e dotados de generalidade — o que tenho chamado aqui de *standards* normativos, em sentido amplo, estando claro, a este altura, que podem se referir a regras ou princípios. O ponto é que *não fundamentar* não é uma opção (racionalmente) viável, e outra forma de fundamentar que não ancorada em normas gerais não é admitida.

Este “algo mais” que a doutrina alemã chama de “desenvolvimento da lei” e a doutrina anglo-americana de “técnicas não-interpretativas”, de “construção jurídica” (*legal construction*), aqui trato simplesmente por “construção”. Vale ressaltar que neste ponto ainda há considerável confusão terminológica: o que alguns autores consideram interpretação, outros classificam como construção.¹⁷⁸ Há autores que não “reconhecem” e, conseqüentemente, não utilizam a distinção.¹⁷⁹ Os Tribunais, por seu turno, normalmente sequer explicitam que estão fazendo construção jurídica, e utilizam o termo “interpretação” para se referir à totalidade da argumentação.

Por exemplo, há uma regra do Código de Processo Penal que determina que o juiz deve decretar a “extinção da punibilidade do réu” em caso de morte deste, apenas à vista da certidão de óbito.¹⁸⁰ Uma vez proferida esta sentença e não havendo recurso, a decisão faz *coisa julgada*, que é constitucionalmente protegida,¹⁸¹ com *status* de garantia fundamental. Vários casos chegaram ao STF em que o réu *falsificou* sua certidão de óbito para provocar esta extinção da punibilidade que, uma vez transitada em julgado, seria “imutável”. No máximo o réu poderia ser processado pelo uso de documento falso ou estelionato, mas a ação penal original continuaria definitivamente encerrada. O STF, porém nunca aceitou esta solução.¹⁸²

Em alguns julgados até se buscou uma fundamentação técnica,¹⁸³ mas em várias decisões prevaleceu, muitas vezes expressamente, foi o princípio de que “ninguém pode ser

¹⁷⁸ Apenas para exemplificar, Solum (2010) restringe a interpretação a uma espécie de textualidade, Barak (2005) não faz a distinção, mas deixa claro que analogia é construção (por ser extensão), e Tarello (2013) considera a analogia uma interpretação.

¹⁷⁹ BARAK, 2005.

¹⁸⁰ “Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.”

¹⁸¹ “Art. 5º (...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

¹⁸² O precedente mais antigo que localizei é STF, *HC 55.901*, 1978.

¹⁸³ As várias decisões da Corte se valem da argumentação desenvolvida no precedente de 1978, de cunho

beneficiado por seu crime”. Em 1978, o Relator diz que uma conclusão em sentido contrário “viciaria o princípio segundo o qual é inadmissível que o autor de um delito venha a ser beneficiado em razão da própria conduta delituosa”. Em 2004, que decidir de outra forma faria com que o réu se beneficiasse de “conduta ilícita”.¹⁸⁴ O STF não *interpretou* o art. 62 do Código Penal nem o art. 5º, XXVI da Constituição Federal. A Corte *relativizou* a coisa julgada, derivando esta solução de um princípio moral, argumentação que pode ser perfeitamente reconstruída a partir do modelo até agora delineado como uma construção jurídica a partir de uma interpretação da regra que não se considerou, por diversas razões, que deveria controlar o resultado do julgamento.

Recentemente, o STF decidiu que um Deputado Federal que havia renunciado ao cargo na *véspera* da sessão do próprio STF onde ele seria julgado em um processo *criminal*, não teria direito ao envio do processo à primeira instância para julgamento. Até então era incontroverso, como interpretação da regra de competência do STF para julgar criminalmente “os membros do Congresso Nacional”,¹⁸⁵ que a jurisdição da Corte se iniciava *imediatamente* com a diplomação para o cargo de Deputado Federal,¹⁸⁶ e cessava também *imediatamente* com o fim do mandato¹⁸⁷ ou, como no caso, a renúncia.¹⁸⁸ Em 2010, o Deputado que seria julgado criminalmente encaminhara, na *véspera*, a renúncia ao mandato à Câmara dos Deputados, e seu advogado fez a comunicação, no mesmo dia, ao STF, relatado que seu cliente não era mais parlamentar federal e, por isso, o processo deveria ser remetido (imediatamente) para a primeira instância. Não havia dúvida de que o réu era mais Deputado, mas a Corte viu, nesta atitude, uma manobra para frustrar o julgamento e ganhar tempo, especialmente porque a pretensão punitiva de um dos crimes pelos quais ele fora

interpretativo, no sentido de que a decisão que julgou extinta a punibilidade, por ter sido baseada em documento falso, seria “juridicamente inexistente” e, por esta razão, não faria coisa julgada. Em 2015 detalhei esta argumentação e mostrei que, na verdade, esta tese é inconsistente com a jurisprudência do STF sobre o assunto, questão que não será desenvolvida aqui. Cf. ARAÚJO, 2015.

¹⁸⁴ STF, *HC 84.525*, 2004.

¹⁸⁵ A regra de competência está prevista na Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.”

¹⁸⁶ STF, *AP 527*, 2010; também em *Inq 2.648*, 2008.

¹⁸⁷ STF, *Inq 2.105-AgR*, 2007.

¹⁸⁸ STF, *AP 333*, 2007. As exceções se limitavam aos casos em que o julgamento já havia sido iniciado (STF, *Inq 2.295*, 2008) ou em caso de embargos de declaração interpostos após o encerramento do julgamento (STF, *Inq 1.645-ED*, 2011).

denunciado, que à época era denominado de “quadrilha ou bando”,¹⁸⁹ inevitavelmente prescreveria semanas depois caso o julgamento não ocorresse (e não interrompesse a prescrição). Praticamente toda a fundamentação técnica¹⁹⁰ buscava justificar a *rejeição* da solução normativa, que foi percebida neste caso como incoerente com propósitos e valores do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹¹

Em ambas as decisões do STF, pode-se perceber que não se trata de atividade interpretativa, mas do que Alexy classifica como *redução construtiva*,¹⁹² Peczenik denomina simplesmente de *redução*,¹⁹³ Juliano Maranhão desenvolve como uma *contração* através de operadores de *refinamento* do sistema normativo.¹⁹⁴ Contudo, isso não fica *claro* nos julgados — é preciso reconstruir o argumento. Em razão disso, poderia parecer inútil fazer a distinção aqui proposta entre interpretação e construção. Acredito que, pelo contrário, a imprecisão na prática torna ainda mais essencial a precisão na análise.

A distinção interpretação-construção é fundamental para a compreensão de que há um limite para a atividade de *interpretar*, e que esse limite é derivado da linguagem da regra. *Por que* o limite é este foi parcialmente respondido aqui com a citação de autores que abordam a questão com argumentos jurídico-políticos, resposta que será complementada posteriormente com uma abordagem inferencialista. *Como* se evidencia esse limite é uma questão semântica mais complexa, que será trabalhada adiante, mas como ponto de partida é necessário estabelecer que a atividade de interpretação não admite *qualquer* resultado. E

¹⁸⁹ Art. 288 do Código Penal, hoje denominado de “associação criminosa” com a redução do número mínimo de membros de quatro para três.

¹⁹⁰ O principal deles, em síntese, foi o de que a renúncia, embora fosse um ato legítimo, não poderia ter “efeitos ilegítimos”, argumento que justificou a rejeição da solução normativa.

¹⁹¹ A Relatora fundamenta nesse sentido: “Relembrei, então, lição de Black, que li aqui naquela sessão, segundo o qual “Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa” (STF, AP 396, 2010). A citação é de BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*. St. Paul: West Publishing Co., 1896, p. 48.

¹⁹² “The argument of reduction limits the scope of a norm the literal meaning of which is considered too broad. The court adds an unwritten exception. Usually a reduction is justified by the purpose (ratio legis) of the norm (teleological reduction)” (ALEXY; DREIER, 1991, p. 89). Os autores entendem que a redução é do *escopo* da regra, o que normalmente demanda uma reformulação (através de uma proposição normativa) até maior ou mais detalhada do que a formulação original.

¹⁹³ Na redução, “the statutory provision receives a new, more restricted sense, or even elimination, that is, a total withdrawal of the norm in question from the legal order” (PECZENIK, 1989, p. 306).

¹⁹⁴ MARANHÃO, 2001, 2004, 2011, 2012a, 2015.

isso não apenas pelo risco de se “quebrar a interpretação”,¹⁹⁵ mas como condição de racionalidade do processo interpretativo: a possibilidade de comunicação depende da determinação de significados com algum nível de precisão. E, se é assim, a interpretação tem limites que, uma vez ultrapassados, tornam necessário justificar a decisão de outra maneira, por outras técnicas. Resta investigar a natureza desses limites.

Por tudo o que foi dito até aqui, está claro que não se assume compromisso com algum tipo de textualismo ou com uma tese sobre *como* os juízes devem decidir a partir do momento em que a interpretação “atingiu seu limite”. Autores relevantes defendem que o juiz não pode ir além do texto salvo no caso de circunstâncias particularmente exigentes.¹⁹⁶ Outros defendem maior flexibilidade.¹⁹⁷ São teses sobre os limites da adjudicação. São questões relevantes em teoria do direito ou em ciência política, mas o exame que pretendo é de racionalidade a partir da filosofia da linguagem, ou seja, não dos limites da adjudicação, mas dos limites de argumentos interpretativos *utilizados na adjudicação*.

Assim, independentemente da solução dada pelos julgadores nos casos a seguir analisados como forma de explicitar o argumento principal desta tese, concentrarei a análise na *interpretação*, embora detalhando técnicas de construção jurídica tradicionais — como a analogia — e outras pouco estudadas até alguns anos atrás, e que hoje são objeto de estudo da teoria da derrotabilidade normativa.¹⁹⁸ Construções jurídicas assim definidas são utilizadas pelos Tribunais há bastante tempo, ainda que a terminologia normalmente não seja aplicada de forma técnica. O primeiro precedente do STF no caso das certidões de óbito falsas é de 1978. A decisão do STF que reconduziu o professor ao cargo, considerando que o dispositivo da Lei de Segurança Nacional que autorizava o afastamento seria inconstitucional porque incoerente com o princípio até então implícito da presunção de inocência, é de 1968. As fundamentações em ambos os casos não são estruturalmente diferentes da argumentação da Corte de Apelações de Nova York em *Riggs v. Palmer*, que é de 1891. Trata-se, portanto, de mecanismo decisório comum nos, mas que não constitui, e pode ser claramente diferenciado da, *interpretação* de regras.

¹⁹⁵ BARAK, 2005.

¹⁹⁶ Schauer diz que o resultado deve ser controlado pelo “literal mandate of the most locally applicable written rule” (1988, p. 546)

¹⁹⁷ ESKRIDGE, 1987; ESKRIDGE; FRICKEY, 1990; MACCORMICK, 1995.

¹⁹⁸ BELTRÁN; RATTI, 2012. MARANHÃO, 2012a, item 3.13.

A distinção entre interpretação e construção aqui especificada é um pouco diferente de outras disponíveis na literatura. Em um dos *loci classici* da distinção, Solum define a interpretação como “a atividade de reconhecer o significado linguístico ou o conteúdo semântico” de um texto, e *legal construction* seria tudo o que ocorresse a partir daí, o processo de “dar efeito jurídico ao texto (ou traduzindo o significado linguístico em doutrina jurídica ou aplicando e implementando o texto)”.¹⁹⁹ Esta distinção poderia ser suficiente para outros propósitos teóricos, mas excluiria da interpretação o uso de argumentos interpretativos que não o semântico. Até o recurso ao propósito para delimitar o significado jurídico dentro das possibilidades semânticas é considerado, por Solum, já uma construção.²⁰⁰

Esta opção de Solum é criticada justamente porque parece *embutir* em uma delimitação conceitual uma *opção* pelo *originalismo* — que é defendido pelo autor. Ele identifica a crítica e a nega, afirmando que sua distinção é compatível com qualquer doutrina, não apenas com o originalismo ou qualquer forma de textualismo. De fato, em certo sentido isso é verdade, mas quando se considera que boa parte da confusão conceitual decorre justamente da percepção de juízes e Tribunais de que a legitimidade de sua atividade está vinculada à medida em que podem justificá-la como uma *interpretação*, restringir este conceito e transferir o que ele chama de “doutrinas jurídicas” de modo geral para a *construção* não contribui de forma relevante para o esclarecimento conceitual, além de evidentemente conter, no mínimo, um artifício retórico subjacente. É possível especular que os Tribunais acabariam mais facilmente *rejeitando* a distinção por ele feita — como, aliás, faz Barak, juiz da Suprema Corte Israelense²⁰¹ — do que incorporá-la e passar a chamar a argumentação judicial quase integralmente de *legal construction*.

A distinção nesses termos, aliás não seria compatível com a terminologia amplamente utilizada na literatura jurídica, especialmente por autores muito influentes na jurisdição brasileira como Alexy, Larenz, Canotilho, Jorge Miranda e Schauer, e não seria aplicável a decisões de Cortes Constitucionais como a Alemã, a Italiana, a Americana e ao STF. Mas o *insight* aqui é o mesmo de Solum: é possível distinguir a determinação do

¹⁹⁹ SOLUM, 2010, p. 96.

²⁰⁰ Ele inclusive situa os casos de vagueza fora da interpretação, ao contrário do que faço adiante.

²⁰¹ BARAK, 2005.

significado normativo da determinação de uma solução para o caso diante do juiz. Apenas insiro aqui, entre a determinação do significado semântico — ou a determinação das possibilidades semânticas — e a construção da solução para o caso, a determinação da *solução normativa* alcançada por inferências interpretativas dentre as possibilidades semânticas.²⁰²

Por outro lado, a distinção aqui proposta lança uma luz mais relevante à argumentação jurídica na adjudicação, pois o tratamento que tecnicamente se dá aos argumentos interpretativos é diferente do que pode ser conferido às técnicas de construção, ainda que, em ambos os casos, haja características em comum, já que ambos se inserem no esquema maior da argumentação judicial.²⁰³

Um exemplo ajuda a evidenciar a distinção interpretação-construção aqui formulada: pelo Código Penal, aquele que pratica um crime patrimonial como o furto não é punível caso a vítima seja seu cônjuge. Alguns tribunais decidiram que o benefício deve ser aplicado aos casos em que o agente do crime e a vítima estão em *união estável*. Este é um caso claro de *analogia*, que será esmiuçado adiante no tratamento dos esquemas argumentativos. Não seria possível utilizar técnica ou argumento interpretativo para dizer que a regra se aplica aos casos em que a vítima seria “companheira” do agente porque “companheira” seria *o mesmo que* “cônjuge” ou seria conceitualmente “encaixável” no termo “cônjuge”. Considerando o *propósito* da escusa absolutória, bem como que a “união estável” é um conceito jurídico de forma relevante semelhante ao “casamento” (à luz do propósito normativo), a solução normativa é *estendida* para o agente que furta da companheira.²⁰⁴ Embora a opção do legislador possa ser *moralmente* questionável em *ambos* os casos, e até incoerente com outros propósitos identificáveis no ordenamento jurídico, a fundamentação revela um padrão argumentativo distinto, com a *extensão* da regra.

²⁰² Esta distinção escapa a Solum quando ele diz que as teorias aplicadas na construção são “ultimately normative theories: because constructions go beyond linguistic meaning, the justification for a construction must include premises that go beyond linguistic facts” (SOLUM, 2010, p. 104). A distinção interpretação-construção aqui proposta coincide com a de GUASTINI, 2011, com a ressalva quanto ao ceticismo moderado por ele professado.

²⁰³ Solum demonstra, neste ponto, certo ceticismo quanto à possibilidade de um tratamento técnico dos argumentos interpretativos, inclusive chamando-os de “rules of thumb,” dando combustível à crítica de que sua teoria de fato embute pressuposições importadas do originalismo (SOLUM, 2010).

²⁰⁴ Este caso será tratado em detalhes como um exemplo do esquema argumentativo da analogia no item 3.7.2.3, p. 185.

Argumento diferente, mas também aplicado em questão penal, foi utilizado pelos Tribunais no caso do art. 115 do Código Penal, que diz que o prazo de prescrição da pretensão punitiva estatal é reduzido pela metade para o réu que completa setenta anos até a data da “sentença”. Embora “sentença” seja, tecnicamente, o nome que se dá ao provimento judicial de primeiro grau de jurisdição, o STF entendeu que o benefício deve ser *aplicado* aos casos em que o réu completa setenta anos antes do “acórdão”, que é o termo que designa a decisão condenatória criminal proferida por um colegiado. Na jurisprudência sobre este tema há argumentos interpretativos e construtivos, mas um deles, claramente interpretativo, sustenta que, no Código de Processo Penal e no de Processo Civil, o legislador utiliza “sentença” para se referir de forma indiscriminada à “decisão judicial condenatória”.²⁰⁵ De fato, nos Códigos não é utilizado o termo acórdão, e mesmo na Constituição a garantia da presunção de inocência, como já visto, determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de “sentença penal condenatória”. Não é plausível supor que o Constituinte pretendia que somente as sentenças proferidas por juízes na primeira instância, e não os acórdãos prolatados por Tribunais, fizessem coisa julgada.

Outra corrente, contrária à primeira, sustenta que, se o legislador pretendesse que o benefício fosse aplicável nos casos de acórdãos, teria utilizado o termo, de modo que a expressão do art. 115 do CP deve ser lida “*restritivamente*”. Em ambos os argumentos não há nem extensão nem redução que caracterizam a construção jurídica, mas teses interpretativas que propõem, de um lado, que o termo “sentença” seja lido em um sentido menos técnico — e de fato o termo sentença é comumente utilizado para se referir a decisões do próprio STF na imprensa e até por Ministros da Corte —, enquanto o outro lado acredita que “sentença” deve ser lido em seu sentido técnico-jurídico de decisão judicial condenatória de primeira instância que julga o mérito do processo criminal. São argumentos interpretativos em que, prevalecendo qualquer das teses, há a aplicação *direta* ou a não aplicação da solução normativa do art. 115. Ambos são interpretações *possíveis* da regra, e a argumentação prossegue com ambos os lados falando *sobre as interpretações*, defendendo qual deve controlar o resultado — ou seja, qual a *melhor* interpretação.

O que torna a distinção interpretação-construção ainda mais clara é observar que, mesmo se prevalecesse a segunda corrente, que acredita que o art. 115 não se aplica a

²⁰⁵ STF, *HC 71.811*, 1994.

“acórdãos”, não haveria óbice para a *extensão* do benefício a quem completasse setenta anos depois da sentença, mas antes do acórdão. Essa extensão, contudo, precisaria ser fundamentada a partir de técnicas não-interpretativas. Foi o que o próprio STF fez, em *outro* caso, ao argumentar que seria “injusto” não estender o benefício a quem fosse condenado *diretamente* por um Tribunal por ter foro por prerrogativa de função — o que faz com que não haja “sentença” de primeira instância, pois a *primeira* decisão condenatória é um acórdão. Ao sustentar que a distinção seria injusta, o STF estava, primeiro, implicitamente definindo que o art. 115 não se aplicava *diretamente* ao caso, e que a solução deveria ser *estendida*.²⁰⁶ É um argumento por analogia (com lacuna axiológica),²⁰⁷ e, portanto, construção jurídica. A construção pressupõe a definição dos *limites* do texto através da interpretação. No primeiro caso, a tese é de que “acórdão” está dentro do alcance semântico do termo “sentença”, enquanto no último se decide que a interpretação não é esta para, depois, considerando a solução normativa injusta, estender o benefício previsto na regra.

Fixando-se, desta forma, uma distinção entre interpretação e construção caracterizada especificamente pela limitação da primeira às possibilidades semânticas da formulação normativa, é possível responder a diversas perguntas relevantes, como, por exemplo, se é possível aos juízes adotar uma “interpretação corretiva” da lei, como o STF já fez em diversas oportunidades.²⁰⁸ Pela forma como o STF utiliza a expressão, é caso claro de construção jurídica, já que a “correção” é necessária justamente porque o resultado estaria fora dos limites semânticos.

É claro que nem sempre os Tribunais estão conscientes dessa distinção, e pode sequer haver debate na decisão quanto a esses limites. Raz diz que “apesar de os juízes saberem que eles frequentemente criam direito, eles sem sempre julgam corretamente se uma conclusão específica em um julgamento é inovadora ou simples aplicação [da regra]”.²⁰⁹

²⁰⁶ Note-se que esta decisão é inconsistente com a primeira, em que o art. 115 seria aplicável a “acórdão” por razões semânticas. É possível interpretar a argumentação como defendendo uma interpretação semântica de sentença para incluir acórdão, afirmando que conclusão diversa seria injusta (uma espécie de interpretação pelo propósito). Contudo, levando em conta o aspecto diacrônico da adjudicação aqui — já que a primeira decisão é de 1994 e a segunda de 2006, e que a segunda cita a primeira como um de seus precedentes —, ou se interpreta que houve analogia, ou o argumento pela injustiça (uma espécie de argumento *a contrario*) seria dispensável, o que violaria máximas pragmáticas do discurso.

²⁰⁷ Mais sobre a distinção entre lacuna normativa e axiológica nos itens 3.7.2.1, p. 169, e 3.7.2.2, p. 177.

²⁰⁸ Exemplificativamente, STF, *MI 670*, 2007.

²⁰⁹ RAZ, 1979, p. 207.

Embora ele não utilize a terminologia aqui adotada, a distinção é entre aplicação (interpretação) e inovação (construção).

Em uma decisão de 2013, o STF decidiu que uma regra “revelava uma extensão” — no sentido que deveria ser “interpretada” extensivamente. Em outra decisão, também de 2013, consta que fazer a “interpretação extensiva” que o autor da ação pleiteava seria um “elastério hermenêutico”. Ambas as decisões foram unânimes, proferidas pelo mesmo Tribunal, no mesmo ano e, em verdade, os trechos citados são do *mesmo julgador*.²¹⁰ Em ambos os casos a argumentação foi claramente pelo uso da analogia, que é uma técnica não-interpretativa. Mas em nenhum a argumentação é *explicitamente* por analogia, e a falta de identificação do esquema argumentativo pelos próprios julgadores provavelmente contribuiu para decisões que são, pelo menos em uma primeira aproximação, inconsistentes. No primeiro caso fizeram exatamente o que Raz identificou como um juiz “criando uma nova regra em uma decisão que ele pensa que é puramente de aplicação da lei”.²¹¹

Aliás, Raz diz que chega a ser surpreendente que os Tribunais não se ocupem mais dessa distinção, já que essas *etapas* são bastante *diferentes*. Seria de se esperar que “as Cortes dividissem seus julgamentos em partes claramente definidas empregando argumentos radicalmente diferentes para justificar suas decisões pela aplicação da lei ou criação de lei”. Claro que não é isso que acontece na prática. “Apesar de as Cortes frequentemente identificarem que diferentes tipos de argumentos são apropriados quando consideram utilizar seus poderes de criação jurídica, elas frequentemente também se movem de forma imperceptível de uma função para outra.”²¹²

Esse movimento que Raz identificou, aqui caracterizado como entre os *níveis* da argumentação, acaba sendo uma espécie de “tudo ou nada”:²¹³ ou literalidade estrita na aplicação de uma regra ou “liberdade completa” através de considerações valorativas que resultam na expansão ou redução do sistema normativo. Para esclarecer a argumentação jurídica, para explicitar o que já se faz implicitamente e evidenciar a normatividade implícita na interpretação jurídica de modo a examinar as condições de racionalidade de argumentos

²¹⁰ STF, *AP 516 ED*, 2013 e *MI 2.140 AgR*, 2013.

²¹¹ RAZ, 1979, p. 207.

²¹² RAZ, 1979, p. 207-208.

²¹³ KLATT, 2008, p. 12.

semânticos, é preciso ter uma ideia clara desses diferentes níveis da argumentação, de modo a desvendar as nuances entre os extremos. Já está claro, portanto, que a interpretação se situa no primeiro e segundo níveis — estabelecer a solução normativa a partir do conteúdo das normas jurídicas aplicáveis em um determinado caso —, e a construção, no terceiro — determinar uma solução normativa para o caso em análise. Resta esclarecer a construção jurídica *racional* no bojo deste esquema maior da argumentação judícia.

2.7 A construção jurídica como ampliação ou contração do sistema normativo

A interpretação é a derivação inferencial de uma solução normativa a partir de uma regra jurídica. Todas as demais técnicas utilizadas pelos julgadores, ortodoxas ou heterodoxas — analogia, ponderação de princípios, derrotabilidade normativa por conflito com as razões de fundo da regra, etc. — são construções jurídicas.

Nos casos de construção, apesar da multiplicidade de técnicas que *são* adotadas por Tribunais, os resultados são normalmente classificados em três grupos: ocorre (a) algum tipo de *extensão* do alcance de uma regra; (b) uma *redução* do alcance da regra originalmente aplicável; ou (c) a aplicação direta de um princípio jurídico (em sentido amplo). Há extensa literatura sobre os princípios jurídicos e sua força normativa na adjudicação.²¹⁴ O que é relevante notar para os fins desta pesquisa é o que ocorre em cada um desses resultados em relação ao *sistema normativo*.

Aplicando o modelo de análise como fixado até aqui, o que se percebe é que, nos três casos, há ou uma extensão ou uma contração do sistema normativo.²¹⁵ No primeiro, é formulada uma solução normativa estendendo a consequência prevista em uma regra para um caso que não estaria em na *facti species* normativa — i.e. a solução normativa que controla o resultado da adjudicação não estaria nos limites semânticos da formulação da regra e, por isso, não seria derivável *interpretativamente*.

²¹⁴ ÁVILA, 2019; DWORKIN, 1978, 1986; ALEXY, 1988, 1992, 2003, 2005.

²¹⁵ Klatt chega à mesma conclusão. Alexy chama os dois casos genericamente de analogias” (extensão) e “reduções teleológicas” (KLATT, 2008).

No segundo caso, rejeita-se uma solução normativa interpretativamente derivada, por qualquer razão — de maneira geral, por uma percebida incoerência entre a solução normativa e os princípios que justificam a regra da qual ela foi derivada ou outras regras do ordenamento jurídico, a que me refiro aqui como o *propósito da regra*. Há então uma *substituição* desta solução normativa rejeitada por outra, mais restrita, que não abrange o caso individual para o qual se busca dar uma solução. Considerando que a atividade judicante deve ser baseada em *standards* normativos *gerais*, este procedimento é racionalizado como um refinamento do sistema normativo,²¹⁶ uma contração coerentista²¹⁷ (porque controlada por uma avaliação²¹⁸ quanto à adequação da solução normativa com o propósito que justificou a edição da regra), de modo que, em casos futuros, o sistema normativo que servirá de base para a adjudicação é o sistema refinado, reduzido (princípio de universalização).

No terceiro caso, para a “aplicação direta” de um princípio jurídico é necessário, primeiro, derivar dele uma solução normativa, que será aplicada como solução para o caso individual. Esta solução normativa é uma inovação no sistema normativo (já que ela não existia antes, senão seria o caso de apenas aplicá-la ou invocar o precedente), e pelo mesmo princípio de universalização representa uma *ampliação* do sistema normativo, que servirá, assim aumentado, de base para a adjudicação de casos futuros.

Portanto, os três casos podem ser resumidos em dois para fins de classificação: na construção jurídica, o resultado será uma *ampliação* ou uma *contração* do sistema normativo. Nenhum dos dois resultados é compatível com uma *interpretação da regra*. Alexy e Dreier chegam a falar em decisões *contra legem* nesses casos,²¹⁹ mas não é necessário adotar o “ponto de vista” da regra. Importa perceber que a justificação da decisão não é pela *aplicação* da regra, como diria Raz.

Como exemplo do primeiro resultado (contração), a Lei brasileira que estabelece os crimes ambientais tem previsão bastante clara sobre o que deve ser feito em caso de

²¹⁶ MARANHÃO, 2001, 2004, 2012b.

²¹⁷ MARANHÃO, 2011, 2015.

²¹⁸ MARANHÃO; SARTOR, 2019.

²¹⁹ “If the wording does cover the decision, then the objective-teleological argument is ordinarily decisive. Where the wording cannot be stretched so far, *contra legem* decisions, supported by objective-teleological arguments, do occur but have to be regarded as exceptions” (ALEXY; DREIER, 1991, p. 93).

apreensão de animal silvestre com um particular. Em síntese, a guarda de animal silvestre é crime, e como consequência da apreensão a lei dá dois resultados possíveis: a libertação do animal em seu *habitat* natural ou sua entrega a uma instituição com técnicos habilitados.²²⁰ No caso, os animais estavam com o réu havia mais de vinte anos, e considerou-se que sua readaptação em qualquer outro ambiente seria muito difícil. Assim, “ainda que, em tese, os dispositivos sejam aplicáveis”, o Tribunal acabou por “afastá-los por entender que, no caso concreto, as aves deveriam permanecer com o [réu]”. A decisão chegou ao STJ, que a manteve, argumentando que aplicar a regra neste caso “equivaleria à negação de sua finalidade”.²²¹ Havia uma solução normativa derivável do sistema normativo aplicável ao caso, mas essa solução foi considerada, pontualmente, incoerente com o propósito daquele mesmo sistema normativo. Não é caso de inconstitucionalidade, pois as regras foram e continuarão sendo aplicáveis a outros casos. Apenas *neste caso*, em razão de algumas circunstâncias — o fato de os animais serem criados soltos, serem incontroversamente bem tratados e viverem com o réu por mais de vinte anos —, decidiu-se que havia uma incoerência entre solução normativa e propósito normativo.

Como exemplo do segundo (extensão), temos o já mencionado caso da aplicação, em favor do agente do crime patrimonial em união estável com a vítima, da escusa absolutória legalmente prevista em caso de casamento, que detalharei adiante ao tratar do argumento por analogia.

A distinção interpretação-construção, portanto, tem relação, em uma abordagem inferencialista da argumentação judicial, com saber se a própria regra *interpretada* funciona como razão para decisão através de sua *instanciação*. Se for feita uma ampliação ou contração, a regra precisa de uma ou mais premissas adicionais para que a solução para o caso individual seja derivada.²²² Assim, na construção jurídica, há a *necessidade* de suplementar a inferência interpretativa fornecendo outras *razões* além da regra.

A terminologia em si é uma *escolha*: poderíamos chamar a construção de “interpretação construtiva”, por exemplo, como alguns fazem. Em nome da clareza

²²⁰ Lei 9.605/98, arts. 25 e 29.

²²¹ STJ, *REsp 1.425.943*, 2014. Vale consignar que o STJ e o Tribunal *a quo* tiveram muitas dificuldades na argumentação, pois, embora tenham dito que as regras seriam aplicáveis, depois afirmaram que, no caso, “não foram violadas”. É possível, contudo, entender que o Tribunal considerou que a violação das regras no caso não contrariou o *propósito* que justificava as regras.

²²² Ambas as articulações inferenciais ficarão claras no item 3.7.2.5, p. 201.

terminológica, prefiro não utilizar o termo “interpretação” tantas vezes, mas *independentemente* da denominação, o ponto relevante é a distinção entre inferências (argumentos) limitadas pela linguagem, de modo que a (formulação da) regra funciona como razão suficiente para a decisão na ocorrência da *facti species* normativa (aqui chamadas de interpretação) e inferências (argumentos) não limitadas pela linguagem, demandando a justificação da decisão através de razões adicionais (aqui chamadas de construção jurídica).

A classificação proposta, assim, não se compromete com uma tese normativa sobre como o resultado da adjudicação deve ser determinado — se dentro das possibilidades semânticas do texto ou não. É uma distinção que apenas evidencia que, na medida em que a interpretação é ou deve ser limitada pela linguagem, a decisão judicial que dá consequência que não é conciliável com o texto da regra aplicável deve ser fundamentada através de razões extras — a simples invocação da regra como razão externamente justificada por *default* não é *suficiente*.

Esta é, afinal, a posição do STF, expressamente externada em diversos precedentes. Por exemplo, em 2014 constou expressamente de julgado no controle concentrado de constitucionalidade que a legitimidade da interpretação conforme a Constituição “supõe que o ato estatal (...) admita (...) múltiplas interpretações, algumas compatíveis e outras inconciliáveis com o texto da Constituição”.²²³ Esta posição é antiga e bem consolidada.

Um dos argumentos mais comuns na adjudicação, o argumento por analogia, é, portanto, construção jurídica. Na analogia há uma extensão de uma solução normativa a casos não abrangidos pela formulação da regra. Não há como “encaixar” o caso nos limites semânticos do texto. Raz define que “disputas não-reguladas são determinadas por argumentos por analogia, que estendem a força de regras existentes para além de seu âmbito direto de aplicação”.²²⁴ Peczenik diz que o argumento por analogia é “o método mais comum

²²³ STF, *ADPF 187*, 2014, p. 17. Do mesmo julgado consta que “[o] fato de que a controvérsia constitucional relevante deriva das múltiplas expressões semiológicas propiciadas pela regra legal em questão e comprovadas pelas diversas decisões judiciais conflitantes a propósito do art. 287 do Código Penal permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, ora preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição”.

²²⁴ RAZ, 1979, p. 199.

para criar uma norma mais geral”.²²⁵ Logo, analogia não pode ser interpretação, mas uma “forma de justificação de *novas regras* proclamadas pelas Cortes (...)”.²²⁶

Os esclarecimentos terminológicos até aqui podem levar a pensar que a definição de interpretação inclui apenas técnicas “formais”, não admitindo *valorações*. Mas o que se situou na construção jurídica são *valorações a respeito* da interpretação que deve (ou não) controlar o resultado. A interpretação pode até ser avaliativa, mas frequentemente é valorativa. Os casos de ambiguidade e, principalmente, de vagueza, permitem aprofundar este ponto, bem como abordar com mais detalhes uma pressuposição implícita que está na base do argumento linguístico do ceticismo de que uma indeterminação da linguagem leva à indeterminação do direito.

2.8 Indeterminação da linguagem e objetividade da interpretação

A distinção interpretação-construção tem ainda a utilidade de evidenciar que tratar objetivamente da interpretação não é obstado por situações de “indeterminação” do resultado do julgamento. Bulygin identificou esta confluência entre objetividade e determinação e distinguiu entre uma adequada compreensão da objetividade das proposições normativas (enquanto inferências válidas a partir das normas gerais) e a determinação do *status* deontico de uma ação,²²⁷ o que aqui chamo de determinação de uma solução para o caso individual. São questões diferentes, embora relacionadas: de um lado, “a objetividade de um sistema jurídico” tem relação com a “possibilidade de proposições verdadeiras sobre o Direito”, enquanto a segunda questão diz respeito à “determinação de um resultado, de uma solução que a lei proporciona para um problema específico”.²²⁸

²²⁵ PECZENIK, 1989, p. 318.

²²⁶ RAZ, 1979, p. 202. Embora Peczenik e Raz falem em discricionariedade, está claro que a formulação adotada nesta pesquisa para a interpretação judicial exclui a tese de discricionariedade forte do positivismo na medida em que as soluções são sempre derivadas de normas gerais. Mas está claro também que a analogia, mesmo para os positivistas, é criação de solução normativa. Cf. MARANHÃO, 2012a e ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

²²⁷ BULYGIN, 2015, p. 307.

²²⁸ “Thus it is essential to distinguish between statements about the law and statements about the legal status of an action according to law. The indeterminacy of a statement of this latter kind does not necessarily entail the indeterminacy of a statement of the first kind. A legal system that does not determine the legal status of an action may very well be objective in the sense that we can make true statements about it” (BULYGIN, 2015, p. 307).

Pelas mesmas razões, até decisões judiciais consideradas *contra legem*, que mitigam a previsibilidade característica do postulado da segurança jurídica, não significam que a interpretação jurídica não possa ser objetiva.²²⁹ Criticando a escola genovesa²³⁰ influenciada por Tarello, Bulygin resgata o argumento de Wittgenstein contra o regresso ao infinito das regras de interpretação para dizer que, se todas as formulações normativas forem indeterminadas, não haveria sequer como falar em uma prática em torno de regras,²³¹ o que, para ele, é evidência de que a interpretação é (de alguma forma) objetiva. Aliás, pode-se argumentar que até mesmo para sustentar um ceticismo extremo quanto à interpretação seria preciso pressupor algum nível de objetividade no objeto de análise, uma instância do conhecido argumento por petição de princípio contra as teorias céticas.

Quando os conceitos utilizados na formulação normativa — jurídicos ou não-jurídicos — são vagos ou ambíguos, a distinção entre interpretação extensiva e analogia, de um lado, e interpretação restritiva e contração construtiva, de outro, é menos clara. É óbvio que dizer que uma proposição que afirmasse (sobre a regra) que somente quem tem o *ranking* de Grande Mestre poderia ser membro do clube de xadrez, ou que jogadores de canastra poderiam ser membros do clube de xadrez, são casos claramente fora dos limites semânticos da uma regra que diz que “jogadores de xadrez” podem se filiar ao clube, *embora* “jogador de xadrez” seja um conceito relativamente vago que admite, como já visto, interpretações extensivas e restritivas. Nem sempre os casos que chegam ao Judiciário para solução têm suas fronteiras conceituais bem definidas como os exemplos dos livros, e por isso é preciso examinar em que medida o que é tratado como uma indeterminação da linguagem afeta a hipótese de objetividade da interpretação.

²²⁹ Schauer comenta que “Dworkin's arguably accurate portrayal of American legal practice merges the question of what to do with that of how to determine what a rule means. If what a rule means just is what we should do, then the two questions collapse into each other. But if this account is false, and if consequently rules themselves are not irrelevant in a given decisional environment, then quandaries about what to do, which we might call ‘interpretive’, are not the same as quandaries about what a rule means, which we should certainly call ‘interpretive’” (SCHAUER, 1991, p. 211-212)

²³⁰ Bulygin considera os principais representantes da escola genovesa Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Tecla Mazzarese, e Pierluigi Chiassoni (BULYGIN, 2015, p. 308). Aqui fiz uma distinção apenas entre o ceticismo extremado representado pelo realismo de Tarello e o moderado, que caracterizei a partir de GUASTINI, 2011, 2012, 2014, 2018.

²³¹ BULYGIN, 2015, p.307-308, e 1999. Argumento semelhante é desenvolvido por MACCORMICK, 2010.

2.8.1 *Ambiguidade*

Um termo é *ambíguo* quando ele tem mais de um significado,²³² ou diferentes significados em diferentes contextos.²³³ Normalmente se trata da ambiguidade de formulações normativas como uma multiplicidade de sentidos.²³⁴ Um termo como “legal” pode ter um significado em um contexto jurídico, e outro em uma conversa informal.

A ambiguidade pode ser decorrente de homonímia, polissemia e generalidade. Há *homonímia* quando uma mesma palavra tem mais de um significado semântico sem relação entre si. Um “banco” pode significar algo para sentar-se ou uma instituição bancária. A *polissemia* ocorre quando um termo ou expressão possui mais de um significado, estando eles relacionados de alguma forma. Ao dizer “meu livro” posso estar me referindo a um livro que escrevi ou a um livro que possuo, cujo autor é outro. Falamos em *generalidade* para casos em que a palavra ou expressão denota algo que pode ser subdividido em conceitos mais específicos. Uma “escola” pode se referir a uma instituição de ensino fundamental ou a uma “universidade.” Por vezes o termo é ambíguo entre o sentido geral e um dos sentidos mais específicos.²³⁵

Uma definição mais simples, que é potencialmente mais útil por abranger todos os casos acima, é a de Waldron: uma expressão X é ambígua se há dois predicados P e Q que parecem com X, mas que se aplicam a diferentes conjuntos de objetos (embora possa haver interseção entre esses conjuntos), com o significado de cada predicado importando em diferentes maneiras de determinar se algo estaria dentro ou fora de sua extensão.²³⁶

Um exemplo de ambiguidade que importou em uma recalcitrância que durou *anos* no STF pode ser identificada na Lei 11.343/2006, que tipifica o crime de tráfico de drogas. O tipo penal contém dezoito verbos, e um deles é “transportar” o entorpecente.

²³² GRICE, 1989, p. 177.

²³³ ALEXY; DREIER, 1991, p. 74. Aqui não trato da distinção entre ambiguidade léxica e sintática por irrelevante para o propósito do texto. Cf. MARMOR, 2018.

²³⁴ SOLUM, 2010, p. 97.

²³⁵ AZAR, 2007, p. 125-126. Um exemplo de ambiguidade seria o caso de “sentença” utilizado pela Constituição Federal quando prevê a garantia fundamental da presunção de inocência, que poderia significar o gênero “decisão judicial condenatória” em um processo criminal (incluindo as sentenças de juízos de primeira instância e os acórdãos de Tribunais) ou o termo que tecnicamente identifica os pronunciamentos judiciais de primeira instância.

²³⁶ WALDRON, 1994, p. 512.

Outra regra da mesma lei prevê que a pena deve ser aumentada se “a infração tiver sido cometida em transportes públicos”.²³⁷ As soluções normativas, simplificando com a omissão das penas²³⁸ e de outras questões relevantes para o direito penal,²³⁹ seriam:

(PN1) Aquele que transporta droga dolosamente²⁴⁰ pratica tráfico de drogas.

(PN2) Aquele que pratica tráfico de drogas em transporte público deve ser punido mais gravemente.

De (PN1) e (PN2) temos:

(PN2*) Aquele que transporta droga dolosamente em transporte público deve ser punido mais gravemente.

O problema não era definir o que seria “transporte público”, mas sim de determinar se a causa de aumento de pena seria aplicável ao caso em que o agente do crime que *transportou* droga (ou seja, em um caso onde se aplica PN1) mas que apenas *utilizou* o transporte público, sem *nele* praticar nenhum ato específico de entrega, venda ou distribuição de droga. O caso era de um agente que buscara a droga na fronteira do Brasil com o Paraguai, e a transportava de ônibus, quando foi preso antes de chegar ao destino final, onde deveria entregá-la ao “contratante” do serviço.²⁴¹

Em princípio, uma leitura imediata²⁴² de (PN2*) diria que *sim*, já que o crime se consoma com o simples transporte, o que levaria à conclusão de que a consumação ocorreu

²³⁷ O crime é previsto no art. 33, e a causa de aumento no art. 40, III, eliminando as outras hipóteses contidas no texto.

²³⁸ O art. 33 comina em abstrato uma pena de 5 a 15 anos de reclusão, e o art. 40 dispõe que esta pena deve ser aumentada por uma fração entre 1/6 e 2/3, o que, segundo o método determinado pelo Código Penal (art. 59 e ss.), deve ser feito na terceira fase da dosimetria. Aqui nenhuma dessas questões é relevante, por isso não faço referência às penas, somente ao fato de o art. 40, III, determinar no caso uma punição mais grave.

²³⁹ Não considero aqui outras questões que seriam relevantes no tráfico de drogas, como (a) o fato de o agente do crime integrar ou não “organização criminosa” (§4º do art. 33), questão que também é de ambiguidade normativa, mas mais complexa; (b) a definição do que é droga ser feita através de portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que elimina a vagueza do termo *para os fins* da regra, mas que é criticada por utilizar a técnica da “norma penal em branco” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

²⁴⁰ Não existe no direito brasileiro o crime de transporte “culposo” de droga, de modo que o agente que transporta droga *sem saber* não comete crime algum.

²⁴¹ Pela síntese do STF, o agente “adquiriu, guardou, transportou e trouxe consigo [todos verbos que constam do art. 33 da Lei 11.343/2006], utilizando-se do serviço de transporte público, dolosamente, [35kg de maconha], que foi adquirida e importada da cidade paraguaia de Pedro Juan Caballero/PY [na fronteira com a cidade brasileira de Ponta Porã/MA], a qual seria transportada até a cidade de Cuiabá/MT”. (STF, HC 120.624, 2014).

²⁴² Uma leitura que parece não demandar um esforço interpretativo (MARANHÃO, 2012a) ou o recurso a uma técnica de interpretação, com a ressalva já feita antes que não considero, aqui, qualquer entendimento ou

em transporte público. Esta foi a tese que primeiro prevaleceu no STF: “a majorante é de natureza objetiva e aperfeiçoa-se com a constatação de ter sido o crime cometido no lugar indicado, independentemente de qualquer indagação sobre o elemento anímico do infrator”.²⁴³ Para os defensores desta corrente, a distinção entre o simples uso de transporte público para chegar ao destino final e a efetiva comercialização de droga no transporte público seria refletida na fração a ser aplicada, que poderia se aproximar do mínimo no primeiro caso (1/6) e do máximo no segundo (2/3).²⁴⁴

Este entendimento chegou a ser considerado “consolidado” na Corte,²⁴⁵ mas em 2012 já havia decisões em sentido contrário,²⁴⁶ em uma recalitrância²⁴⁷ que prosseguiu até 2014. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região havia excluído a causa de aumento, argumentando que sua aplicação ao caso “não se amolda[va] ao espírito da nova Lei de Drogas”, ou seja, que o objetivo seria “reprimir a mercancia em local de aglomeração de pessoas, diante da facilidade ao traficante de promover a disseminação da droga em tal situação, a atingir negativamente de maneira mais efetiva a saúde pública, tutelada pela norma”.²⁴⁸

compreensão pré-interpretativo, o que é uma das concepções-base do inferencialismo (BRANDOM, 1994).

²⁴³ STF, *HC 109.411*, 2011. Do inteiro teor: “Naquele ambiente, é facilitada a atuação do agente, porque o maior número de pessoas presentes no interior do meio de transporte dificulta a ação fiscalizadora e, por conseguinte, facilita a disseminação da droga no meio social” (p. 8).

²⁴⁴ “(...) estabelecendo o legislador percentuais variáveis, o julgador terá a discricionariedade para avaliar se o transporte público foi utilizado apenas como meio para conduzir a droga a um destino específico, o que justificaria a escolha da menor fração, como na espécie vertente, ou se o uso do coletivo tinha por finalidade arregimentar clientela, ou mesmo ampliá-la, ou ainda difundir o consumo da droga entre pessoas mais vulneráveis que se encontravam em um mesmo ambiente, o que respaldaria o maior dos percentuais” (STF, *HC 109.411*, 2011, p. 8).

²⁴⁵ “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006” (STF, *HC 107.274*, 2011).

²⁴⁶ “[p]ela inserção da expressão ‘transporte público’ (...) a referência há de ser interpretada (...) no sentido de que a comercialização da droga em transporte público deve ser apenada com mais rigor. Logo, a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006” (STF, *HC 109.538*, 2012).

²⁴⁷ Por exemplo: “Por se tratar de infração pluriofensiva, o simples fato de utilizar o agente meio de transporte público para o transporte do entorpecente é suficiente para a incidência da majorante, na medida que ‘transportar’ e ‘trazer consigo’ são elementos do tipo penal descrito no art. 33 da Lei no 11.343/06, de modo que, não obstante a paciente não estivesse comercializando o entorpecente no interior daquele veículo de transporte público coletivo, a mera conduta consistente em ‘transportar’ ou ‘trazer consigo’ a droga por esse meio é suficiente para justificar a incidência da majorante” (STF, *RHC 115.399*, 2013), e, no mesmo ano, que “apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público – ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas” (STF, *HC 115.815*, 2013).

²⁴⁸ TRF3, ACrim 2131-72.2008.4.03.6005, 2012.

A acusação recorreu, e o Superior Tribunal de Justiça reaplicou a causa de aumento, afirmando que “a mera utilização do transporte público como meio para disseminar o tráfico de drogas seria suficiente para a aplicação da causa de aumento, cujo propósito seria “diminuir a *possibilidade* de oferta de drogas em locais com aglomeração de pessoas, coibindo aquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial”, sendo “[p]rescindível, portanto, que o sujeito, efetivamente, ofereça a mercadoria ilícita às pessoas que estejam dentro do transporte coletivo”.²⁴⁹ Como se vê, ambos os Tribunais utilizaram um argumento interpretativo que recorre ao propósito da regra, mas divergiram quanto a este: o TRF3 considerou que seria necessária a efetiva distribuição ou venda de droga para que a (o propósito da) regra penal fosse violada, e o STJ considerou que o mero *risco* de distribuição ou venda já importaria em violação da regra.²⁵⁰

As decisões do TRF3 e STJ mostram bem a ambiguidade normativa, em que dois *resultados* foram derivados das mesmas regras aplicáveis. Já no STF, a Relatora votou pela aplicação da causa de aumento, mas prevaleceu o voto divergente. O julgador considerou a íntegra da regra²⁵¹ onde se previa o aumento de pena pelo transporte público, que continha várias hipóteses além desta, para concluir que “a aplicação desta causa especial de aumento de pena tem como *objetivo* punir com maior rigor a comercialização de drogas em locais nos quais se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de tal modo que se torne mais fácil a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, transportes públicos, entre outros”.²⁵² Decidiu-se, portanto, que era necessária a efetiva comercialização de droga.

Esta ambiguidade pode até ser considerada decorrente não da semântica, mas da sintaxe da formulação normativa. Mas na ambiguidade semântica não seria diferente, e pode

²⁴⁹ STJ, *REsp 1.340.684*, 2013, grifei.

²⁵⁰ Aqui há uma discussão subjacente (mas que não foi abordada nos julgados) em teoria do direito penal quanto aos crimes de dano e de perigo, em que se exige, respectivamente, a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela regra penal incriminadora ou o simples risco de lesão (os crimes de perigo são ainda subdivididos em crime de perigo abstrato ou concreto). Essa discussão não é, contudo, relevante para os fins desta pesquisa. Cf. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015.

²⁵¹ “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.”

²⁵² STF, *HC 120.624*, 2014.

ser exemplificada também com decisões do STF sobre o tráfico de drogas. Há um dispositivo legal que prevê uma redução de pena para quem, embora tenha praticado o crime, “não integre” organização criminosa.²⁵³ No caso das chamadas “mulas do tráfico”, que são contratadas apenas para o transporte da droga de um local para o outro e muitas vezes sequer sabem exatamente a quantidade ou natureza da droga que levam, houve decisões inicialmente considerando que elas integravam a organização criminosa, pois sua atividade seria essencial para o tráfico.²⁵⁴

O entendimento evoluiu para que se considerasse que “integrar” exige algum ânimo de permanência com o grupo criminoso, de modo que acabou prevalecendo, no STF, a tese de que as mulas do tráfico *não integram*, pelo menos “automaticamente”, a organização criminosa, ficando aberta a possibilidade de que o “integrar” fosse demonstrado através de outros fatos além do simples transporte de droga.²⁵⁵

2.8.2 *Vagueza*

A vagueza é utilizada para dar conta de um aspecto da relação entre as palavras (conceitos) que utilizamos e o que é designado por essas palavras. Esta ideia já estava presente quando Russell disse que vagueza e precisão têm a ver com a relação entre uma representação e aquilo que é representado.²⁵⁶ Uma expressão é vaga se há casos onde não se sabe se a expressão é aplicável, e esse desconhecimento não é decorrente de uma ignorância dos fatos.²⁵⁷ Assim, um conceito utilizado em uma formulação normativa N é vago quando utiliza um predicado P e há casos $x_1, x_2 \dots x_n$ em que temos dúvida sobre as afirmações “ x_1 é P”, “ x_2 é P” ... “ x_n é P”.²⁵⁸

²⁵³ “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem *integre organização criminosa*” (grifei).

²⁵⁴ STF, HC 101.265, 2012. No julgado do STF, buscou-se a definição de dicionários do verbo “integrar”.

²⁵⁵ STF, HC 132.459, 2016. Considerando o entendimento já consolidado, STF, HC 136.736, 2017, e AgR no HC 133.480, 2019.

²⁵⁶ RUSSELL, 1923.

²⁵⁷ GRICE, 1989, p. 177.

²⁵⁸ WALDRON, 1994.

A vagueza é normalmente considerada um problema de *grau*,²⁵⁹ associada ao paradoxo de *sorites*. Haveria uma “margem de tolerância” ou, como modernamente se diz, um “princípio de tolerância” pelo qual “uma pequena modificação [quantitativa] em um objeto em um aspecto relevante para a aplicação de uma expressão não pode fazer diferença para a expressão ser ou não aplicada”.²⁶⁰ O paradoxo é gerado porque não se consegue definir a partir de que momento (um “sarrafo” ou *cut off point*)²⁶¹ o conceito não é mais aplicável, embora em muitas situações seja simples (não-problemático) aplicar o conceito. Basta pensar em “criança”, “jovem” e “adulto” sem consideração a definições legais: a partir de que idade um jovem passa a ser considerado um adulto? Se alguém busca estabelecer um critério objetivo, como “21 anos”, sempre é possível confrontar o critério com uma situação que parece desafiá-lo: poderia ser o caso de alguém que, com 19 anos, já é casado, trabalha e teve um filho.

Na adjudicação os juízes frequentemente se deparam problemas desta natureza. Um clássico do direito penal é o da regra que determina uma punição mais grave para o furto praticado durante o “repouso noturno”. Não há dificuldade em não aplicar o aumento de pena a um furto praticado às 16:00, nem em aplicá-lo a um furto praticado durante a madrugada. Mas às 20:00, quando já é noite, já incidiria a causa de aumento? A exposição de motivos do Código diz apenas que se buscou ali punir mais gravemente os crimes praticados no “período de sossego noturno”. Em 1972, o STF tratou o repouso noturno como “o tempo em que a vida nas cidades e no campo desaparece, em que seus habitantes se retiram, e as ruas e as estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática de crime”.²⁶² A definição, contudo, está longe de conter um critério claro. Em 1985, todavia, a Corte decidiu que o repouso noturno era um critério *objetivo*, que seria *determinável socialmente*, “segundo os costumes locais”, ficando definido como paradigma o momento em que “normalmente se atenua a vigilância sobre o patrimônio”.²⁶³

²⁵⁹ RUSSELL, 1923.

²⁶⁰ ENDICOTT, 2000, p. 33.

²⁶¹ MARMOR, 2018.

²⁶² STF, *HC 49.722*, 1972.

²⁶³ STF, *RE 105.329*, 1985.

Nesse sentido, a vagueza seria inerente à linguagem²⁶⁴ e, na verdade, uma ferramenta à disposição do legislador, já que, para usar um exemplo clássico de Russell, temos mais chances de “acertar” ao dizer que uma pessoa é *alta* do que ao afirmar que sua altura deve ser entre 1,85 e 1,90m.

Mas há outro tipo de vagueza que parece ser até mais relevante para o Direito. Endicott a define como uma *vagueza extravagante*,²⁶⁵ dando como exemplo uma regra sobre tratar uma criança de forma “negligente”. O problema aqui já não é o de traçar uma linha divisória em uma sequência de *sorites*, mas de uma avaliação a partir de uma multiplicidade de critérios, o que Marmor trata como uma “avaliação multidimensional com pelo menos alguns elementos constitutivos incomensuráveis”.²⁶⁶ A incomensurabilidade consiste na impossibilidade de se estabelecer um limite, como no caso de repouso noturno, em que se poderia estipular que a regra deveria ser aplicada das 22:00 às 6:00. As questões em jogo não são “quantificáveis” da mesma forma.

Há situações onde o critério é vago, como “maturidade”, mas é possível definir uma linha divisória, como ao estabelecer que a capacidade de votar começa aos 16 anos, sem que essa estipulação seja considerada arbitrária, no sentido de não ser suportada por *razões*. Mas no caso da negligência não é possível estipular que deixar uma criança sozinha por *n* horas caracterizaria negligência, porque há uma série de outros fatores em jogo. Pode ser que o problema não seja deixar a criança sozinha, mas não lhe dar alimentação adequada.

Este tipo de vagueza pode ser definido como a indeterminação da aplicação de um predicado complexo cujo significado que depende da aplicação de outros predicados.²⁶⁷ Waldron a associa à discussão, em Wittgenstein, do conceito de um “jogo”, que é indeterminável embora haja uma “semelhança familiar” que nos permita classificar diversas práticas como “jogos”.²⁶⁸

É fácil ver como este tipo de vagueza ocorre em decisões judiciais. A Constituição Federal de 1946 previa a imunidade tributária apenas do *papel* destinado à

²⁶⁴ “All language is more or less vague” (RUSSELL, 1923).

²⁶⁵ ENDICOTT, 2011.

²⁶⁶ MARMOR, 2018, p. 564.

²⁶⁷ WALDRON, 1994.

²⁶⁸ WITTGENSTEIN, 2009.

“impressão de jornais, periódicos e livros”.²⁶⁹ Havia uma lei que regulamentava o procedimento de desembaraço aduaneiro nestes casos, e ela definia que “não se consideram livros (...) os volumes impressos para divulgação ou publicidade de interesse comercial”. Embora as listas telefônicas fossem de distribuição gratuita, o STF considerou que constituíam “publicação que se destina, tipicamente, à divulgação de interesse comercial das empresas concessionárias de serviço telefônico”.²⁷⁰ Considerou-se, portanto, no início de 1967, que “listas telefônicas” não se enquadrariam no conceito de “livro”. Embora “livro” seja um termo difícil de definir (assim como “jogo”), o STF não teve problemas em encontrar um critério para decidir que “lista telefônica” não era “livro”. Mas naquele mesmo ano, a Constituição de 1967 estendeu a imunidade para “o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão”.²⁷¹ A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (ou, como muitos consideram, a Constituição de 1969) manteve a imunidade, praticamente com a mesma redação.²⁷² E a tese também mudou: passou-se a argumentar que as listas telefônicas seriam um “periódico”. É que em 1980 uma lei estabeleceu a obrigatoriedade de que as concessionárias divulgassem *periodicamente* suas listas de assinantes, o que deveria ser feito pelo menos bienalmente. E o Decreto que regulamentou a lei, de 1983, definia as listas telefônicas como “publicações técnicas periódicas”.²⁷³

A União alegou que nada disso teve a intenção de incluir as listas telefônicas na regra de imunidade, e em 1986 o STF deu razão ao Fisco, mas em votação dividida. O Relator considerava que o termo “periódicos” deveria ser interpretado de acordo com a definição dos *dicionários*, citando uma que considerava periódicos as “publicações que aparecem em intervalos iguais”.²⁷⁴ Lançou o argumento de que o termo deveria ser lido em seu significado ordinário, que é o *default* na interpretação jurídica.

²⁶⁹ “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) V - lançar impostos sobre: (...) c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.”

²⁷⁰ STF, *RMS 17.804*, 1967.

²⁷¹ Art. 20 da CF/1967.

²⁷² “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - instituir impôsto sôbre: (...) d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.”

²⁷³ Lei 6.874, de 1980, e Decreto 88.221, de 1983.

²⁷⁴ O Relator utilizou as definições dos dicionários Laudelino Freire (a citada), Caldas Aulete e Aurélio, mas não consegui encontrar as edições a que ele teve acesso para confirmar a citação.

Mas este argumento foi vencido por uma avaliação do *propósito* da imunidade. Na jurisprudência do STF vinha sendo fixado que “a finalidade da Constituição é propiciar o desenvolvimento da circulação das ideias, da cultura e a expansão dos meios de comunicação”.²⁷⁵ Utilizaram obras sobre o assunto para fundamentar que periódico seria “o que veicula ideias, no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da imunidade”, concluindo que “o teleologismo da norma se fixa como o *alcance cultural*”. Prevaleceu a seguinte tese: “o fato de ser periódica a publicação, por si só, não lhe confere o direito à imunidade. Importa que preencha a finalidade *teleológica* que a Constituição implicitamente deu à sequência: ‘o livro, o jornal e os periódicos’”.²⁷⁶

Já no ano seguinte, 1987, a mesma questão voltou ao Tribunal, e desta vez as listas telefônicas foram consideradas “periódicos”. O argumento continuou a invocar o propósito da regra imunizante, mas, desta vez, em apertada votação, venceu a tese de que o Tribunal estava, na tese que venceu em 1986, fazendo uma análise “qualitativa” das publicações, avaliação cuja vedação seria o próprio móvel da regra de imunidade. A garantia constitucional contra a tributação constituía uma limitação ao poder estatal de tributar, e tinha origem (argumento histórico) em uma época onde se buscava utilizar os impostos sobre o *papel* para limitar a divulgação de ideias contrárias ao Estado Novo.²⁷⁷

Nessa interpretação pelos propósitos “revisada”, o propósito de evitar a intromissão do Estado na divulgação de ideias e informações prevaleceu, de modo que não se poderia estabelecer um *discrímen* em relação à qualidade ou utilidade das publicações. Essa tese já havia aparecido no STF em outros julgados: “[a imunidade deve] ser entendida como instrumento da realização da garantia constitucional da livre manifestação de pensamento”;²⁷⁸ “a debatida imunidade se prestaria para manter indene de manipulações a formação cultural do povo brasileiro”;²⁷⁹ “[o propósito da imunidade] é a proteção à educação, à cultura e à *liberdade* de comunicação e pensamento”.²⁸⁰

²⁷⁵ STF, RE 102.141, 1985.

²⁷⁶ STF, RE 104.563, 1986, grifei, citando Aliomar Baleeiro.

²⁷⁷ Uma análise mais completa deste argumento histórico consta de STF, RE 330.817, 2017.

²⁷⁸ STF, RE 87.633, 1979.

²⁷⁹ STF, RE 102.141, 1985.

²⁸⁰ *Ibidem*, grifei.

A questão da opacidade da qualidade da obra na avaliação do intérprete foi ganhando força até, em 1987, controlar o resultado: “a imunidade tributária do livro, do jornal e dos periódicos é ancilar da liberdade de opinião e de informação e que esta abrange as formas impressas de transmissão e difusão de qualquer forma de conhecimento.” E por mais que as informações de uma lista telefônica parecessem superficiais, a própria análise dessa superficialidade já estaria vedada pelo texto constitucional:

[A análise qualitativa] afigura-se-me, todavia, incompatível com a natureza proibitória de uma e outra cláusulas, pois ao tolher à autoridade do Estado o poder de submeter à sua licença a transmissão e a veiculação de conhecimento ou informação, o Constituinte retirou-lhe a faculdade de ditar discrimen entre os diferentes tipos de informação, impedindo-o de classificá-las, seja para efeitos civis ou políticos, administrativos ou tributários, a umas impondo contribuições, a outras isentando.²⁸¹

Prevaleceu a tese de que “[q]ualquer publicação que tenha *forma* de livro, de jornal ou de periódico e preste informações está, a duplo título, protegida, já porque é livro, jornal ou periódico, já porque presta informações”.²⁸² Note-se que os dois argumentos, de 1986 e 1987, eram pelo propósito, o que mudava era o propósito que deveria prevalecer. Mas aqui ainda se sustentava que as listas serviam à divulgação de *informações*, e por isso tinham “inegável utilidade pública”. Em 2004, quando chegou ao STF a questão da aplicação ou não da imunidade aos “álbuns de figurinhas”, essa opacidade dos objetos imunizados ficou mais explícita:

não cabe ao aplicador da norma constitucional em debate afastar este benefício fiscal, instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil.²⁸³

Este se tornou o entendimento consolidado na Corte. Os limites de aplicação de um termo vago foram definidos através de uma análise, na terminologia de Marmor e Endicott, incomensurável, através de propósitos constitucionais à vista de uma análise histórica da regra. A questão é que este tipo de análise é frequente na adjudicação, e isso alimenta o ceticismo. Até o “repouso noturno”, que citei como exemplo de uma vagueza

²⁸¹ STF, RE 101.441, 1987.

²⁸² STF, RE 101.441, 1987.

²⁸³ STF, RE 221.239, 2004. Não fica claro se o STF considerou que os “álbuns de figurinhas” seriam ou não “livros”, mas é o que se supõe a partir da fundamentação estruturada como uma interpretação.

sujeita ao princípio de tolerância por admitir um contínuo em uma sequência de *sorites*, já foi objeto de diversas análises complexas como a imunidade para os periódicos. Para citar apenas uma parte dessa análise, os Tribunais acabaram fixando que não é necessário que a casa onde ocorre o furto seja ou esteja habitada,²⁸⁴ que os moradores estejam dormindo,²⁸⁵ que o local furtado seja um estabelecimento comercial,²⁸⁶ que haja vigilantes²⁸⁷ ou mesmo sistema de câmeras de vigilância.²⁸⁸

O caráter *sui generis* da argumentação judicial nesses casos, que a diferencia da vagueza extravagante fora da adjudicação, deve-se ao fato de que, aqui, há dois tipos de raciocínio em um. Marmor capturou bem este ponto ao acentuar que, de um lado, o termo vago parece dar às Cortes a oportunidade de um julgamento “holístico”, levando em conta todos os fatores que a própria Corte perceber como relevantes; de outro lado, temos uma *regra* que se pretende aplicável como fundamento dessa decisão, determinado *antecipadamente* pelo menos alguns aspectos do resultado. Na argumentação judicial, os parâmetros precisam ser derivados de regras. Mas há um limite para a *especificidade* desses parâmetros na formulação das regras, e este limite *não* deriva de uma incapacidade epistêmica, mas da multidimensionalidade da avaliação que está envolvida na aplicação do conceito.²⁸⁹

Esta avaliação multidimensional é ainda mais acentuada no caso de conceitos *jurídicos*, que têm um significado próprio na linguagem técnica. Brandom os exemplifica, sem pretensão de classificá-los, como (a) casos em que as regras não definem o conceito (como quando a Constituição prevê que a “propriedade atenderá a sua *função social*”;²⁹⁰ (b) casos em que embora não haja definição, há uma referência a um paradigma (como quando o Código Civil determina como critério de interpretação de disposições contratuais controversas a “boa-fé e os usos” do lugar em que negociado o contrato); e (c) casos em que há definição explícita, mas onde a formulação da definição evidentemente possui uma “textura aberta” de modo que alguém seria um “tolo se achasse que poderia determinar

²⁸⁴ STF, RE 116.997, 1988.

²⁸⁵ STF, RE 105.329, 1985.

²⁸⁶ STJ, Resp 1.191.065, 2012.

²⁸⁷ STJ, REsp 1.720.272, 2018.

²⁸⁸ STJ, HC 510.083, 2019.

²⁸⁹ MARMOR, 2018.

²⁹⁰ CF, art. 5º, XXIII.

como elas seriam aplicadas aos muitos casos futuros” apenas a partir do texto.²⁹¹ Este último seria o caso de “legítima defesa”, definida no Código Penal mas, nem por isso, de aplicação incontroversa.

Em apenas um dispositivo do Código Penal,²⁹² que prevê uma causa de diminuição de pena para o homicídio, o legislador estabeleceu como hipótese de incidência que o crime tenha sido praticado “impelido por relevante valor social ou moral” (avaliação multidimensional), ou “sob o domínio de violenta emoção” (sujeita a uma sequência de *sorites* e a avaliação multidimensional quanto à *proporcionalidade* da reação em relação à agressão), “logo em seguida” (sujeito a uma sequência de *sorites* e também a uma avaliação multidimensional) a “injusta provocação” (análise multidimensional) da vítima. A doutrina não consegue entrar em consenso nem mesmo quanto ao “logo em seguida”, pois se argumenta que é possível que a dimensão da “injusta provocação” (um crime bárbaro, por exemplo) possa fazer com que a violenta emoção persista por mais tempo.

A questão é se esses limites pouco definidos para a aplicação de conceitos ambíguos, vagos ou extravagantemente vagos resulta em um nível de indeterminação do direito que infirma a tese da objetividade da interpretação judicial.

2.9 Textura aberta e indeterminação (?) do Direito

Ambiguidade e vagueza têm relação com a determinação dos limites conceituais, e conseqüentemente com a delimitação das possibilidades semânticas do texto.²⁹³ Mas enquanto a ambiguidade é sempre evitável²⁹⁴ desde que o falante o deseje, a vagueza é universal e intrínseca ao uso da língua. Examinar este último aspecto é essencial para o problema aqui enfrentado.

²⁹¹ BRANDOM, 2013, p. 22.

²⁹² Art. 121, §1º.

²⁹³ ALEXY; DREIER, 1991, p. 84-85.

²⁹⁴ “This duplicity of meaning will either be obvious, in which case the conceptual analysis will be directed to one or more particular senses of an expression, or it will not be obvious, in which case part of the function of the conceptual analysis will be to bring out into the open what is (or might be) regarded as a duplicity of meaning” (GRICE, 1989p. 177).

No Direito, a vagueza foi incorporada pela apropriação que Hart²⁹⁵ fez do que Waismann chamou de “textura aberta”.²⁹⁶ Mas Waismann estava respondendo ao verificacionismo enquanto teoria de que o significado dependeria de uma proposição expressar ou uma verdade analítica²⁹⁷ ou uma empiricamente verificável.²⁹⁸ Waismann concentrou sua crítica na tese da verificação empírica, sustentando que mesmo casos aparentemente claros de aplicação de um conceito podem se mostrar “falhos”, a demandar uma revisão²⁹⁹ de nossas crenças. É o mesmo ponto de Austin com o clássico exemplo do pintassilgo “explosivo” que faria com que não soubéssemos “o que dizer”.³⁰⁰

Waismann estava, portanto, mais preocupado com *outro* tipo de propriedade que não se confunde nem com a indeterminação do tipo de uma sequência de *sorites*, nem com a vagueza extravagante. Ele inicialmente a denominou de “porosidade dos conceitos” e depois de “textura aberta”. Ele próprio diz que a textura aberta seria um *potencial* para a vagueza, de modo que esta vagueza (contingente) seria remediável com o uso de “regras mais precisas”, mas o potencial para a vagueza (a textura aberta) seria indissociável da linguagem e faria parte do uso de qualquer conceito empírico (não-analítico). “Sempre vai haver uma margem de incerteza.”³⁰¹

Mas isso não representaria um problema para o direito no nível de um ceticismo quanto ao papel da regra na adjudicação. Como Schauer sintetiza, “a lei é *inevitavelmente*

²⁹⁵ HART, 1994.

²⁹⁶ WAISMANN, 1952.

²⁹⁷ Cf. QUINE, 1961 e GRICE; STRAWSON, 1956. Sobre o estado atual do debate, BOGHOSSIAN, 2017.

²⁹⁸ AYER, 1971, p. 172 e ss.

²⁹⁹ “The fact that in many cases there is no such thing as a conclusive verification is connected with the fact that most of our empirical concepts are not delimited in all possible directions” (WAISMANN, 1952, p. 3). Em verdade, Ayer já considera um possível holismo definicional em 1971, p. 92

³⁰⁰ “‘Being sure it’s real’ is no more proof against miracles or outrages of nature than anything else is or, *sub specie humanitatis*, can be. If we have made sure it’s a goldfinch, and a real goldfinch, and then in the future it does something outrageous (explodes, quotes [Virginia] Woolf or what not), we don’t say we were wrong to say it was a goldfinch, *we don’t know what to say*” (AUSTIN, 1946, p. 160, grifos no original).

³⁰¹ “Open texture is a very fundamental characteristic of most, though not of all, empirical concepts, and it is this texture which prevents us from verifying conclusively most of our empirical statements. Take any material object statement. The terms which occur in it are non-exhaustive; that means that we cannot foresee completely all possible conditions in which they are to be used; there will always remain a possibility, however faint, that we have not taken into account something or other that may be relevant to their usage; and that means that we cannot foresee completely all the possible circumstances in which the statement is true or in which it is false. There will always remain a margin of uncertainty. Thus the absence of a conclusive verification is directly due to the open texture of the terms concerned” (WAISMANN, 1952, p. 3).

potencialmente incerta porque a *linguagem* é inevitavelmente potencialmente incerta”.³⁰² Contudo, a incorporação da teoria de Waismann no positivismo de Hart parece ser na forma de uma vagueza sempre presente na adjudicação como um conjunto “neutro” de casos em que não se sabe nem se o conceito é aplicável nem se não é aplicável, o que foi generalizado como uma propriedade essencial de *todos* os conceitos.³⁰³ São os casos de “penumbra”,³⁰⁴ onde não seria possível determinar semanticamente se o caso estaria dentro ou fora do âmbito de referência do termo, de modo que “diferentes fixações possíveis de sentido indicam diferentes instanciações”.³⁰⁵

O ponto de Waismann, contudo, era um pouco diferente: mesmo em conceitos onde nunca se identificou uma zona de penumbra, é possível que isso ocorra em situações imprevisíveis — e esta possibilidade nunca pode ser completamente afastada,³⁰⁶ de modo que termos e expressões em princípio não identificados como “naturalmente vagos” são, não obstante, *potencialmente* vagos a depender do contexto em que são utilizados. Contudo, como Schauer assinala, isso não representa, em princípio, nada de mais. Na medida em que a linguagem tem textura aberta, tudo o que depender da linguagem terá a mesma textura aberta. “O Direito tem textura aberta, mas também os romances, produções teatrais, conversas cotidianas, menus de restaurantes e as instruções que eu dou para o meu mecânico.”³⁰⁷

A questão é que Hart utiliza essa textura aberta como fundamento da *tese de discricionariedade*, no sentido de que, na zona de penumbra, os juízes decidem de forma aparentemente desprovida de constrangimento por *standards jurídicos* — já que a tese de discricionariedade está, neste sentido, vinculada à teoria das fontes, que em Hart ganha a forma de uma regra secundária de reconhecimento. Logo, se o direito é necessariamente aberto, os juízes necessariamente agem, em alguns casos, com discricionariedade, ou seja,

³⁰² SCHAUER, 2011, p. 7.

³⁰³ Embora Hart concentre sua primeira incursão nesta questão (1949) nos conceitos jurídicos como “contrato”, depois cria no debate com Fuller o clássico exemplo dos “veículos” que foram proibidos no parque (1958), que é retomado no Conceito de Direito (1994).

³⁰⁴ HART, 1994, cap. VII e 1958

³⁰⁵ MARANHÃO, 2012a, 111.

³⁰⁶ SCHAUER, 2011, p. 6-7.

³⁰⁷ SCHAUER, 2011p. 8.

aplicando razões não-jurídicas. Aqui seria um caso de discricionariedade forte, na terminologia de Dworkin.³⁰⁸

Isso faz com que um problema contingente ganhe contornos de uma “limitação essencial” do papel possível da regra na determinação do resultado da adjudicação, o que acaba sendo transposto pelos críticos da objetividade da interpretação, como uma limitação da capacidade da (formulação da) *regra* em fornecer fundamentos que possam racionalmente derivar uma solução normativa. Assim, a tese de discricionariedade forte acaba por não dar conta da racionalidade da interpretação jurídica, e “nos casos não claros em que a identificação do direito não é imediata, importa apenas quem decide e não como se justifica o conteúdo da decisão”.³⁰⁹ Juliano Maranhão afirma que a tese de discricionariedade é o elo fraco do positivismo, pois deixa “toda a atividade de interpretação do lado de fora da teoria do direito” e, principalmente, “destoa da forma pela qual a construção interpretativa desenvolvida na adjudicação é vista pelos participantes e operadores do direito: uma atividade racional e, mais, baseada em razões jurídicas, não extrajurídicas”.³¹⁰

Para Hart, a discricionariedade parece inescapável porque não há como dissociar os conceitos (e especialmente os jurídicos)³¹¹ dessa *indeterminação* a partir da regra. Não é possível, de antemão, resolver a vagueza através da especificação de um critério geral.³¹² Isso só nos levaria a um novo regresso ao infinito, uma tentativa de criar uma regra interpretativa para eliminar a vagueza quando o próprio conceito já não teria sido capaz de fazê-lo. Ao dizer que uma regra não pode prover sobre sua própria interpretação, Hart incorpora o *insight* de Wittgenstein, mas dá a impressão — posteriormente explorada por Dworkin — que a atividade judicial, a partir da situação de *indeterminação*, não teria paradigmas *normativos* de correção. A potencial vagueza da linguagem passa a ser combustível para o ceticismo na medida em que as regras não seriam capazes de *determinar* todas as suas instâncias de aplicação.

Esta percepção foi incorporada por praticamente todos os positivistas que se dedicaram ao estudo da interpretação jurídica a partir de então. Peczenik, citando Hart,

³⁰⁸ DWORKIN, 1978, p. 32. também em Juliano PJLI.

³⁰⁹ MARANHÃO, 2012a, p. 51.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ HART, 1949.

³¹² MARMOR, 2018.

afirma que “a vagueza no Direito torna a discricionariiedade judicial necessária”.³¹³ Alexy e Dreier *definem* a vagueza no Direito em relação à formulação normativa quando há casos que claramente estão abrangidos por seu escopo (candidatos positivos), outros que claramente não estão (candidatos negativos) e alguns casos cuja determinação quanto à pertinência ou não ao escopo do texto é *subdeterminada* (candidatos neutros).³¹⁴ Eles dizem que isso não seria um problema *se* houvesse um consenso quanto aos limites dessa classificação — voltando-se ao problema de uma regra para interpretar uma regra.

Este é precisamente o ponto de Raz quando ele diz que “em casos de indeterminação, frequentemente não há uma clara delimitação entre aplicação e inovação. Se um caso recai ou não dentro da área de penumbra vaga e indeterminada de um conceito descritivo é frequentemente uma questão indeterminada em si mesma”.³¹⁵ Isso borra as linhas entre a identificação das soluções normativas e a decisão do caso individual, algo que se vem tentando fazer como forma de lançar luz à racionalidade da interpretação. Esta dificuldade vai ser utilizada por ambos os lados do debate já relatado, no bojo de seus argumentos sobre *como decidir*. Como visto, Eskridge considera que a interpretação dinâmica é útil *particularmente* nos casos de ambiguidade e vagueza.³¹⁶ Mas ele próprio diz — sem desenvolver muito — que os casos *mais difíceis* são aqueles em que um texto *claro* é inconsistente com valores atuais,³¹⁷ o que mostra que sua teoria *não depende* da vagueza, apenas a utiliza como fundamento para justificar uma maior *flexibilidade* na atuação do juiz.

Se esta incerteza já ocorre no nível de conceitos como “veículos” (no parque), ela é potencializada nos conceitos jurídicos já chamados rotineiramente de *indeterminados*. A avaliação multidimensional para definir o que é tratar uma criança de forma “negligente” naturalmente é *valorativa*, e, evidentemente, diferentes valorações por diferentes juízes resultarão em diferentes resultados,³¹⁸ o que parece fechar o círculo de volta às bases do

³¹³ PECZENIK, 1989, p. 189.

³¹⁴ ALEXY; DREIER, 1991, p. 74-75.

³¹⁵ RAZ, 1979, p. 208.

³¹⁶ “The dynamic model, however, views the evolutive perspective as most important when the statutory text is not clear and the original legislative expectations have been overtaken by subsequent changes in society and law” (ESKRIDGE, 1987, p. 1483-1484).

³¹⁷ *Ibidem* p. 1484.

³¹⁸ ALEXY; DREIER, 1991, p. 75.

realismo jurídico norte-americano que o próprio Hart buscou rebater, já que um sistema com essas características parece tornar a objetividade inalcançável.

Sintoma bastante eloquente deste “nó-górdio” é uma curiosa discussão que se trava já há algum tempo na doutrina norte-americana sobre a possibilidade de um Presidente ter menos de 35 anos.³¹⁹ Assim como a brasileira, a Constituição americana tem uma regra nesse sentido.³²⁰ Em 1983, pela primeira vez esta regra foi tratada como “incerta” em um artigo onde se afirmava não ser possível saber se ela deveria ser *interpretada* como uma exigência de 35 anos desde o nascimento.³²¹ Embora o autor estivesse sustentando *contra* o ceticismo ali já identificado como uma apropriação da *desconstrução*,³²² a questão é colocada como uma “transferência substancial de poder para a decisão do falante [legislador] para o intérprete [juiz]”.³²³

O debate ganhou vida própria a partir daí. De um lado, havia quem defendesse que a regra constitucional significava, para o Constituinte originário, “um certo nível de maturidade, e não um número de anos intrinsecamente significante”. A partir desse *standard* “funcional” — maturidade — seria possível sustentar que a idade, hoje, deveria ser menor, já que as crianças de hoje têm mais acesso a informação, ou que deveria ser maior, já que os jovens de hoje têm menos responsabilidades que nos tempos da revolução americana.³²⁴

³¹⁹ AMATO, 1990.

³²⁰ Art. II, §1, 5: “No person (...) shall be eligible to the Office of President (...) who shall not have attained to the Age of thirty-five Years.”

³²¹ “When the Constitution says that the President must be thirty-five years old, we cannot be certain whether it means thirty-five as the number of revolutions of the world around the sun, as a percentage of average life expectancy (so that the Constitution now has age fifty as a minimum), or as a minimum number of years after puberty (so the minimum now is thirty or so). Each of these treatments has some rational set of reasons, goals, values, and the like to recommend it. If the meaning of language depends on a community of understanding among readers, none is ‘right’” (EASTERBROOK, 1983, p. 536).

³²² Não discutirei aqui a desconstrução, nem especificamente o que esta filosofia teria de relevante para as teses céticas quanto à interpretação. As bases do ceticismo já foram consideradas de forma sintética, e o objetivo principal desta tese não é oferecer uma resposta compreensiva ao ceticismo, mas apenas fixar, em um primeiro momento, as bases de uma possível objetividade da interpretação para proceder a uma análise inferencialista dos limites dos argumentos interpretativos. De qualquer modo, os autores desta tradição na literatura americana sobre a interpretação jurídica parecem ter incorporado uma reformulação tardia de desconstrução em Derrida: “this freedom or this decision of the just, if it is one, must follow a law or a prescription, a rule. In this sense, in its very autonomy, in its freedom to follow or to give itself laws, it must have the power to be of the calculable or programmable order, for example as an act of fairness. But if the act simply consists of applying a rule, of enacting a program or effecting a calculation, we might say that it is legal, that it conforms to law, and perhaps, by metaphor, that it is just, but we would be wrong to say that the decision was just. (DERRIDA, 1992, p. 22-23).

³²³ EASTERBROOK, 1983, p. 536-537.

³²⁴ PELLER, 1985, p. 1.174.

Mas o argumento é claramente falacioso por ocultar uma etapa do raciocínio. O autor confessa que substituiu um *standard* funcionalista no lugar da expressão “35 anos de idade”, pretendendo com isso demonstrar que a interpretação “requer que uma posição seja tomada que não pode ser extraída do texto em si”.³²⁵ A partir desse movimento, o autor fala de “interpretação” como abrangendo a totalidade da argumentação: para ele, se o juiz determinar que os 35 anos devem ser lidos de forma estrita, estaria realizando uma *valoração*, da mesma forma que um que adotasse o argumento funcionalista através do critério de maturidade. A apropriação que fazem da desconstrução torna toda a argumentação jurídica indeterminada por *standards* normativos identificáveis de início.³²⁶ O problema é novamente situado entre formalismo e flexibilidade.

Não há problema algum em incorporar valorações na interpretação. A interpretação pelo propósito faz justamente isso. O problema é da possibilidade ou, como na teoria a partir da desconstrução, *necessidade*, de uma valoração, pretender implicar que a regra não tenha um conteúdo objetivamente identificável, nem que esse conteúdo não imponha limites na atividade (aqui delimitada como) interpretativa. Uma interpretação propositiva não deixa de ser interpretação pelo recurso ao propósito, assim como o uso do propósito para *estender* uma solução normativa a um caso em que ela claramente não se aplica (como na escusa absolutória para o agente do furto que vive em união estável com a vítima) não transforma a construção jurídica em interpretação jurídica.

Outro argumento pelo uso da *maturidade* como parâmetro para a aplicação da regra da idade mínima do Presidente, mas aqui tomando-a como um *princípio*, considerou que a regra constitucional é de certa forma *justificada* por este princípio, e que a aplicação daquela deveria ser feita de forma coerente com este. Isso é visto como uma injeção de incerteza na análise: se a questão for de maturidade, pode ser que “o princípio seja melhor

³²⁵ Ibidem, da nota n° 36.

³²⁶ Novamente sem pretender adentrar na discussão sobre a interpretação pelo modelo da desconstrução, um trecho que sintetiza o pensamento que pautou o debate nos anos 1980 e 1990, principalmente: “In the broadest terms, the crisis reflects a loss of faith concerning the availability of objective criteria permitting the ascription of distinct and transparent meanings to legal texts. Moreover, this loss of faith manifests itself in the intensification of the conflict among the community of legal actors, the dissolution of any genuine consensus over important values, the seemingly inescapable indeterminacy of legal rules, and the belief that all the dispositions of legal issues are ultimately political and subjective. The roots of the crisis affecting legal interpretation can be traced back to the Legal Realists' critique of legal formalism (...). Deconstruction appears to buttress the proposition that application of legal rules and legal doctrine is ultimately bound to lead to conflict, contradiction and indeterminacy” (ROSENFELD, 1992 p. 152).

respeitado ao se ignorar a regra no caso de um precoce candidato de 34 anos”.³²⁷ Conquanto o autor pretenda sustentar a indeterminação da “doutrina jurídica”, tem como ponto de partida a indeterminação da linguagem. É mais uma instância da discussão já apontada anteriormente, uma conflação entre não saber a solução que vai ser dada pelo juiz para um caso individual e afirmar que não é possível inferir objetivamente soluções normativas a partir de regras em razão da textura aberta da linguagem. Até mesmo algumas respostas ao “desafio desconstrucionista” neste debate assumem essa indeterminação, preferindo responder que há casos — como o de um candidato de 18 anos — em que não haveria dúvida em aplicar a regra.³²⁸

A resposta de Schauer pela tradição analítica na teoria do direito é de que está *claro* que, pela formulação da regra alguém com menos de 35 anos não pode ser candidato. É possível interpretar a regra sem recorrer a precedentes, propósito ou qualquer técnica interpretativa tipicamente identificada com argumentos interpretativos na adjudicação. A dificuldade aqui não está na linguagem da regra. O que pode tornar o caso um *hard case* são outros fatores que fariam com que o resultado da inferência interpretativa não fosse aceito como adequado.³²⁹ Um candidato particularmente capacitado e popular de 34 anos que questionasse judicialmente o indeferimento de sua candidatura com base na regra seria um exemplo possível.³³⁰ Schauer está abordando, em verdade, dois problemas: se há ou não discricionariedade forte nos casos de indeterminação por ambiguidade e vagueza, e o que se deve fazer quando a linguagem (clara) da regra é incoerente com seu propósito. Examinarei aqui o primeiro ponto, e o segundo no próximo tópico.

Quando Wittgenstein diz, já na Gramática Filosófica,³³¹ que a “linguagem deve falar por si”, não está sustentando que o significado pode ser dissociado do contexto. O objetivo aqui era de defender que a capacidade da linguagem de funcionar enquanto linguagem deve ser autoevidente, e nossa incapacidade de descrever todos os aspectos desse funcionamento não implicaria a conclusão de que a linguagem não funciona.³³² Por outro

³²⁷ SPANN, 1984, p. 532-533.

³²⁸ HEGLAND, 1985, p. 1208.

³²⁹ SCHAUER, 1985.

³³⁰ O argumento aqui não seria diferente do de *Hunter v. Norman*, que Schauer analisou alguns anos depois desta discussão (Cf. SCHAUER, 1988, p. 515).

³³¹ WITTGENSTEIN, 1974, §2.

³³² SCHAUER, 1985.

lado, quando o Wittgenstein posterior afirma que “significado é uso”,³³³ também não está relativizando o significado de tal forma a lhe retirar qualquer objetividade, e sim sustentando que não é possível criar regras interpretativas (que sempre demandariam outras regras interpretativas),³³⁴ sendo necessário em algum momento interromper o regresso ao infinito aceitando como elementar³³⁵ aquilo que simplesmente *se faz* na prática jurídica — um dos *insights* que é apropriado por Brandom.

Talvez o problema esteja, justamente, em tratar a vagueza como a existência de uma zona de penumbra conceitual, o que parece ser mais uma forma de criar uma regra interpretativa que demanda outras, ou pelo menos uma que especifique onde está o limite dos casos claros. Waldron considera que é tentador *explicar* a vagueza em termos de casos de penumbra, mas ele resgata justamente os exemplos de Wittgenstein para concluir que essa imagem, que evoca um “círculo” com os casos claros no centro e uma zona de penumbra na periferia de modo a delimitar casos fáceis e difíceis, é problemática porque não se tem um critério *prévio* para decidir todos os casos que estão na penumbra ou no “núcleo de significado consensado”,³³⁶ de modo que intérpretes diferentes desenharão círculos diferentes.³³⁷

Fora do direito a tônica não é muito diferente. A vagueza é identificada na semântica clássica como um problema para a *bivalência* das proposições, já que o valor de verdade é elementar da construção do significado semântico a partir de Frege.³³⁸ Não podendo definir o valor de verdade nesses casos, várias teorias se desenvolveram (inclusive lógicas trivalentes), mas continua o foco na divisão em categorias como se suas extensões fossem claras e incontroversas — é como se sequer estivéssemos tratando de vagueza.³³⁹

O *verdadeiro* problema, portanto, não parece ser a vagueza em si, mas a falta de uma *regra* para solucioná-la, aliada à percepção de que a regra que se interpreta não é capaz

³³³ WITTGENSTEIN, 1958 p. 4, e posteriormente nas Investigações Filosóficas (2009), §138-139 e 432.

³³⁴ WITTGENSTEIN, 2009 §138-242. Cf. BOGHOSSIAN, 1989.

³³⁵ MCGINN, 1984, p. 15-17.

³³⁶ HART, 1994, cap. VII.

³³⁷ WALDRON, 1994, p. 520.

³³⁸ FREGE, 1996.

³³⁹ WALDRON, 1994, 521.

de fazer uma determinação. O que é difícil para a teoria do direito é lidar com o fato de que as regras nem sempre *determinam de forma clara* os resultados, de modo que no cerne da controvérsia não estaria a (possivelmente ineliminável) vagueza, mas a percepção de a decisão não é *derivada* da regra. As regras precisam, no direito, funcionar como razões para decidir, e a vagueza parece “quebrar” o “imediatismo” da relação inferencial entre a regra e a conclusão.

Esta aparente necessidade dos autores de uma *regra de interpretação* para solucionar problemas de interpretação, sob pena de “indeterminação”, faz uma leitura incorreta da vinculação wittgensteiniana entre significado e uso. Não se pode perder de vista que, antes das Investigações Filosóficas, Wittgenstein rejeita uma concepção fundacionalista do conhecimento,³⁴⁰ criticando que os fundacionalistas imputam a base epistêmica ou em julgamentos autoevidentes ou em nada (e aí o ceticismo), falhando em perceber que “a fundação adequada consiste em como nós agimos de forma não-refletida — sendo isso que fundamenta nossa apreensão de conceitos”.³⁴¹ O erro, então, está em considerar que a indeterminação de *todos* os casos de aplicação de uma regra significa que a regra, nos casos de “penumbra”, não teria um papel como *razão para decidir*.

Wittgenstein detalha estes pontos nas Investigações Filosóficas com a alegoria dos “trilhos para o infinito”, afirmando que “nós olhamos para a regra em busca de instrução e *fazemos alguma coisa*, sem recorrer a nada mais para orientação”.³⁴² É claro que não se está dizendo aqui que *somente* a regra faz parte do raciocínio prático (e da argumentação nesta análise), mas apenas que não é necessário recorrer a outra *regra* para orientação *racional* quanto à regra interpretada:

A sensação de que eu precisaria recorrer a algo além da regra surge do fato de que a regra que estou seguindo poderia em princípio ser *interpretada* de muitas formas indefinidas, já que é um sinal. A afirmação de Wittgenstein é de que quando me deparo com tal sinal (i.e., com a “expressão [aqui a formulação] de uma regra”) consigo agir sem hesitação e não fico paralisado pela falta de orientação vinda de outro lugar — e não porque minhas razões são irracionais.³⁴³

³⁴⁰ “The limits of empiricism are not assumptions unguaranteed, or intuitively known to be correct: they are ways in which we make comparisons and in which we act” (WITTGENSTEIN, 1978 p. 387).

³⁴¹ MCGINN, 1984, p. 21.

³⁴² WITTGENSTEIN, 2009, §228.

³⁴³ MCGINN, 1984, 21.

Meu ponto aqui é que falar em *vagueza* como um “problema” para a objetividade da interpretação, simplesmente, não faz *sentido*. É uma indeterminação que ocorre no nível da *denotação*, do ato de se referir a algo. A *vagueza* no Direito designa um “aspecto da relação entre as palavras que utilizamos na linguagem natural e os objetos que essas palavras ‘capturam’ ou designam”,³⁴⁴ como em qualquer outra atividade estruturada em torno da linguagem. Normalmente não estamos em condições de *articular* uma generalização do significado de modo a resolver um caso individual através da *instanciação* de uma proposição mais específica que, a partir de então, valha universalmente. Mas não precisamos disso para usar a regra como razão para decidir. Como acentua Waldron a partir de Wittgenstein, é justamente porque conseguimos determinar que um caso x_1 está na regra, um caso x_2 não está, um caso x_3 está, que consideramos a regra *vaga*. É precisamente por *não conseguir* formular a regra de interpretação ou delimitar a região de penumbra que temos dificuldades em aplicar a regra a x_4 .³⁴⁵

O problema está em extrapolar que a impossibilidade de formulação deste critério para a delimitação dos casos claros de aplicação de uma regra implica em ausência de objetividade. Grice e Strawson argumentaram nesse sentido contra o desafio cético de Quine na primeira versão.³⁴⁶ Eles identificam o problema da indeterminação como a ausência de contornos claros de aplicação em *todos* os casos, mas, como essa indeterminação é própria da linguagem, utilizar essa potencial indeterminação na envergadura que Quine almejava significaria que sequer seria possível afirmar isso.³⁴⁷ Se é possível *formular* a questão, então deve haver um meio de identificar o objeto de fala. A não ser que se assuma (a possibilidade de) um significado, o problema da *vagueza* sequer surge. Não podemos *falar* sobre a regra a não ser que saibamos algo sobre o uso da regra.³⁴⁸ A discussão neste nível, *sobre a regra*, somente é possível na medida em que se assume alguma objetividade.

Reincorporando a discussão à prática jurídica, fica mais simples ver que a “textura aberta” não resulta em *indeterminação* linguística. Em primeiro lugar, não há

³⁴⁴ MARMOR, 2018, p. 561.

³⁴⁵ WALDRON, 1994, 534-535.

³⁴⁶ QUINE, 1961.

³⁴⁷ GRICE; STRAWSON, 1956, p. 153-154.

³⁴⁸ WALDRON, 1994.

relação de necessidade entre vagueza e *ausência* de determinação normativa.³⁴⁹ Na verdade, para definir que *não há* uma solução normativa para um caso é preciso, primeiro, delimitar o alcance semântico das regras do sistema normativo relevante para a solução do caso.³⁵⁰ Assim, só se pode falar em ausência de determinação (“completa” indeterminação) de uma solução normativa para um caso individual ao término do processo interpretativo.³⁵¹ Segundo, em relação ao conteúdo da solução normativa derivada da regra onde se identifica a ambiguidade ou a vagueza, em vez de tratá-las como casos de *indeterminação*, é mais preciso considerá-las como situações de *subdeterminação*.³⁵² Ainda que os termos sejam vagos ou ambíguos, isso não significa que a regra admite *qualquer* resultado.

Nesse contexto, não há necessidade de recorrer à tese de discricionariedade forte por várias razões. Primeiro, imputar *indeterminação* (em vez de subdeterminação) em razão de vagueza é ignorar como os próprios conceitos, especialmente os conceitos *jurídicos*, funcionam, invertendo a ordem das coisas. O próprio Hart apontou este problema há bastante tempo, afirmando que a acusação de indeterminação seria *a contrario* supor que a lei consiste de um conjunto de conceitos legais como “contrato”, e que o trabalho do juiz seria apenas de responder “sim” ou “não” à questão: “os fatos estão dentro do escopo da fórmula definindo as condições necessárias e suficientes de ‘contrato?’”. Para ele, é óbvio que isso seria uma simplificação desastrosa e, na verdade, uma *distorção*.³⁵³ Para Brandom, é um resquício de um idealismo quanto ao uso de conceitos que pode ser traçado de volta até Kant e Descartes. Como diz Waldron, “palavras não são contadores Geiger”,³⁵⁴ apitando mais rápido diante de casos em que devem ser aplicadas. O próprio Frege, normalmente associado apenas à semântica clássica,³⁵⁵ considerava a aplicação de conceitos desta forma apenas em linguagens ideais, não na linguagem ordinária.

Segundo, o fato de uma regra conter um conceito vago a torna apenas em certo “grau” (não no sentido de uma sequência de *sorites*) *menos determinada*. Aqui é fácil não

³⁴⁹ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971 e ALCHOURRÓN, 1996, p. 43.

³⁵⁰ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

³⁵¹ COLEMAN; LEITER, 1997, p. 225.

³⁵² MARANHÃO, 2012a, p. 111.

³⁵³ HART, 1949, 173. Posteriormente ele se refere a essa ilusão como o “céu formalista” (1994, p. 139).

³⁵⁴ WALDRON, 1994, p. 511.

³⁵⁵ Mas incorporado por Brandom (1994) como um dos que forneceram as bases do inferencialismo em FREGE, 1967.

perceber que, em *qualquer* caso, a *interpretação* funciona sempre como uma *determinação* (no sentido de *especificação*) do significado.³⁵⁶ Embora Hart trate a questão em termos de discricionariedade,³⁵⁷ ele esclarece que os casos simples, onde parece não haver interpretação ou ela é considerada “automática”, são simplesmente os casos familiares, consensados. Os casos vagos dependem de uma argumentação normalmente mais complexa, mas a *atividade* interpretativa tem a mesma natureza. O *insight* de Wittgenstein de que as regras não determinam sua própria aplicação significa apenas que como uma regra *vai ser tratada* é algo que não está *na própria* regra,³⁵⁸ o que não quer dizer, claro, que não se tenha meios de identificar o conteúdo dessas regras.

Terceiro, resgatando o aspecto *pragmático* da comunicação normativa, é possível compreender como, mesmo em casos vagos, a própria formulação da regra fornece mecanismos para que se defina seu alcance. “O contexto da legislação, seus propósitos e outros fatores pragmáticos similares podem determinar uma resposta em alguns casos concretos”.³⁵⁹ Foi o que o STF fez ao decidir que listas telefônicas seriam periódicos e deveriam ser beneficiadas com a imunidade tributária, argumentando que o propósito da garantia constitucional era justamente impedir que o poder executivo pudesse discriminar quanto ao *valor* (cultural, informativo) de qualquer publicação.

O Direito está permeado por esses julgamentos de valor, e isso não obsta um relato objetivo da interpretação jurídica — e especialmente da interpretação judicial, que não padece do ideal de generalidade da argumentação no nível da dogmática jurídica. A adjudicação tem por objetivo resolver casos individuais, e a vagueza somente surgirá em contextos específicos. Por exemplo, uma potencial vagueza do conceito “homicídio” (no sentido de Waismann) normalmente não é problemática. Em circunstâncias ordinárias, ninguém — promotores, defensores, juízes — deliberam quanto à possível vagueza de “matar alguém”, definição legal de homicídio no direito brasileiro. Mas se a questão é definir

³⁵⁶ “In any case, the idea of pure stipulation is sociologically and linguistically naive. If there is a widespread feeling that the vagueness of an expression is a problem, and if the stipulation to solve that problem is supposed to be arbitrary, then there will likely be many competing stipulations” (WALDRON, 1994, p. 525).

³⁵⁷ Ele também considera os cânones de interpretação como *regras* que requerem interpretação, contrariamente ao que venho sustentando aqui com base em Brandom (1994).

³⁵⁸ SCHAUER, 2011.

³⁵⁹ MARMOR, 2018, p. 568.

se um médico especialista em cuidados paliativos praticou ou não “homicídio” ao atender às súplicas de um paciente para que o auxiliasse a morrer — uma *eutanásia* —, a avaliação em torno da aplicação do conceito envolverá uma série de questões que não é semanticamente possível antecipar.³⁶⁰

Por outro lado, ainda que se esteja diante de um caso em que a linguagem não determina claramente a aplicação da regra, o fato de termos um *caso individual* como ponto de partida significa que já se têm parâmetros para procurar instrumentos para uma determinação. Como diz Barak, mesmo a linguagem vaga não é infinitamente maleável. “Mesmo as frases vagas tem limites semânticos.”³⁶¹ Por mais que “repouso noturno” seja um conceito vago, uma decisão judicial que aplicasse o conceito a um furto que ocorreu ao meio-dia em uma casa de um vigilante (que, em razão de seu trabalho à noite, estava repousando), certamente não poderia derivar uma solução normativa nesse sentido partindo apenas da formulação da regra. Por mais que “repouso noturno” seja eventualmente considerado um conceito jurídico determinável por uma valoração levando em conta a “menor vigilância no local do crime”, é *certo* que qualquer decisão aplicando a causa de aumento a um furto ocorrido ao meio-dia precisaria de *algo mais* para derivar esta solução normativa se o repouso noturno é “noturno”.

No caso dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” (aqui, conceitos jurídicos *abertos*) como “função social da propriedade”, um julgamento de valor não é um problema porque ele *faz parte do conceito*. As regras que utilizam esses conceitos

nos convidam a fazer julgamentos de valor sobre níveis apropriados de penas pecuniárias ou outras punições, e sobre níveis apropriados de justificação para ações policiais.³⁶² O problema é que nós discordamos quanto a esses julgamentos de valor. O simples fato de que termos como “irrazoável” ou “excessivo” nos convidam a fazer julgamentos de valor não mitiga a determinação de seus significados. Ao contrário, é parte do significado dessas palavras indicar que um julgamento de valor é necessário, uma função que as palavras desempenham de forma bem precisa.³⁶³

³⁶⁰ O exemplo é de Waldron em 1994.

³⁶¹ Por isso “Interpretive activity in law is shackled to the language of the text — it ends where the language of the text ends” (BARAK, 2005, p. 20).

³⁶² Na discussão, Waldron usa os exemplos de “excessive bail or an excessive fine” e “unreasonable search or seizure” (WALDRON, 1994, 525-526).

³⁶³ WALDRON, 1994, p. 527. Na sequência: “So the terms do have a clear meaning: the rule for their use is to elicit a value judgment from anyone applying or implementing the proposition in which they appear. The fact that they do not in addition tell us which value judgments to make does not detract from their

A interpretação não precisa ser avaliativa para ser objetiva: a interpretação pode ser valorativa e racional. Dois juízes podem discordar do que seria “periódico”. Na verdade, o julgado de 1987 citado acima foi decidido por 6x5. Mas STF fundamentou sua “ferramenta” ao se deparar com o termo “periódico”. Ambas as correntes concordaram que estava em jogo um julgamento de valor com base no propósito normativo. Discordaram apenas no resultado desse julgamento. Ambos os argumentos são racionais enquanto interpretações possíveis que se coadunam com a linguagem da regra. O fato de em 1986 a decisão ter sido em um sentido, e em 1987 em sentido contrário, com base na *mesma regra*, não é problema algum, já que a solução normativa que determina o resultado pode mudar no caso de mais de uma poder ser derivada a partir da regra em questão.³⁶⁴

2.9.1 *A argumentação que busca o propósito da regra*

A verdadeira *incerteza* que aflige a teoria do direito não está em uma suposta incapacidade da linguagem em constranger a decisão judicial, mas na forma como as decisões judiciais são fundamentadas diante da dificuldade de conciliar uma percepção do papel institucional do julgador como de *deferência* ao legislador com a necessidade de *flexibilidade* na decisão de casos individuais que fogem da normalidade. A decisão conforme a regra é vista como uma limitação dessa flexibilidade,³⁶⁵ mas a linguagem é apenas o *meio* para esse constrangimento, que tem origem em uma tese normativa de como as soluções dadas pelas regras devem controlar a adjudicação. A linguagem é *ferramenta* de comunicação normativa, e a abertura que o juiz terá diante desta comunicação normativa tem relação com considerações jurídico-políticas de cada ordenamento. Como Juliano Maranhão explica,

univocality. It does make it likely, however, that in a society torn by value conflicts, different people will apply the provisions in different ways.”

³⁶⁴ Nesse sentido, Schauer diz que “this answer confuses the long-term mobility of language with its short-term plasticity, and is a conclusion comparable to taking the ponderous progress of a glacier as indicating that it will move if we put our shoulders against it and push. Of course language is a human creation, and of course the rules of language are contingent, in the sense that they could have been different. It is also beyond controversy that the rules of language reflect a range of political, social, and cultural factors that are hardly a priori. But this artificiality and contingency does not deny the short-term, or even intermediate-term, noncontingency of meaning” (1988, p. 524).

³⁶⁵ SCHAUER, 1988, 1998.

(...) Dworkin mostra que normas válidas do sistema podem deixar de ser aplicadas mesmo que se apresentem as condições para sua instanciação, por força de princípios morais ou considerações de ordem política, que afastam a solução normativa prevista para o caso em questão. O importante a notar é que essa dificuldade não pode ser reduzida a um problema de ambiguidade da norma e, portanto, de interpretação, que seria resolvido pela teoria positivista da discricionariedade: a solução normativa para o caso está clara, o problema é que ela é considerada inadequada ou injusta, e, por isso afastada.³⁶⁶

Assim, na clássica discussão em torno da regra fictícia que proibia a entrada de “veículos no parque”,³⁶⁷ é claro que o caminhão de Fuller que serviria para um memorial de guerra³⁶⁸ é um veículo, mas também é claro que uma solução normativa que o excluísse do parque seria incoerente com o *propósito* da regra (pelo menos os propósitos que normalmente se cogitaria para esta regra).³⁶⁹ Ou, no caso de uma ambulância que precisa entrar no parque para resgatar um doente, também é evidente que se trata de um *veículo*. O problema é que desejamos *flexibilidade* no caso do caminhão e da ambulância, mas isso não pode ser solucionado “encaixando” ambulância em uma tese sobre a textura aberta de “veículo”. Pelo contrário: é *justamente porque a ambulância é um veículo* que ela é chamada, pois é *necessário* um veículo para *transportar o doente*.³⁷⁰

Quando Hart explorou o problema da textura aberta, o insight de Waismann que foi por ele incorporado não traria problemas em um sistema normativo em que a experiência recalcitrante descrita por Waismann — representada de forma eloquente no exemplo do “pintassilgo explosivo” de Austin — estivesse *dentro* da regra. Supondo uma regra que definisse pintassilgos de forma que mesmo a variedade explosiva estivesse abrangida pela regra, o problema não surgiria no nível *da interpretação da regra*, mas sim ao perceber que o caso é de aplicação da regra e a solução normativa vai de encontro ao *propósito* normativo.³⁷¹ Foi exatamente este o caso da “lista telefônica”: a tese de que a imunidade não deveria ser aplicada pressupunha que as listas *eram* “periódicos” em certo sentido — pelo

³⁶⁶ MARANHÃO, 2012a, p. 105.

³⁶⁷ HART, 1958.

³⁶⁸ FULLER, 1958.

³⁶⁹ SCHAUER, 1988.

³⁷⁰ WALDRON, 1994, p. 537.

³⁷¹ O ponto é explorado nesse sentido por Schauer em 1998, p. 234-236.

menos de acordo com os dicionários que o STF utilizou. O argumento pela interpretação pelo propósito, aliás, expressamente rejeitou que se utilizasse a *literalidade* da regra.³⁷²

O caso ilustra bem o equívoco de associar o formalismo e a literalidade da regra com interpretações restritivas ou conservadoras, e o uso do propósito com uma maior “flexibilidade” ou decisões “evolutivas”. Ao pretender aplicar a literalidade de “periódicos”, a corrente que foi vencida em 1986 estava dando uma interpretação *extensiva* ao termo, que abrangia, no caso, algo que de imediato não parecia estar dentro da regra — da mesma forma que quem apenas conhece as regras do xadrez, mas nunca jogou, apenas em uma interpretação extensiva pode ser considerado “jogador de xadrez”. Por outro lado, ao utilizar o propósito de “divulgação de ideias” para controlar a interpretação, a corrente que venceu naquele ano expressamente propugnava uma *restrição*, que resultou na determinação de que as listas telefônicas estavam fora de regra:

Essa interpretação dos eminentes pareceristas assegura a imunidade *extensamente*, lendo-se ampliativamente o favor constitucional, contra, *data venia*, a regra de hermenêutica que ensina que as concessões de prerrogativas, ou favores se interpretam estritamente, e beneficia-se o interesse patrimonial particular com ônus para os cofres públicos.³⁷³

O propósito da regra, fixado na expressão “o teleologismo da norma se fixa como o alcance cultural”, foi utilizado, portanto, para *restringir* o alcance de “periódicos”, *contra* a literalidade da regra. Mas por mais que as listas telefônicas tenham sido consideradas uma experiência recalcitrante para o STF, não se pode dizer que, no caso havia *indeterminação*. A formulação da regra determinava um resultado, afinal. O que havia era uma possível *incoerência* entre aquele resultado e o que o Tribunal (pelo menos uma parte do Tribunal) percebeu como o propósito da imunidade tributária — e naquele caso outro resultado era derivável da formulação da regra dentro de suas possibilidades semânticas.

Como disse Schauer, os casos mais difíceis e que geralmente são utilizados na discussão quanto aos limites da regra como razão para a decisão judicial são justamente os casos *claros*, em que não há dúvida de que a regra é aplicável, mas também parece claro que

³⁷² “(...) não é porque o catálogo ou lista telefônica seja fisicamente parecido com o livro ou a revista, ou então porque seja publicado periodicamente, que se lhe pode estender a citada imunidade, pois isso constituiria uma interpretação literal (...) totalmente inadmissível. (...) simples veículo publicitário, sem qualquer conteúdo ideológico ou cultural, só fisicamente poderia ser assemelhado a livros ou revistas” (STF, *RE 104.563*, 1986, neste trecho citando decisão do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, hoje extinto).

³⁷³ STF, STF, *RE 104.563*, 1986

ela não deveria ser aplicada. Diante da regra clara, mas claramente injusta, os juízes recorrem a toda sorte de argumentos. O problema da textura aberta seria, assim, “reenquadrado” como a situação em que, mesmo em casos claros, é possível que situações imprevistas se apresentem de modo que aplicar a regra seria problemático. “E seria [problemático] quando o evento, embora não-vagamente dentro da formulação da regra, estaria fora do propósito da regra (ou vice-versa).”³⁷⁴

Isso não é, contudo, um problema de *interpretação*. Na verdade, a percepção de um conflito entre a linguagem da regra e seu propósito *pressupõe* a definição dos limites semânticos da regra. Não seria sequer possível fazer o cotejo entre a solução normativa dada pela regra e uma que *poderia ser* derivada diretamente do propósito da regra se não se procedesse, *antes*, à interpretação da regra, justamente com a derivação da solução normativa que passa a ser objeto de um cotejo coerentista.

A utilização do propósito, portanto, pode ser feita tanto para *interpretar* e, assim, derivar uma solução normativa nos limites semânticos da regra, quanto em construções jurídicas que acabam por aplicar ao caso solução normativa diversa. O STF utilizou o propósito em 1986 para interpretar que as listas telefônicas não eram “periódicos”, e em 1987 para interpretar que elas eram “periódicos”. E também utilizou o propósito em caso onde não havia a menor possibilidade de enquadrar a solução normativa nos limites semânticos da regra.

Ao longo dos anos, sempre que foi confrontado com situações em que precisava definir se determinado objeto ou atividade deveria ser beneficiado por essa imunidade tributária, o STF formulou o propósito normativo de variadas formas: considerando a “suma importância de que se pode revestir a publicação de matéria técnica ou científica”;³⁷⁵ de “facilitar e estimular os veículos de divulgação de ideias, conhecimentos e informações”;³⁷⁶ tomando a imunidade “como instrumento da realização da garantia constitucional da livre manifestação de pensamento”;³⁷⁷ para “manter indene de manipulações a formação cultural do povo brasileiro” e “propiciar o desenvolvimento da circulação das ideias, da cultura e a expansão dos meios de comunicação” e “a proteção à educação, à cultura e à liberdade de

³⁷⁴ SCHAUER, 1998, p. 236.

³⁷⁵ STF, RE 77.867, 1975.

³⁷⁶ STF, RE 87.049, 1978.

³⁷⁷ STF, RE 87.633, 1979.

comunicação e pensamento”,³⁷⁸ para propiciar o “implemento da educação e da cultura”,³⁷⁹ ou até para “facilitar a publicação”.³⁸⁰

Em pelo menos três dessas oportunidades, a Corte utilizou o propósito em construções jurídicas. Em 1978, o benefício fiscal foi *estendido a serviços de publicidade*. Consideraram os serviços de anúncio e propaganda como “ínsitos à atividade jornalística”. A propaganda em si continuava sendo um serviço, mas sua veiculação através da venda de espaço em jornal ou revista não seria alcançada pelos impostos sobre serviços.

Há uma diferença clara entre este argumento e o utilizado para concluir que listas telefônicas, apostilas e revistas técnicas estariam *dentro* da regra. O serviço de publicidade prestado pelo jornal claramente não está contemplado pela linguagem da regra de imunidade constitucional. O voto que abriu a divergência (já que o relator estava considerando que a imunidade não era extensível ao caso) contém fundamentação extremamente sucinta: “Nenhum jornal pode viver sem anúncio. Então, se tributarmos os anúncios, tornaremos letra morta o dispositivo constitucional [que previa a imunidade]”.³⁸¹

Os Ministros que seguiram votando consideraram, na mesma linha, que o preço dos jornais dependia da imunidade fiscal (uma espécie de subsídio) e que a tributação aos serviços de publicidade resultaria em (teria a consequência negativa de) encarecimento do preço de venda, o que iria *contra o propósito* constitucional de facilitar a divulgação de ideias. Um deles disse que o anúncio “constitui base segura para a redução dos custos, o que importa na mitigação dos preços. Tributá-los não poderia estar na cogitação do princípio”. O argumento, portanto, é claramente pela *incoerência* da solução normativa derivada da regra (que seria pela não aplicação da imunidade) e o propósito da imunidade:

Se o objetivo da norma constitucional é inequivocamente o de, com um meio de natureza econômica — a imunidade de imposto —, facilitar a circulação dos jornais, dentro nele [sic] se insere o da imunidade de tributo sobre prestação de serviço que integra a natureza desse veículo de comunicação.³⁸²

³⁷⁸ STF, RE 102.141, 1985.

³⁷⁹ STF, RE 183.403, 2001.

³⁸⁰ STF, RE 202.149, 2011.

³⁸¹ STF, RE 87.049, 1978.

³⁸² *Ibidem*, p. 777.

Evidente que, se mesmo hoje o STF tem dificuldades em fundamentar uma solução fora da moldura estritamente interpretativa, os Ministros em 1978 eram ainda mais reticentes em proclamar uma “extensão da regra”, mas no trecho acima fica claro que a solução (normativa) foi derivada do propósito da regra, não da regra em si. Enquanto a aplicação da imunidade para listas telefônicas seguiu argumentos interpretativos diante da vagueza do conceito “periódico”, aqui o Tribunal estendeu o benefício tributário em típico argumento por analogia.

Em 1985, o STF decidiu que a imunidade tributária deveria ser aplicada no caso de *serviços de produção editorial de enciclopédias*, abrangendo a redação, composição, atualização, correção e revisão. Também aqui foi claro o uso do propósito que justificaria a imunidade: no voto que iniciou a divergência, consta que “as imunidades tributárias guardam valores, princípios e ideias de elevada importância, o que exigiria do intérprete um *olhar para a finalidade dessas normas*”.³⁸³ A partir da finalidade, decidiu-se que não poderia ser considerado imune “apenas o livro como produto acabado”.

Em 2011, a imunidade foi estendida para contemplar “os insumos, o maquinário, indispensáveis à produção dos livros, jornais e periódicos.” Até então, “a matéria sob exame [havia sido] apreciada por este Supremo Tribunal em várias oportunidades, tendo-se concluído, em todas elas, pela exclusão de tudo o quanto não seja assimilável ao papel de impressão do alcance da imunidade prevista na al. d do inc. VI do art. 150 da Constituição da República”. Neste caso, o “maquinário” era composto de “peças sobressalentes para equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão *offset* para jornais importado da Alemanha”. Para o Ministro que abriu a divergência, deveria ser “potencializado o *objetivo maior da norma*, de facilitar a publicação”.³⁸⁴

Há implicitamente o reconhecimento de que o caso é uma *extensão* da regra de imunidade — embora os Ministros invariavelmente fundamentem que estão fazendo *interpretação* teleológica —, pois o que iniciou a divergência diz que a expressão “o papel” seria meramente “exemplificava”. Se é assim, é evidente que os demais casos não são “papel”, e portanto não estão abrangidos nos limites semânticos da regra. Houve o uso de um argumento por analogia em que se estende a imunidade em consideração ao propósito

³⁸³ STF, RE 102.141, 1985, grifei.

³⁸⁴ STF, RE 202.149, 2011, grifei.

da regra, levando em conta a “serventia específica da peça” importada, que se destinava à impressão de jornais.³⁸⁵

A distinção aqui empregada entre interpretação e construção, como visto, é perfeitamente delimitável mesmo com o recurso ao propósito da regra, seja para interpretá-la, seja para construir outra solução normativa. E a valoração que esta argumentação envolve não é diferente da que é necessária para determinar o alcance de conceitos jurídicos como “injusta agressão” — em verdade, pode ser até mais simples, como será exemplificado adiante.

Observe-se que a tese de que o propósito *deve* controlar a interpretação,³⁸⁶ ou mesmo a construção (e conseqüentemente a solução para o caso) não significa que a interpretação *literal* não seja possível ou mesmo que seja irrelevante. Os argumentos por propósitos neste nível da argumentação continuam sendo uma tese normativa de como a adjudicação deve ser feita, não infirmo o fato de que a regra tem um significado determinável e que esse significado, no mínimo, vai ter a função de impor um *ônus* de justificação que o julgador terá diante da solução dada que se distancia da linguagem da regra — ou seja, deverá fundamentá-la através de argumentos *não-interpretativos*. Schauer sustenta nesse sentido, afirmando que teses como a de Fuller, que sempre demandam a (melhor) interpretação à luz do propósito da regra, têm relação com a questão sobre se as regras deveriam ser vinculantes até o fim, deixando “intocada” a questão da determinação linguística.³⁸⁷ Para Schauer, Fuller e outros³⁸⁸ confundem a possibilidade de significado linguístico com o melhor significado possível que pode ser discernido de um contexto comunicativo.

A conclusão de Schauer, aliás, também é no sentido de que a regra que proíbe os veículos no parque determina a retirada do caminhão de Fuller. Não há *interpretação* possível que diga que o caminhão não é veículo. Isso não quer dizer que o juiz tenha que dar *essa* decisão. Ele pode utilizar um argumento pelo propósito para fundamentar que o

³⁸⁵ “o espírito da Constituição é esse mesmo, é favorecedor da leitura de livros, jornais e periódicos. Se essa peça sobressalente tem essa específica serventia, isto é, a destinação, o fim, a impressão nessas três dimensões, ela está abrangida pela imunidade” (Ibid., p. 110).

³⁸⁶ BARAK, 2005.

³⁸⁷ SCHAUER, 1988, p. 525.

³⁸⁸ Inclusive, para ele, Dworkin (SCHAUER, 1991).

caminhão não “é veículo para os fins da regra”. Mas isso não é mais interpretação, é a construção de uma solução que não está nos limites da linguagem normativa.

Logo, mesmo em casos de vagueza, ambiguidade e recurso ao propósito da regra, a distinção entre identificação das soluções normativas a partir da formulação da regra (interpretação) e o que é feito a partir de então (construção) é fundamental para a compreensão do que está em jogo na argumentação judicial.

2.10 Reformulando a discordância: há limites para a construção jurídica?

De tudo que foi dito até aqui, é possível reformular a questão quanto aos limites da adjudicação em diversas teorias como uma tese sobre *em que medida a interpretação deve controlar o resultado da adjudicação*, ou seja, até onde o julgador pode ir quando a interpretação, vinculada à formulação da regra, fornece uma solução normativa que é percebida como inadequada.

Como diz Schauer, talvez seja *melhor* que um sistema permita a seus juízes o livre acesso a razões de qualquer ordem no momento de derivar uma solução para um caso individual. Mas não é impossível pensar em um sistema em que haja um *fechamento* para essas razões, onde o juiz não possa validamente recorrer a fatores que não foram normativamente considerados relevantes. Talvez esse sistema seja pior do que o primeiro, mas isso depende de uma *valoração* que ocorre em um momento *posterior* ao da postulação *conceitual* quanto à possibilidade de um sistema nesses moldes.³⁸⁹ Talvez a melhor opção seja um meio-termo entre esses extremos. A questão é que a decisão quanto a essa possível abertura da adjudicação a razões externas ao conjunto de regras é independente, ainda que relacionada, à interpretação do conteúdo dessas regras.

Desta forma, a interpretação, aqui delimitada como atividade de derivação de soluções normativas de uma base de regras a partir da formulação dessas regras — não ignorando que discernir conteúdos jurídicos para a aplicação direta de princípios implícitos (como o de que “ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza”) é uma atividade “interpretativa” em certo sentido, mas não no aqui utilizado de interpretação *da regra aplicável* —, não *encerra* a argumentação jurídica, que, a partir daí, terá por foco a

³⁸⁹ SCHAUER, 1988, 1991.

determinação da solução para o caso individual a partir do qual o sistema normativo foi delimitado. Em um sistema completamente fechado, como o postulado por Schauer,³⁹⁰ a determinação de uma solução normativa a partir da interpretação de uma regra ou conjunto de regras deveria *controlar* o resultado, ou seja, deveria determinar a solução para o caso individual, dependendo apenas, no prosseguimento da argumentação jurídica, da verificação da ocorrência da *facti species* normativa.

Em um sistema aberto, a solução normativa seria apenas um ponto de partida da argumentação jurídica, que seguiria a partir de uma valoração coerentista desta solução em cotejo com os princípios fundantes da própria base de regras (ou de princípios morais justificadores do ordenamento), que pode resultar na rejeição ou modificação da solução normativa a partir de fatores que não foram considerados (cogitados) ou não foram, de qualquer maneira, considerados relevantes pelo legislador no processo de generalização a partir de situações de fato para a criação de um comando normativo que se pretende aplicável a um número potencialmente infinito de casos. Entre esses dois extremos — um que não admite qualquer *input* externo à base de regras literalmente interpretada salvo “circunstâncias particularmente exigentes”,³⁹¹ e outro que admite diversos *inputs* externos, há uma série de teorias que podem ser situadas mais próximas do primeiro ponto deste contínuo (que seria uma maneira de definir o formalismo³⁹² jurídico ou o que Schauer chama de um *presumptive positivism*) ou do segundo (em sua versão mais extrema, um realismo jurídico que conferiria ao processo decisório o caráter de única fonte racional de razões jurídicas vinculantes).

Essas teorias não dizem como as regras *necessariamente* precisam operar se forem utilizadas na argumentação jurídica. Propugnam uma *forma* de lidar com regras como a *melhor*, a partir de uma *avaliação* que leva em conta valores fundamentais para uma prática

³⁹⁰ O próprio Schauer considera que um sistema assim não existe na prática, mas não é uma impossibilidade conceitual (1988).

³⁹¹ SCHAUER, 1998.

³⁹² Diferentemente de Schauer, considero o formalismo uma tese que defende que o significado literal das regras (obtido por interpretação semântica) deve controlar o resultado do julgamento, e não simplesmente uma tese necessariamente associada a uma prática de seguir regras *enquanto regras*, como ele pretende, já que a defesa desta tese depende de argumentos sobre como a adjudicação deve ser feita a partir de uma valoração de interesses centrais de uma prática jurídica, como a segurança jurídica que, para ele, é um dos valores fundantes. Em 1988, por exemplo, Schauer diz que as regras condenam a adjudicação à mediocridade ao impedir que se atinja à excelência”.

jurídica de seguir regras, especialmente a segurança jurídica em sua mais eloquente expressão em inglês: *legal certainty*. A previsibilidade é um valor essencial do ponto de vista³⁹³ de um legislador racional, que pretende que regras sirvam para ordenar condutas.

Em linhas não muito diferentes, Raz defende que as regras devem funcionar como razões para a decisão de forma independente dos valores, princípios ou políticas públicas que o legislador buscou promover ou implementar a partir das regras. As *razões de fundo* de uma regra, que aqui chamo genericamente de *propósito* da regra, justificam a regra, e não raro funcionam como paradigma para a interpretação da formulação da regra quando mais de uma proposição normativa é derivável. Mas a (formulação da) regra deve ter relevância no discurso prático que caracteriza a adjudicação *enquanto regra*, de forma independente de seu propósito, sob pena de não possuir normatividade. Se em toda instanciação uma solução normativa a partir de uma regra dependesse do cotejo entre esta regra e seu propósito, todo o trabalho normativo estaria sendo exercido pelo propósito. Isso faz Raz concluir que as regras devem ter uma *opacidade* que caracteriza seu papel como razão para a decisão (judicial) simplesmente por ser uma regra consensadamente válida no ordenamento jurídico, *ainda que*, em alguns casos, a instanciação — a aplicação, como solução para o caso individual, da solução normativa derivada da regra sem consideração de seu propósito — seja percebida como *incoerente* com o propósito da regra.

Não faltam autores que criticam que essa forma de lidar com regras (ou com a formulação de regras) seria irracional. Mas meu ponto aqui é que essas teorias dizem respeito ao nível em que a interpretação (e, por conseguinte, a formulação da regra) *deveria constranger* a solução dada pelo juiz ao caso individual, ou seja, ao terceiro nível da argumentação jurídica. O *desacordo* teórico neste nível não mitiga a racionalidade do processo interpretativo limitado pela formulação da regra e como padrão inferencial atípico considerado válido. São estes dois pontos que constituem a normatividade implícita ao processo interpretativo enquanto momento da argumentação judicial que se busca aqui *explicitar* — ainda que outros possam ser identificados (a partir de valorações como o peso que deve ser dado ao propósito subjetivo do legislador ou ao propósito objetivo na interpretação constitucional³⁹⁴ etc.). Outros critérios adicionais, contudo, operam a partir de

³⁹³ Sobre diferentes racionalidades a partir de diferentes pontos de vista na prática jurídica, cf. SCHAUER, 2009b.

³⁹⁴ BARAK, 2005.

valorações contingentes, enquanto os que busco explicitar são decorrência da necessidade de racionalidade do processo interpretativo a partir da prática jurídica enquanto uma prática discursiva.

Feitas essas ressalvas, a interpretação *normalmente* é utilizada pelos Tribunais como limite da solução a ser dada aos casos concretos. Mas, algumas vezes, os Tribunais decidem de maneira diversa, rejeitando a solução dada pela regra. *Se* esse tipo de decisão é válido no Direito e, mais precisamente, no direito brasileiro — um problema de teoria do direito de maneira geral e, de forma contingente, uma questão política —, isso significa que a interpretação *não* constrange, necessariamente, a construção.³⁹⁵ Mas a construção *depende* da interpretação, na medida em que, para *prosseguir* na argumentação a partir de técnicas construtivas (como a analogia, a contração propositiva etc.) é preciso que o julgador primeiro já tenha utilizado a interpretação para determinar o ponto de partida desses argumentos.³⁹⁶

Nesse sentido, os argumentos utilizados na construção jurídica

são importantes tanto na prática quanto na teoria. Na prática, permitem que o juiz alcance uma solução adequada sem a necessidade de regras interpretativas. Isso é importante para os casos em que [a interpretação] falha em determinar uma solução adequada. No nível teórico, [esses argumentos] dão legitimidade à atividade judicial sem a necessidade de tentar *forçar a solução adequada na moldura da interpretação* — algo que *acabaria por quebrar a interpretação*.³⁹⁷

E isso, em vez de tornar a interpretação algo relegável “à política ou à sociologia”, como Fuller considera que Kelsen fez,³⁹⁸ torna *essencial* o estudo da interpretação judicial, no mínimo para tornar explícitos os argumentos por vezes não muito claros de decisões judiciais, de modo a analisar se o que é efetivamente tratado como “interpretação” é, de fato, interpretação (e, então, necessariamente limitado pelo texto normativo interpretado), ou se é construção (e, conquanto não limitada, em princípio, pelo texto normativo, a demandar *justificação* de outra forma). Se for atividade interpretativa, é o caso de analisar a racionalidade dos argumentos interpretativos e, dentre estes, de um

³⁹⁵ ALEXY, 2013; BARAK, 2005; KLATT, 2008.

³⁹⁶ BARAK, 2005, p. 65.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 63, grifei.

³⁹⁸ FULLER, 1969, p. 226, criticando o tratamento da interpretação dado por Kelsen em 2005, cap. VIII.

argumento em particular: o argumento semântico que se propõe a *determinar* ou *redefinir* o significado de um termo ou expressão.

2.11 Argumentos interpretativos — I

É possível agora dar uma definição provisória dos argumentos interpretativos objeto desta pesquisa. A definição é provisória porque somente pode ser completada depois de detalhada a moldura inferencialista de análise. Mas já está claro que os argumentos interpretativos são padrões argumentativos que são utilizados na *interpretação*, ainda que haja argumentos semelhantes empregados na construção jurídica *sobre* a interpretação.

Um argumento é um conjunto de proposições em que se identificam pelo menos três partes: um conjunto de premissas (que pode ser unitário), uma conclusão e uma inferência das premissas à conclusão. Um argumento pode ser *suportado* por outros argumentos, caso em que as conclusões destes argumentos figuram como premissas daquele. Ele pode ser *atacado* por outro argumento, caso em que a conclusão deste é contraditória com a conclusão ou com uma das premissas daquele. E ele pode figurar como suporte de outros argumentos, caso em que a conclusão daquele serve como premissa destes.³⁹⁹

Uma *argumentação* pode consistir em um argumento ou em uma cadeia de argumentos.⁴⁰⁰ Na teoria da argumentação,⁴⁰¹ muitos consideram um modelo dialético ou pragma-dialético,⁴⁰² mas na análise de decisões judiciais esse diálogo seria fictício: na adjudicação a fundamentação consiste em dar razões para uma conclusão autoritativa, e a validade da argumentação está vinculada à validade das inferências feitas a partir das *razões* para derivar a conclusão, que é a decisão proferida como solução para o caso individual. É constitutivo do discurso judicial que há uma pretensão de correção,⁴⁰³ e a argumentação é,

³⁹⁹ WALTON, 2009b.

⁴⁰⁰ O que Alexy chama de “estrutura de argumento” (2013, p. 199).

⁴⁰¹ MACAGNO; WALTON; REED, 2017; WALTON, 2009b; WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

⁴⁰² JUTHE, 2005, 2009.

⁴⁰³ ALEXY, 2013, p. 213-214.

na adjudicação, esta justificação⁴⁰⁴ direcionada para um interlocutor imaginário, ninguém especificamente e todos.⁴⁰⁵

A fundamentação das decisões judiciais é, portanto, uma argumentação, e parte dessa argumentação consiste necessariamente em interpretação do sistema normativo em princípio aplicável ao caso, ainda que para concluir que *não* há solução normativa para o caso (lacuna normativa). Essa atividade consiste no primeiro e segundo níveis da argumentação, como especificado acima.⁴⁰⁶ Os “métodos interpretativos” trabalhados na literatura não se limitam, contudo, à interpretação: podem ser utilizados na justificação de soluções normativas derivadas de normas gerais não positivadas — como, no exemplo já dado acima, na decisão em que o STF proclamou como princípio implícito o da presunção de inocência em 1968. Nesse contexto, contudo, não serão tratados como argumentos interpretativos, mas como argumentos *construtivos*. O que caracteriza o argumento como interpretativo, portanto, é sua utilização *na* interpretação.

Destarte, argumentos interpretativos são aqui definidos, em uma primeira aproximação, como articulações inferenciais que derivam uma solução normativa a partir de um sistema normativo (definido acima, da mesma maneira que em *Normative Systems*).⁴⁰⁷ Não são, portanto, nem regras com natureza jurídica, *nem regras de interpretação*.

Há diversas tentativas de catalogar os argumentos interpretativos,⁴⁰⁸ o que não é meu objetivo, visto que se busca uma análise dos limites desses argumentos, como já ficou claro, a partir de sua *função* na articulação inferencial que caracteriza a justificação de decisões judiciais. Logo, minha argumentação aqui pode ser aplicada a qualquer lista de argumentos desde que pressuposta a distinção entre interpretação e construção aqui assumida — cuja *necessidade* ainda preciso demonstrar a partir da análise inferencialista. Tomo por base um consenso na literatura de que os argumentos interpretativos têm raízes nas práticas socialmente aceitas pela comunidade jurídica,⁴⁰⁹ são “modelos” argumentativos tradicionalmente utilizados na prática jurídica por advogados e juízes. Utilizo a lista concisa

⁴⁰⁴ ALEXY, 2013, p. 219 e ss.

⁴⁰⁵ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1971.

⁴⁰⁶ p. 38.

⁴⁰⁷ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

⁴⁰⁸ TARELLO, 2013; WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

⁴⁰⁹ MORESO; CHILOVI, 2018.

de Alexy para referência. Como já visto, ele distingue: (I) o argumento semântico; (II) o argumento genético; (III) argumento histórico; (IV) o argumento comparativo; (V) o argumento sistemático; (VI) o argumento teleológico.⁴¹⁰

O argumento *semântico* é utilizado quando “se justifica, critica-se ou se afirma como possível, com referência ao uso da linguagem, uma interpretação R’ de R”, ou seja, há “uma *especificação* da linguagem natural ou de uma linguagem técnica”.⁴¹¹

O argumento *genético* é o que justifica uma interpretação R’ de R porque ela corresponde à vontade (subjéctiva) do legislador. Há dois subtipos: no primeiro, utilizando a notação de Alexy, a interpretação $I_w^r = R'$ (A interpretação da regra R através de W)⁴¹² é o objeto direto da vontade do legislador, que seria representado da seguinte forma:

(1) $R' (= I_w^r)$ é querido pelo legislador

(2) R'

No segundo, afirma-se que o legislador perseguiu com R determinados fins Z_1, Z_2, \dots, Z_n e a interpretação R’ é necessária para a realização desses fins. Seja K a combinação desses fins na forma $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n)K$, que pode ser abreviado por Z, temos que o argumento genético teria a seguinte forma:

(1) Com R o legislador pretendeu alcançar Z

(2) $\neg R' (= I_w^r) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

O propósito do legislador na primeira forma foi buscado pelo STF na ADPF 132,⁴¹³ quando um dos julgadores pesquisou, nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, qual teria sido o objetivo do Constituinte Originário com a regra constitucional que prevê que a “união estável” é composta por “homem e mulher”. Estava em jogo a definição do alcance desta expressão enquanto *limitadora* da possibilidade de extensão do instituto jurídico a relacionamentos homoafetivos. O propósito subjéctivo *foi*

⁴¹⁰ ALEXY, 2013, p. 231-238

⁴¹¹ ALEXY, 2013, p. 232.

⁴¹² A natureza de W é diferente em Alexy, mas isso será explicitado em seguida neste mesmo tópico.

⁴¹³ STF, ADPF 132, 2011.

identificado nesse sentido, através da leitura de trechos onde ele fica bem explícito,⁴¹⁴ mas isso não foi considerado decisivo através de uma argumentação por propósitos que fez um cotejo entre este propósito subjetivo e os propósitos objetivos da Constituição como um documento internamente coerente.⁴¹⁵

É exemplo da segunda forma de argumento genético o argumento utilizado pelo STF nos já exemplificados casos de extensão da imunidade tributária que a regra previa para livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, para serviços de publicidade, editoração de enciclopédias e a importação de maquinário, desde que relacionados aos fins legislativos de promover a divulgação de ideias e informações, baratear os custos de produção desses veículos etc.

O argumento *histórico* é identificado quando são expostos fatos que se referem à história do problema jurídico discutido de modo a justificar uma interpretação. Não se confunde com o *argumento por precedente*, que é *construtivo* no sentido de que busca fundamentar a *adoção* de uma interpretação porque já utilizada anteriormente.⁴¹⁶ O argumento histórico justifica uma interpretação a partir de elementos relacionados à justificação para a criação da regra, enquanto o argumento por precedente é uma forma de justificar que determinada solução normativa (já em si uma interpretação) deve controlar o

⁴¹⁴ “O Relator cita o seguinte trecho de debate na constituinte: “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3o. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § 3o: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE – Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES) – Concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: – A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL) – Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES) – Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).” Segundo o Min. Ricardo Lewandowski, o debate consta do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento “B”, p. 209.

⁴¹⁵ A reconstrução deste argumento é feita adiante, item 4.3.1, p. 295. Sobre propósitos subjetivos e objetivos na interpretação constitucional, cf. BARAK, 2005.

⁴¹⁶ Não fica claro se Alexy considera o argumento por precedente uma forma de argumento histórico, ou se estrutura esse aprendizado histórico como um raciocínio que se assemelha ao por precedente (2013, p. 237).

resultado porque o caso individual é semelhante ou análogo a outro que foi resolvido por aquela solução normativa.

O STF utilizou argumentos históricos nos mesmos casos de imunidade tributária, quando justificou, em 1987, que a imunidade tinha raízes no período ditatorial pré-1946, em que os impostos sobre o papel eram utilizados como forma de retaliação a veículos de comunicação contrários ao regime.⁴¹⁷ Por outro lado, exemplificando a distinção entre o uso dessas técnicas na interpretação e na construção, o STF utilizou a mesma investigação histórica em 2017, ao *estender* a imunidade aplicável ao “papel” para a impressão de livros, jornais e periódicos, para quaisquer *suportes* que sirvam à divulgação de ideias e informações, inclusive o CD (em 2017 uma tecnologia já quase abandonada, mas o processo era antigo) e o *leitor de livros digitais*.⁴¹⁸ Aqui se trata da construção de uma solução normativa por *extensão*, em um argumento por analogia que utiliza um argumento histórico (não-interpretativo) como forma de determinar o propósito da regra de imunidade.⁴¹⁹

Os argumentos *comparativos* consistem na utilização, como *referência* para a interpretação, de normas ou realidades de outros ordenamentos jurídicos ou sociedades.

O argumento sistemático é bastante familiar à doutrina brasileira. Alexy o define como uma “referência à situação de uma [regra] no texto legal”, ou uma “referência à relação lógica” entre uma [regra] e outras. A definição clássica da doutrina brasileira é mais clara: “comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, de modo que “[c]onfronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexos entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos”.⁴²⁰ Na interpretação sistemática é onde se identificam (e se resolvem) inconsistências normativas, questões já bem trabalhadas na teoria do direito.⁴²¹

O argumento *teleológico* pressupõe um legislador racional, que criou uma regra orientado por um propósito, de modo que a finalidade desta regra justifica R’ como

⁴¹⁷ STF, RE 101.441, 1987. Mais detalhadamente em RE 330.817, 2017.

⁴¹⁸ STF, RE 330.817, 2017.

⁴¹⁹ Este procedimento no argumento por analogia e no argumento por exceção implícita fica mais claro no item 3.7.2.4, p. 198.

⁴²⁰ MAXIMILIANO, 2011, p. 104-105.

⁴²¹ BOBBIO, 1995.

interpretação de R. O *fim* aqui é caracterizado normativamente, como um *estado de coisas* prescrito ou um fato prescrito pela regra,⁴²² utilizando, portanto, a terminologia de von Wright.⁴²³

Como se pode ver, os argumentos genético, histórico e teleológico recorrem ao *propósito* — um subjetivo, do legislador, e os outros objetivos. Não havendo necessidade de detalhar essa distinção, tratarei todos os casos apenas como *argumento por propósitos*, tomando por base a formulação de Barak em que a identificação do propósito é feita a partir de uma conjugação dos propósitos objetivo e subjetivo de modo a discernir um propósito “último”.⁴²⁴

Esses argumentos aqui são considerados como *padrões de inferência*, não como *regras de inferência*. Este ponto é dos mais relevantes e precisa ser detalhado, porque é frequente a definição dos cânones interpretativos como *regras* de inferência, regras semânticas,⁴²⁵ regras de sintaxe e gramática.⁴²⁶ Alexy utiliza uma descrição de Toulmin que classifica as regras de inferência como *warrants*, dando o seguinte exemplo:

- (1) Harry nasceu nas Bermudas;
- (2) Harry é um cidadão britânico.

Para Toulmin, a inferência de (1) a (2) depende de uma *regra de inferência* na forma seguinte:

- (W) Quem nasceu nas Bahamas é cidadão britânico.⁴²⁷

⁴²² ALEXY, 2013, 238-239.

⁴²³ Considerando que as prescrições “‘fluem’ ou tem sua ‘fonte’ na vontade do legislador [*norm-giver*]”, de modo que estados de coisas “‘finais’” podem ser atingidos pelo que von Wright formaliza como uma relação T binária entre um estado de coisas original e um resultante. (VON WRIGHT, 1963, p. 7-8 e 25-34). Sobre “estados de coisas”, WITTGENSTEIN, 1922.

⁴²⁴ BARAK, 2005. Adiante explicitarei porque considero que o recurso ao propósito na interpretação não implica necessariamente em recurso a fatores externos à inferência que utilizei aqui para caracterizar o local do argumento interpretativo (itens 3.7.2.2, p. 177, e 3.7.4, p. 220).

⁴²⁵ BARAK, 2005, p. 107.

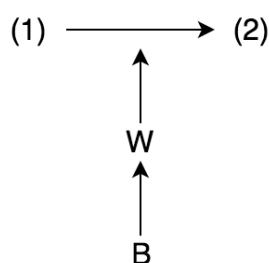
⁴²⁶ SUNSTEIN, 1989.

⁴²⁷ TOULMIN, 2003, p. 92-98.

Embora Toulmin considere que (W) opera no nível da inferência entre (1) e (2), o que fica bem claro pela forma como ele desenha o esquema argumentativo,⁴²⁸ a ideia de que (W) seria um *regra* e, mais ainda, uma *regra enunciável* através de uma proposição, vai de encontro ao que venho aqui sustentando a partir das considerações de Wittgenstein sobre seguir regras.⁴²⁹ O exemplo de Toulmin parece admitir uma regra de interpretação (W) especialmente porque, como ele próprio sustenta, (W) pode ser *defendida* ao se invocar “as leis que dispõem sobre a nacionalidade de pessoas nascidas nas colônias britânicas”.⁴³⁰ Ocorre que, se há uma lei determinando que alguém que nasce nas Bermudas é cidadão britânico, é o caso de simplesmente *aplicar* esta lei. (W) não seria uma regra *de interpretação* nesse sentido, mas uma *regra* jurídica que se aplicaria ao caso de Harry em função do fato expressado por (1).

Mas Toulmin caracteriza o fato de uma regra existir prevendo que os nascidos nas Bermudas são cidadãos britânicos como um *fundamento* para (W), que ele chama de *suporte (backing)*, e identifica como (B). Temos, então, a seguinte estrutura para seu argumento:

Figura 1 - Funcionamento das regras de inferência de acordo com Toulmin e Alexy



Brandom, ao contrário, vai dizer que casos como:

(1) O Maranhão fica ao norte de São Paulo;

(2) São Paulo fica ao sul do Maranhão.

constituem uma inferência *material*. A proposição (2) é *conclusão* de uma inferência que se inicia em (1) *sem* a necessidade de uma *regra* de inferência, de modo que

⁴²⁸ TOULMIN, 2003, p. 92 e 96.

⁴²⁹ WITTGENSTEIN, 2009.

⁴³⁰ TOULMIN, 2003, p. 96

a validade de (1) → (2) decorre dos conteúdos dos *conceitos* utilizados em (1) e (2), “norte” e “sul”.

Toulmin diz ter se apropriado de um *insight* de Ryle em *The Concept of Mind* ao qual já aludi aqui, o das “licenças de inferência” ou “tickets para inferências”. Mas o que Ryle tinha em mente não eram exatamente regras de como *interpretar* uma proposição, mas sim quando uma conclusão estaria pragmaticamente *justificada*. Isso fica bem evidente quando Ryle diz que o “ticket” poderia ser *questionado*.⁴³¹ A conclusão pode ser desafiada. Mas no caso dos cânones de interpretação, não faz sentido, por exemplo, desafiar se uma interpretação *literal* da regra é ou não é *possível* — apenas que, em um caso individual, ela não deve ser adotada como solução para o caso, ou seja, a solução normativa assim derivada não deve controlar o resultado.

A incorporação que Toulmin faz resulta em uma confluência entre interpretação e *justificação* da interpretação, e o mesmo acaba sendo incluído na teoria da argumentação jurídica de Alexy — por isso, para ele, os cânones de interpretação compõem a *justificação externa*.

É claro que a interpretação precisa ser justificada, algo que é um dos objetivos principais desta pesquisa. O ponto é que a justificação da interpretação, aqui, não é feita por meio de uma *regra*. Não é necessária uma regra de interpretação para ir de (1) a (2) no exemplo de Brandom, como não é necessária uma regra de interpretação como *premissa adicional* para a conclusão de que “lista telefônica” é periódico. Este é o ponto fundamental da distinção entre a validade formal das inferências e sua validade material como padrões inferenciais distintos cuja racionalização não pode ser dissociada do conteúdo conceitual, o que é pouco explorado na teoria da argumentação jurídica e, como sustento aqui, está no cerne do problema quanto aos limites dos argumentos interpretativos na adjudicação. Aliás, isso vai se refletir no que Wittgenstein fala sobre a *certeza*:

Dar razões, todavia, justificar as evidências, deve ter um fim; mas o fim não são certas proposições que nos parecem imediatamente verdadeiras, i.e., não é um tipo de *identificação* de nossa parte, mas sim uma *ação*, que se situa na base do jogo de linguagem.⁴³²

⁴³¹ RYLE, 1949, p. 127.

⁴³² WITTGENSTEIN, 1975, § 204.

Ao seguir regras, “nossa forma de agir (...) proporciona uma base adequada para as assertivas epistêmicas que fazemos sobre a correção do que fazemos”,⁴³³ uma pretensão que é fundamental na teoria da argumentação jurídica.⁴³⁴ Resgatando aqui a discussão iniciada ao tratar da textura aberta: quando falam em regras de interpretação, os autores assumem que a determinação de sentido, que é elementar de toda interpretação, pode ser tratada como governada por uma regra (de interpretação) além da própria regra interpretada, buscando interromper o regresso ao infinito estipulando um caráter social para a regra de interpretação. Nesse sentido, quando Alexy, ao tratar do argumento genético, diz que de (1) para (2) é “necessária uma premissa adicional ou regra de inferência” com o conteúdo “é uma razão para a validade de R’ que o legislador deseje que R se interprete mediante W”.⁴³⁵ Argumento adiante, em sentido contrário, que não há necessidade de estipulação de uma regra de interpretação ou *warrant* interpretativo, e que os argumentos interpretativos constituem padrões de inferência *material*.

Concluindo esta parte, parti da hipótese de que a formulação da regra é assumida pelos participantes da prática jurídica como *capaz* de constranger o juiz, e que a argumentação judicial na fundamentação das decisões para casos individuais tem sua racionalidade na prática jurídica vinculada à derivação da conclusão a partir de *standards* normativos e do sistema normativo em particular. A partir daí, sustentei ser necessário delimitar entre o que a regra determina e o que efetivamente é feito na adjudicação *a partir* dessa determinação, o que classifiquei, seguindo a terminologia consagrada, como interpretação e construção, respectivamente, afirmando, como critério delimitador, que é aceito na prática jurídica (inclusive pelo STF) que a interpretação é limitada às possibilidades semânticas da formulação normativa — prometendo dar razões adiante para que essa distinção, por esse critério, seja uma *necessidade* a partir de uma abordagem inferencialista. O problema passa a ser o de como definir esses limites semânticos, e iniciando esta resposta explicitarei que as teses de “indeterminação” do Direito são mais fielmente caracterizadas como *subdeterminação* de um resultado na adjudicação, o que não compromete a distinção aqui delimitada, e classifiquei os argumentos interpretativos por sua pertinência à interpretação no nível da *inferência*.

⁴³³ MCGINN, 1984, p. 26-27.

⁴³⁴ ALEXY, 2013.

⁴³⁵ ALEXY, 2013, p. 234.

A discussão, portanto, a partir daqui, não é *normativa*,⁴³⁶ de como a interpretação *deve ser* feita, mas *analítica*, de como a explicitação da normatividade implícita na prática discursiva de fundamentar decisões judiciais evidencia os *limites* da interpretação.

As questões são: (I) como se pode determinar a objetividade da inferência que caracteriza os argumentos interpretativos assim definidos; e (II) como se pode determinar uma objetividade conceitual de modo a afirmar que, em determinadas decisões, a solução normativa não está *dentro* da regra, precisando ser fundamentada através de argumentos *não-interpretativos*. As respostas estão inter-relacionadas e podem obtidas a partir de uma análise inferencialista. Como a *inferência* é o elementar semântico considerado como ponto de partida, no próximo capítulo detalho o modelo inferencialista a partir de sua aplicação a argumentos típicos na prática jurídica.

⁴³⁶ No mesmo sentido: KLATT, 2008.

3 UMA ABORDAGEM INFERENCIALISTA

3.1 A normatividade primária implícita na prática

Uma forma de tratar a interpretação realizada pelos juízes como uma prática *racional* é evidenciar a *normatividade* implícita nesta prática, e a partir daí buscar uma descrição adequada de uma objetividade conceitual possível que permita responder afirmativamente que a formulação das regras, de fato, constrange os juízes. Esta abordagem leva em conta um aspecto relevante, mas não estudado, dessa normatividade: o fato de que ela não é *somente* implícita, no sentido de oculta, devendo ser descoberta por uma metalinguagem para que finalmente se possa falar *sobre* ela; mas que ela é *necessariamente* implícita, no sentido de que a normatividade da prática é uma ideia *elementar* que somente pode ser entendida a partir de uma correta compreensão do que fazemos e de como nós avaliamos o que fazemos. Esta normatividade pode, ainda assim, ser tornada *explícita* por um vocabulário privilegiado, mas a compreensão dos fundamentos em que a normatividade de uma prática linguística — e, por extensão, de qualquer prática *discursiva* como a de fundamentar decisões judiciais — se apoia é essencial para *desmistificar* a interpretação judicial.

Este é o ponto de partida da abordagem inferencialista de Brandom na busca de uma descrição filosófica da objetividade no uso dos conceitos. É uma teoria que, segundo ele próprio, situa-se fora das tentativas tradicionais de explicação do caráter normativo do significado linguístico. Mas acredito que, para o propósito aqui estabelecido, é uma teoria que se adequa perfeitamente à forma como concebemos, na *teoria do direito*, a prática jurídica. Uma parte da justificação dessa adequação já foi feita no capítulo anterior: em vários pontos da tentativa de delimitar o desacordo teórico em torno da objetividade da interpretação e da capacidade de regras linguisticamente formuladas de servir como razões para as decisões judiciais, incorporei *insights* do inferencialismo de Brandom, especialmente quanto à compreensão de uma normatividade que não pode ser resolvida pelo “regulismo” de pensar nas adequações de inferências como *warrants* ou *regras* de inferência. Buscarei agora aprofundar esses pontos essenciais para poder abordar os argumentos de redefinição conceitual utilizados pelo STF, no próximo capítulo.

A estratégia de Brandom é a de começar com uma descrição de práticas sociais, identificar que tipo de estrutura elas devem possuir para serem especificamente práticas *linguísticas*, e então considerar os diferentes tipos de conteúdo semântico que essas práticas podem conferir a estados, performances e expressões que nelas aparecem. O resultado é que ele chama de uma “semântica do papel conceitual”. Para conferir este conteúdo conceitual, esta prática precisa ser implicitamente normativa, contendo normas sobre como usar *corretamente* expressões, que governem em que circunstâncias é *apropriado* performar certos atos de fala e quais são as *consequências* (*corretas*) do uso de conceitos. Para falar *sobre* o uso de conceitos, é necessário introduzir um vocabulário normativo em uma linguagem privilegiada, e aqui sua teoria será suplementada com o uso de esquemas argumentativos que acrescentam, para a análise da adjudicação, poder *expressivo*.

A rota é, portanto, de uma pragmática normativa para uma semântica inferencialista e, depois de definir o conteúdo conceitual a partir das *inferências*, dar conta da *objetividade* deste conteúdo conceitual. Sem pretender dar uma descrição completa da teoria de Brandom, trarei nas páginas seguintes apenas o essencial para uma análise inferencialista da adjudicação, que, em síntese, depende de três ideias-chave: (I) inferências materiais; (II) atitudes deonticas; (III) o caráter social da prática.

3.2 Da pragmática normativa à semântica inferencialista

O ponto de partida de Brandom é que nossa prática linguística é discursiva e tem uma estrutura normativa implícita. É possível *julgar* as performances (atos de fala) em um jogo de linguagem como *corretos* ou *incorretos*. Ele considera que essas normas linguísticas têm origem social — são *instituídas* por uma prática social que ele denomina, seguindo Sellars, de o jogo de “dar e demandar razões”. Ser um jogador competente é conseguir articular inferencialmente os conceitos utilizados sobre o pando de fundo dessas normas linguísticas, de modo que essa prática discursiva *cria* o conteúdo conceitual e permite que pragmaticamente se chegue a uma teoria semântica inferencialista. A busca de Brandom é, portanto, de uma descrição da possibilidade de objetividade conceitual a partir da assunção de que as normas que regem nossa prática linguística são socialmente instituídas. As práticas discursivas são caracterizadas pelo uso de asserções, sentenças com conteúdo proposicional que têm a capacidade de figurar como razões, e para as quais razões podem ser demandas — exercem, portanto, o papel de premissas e conclusões em *inferências*.

O conteúdo conceitual pode ser alcançado a partir da análise do uso correto de conceitos, ou seja, através de um movimento inferencial das condições *corretas* de aplicação de um conceito para as consequências que *necessariamente* decorrem de seu uso. Busca-se explicar *o que é* dito através de características do ato de *fazer* uma asserção. Nesse sentido, é uma teoria que se coloca em oposição e como alternativa ao que Brandom qualifica como um *platonismo* no uso de conceitos.⁴³⁷

O platonismo aqui é a ideia de que o uso de um conceito consiste na instanciação de um paradigma abstrato. Esse idealismo estaria na origem da abordagem da semântica clássica a partir da ideia de *representação*, que começa com uma noção independente de *verdade* nas relações de referência ou denotação entre o linguístico e o não-linguístico, e, a partir dessas *condições de verdade* primeiro desenvolvidas para os componentes subsentenciais, chega-se a condições de verdade para as sentenças que eles formam e, por fim, alcança-se a uma noção de correção da inferência.⁴³⁸

O pragmatismo linguístico vai inverter a ordem de explanação. Iniciando com uma descrição do que alguém está fazendo ao fazer uma asserção, busca-se identificar *o que* está sendo *dito*, o conteúdo proposicional a que alguém se *compromete* por um ato de fala.⁴³⁹ É dada prioridade à pragmática sobre a semântica, e à sentença sobre as expressões subsentenciais. O platonismo semântico identifica o conteúdo conceitual tipicamente expressado em sentenças declarativas como conjuntos de mundos possíveis ou valores de verdade especificados de outras formas, e busca explicar como associar esse conteúdo com as sentenças contribui para que saibamos quando é apropriado usá-las. A abordagem pragmatista, pelo outro lado, procura explicar como o *uso* dessas expressões linguísticas confere a elas conteúdo conceitual.

O pragmatismo conceitual é então uma forma de funcionalismo que vai fornecer uma descrição de como dizer que um conceito foi *corretamente* usado em termos de saber usar, ser capaz de usar, um conceito. A ideia fundamental é a de que o conteúdo conceitual

⁴³⁷ “The later Wittgenstein, Quine, and Sellars (as well as Dummett and Davidson) are linguistic pragmatists, whose strategy of coming at the meaning of expressions by considering their use provides a counterbalance to the Frege-Russell-Carnap-Tarski platonistic model-theoretic approach to meaning” (BRANDOM, 2000, p. 7). Cf. LOCKE, 1996; GARCÍA-CARPINTERO, 1996.

⁴³⁸ BRANDOM, 2000, p. 49-50.

⁴³⁹ SEARLE, 1969, 1996c, 1996a, 1996b.

pode ser (objetivamente) identificado a partir do papel distintivo que eles exercem na *argumentação*, a partir da articulação inferencial de uma asserção. A grande influência de Sellars está nessa ideia elementar de que

para uma resposta ter conteúdo conceitual ela apenas tem que ter um papel no jogo inferencial de fazer asserções e dar e pedir razões. Aprender ou entender um conceito é ter um domínio prático sobre as inferências em que ele se envolve — saber, no sentido prático de ser capaz de distinguir (uma espécie de “saber fazer”), quais as consequências da aplicação de um conceito, e do que ele decorre.⁴⁴⁰

O núcleo da prática linguística e, especialmente, de uma prática discursiva, estaria neste jogo de dar e pedir razões, que optei por traduzir para a adjudicação como o “jogo de dar e *demandar* razões”. Portanto, o que caracteriza uma prática especificamente discursiva é que ela confere a algumas performances a força ou significância de *asserções* como *compromissos* com conteúdo proposicional, que podem servir como razões ou *necessitar* de razões para sua justificativa. Este é o caráter *argumentativo* que caracteriza toda prática discursiva.⁴⁴¹

A racionalidade que nos distingue como seres *sapientes* é identificada como “conseguir ser um *jogador* nesse jogo social, implicitamente normativo de oferecer e avaliar, produzir e consumir, razões”.⁴⁴² As assertivas são descritas como um movimento neste jogo discursivo. A prática discursiva é caracterizada pela produção e consumo de conteúdos proposicionais, que devem ser entendidos a partir de suas articulações inferenciais. As *proposições* são o que pode servir como premissas ou conclusões de inferências, ou seja, tanto servem como razões para inferências como se sujeitam à necessidade de justificação por outras proposições.⁴⁴³

O jogador competente deste jogo precisa, portanto, entender esta articulação inferencial, sob pena de não ter compreendido os conceitos ali envolvidos, e de, na prática, não utilizar os conceitos como conceitos. Um aparelho que identifica corretamente, emitindo um ruído, quando está diante de um objeto da cor vermelha, não utiliza “vermelho” como um conceito, embora tenha a capacidade de responder diferencialmente, de forma confiável,

⁴⁴⁰ BRANDOM, 2000, p. 48.

⁴⁴¹ BRANDOM, 2000, p. 14.

⁴⁴² BRANDOM, 2000, p. 81.

⁴⁴³ BRANDOM, 1994, p. xiv.

à cor vermelha. Mas um participante da prática discursiva, que da assertiva “este objeto é vermelho” considera *correto* inferir que “este objeto não é verde”, está utilizando “vermelho” como algo que tem um conteúdo conceitual distinto, discernível por sua relevância nas articulações inferenciais em que ele figura. Nesse sentido, só entende o conceito quem o articula inferencialmente. Se alguém concordasse que “Sócrates é homem” (a) e discordasse que “Sócrates é mortal” (b), consideraríamos que não entendeu um dos conceitos em jogo, já que “homem” e “mortal” estão inferencialmente relacionados. Saber transitar de (a) para (b) é fundamental para que os termos ali utilizados tenham conteúdo conceitual.

Para conseguir ser um jogador, é preciso portanto saber navegar essa normatividade *implícita* na prática de usar expressões com conteúdo conceitual. As normas linguísticas são *instituídas* pelas atitudes de todos os participantes, e essas práticas que conferem conteúdo proposicional contêm normas sobre como é *correto* utilizar essas expressões.⁴⁴⁴ Para isso, Brandom aponta como uma ideia fundamental de sua teoria o que Wittgenstein explora nas considerações sobre seguir regras, e que já antecipei aqui ao resgatar o argumento contra o regresso ao infinito na discussão sobre a indeterminação da interpretação.

O pragmatismo de Wittgenstein sobre as normas, “sua insistência de que normas tornadas explícitas em princípios são inteligíveis apenas contra um pano de fundo de normas implícitas nas práticas”,⁴⁴⁵ é, portanto, uma ideia-base. Para Brandom, a conclusão do argumento contra o regresso é que há uma necessidade de uma concepção pragmática de normas, uma noção de *correção primitiva* das performances que é implícita na prática justamente porque *não poderia* ser explícita de forma *precedente* à performance como *condição* de sua adequada utilização. As normas são, assim, *necessariamente* implícitas porque precedem e são pressupostas por sua (eventual) explícita formulação em regras e princípios.⁴⁴⁶

Esta normatividade primária é representada pela ideia de *inferência material*. A inferência de (a) para (b), acima, não é *formalmente* válida. Para isso, teríamos que introduzir

⁴⁴⁴ BRANDOM, 1994, p. xiii.

⁴⁴⁵ BRANDOM, 1994, p. 591.

⁴⁴⁶ BRANDOM, 1994, p. 21.

no silogismo clássico a premissa “todo homem é mortal” (c), transformando o argumento em uma dedução com *modus ponens*, em que (b) decorre necessariamente de (a) e (c). Mas Brandom vai dizer que *não* é assim que nossas articulações inferenciais funcionam, e que essa tentativa de “dedutivizar” nossas inferências é mais um resquício do idealismo conceitual que ele rejeita, que vê a correção no uso dos conceitos como condicionada à instanciação de tipos-paradigma e não resiste ao argumento wittgensteiniano contra o regresso. Por isso sua semântica inferencialista é embutida em uma pragmática normativa:

Condições materiais de adequação de inferências são compreendidas como normas implícitas nas práticas sociais que se qualificam como discursivas na medida em que envolvem tratar algumas performances como tendo a significação de asserções. Essas práticas inferencialmente articuladas conferem conteúdo proposicional a *status*, atitudes e performances em seu bojo (já que, para uma expressão ter um certo conteúdo conceitual, é necessário somente que seu uso seja governado por um correspondente conjunto de normas). Desta forma, a noção semântica primitiva de condições materiais de adequação de inferências é explicada na pragmática — na descrição de uma prática linguística.⁴⁴⁷

A ideia de inferência material, que é válida em função do conteúdo conceitual articulado nas asserções, é essencial para que se fale em uma normatividade *implícita*. Essas inferências não apenas logicamente válidas, mas *adequadas* de acordo com o conteúdo proposicional nelas articulado, é regulada pelas normas implícitas na prática, de modo que o conceito de significado semântico vai ser situado em uma moldura pragmática mais ampla. O conteúdo é instituído em termos de condições adequadas para inferências, e essas condições são compreendidas a partir das atitudes de tomar ou tratar práticas inferenciais como adequadas. Essas atitudes *instituem*, assim, as normas que governam a articulação inferencial, caracterizando pragmaticamente a normatividade implícita.⁴⁴⁸

É preciso, claro, *falar sobre* esta normatividade implícita, mas há aqui uma diferença fundamental entre explicitar algo que está implícito e *formular* uma premissa que complementa a inferência ou uma *regra* de inferência, questão cuja discussão se iniciou no capítulo anterior ao começar a tratar dos argumentos interpretativos. O vocabulário lógico-normativo que é introduzido por Brandom é “meramente” *expressivo*, no sentido de obedece a critérios de conservação e permite *explicitar* as inferências que já *fazemos*, e assim trazê-las para o jogo de dar e demandar razões.

⁴⁴⁷ BRANDOM, 1994, p. 623.

⁴⁴⁸ KLATT, 2008.

3.3 Vocabulário deôntico

O conteúdo proposicional é definido como algo que pode ser *afirmado*,⁴⁴⁹ pode servir como razão e precisar de razões que o justifiquem. O discurso assertorial definido nesses termos, articulando as circunstâncias corretas de sua aplicação para as consequências necessárias de seu uso, é associado à pragmática normativa de Brandom: a prática consiste fundamentalmente em julgar as performances (os atos de fala) dos participantes como corretos ou incorretos. São essas atitudes dos participantes em relação aos atos de fala que instituem as normas implícitas na prática — onde reside a objetividade que buscarei descrever ao final deste capítulo.

Para distinguir essa normatividade implícita de meras regularidades behaviorísticas, fenomenalisticamente é necessário conseguir *expressá-la* em termos normativos,⁴⁵⁰ o que no modelo de Brandom significa descrevê-la a partir das atitudes dos participantes da prática na atribuição e assunção dos conteúdos conceituais sobre um pano de fundo de uma diferença de perspectiva entre esses participantes. Assim se consegue tornar o implícito explícito: especificar “em termos explicitamente normativos — em termos do que, de acordo com a prática, é correto, ou apropriado, fazer, o que alguém deve fazer, com o que alguém se compromete ou tem a prerrogativa de se comprometer a partir de uma certa performance”.⁴⁵¹

A prática discursiva é pensada, assim, como um *scorekeeping* deôntico. O movimento básico no jogo de dar e demandar razões é o de fazer uma *asserção*, ou seja, “produzir uma performance que tem conteúdo proposicional e que pode funcionar como razão para algo e pode ser algo para qual se podem demandar razões”.⁴⁵² Tratar uma performance (um ato de fala) como uma asserção é considerá-la como a assunção ou o reconhecimento de um tipo de *compromisso* — *commitment* — assertorial ou “doxástico”.

⁴⁴⁹ Brandom defende o uso da asserção em 1994, p. 172 e ss., o que não é necessário fazer aqui porque a fundamentação de decisões judiciais já consiste em uma cadeia inferencial de asserções, ou de proposições que podem ser reconstruídas na forma de asserções.

⁴⁵⁰ BRANDOM, 1994, p. 625.

⁴⁵¹ BRANDOM, 1994, p. 625.

⁴⁵² BRANDOM, 1994, 141.

Um compromisso doxástico⁴⁵³ é um *status* normativo que resulta das atitudes práticas dos membros de uma comunidade linguística. Eles são instituídos, assim, pelas práticas que tomam ou tratam os indivíduos *como comprometidos*. A partir deste status elementar, Brandom introduz a ideia de que é possível questionar a *prerrogativa* — *entitlement*⁴⁵⁴ — de uma pessoa que assume um compromisso. Assim, a articulação inferencial — que vai dar o conteúdo conceitual à proposição — vai consistir nessa relação entre os compromissos e prerrogativas. O ato de fazer uma asserção enquanto uma razão somente é inteligível como parte de uma prática onde razões para esta asserção podem ser demandadas. “O fato de algumas performances admitirem ou precisarem de razões é pressuposto pela prática de oferecê-las [como razões]”.⁴⁵⁵

Uma performance tem a significação prática de uma *assunção* de um compromisso na medida em que ela confere a outros a *prerrogativa* de imputar aquele compromisso. Há, então, duas *atitudes deônticas* que podem ser tomadas em relação a compromissos: atribuí-los (a outros) e assumi-los. Nós, participantes deste jogo, somos os *árbitros*⁴⁵⁶ — *scorekeepers*. As asserções alteram esse “placar” (*score*) mudando os compromissos e prerrogativas que podemos *atribuir* a quem produz o ato de fala, a quem ouve (os destinatários) o ato de fala, ou *assumirmos*,⁴⁵⁷ nós mesmos, o compromisso a partir daquele ato de fala que presenciamos.

A pragmática funciona aqui explicando a significância dos vários atos de fala em termos das condições que determinam como o placar deve ser controlado e quais movimentos são apropriados diante de um determinado placar. A semântica vai “desenvolver uma noção do conteúdo dos compromissos discursivos (e das performances

⁴⁵³ A partir daqui utilizarei apenas “compromisso” para me referir ao compromisso doxástico. Os compromissos de substituição e expressivos, introduzidos adiante, serão expressamente indicados.

⁴⁵⁴ Embora alguns traduzam o termo *entitlement* usado por Brandom como “direito” (a um compromisso), para evitar ambiguidades preferi o termo “prerrogativa”, que, aliás, acredito que expressa até melhor o sentido do *status* deôntico. De qualquer modo, sempre que falar em “prerrogativa” me refiro ao *entitlement* de Brandom em 1994, 2000 e demais obras.

⁴⁵⁵ BRANDOM, 1994, p. 171.

⁴⁵⁶ Considerei que a expressão “árbitro” traduz melhor a ideia de alguém capaz de participar da instituição de normas implícitas na prática mesmo que não consiga justificá-las.

⁴⁵⁷ Utilizo “assumir” para traduzir “*undertake*”. A assunção é um endosso, é por isso utilizo, também, o termo “endosso” quando considero mais expressivo, e não necessariamente, apenas, como tradução do termo “*endorsement*”. Na teoria de Brandom, o endosso é uma atitude normativa mais ampla que a assunção, mas os detalhes dessa distinção não são relevantes para o propósito desta pesquisa.

que os expressam)”. O resultado vai ser uma espécie de “cinemática”.⁴⁵⁸ Compromissos discursivos⁴⁵⁹ são caracterizados por sua articulação inferencial específica: o que conta como evidência para eles, com o que *mais* eles nos comprometem, com quais outros compromissos eles são incompatíveis. As prerrogativas, por seu turno, expressam a dimensão da *justificação*.

O ato de dizer algo não pode ser compreendido separadamente do ato de inferir. A inferência é, assim, um movimento essencial no jogo de dar e demandar razões, e vai ocorrer entre compromissos, entre prerrogativas, e entre compromissos e prerrogativas. Os compromissos e prerrogativas neste modelo correspondem de certa forma aos deônticos primitivos tradicionais da obrigação e permissão, que não são utilizados principalmente porque compromissos e prerrogativas não são definíveis um em função do outro. A ideia de Brandom é, primeiro, que a relação entre compromisso e prerrogativa permite chegar a uma ideia “material” de *negação* ou incompatibilidade como forma de delimitar o conteúdo conceitual e, segundo, explorar a diferença entre os compromissos e prerrogativas para dar um relato da objetividade conceitual. Assim, duas asserções são incompatíveis entre si se o compromisso com uma preclui a prerrogativa à outra. Imagine-se o seguinte exemplo:

- (1) O sistema normativo não determina o *status* deôntico da conduta α .
- (2) De acordo com o sistema normativo, a conduta α é proibida.

Ao assumir um compromisso com (1), fica preclusa a prerrogativa (que talvez eu possuísse) para (2). Esta incompatibilidade *material* pode ajudar a delimitar o conteúdo conceitual ao representá-lo através do conjunto de compromissos incompatíveis com ele. Por outro lado, o fato de eu assumir um compromisso com (1) não significa que eu *poderia* fazê-lo. O termo “poderia” aqui é utilizado no sentido de poder *justificadamente* assumir um compromisso. Há uma diferença essencial entre achar que se pode fazer algo e efetivamente podermos fazer algo, de modo que a introdução por Brandom das *prerrogativas* no *scorekeeping* deôntico é e peça-chave para entender a objetividade da prática discursiva.

⁴⁵⁸ BRANDOM, 1994, p. 142.

⁴⁵⁹ Brandom diz que a noção de compromisso discursivo desempenha boa parte do trabalho explanatório normalmente conferido aos “estados intencionais”, mas como a abordagem é exclusivamente semântica, não detalho este aspecto do modelo (1994).

Essas quatro atitudes deônticas — assumir compromissos e justificar, do ponto de vista do falante, e atribuir (ao falante) e assumir (para si mesmo) compromissos e prerrogativas, do ponto de vista do árbitro, é que é vão constituir a dimensão *normativa* da prática. A transição de *status* deônticos para *attitudes* deônticas evidencia que o modelo é de uma prática social. Nós tratamos uns aos outros como tendo vários compromissos e prerrogativas, atribuindo-os e por vezes assumindo-os nós mesmos. A significância da performance é caracterizada pela forma como ela altera o placar deôntico, ou seja, “a forma como ela modifica quais compromissos e prerrogativas os participantes, incluindo o falante, atribuem uns aos outros e adquirem, reconhecem ou assumem eles próprios”.⁴⁶⁰ O ponto é que as condições de adequação dessas atitudes não estão à disposição de cada participante da prática individualmente. Brandom utiliza como exemplo o Cândido de Voltaire, que recebeu um *shilling* da rainha de forma equivocada, *sem saber* o seu significado pragmático naquela região, e acabou, com isso, assumindo um compromisso com o serviço militar. O ato de receber o *shilling* confere à autoridade em questão a prerrogativa de punir Cândido (o que efetivamente acaba acontecendo).⁴⁶¹

A prática é, portanto, normativa quanto à *manutenção* do placar (atualizado), permitindo que se atribua compromissos *ainda* que o falante não esteja consciente deles, e ainda que, eventualmente, confrontado com o conteúdo do compromisso, o *rejeitasse*. Isso fica claro quando Brandom detalha que há três dimensões para as articulações inferenciais. Pela *primeira dimensão*, há três relações de inferência: (a) a primeira é uma inferência “compromissiva”, ou de “compromisso para compromisso”.⁴⁶² Alguém “herda” um compromisso ao se comprometer com outro. Se alguém se compromete com a premissa “o Maranhão fica ao norte de São Paulo”, está se comprometendo, ainda que não o expresse ou não saiba, com “São Paulo fica ao sul do Maranhão”. A segunda é uma inferência “permissiva”,⁴⁶³ onde se “herda” uma prerrogativa. Neste caso, um compromisso com uma premissa dá a alguém a prerrogativa de assumir o compromisso com a conclusão, mas não obriga a este compromisso, ficando em aberto a possibilidade de prerrogativas a compromissos incompatíveis. Terceiro, temos uma inferência de *incompatibilidade*, de modo que o compromisso com uma asserção preclui a prerrogativa a outra, sendo possível

⁴⁶⁰ BRANDOM, 1994, p. 166.

⁴⁶¹ VOLTAIRE, 2012.

⁴⁶² Tradução de “*commitment-preserving*”.

⁴⁶³ “*Entitlement-preserving*.”

ter, sincronicamente, prerrogativas para compromissos incompatíveis, desde que nenhum deles tenha sido até então assumido.⁴⁶⁴

A *segunda dimensão* evidencia a distinção entre a herança concomitante e comunicativa de *status* deônticos, a diferença social entre o uso de uma asserção como premissa de forma intrapessoal ou interpessoal.⁴⁶⁵ Logo, se Gottlob afirma que “a estrela da tarde está visível no céu”, ele está se comprometendo com essa afirmação no sentido de que, primeiro, está colocando nela sua *autoridade*, permitindo que eu utilize sua asserção em minhas próprias articulações inferenciais. Após ouvi-lo, mesmo sem olhar pela janela posso utilizar sua assertiva como premissa em um raciocínio prático que me leve a buscar meu telescópio no armário, e se alguém me questionar posso utilizar a assertiva de Gottlob como *razão*. Este é o aspecto *comunicativo* deste modelo de prática discursiva, a “herança interpessoal, intra-conteúdo de uma prerrogativa para compromissos”.⁴⁶⁶ Por outro lado, Gottlob também assumiu uma *responsabilidade* de justificar sua asserção se desafiado de forma apropriada. Se, ao montar o telescópio, questiono que não vejo a “estrela da manhã”, mas apenas a “estrela da tarde”, Gottlob pode defender a sua asserção apresentando, como razão, outra assertiva: a de que “a estrela da manhã é a mesma estrela da tarde”. Este é o aspecto *justificativo* do modelo, a “herança intrapessoal, inter-conteúdo de prerrogativas para compromissos”.⁴⁶⁷ A “herança comunicativa de *status* deônticos (...) resulta nas mudanças sociais da significação das performances assertoriais, já que um compromisso dá a prerrogativa a outros de atribuir este compromisso e de deduzir uma prerrogativa a outras asserções”.⁴⁶⁸

Na *terceira dimensão* essencial essa autoridade discursiva é ligada a e se torna dependente de uma *responsabilidade*. Quando alguém fala de forma assertiva, a asserção envolve um *endosso*. Ao fazer uma asserção, alguém autoriza as asserções que conseqüentemente derivam da sua em inferências permissivas concomitantes e comunicativas. Ao mesmo tempo, todavia, o falante “se compromete com a responsabilidade de defender a asserção original mostrando que possuía a prerrogativa de

⁴⁶⁴ BRANDOM, 1994, p. 168-169.

⁴⁶⁵ BRANDOM, 1994, p. 169.

⁴⁶⁶ BRANDOM, 2000, p. 165.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ BRANDOM, 1994, p. 169-170.

fazê-la”.⁴⁶⁹ A autoridade é, por isso, dependente da responsabilidade: uma prerrogativa só pode ser herdada se quem faz a asserção original a possui. Há duas formas de justificar uma asserção. A primeira é dar mais razões que (inferencialmente) a suportem. A outra é apelar para a autoridade de outro falante, de quem se herdou a prerrogativa para essa asserção (uma espécie de “terceirização”).

O ponto é que essas três dimensões da estrutura inferenciais evidenciam a relevância da distinção entre compromissos assertoriais justificados e não-justificados. Se alguém assume um compromisso ao qual não está justificado, há uma sanção interna à prática — particularmente, para meu objetivo aqui, o bloqueio à inferência.⁴⁷⁰

Em síntese, o significado de uma asserção consiste na mudança que ela acarreta no placar deontico. Se ela é apropriada (justificada) ou não, depende do placar antes da asserção e das inferências consideradas corretas pelos árbitros. Essas inferências dependem do conteúdo conceitual articulado na asserção. Uma inferência bem-sucedida vai levar à modificação do placar, o que é *explicitado* através de inferências compromissivas, permissivas e de incompatibilidade. Todos os falantes são falantes e árbitros ao mesmo tempo (em relação aos demais e *a si mesmos*). Todos estamos marcando os placares uns dos outros. Assim, a atividade do árbitro também é normativa: só podemos fazer alterações no placar de outrem se conseguimos analisar as prerrogativas de que ele dispõe. Esta análise envolve uma articulação inferencial das circunstâncias (adequadas) de aplicação para as consequências (necessárias) de uso dos conceitos. Se verificamos que alguém de fato possuía a prerrogativa para uma asserção, alteramos não apenas o seu placar, mas podemos assumir, nós mesmos, o compromisso — caso em que terá ocorrido uma herança interpessoal, comunicativa, de uma prerrogativa. Assim, o placar resultante depende do placar antes do ato de fala e do conteúdo semântico deste ato.

Como se pode ver, o conteúdo proposicional das asserções é fundamental neste modelo. Há outras atitudes nele descritas, mas para os fins desta pesquisa é preciso destacar apenas dois: a *rejeição* e o *desafio*. A rejeição consiste em retificar um compromisso antes

⁴⁶⁹ BRANDOM, 1994, p. 171.

⁴⁷⁰ BRANDOM, 1994, p. 179. Há outras sanções, externas e internas à prática, mas não há necessidade de detalhar este ponto.

assumido, de forma expressa — afirmando que não mais endossa aquele compromisso — ou implicitamente — assumindo um compromisso incompatível com o primeiro.

Um desafio ocorre quando uma prerrogativa é posta em xeque. Paradigmaticamente isso se dá pela assunção de um compromisso incompatível com um compromisso de outro falante, que terá, então, que defender sua asserção. Esta é, afinal, a essência do jogo de dar e demandar razões. Contudo, por mais que seja sempre possível desafiar compromissos, na prática nós atribuímos prerrogativas juntamente com compromissos por *default*. Brandom chama isso de um sistema *default-desafio*. O interlocutor tem, assim, um compromisso que ele *prima facie* pode assumir. Quando a prerrogativa é *apropriadamente* desafiada, a autoridade comunicativa e inferencial do compromisso é suspensa até que ele seja adequadamente defendido. Mas quando esse desafio é *apropriado*? A resposta já foi dada: quando aquele que desafia tem a *prerrogativa* de se comprometer com a asserção que está em relação de incompatibilidade com o compromisso do desafiado, ou seja, a asserção que precluiria aquela prerrogativa. Desta forma os desafios não têm nenhum *status* especial: a prerrogativa a eles está “na mesa” junto com aquela que é objeto do desafio.⁴⁷¹

Até aqui não se falou em “verdade” ou “condições de verdade” desde a crítica de Brandom à semântica clássica. Como, ali, as condições de verdade eram primitivas, e aqui se fez o caminho inverso, a *verdade* não é uma propriedade atribuída a uma asserção, mas também o resultado de atitudes (deônticas) de uma comunidade que consideram determinadas asserções como verdadeiras.

Considerar uma asserção ou crença verdadeira não é atribuir-lhe uma misteriosa e especialmente interessante propriedade; é fazer algo completamente diferente. É *endossá-la*. Problemas metafísicos espúrios a respeito da propriedade “verdade” é o que ganhamos se confundimos o que alguém está fazendo ao assumir [atribuir a si próprio] um compromisso com uma descrição, caracterização ou atribuição de uma propriedade ao compromisso de outrem.⁴⁷²

Assim, ao tratar a asserção de um terceiro “Sócrates é mortal” como bem-sucedida, atribuo a ele um compromisso com e uma prerrogativa para esta asserção, e

⁴⁷¹ BRANDOM, 1994, p. 178.

⁴⁷² BRANDOM, 2000, p. 119.

assumo eu mesmo o compromisso, reconhecendo uma autoridade implícita. Em linguagem ordinária, estou assumindo a asserção como *verdadeira*.

Fecha-se, assim, o modelo pragmático de modo que o conteúdo conceitual pode ser acessado pela *articulação inferencial* completa: ao assumir um compromisso através de uma asserção, o significado depende de quais outros compromissos *são* assumidos (quais inferências compromissivas decorrem da performance, das circunstâncias apropriadas para as consequências de uso), quais compromissos *podem* ser assumidos (quais inferências permissivas podem ser anotadas no placar), quais prerrogativas devem ser consideradas preclusas ou quais compromissos devem ser considerados *rejeitados* em razão de inferências de incompatibilidade e, por fim, o que contaria como *justificação* para o compromisso assumido. As articulações inferenciais vão, desta forma, das justificações — de quais inferências o compromisso *decorre* — às consequências — o que resulta necessariamente do compromisso.

3.4 O conteúdo semântico a partir da inferência

3.4.1 *Compromissos de substituição*

Ao considerar uma proposição (paradigmaticamente uma asserção) como mínima unidade linguística à qual se pode atribuir uma significação como repercussão inferencial em uma prática discursiva, Brandom opta por priorizar o proposicional em relação às expressões subsentenciais, invertendo a ordem de explicação da semântica clássica. Na tradição que começa em Frege e é continuada por Russell, primeiro se busca descrever o que é para um termo significar algo a partir do que é para ele *representar* corretamente algo. A ideia fundamental é a de representação, e a partir dela constroem-se teorias sobre a determinação de valores de verdade, ou condições necessárias e suficientes para que um conceito adequadamente represente o referente. A partir desses valores de verdade de cada expressão que compõe uma sentença é que o valor de verdade da sentença é aferido, e somente então é que a articulação inferencial desta sentença poderá ser avaliada em uma prática discursiva.

No inferencialismo toma-se o caminho inverso, tendo como ideia fundamental o alerta de Wittgenstein de que as nossas práticas sociais precisam ter uma normatividade

primária, que não é expressa através de uma regra — a impossibilidade de termos “regras até o fim”. Esta normatividade primária é incorporada por Brandom, apropriando-se de um *insight* kantiano, como um *juízo*, uma avaliação que se faz das performances (atos de fala) de cada participante da prática. Essa avaliação ocorre no nível da inferência, em que se examina o ato de fala de qualquer dos participantes da prática pela articulação inferencial a partir das circunstâncias adequadas de aplicação dos conceitos até as consequências deste uso. A inferência é, assim, um movimento primário no jogo de dar e demandar razões, que foi explicitada na forma pela qual é possível alterar o placar linguístico em uma prática de *scorekeeping* discursivo. Na análise das inferências, é essencial a ideia de inferência material, que não é formalmente válida, e cuja validade é determinada pelos conceitos nela utilizados. Chega-se, portanto, ao conteúdo a partir do que é feito na prática:

Uma rota teórica é assim disponibilizada a partir do que as pessoas fazem para o que elas querem dizer, da sua prática para os conteúdos de seus estados e expressões. Desta forma, uma teoria pragmática adequada pode ser fundamento de uma teoria semântica inferencialista; suas explicações do que é na prática tratar inferências como corretas é o que ao final autoriza o apelo às condições de adequação de inferências materiais, que então podem funcionar como primitivos semânticos.⁴⁷³

O modelo até aqui descrito dá conta do significado das asserções ao estruturar seu papel no jogo de dar e demandar razões pelas atitudes de falante e árbitro e atribuição de status deônticos. A asserção é o foco primário de atenção porque apenas sentenças com conteúdo proposicional podem constituir um *movimento* neste jogo. É preciso, então, por esta rota inversa, chegar agora ao conteúdo semântico das expressões subsentenciais, como “periódico”, “transporte público”, “cônjuge”, “companheiro”, utilizadas nos diversos exemplos já dados. Brandom aborda essa questão suplementando o modelo com ferramentas para tratar da *substituição* entre expressões e sentenças. As expressões subsentenciais, como nomes (termos singulares) e predicados não podem funcionar, sozinhos, como premissas ou conclusões em inferências, mas são utilizados em proposições que servem como razões. Desta forma, o conteúdo dessas expressões subsentenciais é obtido de forma indireta a partir das articulações inferenciais das proposições de que eles fazem parte. Há, então, uma conexão entre os dois níveis: a validade da inferência material depende do conteúdo das

⁴⁷³ BRANDOM, 1994, p. 134.

expressões utilizadas, e o conteúdo dessas expressões, seu significado, só pode ser acessado a partir da relevância das sentenças na articulação inferencial.

Falar uma expressão essencialmente subsentencial, como um termo singular (...), de forma isolada, não representa um movimento no jogo de linguagem, não altera o placar de compromissos e atitudes que é apropriado para uma audiência atribuir ao falante. Da mesma forma, essas expressões não podem ter conteúdo semântico no mesmo sentido que as sentenças podem. Elas podem ser consideradas semanticamente significativas apenas em um sentido derivado, na medida em que sua ocorrência como componentes em sentenças contribui para o conteúdo (no sentido básico, relevante para a prática) dessas sentenças.⁴⁷⁴

A ideia-chave⁴⁷⁵ aqui, apropriada de Frege,⁴⁷⁶ é que o significado de qualquer expressão subsentencial é determinado pelo número de palavras pelas quais ela pode ser substituída em uma sentença sem que haja a modificação do conteúdo da sentença. O vocabulário lógico depende da negação enquanto incompatibilidade e de uma relação de identidade. Assim, se a única diferença entre duas sentenças é uma expressão subsentencial — por exemplo, um predicado M_x substituído por N_x — e o significado das duas sentenças é o mesmo, então $M_x = N_x$.

O exemplo que Brandom utiliza é bastante simples:⁴⁷⁷

- (1) Benjamin Franklyn inventou as lentes bifocais.
- (2) O primeiro “carteiro-geral” dos Estados Unidos inventou as lentes bifocais.

Como Franklyn foi de fato o primeiro “carteiro-geral” dos Estados Unidos, a inferência de (1) para (2) é correta, ou seja, preserva os valores de verdade. A relação de identidade faz com que uma inferência materialmente válida não possa se tornar inválida a partir da substituição. São os conjuntos dessas relações de identidade e incompatibilidade que vão determinar o conteúdo semântico. Uma expressão subsentencial pode, neste modelo: (a) ser substituída por outra; (b) substituir outra; (c) funcionar como uma sentença-moldura, em que outras expressões podem ser substituídas. Essas três categorias permitem distinguir entre os tipos de expressões subsentenciais. A inferência de (1) para (2) é, portanto, uma inferência de *substituição*. Nesta inferência, “... inventou as lentes bifocais” funciona como

⁴⁷⁴ BRANDOM, 1994, p. 364.

⁴⁷⁵ KLATT, 2008.

⁴⁷⁶ FREGE, 1996.

⁴⁷⁷ BRANDOM, 1994, p. 370 em diante.

uma sentença-moldura, na qual as expressões subsentenciais “Benjamin Franklyn” e “o primeiro ‘carteiro-geral’ do Estados Unidos” foram utilizadas. Os predicados da lógica proposicional funcionariam como sentenças-moldura neste modelo de Brandom. Note-se que a inferência de (1) para (2) envolve *materialmente* os termos, mas o predicado não está materialmente envolvido. Se substituíssemos a sentença-moldura por outra, não haveria qualquer alteração na correção da inferência. Assim, substituindo “ α inventou as lentes bifocais” por “ α andou”, teríamos:

(3) Benjamin Franklyn andou.

(4) O primeiro “carteiro-geral” dos Estados Unidos andou.

Isso evidencia uma característica que diferencia estruturalmente os predicados e os termos singulares. No primeiro caso, de (1) para (2), a inferência é simétrica, de modo que a validade da inferência $(1) \rightarrow (2)$ implica a validade de $(2) \rightarrow (1)$. Por outro lado, consideremos o seguinte:

(5) Benjamin Franklyn andou.

(6) Benjamin Franklyn se moveu.

Aqui a inferência $(5) \rightarrow (6)$ é materialmente válida, mas não necessariamente $(6) \rightarrow (5)$. Por isso os predicados normalmente fazem parte de inferências de substituição *assimétricas*. Assim, termos singulares são agrupados em *classes de equivalência* a partir das inferências de substituição corretas em que eles estão materialmente envolvidos, e os predicados são agrupados em estruturas ou famílias eventualmente simétricas, mas normalmente assimétricas. O ponto é que alguns predicados são mais “fracos” que outros, no sentido de que tudo que segue da aplicação do mais fraco, segue da aplicação do mais forte, mas não o contrário. Por esta descrição, as circunstâncias de aplicação apropriada de “... andou” formam um subconjunto próprio⁴⁷⁸ das de “... se moveu”. As conclusões das inferências que envolvem materialmente os termos singulares não têm essa característica. Por isso Brandom diz que “para introduzir um termo singular em uma linguagem alguém

⁴⁷⁸ Contido no outro, mas diferente deste, ou seja, há pelo menos um elemento no conjunto maior que não está presente no subconjunto.

precisa especificar não apenas critérios de aplicação mas também critérios de identidade, especificando que expressões são intersubstituíveis por ele”.⁴⁷⁹

Desta maneira, cada membro desta classe de equivalência proporciona de forma simétrica e indiferente tanto as condições adequadas de aplicação quanto as consequências necessárias do uso. Quando esses compromissos de substituição inferencial-material que governam o uso de termos singulares são *explicitados* como o conteúdo de compromissos assertoriais, eles assumem a forma de asserções de *identidade*. Essas locuções de identidade permitem que explicitemos argumentos que têm a significação de “licenças de intersubstituição”, ressaltando, novamente, que se trata de uma enunciação que explicita um compromisso de substituição, não uma premissa necessária enquanto condição de uma inferência. Por outro lado, as inferências assimétricas que caracterizam os compromissos de substituição que envolvem predicados são explicitadas pelo uso de quantificadores. Assim, “Benjamin Franklyn é o inventor das lentes bifocais” é representada por $t = t'$, e “tudo que anda, se move”, é representada por $\forall x P_x \rightarrow Q_x$.

O objetivo dessa descrição é evidenciar que o conteúdo que associamos com “o inventor das lentes bifocais” é determinado pelos compromissos que assumimos com relação à correção de inferências de substituição quanto aos termos “Benjamin Franklyn”, “o primeiro ‘carteiro-geral’ dos Estados Unidos” (e vice-versa). Estes compromissos têm uma significação geral em termos inferenciais. O endosso ao padrão de inferência material (1) → (2) como correto é uma instância de um padrão mais geral, como, por exemplo, de (7) para (8):

(7) O inventor das lentes bifocais falava francês.

(8) O primeiro “carteiro-geral” dos Estados Unidos falava francês.

Assim, um compromisso de substituição material-inferencial determina a correção de uma quantidade potencialmente infinita de inferências — podemos ainda pensar em “... escreveu sobre eletricidade”. Brandom denomina essas relações de compromissos substitucionais-inferenciais materiais simples (SMSIC),⁴⁸⁰ doravante apenas “compromissos de substituição”. Saber articular as relações de identidade determina o conteúdo do termo, da mesma forma que saber articular a substituição dos predicados permite delimitar o seu

⁴⁷⁹ BRANDOM, 1994, p. 372.

⁴⁸⁰ “*Simple material substitution-inferential commitments*”.

significado. E, claro, o significado vai depender da inter-relação entre os compromissos de substituição de todas as expressões envolvidas:

O conteúdo (que determina as condições materiais de adequação da inferência) de cada expressão é representado pelo conjunto dos SMISIC que a relacionam com outras expressões. Somente a colaboração de todos os SMSIC correspondendo às expressões subsentenciais tendo ocorrência primária em uma sentença define a correção do conjunto completo de inferências de substituição em que ele aparece como premissa ou conclusão.⁴⁸¹

Isso é possível a partir de um padrão geral. Um compromisso de substituição quanto às expressões A e A' importa que, para qualquer B , a inferência de AB para $A'B$ é correta. Da mesma forma, um compromisso de substituição entre B e B' significa que a inferência de AB para AB' é correta. Por outro lado, um compromisso de substituição entre os termos a e b em relação ao predicado F determinaria que $F_a \rightarrow F_b$. Em relação aos predicados F e G , um compromisso de substituição poderia determinar que a inferência $F_a \rightarrow G_a$. Uma consequência disso é que a definição de condições de adequação de inferências pode ser aplicada a asserções completamente novas. Assim, ainda que ninguém tenha ouvido falar em $A'B'$, os compromissos de substituição aqui citados determinam um compromisso com a validade da inferência de AB para $A'B'$.⁴⁸²

Portanto, as classes de equivalência contêm termos que têm o mesmo significado. A possibilidade de substituí-los uns pelos outros é determinada pelas inferências de substituição endossadas, ou seja, pelo fato de que sua substituição em uma sentença não modifica a relevância inferencial daquela sentença.

3.4.2 *Anáfora*

Complementando sua teoria semântica, Brandom aborda problemas comuns para qualquer teoria linguística: a repetibilidade das expressões (que é fundamental aqui para dar conta dos compromissos de substituição), o uso de demonstrativos e de indexicais. “Benjamin Franklyn” é uma expressão repetível, mas é preciso dar conta do significado de expressões como “aquilo” ou “o professor”, essencialmente não repetíveis da mesma forma que “Benjamin Franklyn”. Para que esses termos entrem nas sequências de substituição,

⁴⁸¹ BRANDOM, 1994, p. 374.

⁴⁸² BRANDOM, 2000, p.138-139.

Brandom utiliza a ideia de anáfora, que ele considera pouco explorada pelos filósofos da linguagem.

A ideia, aqui simplificada na medida em que necessário para a compreensão de meu argumento, é que esses termos não-repetíveis entram em *cadeias* anafóricas que traçam o significado de volta até termos repetíveis (em uma relação token-token). Se em um discurso há uma cadeia anafórica, isso significa que nem todos os termos singulares têm *referência* de forma independente. Alguns terão referência de maneira derivada, a partir de um elo anafórico com outras expressões. O exemplo que Brandom dá é:

Um homem em um terno marrom me abordou ontem na rua e se ofereceu para comprar minha valise. Quando me recusei a vendê-la, o homem dobrou a oferta. Como ele deseja tanto a valise, eu a vendi a ele.⁴⁸³

Aqui ele identifica duas cadeias anafóricas: (a) Um homem em um terno marrom ... o homem ... ele ... ele e (b) minha valise ... [vendê-]la ... a valise ... a. Apenas os termos que iniciam a cadeia têm referência direta, e os demais se referem de forma dependente do primeiro termo. Assim, eles herdam do primeiro os compromissos de substituição, de modo que sua utilização vai ser julgada a partir desses compromissos.

3.5 Três níveis na teoria do significado

A teoria descrita acessa o significado semântico a partir da inferência concentrando a análise em três níveis: (1) incorpora o *conteúdo* ao empregar uma noção de condições materiais de adequação de inferências; (2) incorpora a *particularidade* ao distinguir entre o papel simétrico dos termos singulares em inferências de substituição e o papel assimétrico de predicados em inferências de substituição; e (3) incorpora dêiticos não-repetíveis para os quais o contexto afeta o conteúdo conceitual ao explicar as cadeias anafóricas.⁴⁸⁴

No primeiro nível estão as sentenças, as proposições, que possuem conteúdo por expressarem asserções. O significado das proposições é dado por sua articulação inferencial no jogo de dar e demandar razões, o que é explicitado por um vocabulário normativo que distingue compromissos assumidos e sua justificação através de prerrogativas em uma

⁴⁸³ BRANDOM, 1994, p. 307.

⁴⁸⁴ BRANDOM, 1994, p. 623.

prática de *scorekeeping* deôntico. A correção dessas inferências é *material*, avaliada a partir do conteúdo dos conceitos utilizados.

No segundo nível, acessa-se o significado semântico das expressões subsentenciais a partir da contribuição que eles têm para as inferências (materiais) que vão das condições de correta aplicação desses conceitos para as consequências adequadas de seu uso. Esse significado é dado a partir de classes de equivalência combinando a ideia básica de inferência material e a de substituição de termos singulares e predicados em compromissos de substituição que explicitam esses compromissos materiais-inferenciais.

No terceiro nível se leva em conta termos que não podem figurar nesses compromissos de substituição por não terem referência direta, e se lhes atribui significado indireto a partir de sua relação com termos que iniciam cadeias anafóricas, havendo a herança dos compromissos de substituição aplicáveis ao termo inicial.

Assim, a rota de uma pragmática normativa para uma semântica inferencialista utiliza três conceitos-base de modo a determinar o significado linguístico: a inferência material, a substituição e a anáfora. O vocabulário lógico-normativo introduzido busca *explicitar* a normatividade implícita nesta prática de dar e demandar razões a partir das ideias fundamentais de *status* deônticos (compromissos e prerrogativas) e atitudes deônticas (atribuir e assumir *status* deônticos). O que falta é apenas dar conta da *objetividade* da prática discursiva assim analisada.

3.6 A normatividade implícita na prática — I

Ao utilizar o vocabulário lógico-deôntico para tornar explícitos os compromissos implicitamente assumidos, eles são trazidos para a luz, para o jogo de dar e demandar razões, ficando sujeitos a objeções explícitas — por exemplo, confrontando-os com outras asserções materialmente incompatíveis — ou a demandas de justificação — por exemplo, com a citação de “fundamentos inferenciais materialmente suficientes”.⁴⁸⁵

A tarefa de formar e nutrir os conceitos com os quais falamos e pensamos e trazida para fora do crepúsculo do que permanece implícito na prática não-questionada, para debaixo da luz diurna do que se torna explícito como

⁴⁸⁵ BRANDOM, 1994, p. 149.

um princípio controverso. Conteúdos materiais, uma vez tornados explícitos, podem ser moldados coletivamente, na medida em que interlocutores em diferentes situações, fisicamente e doxasticamente, mas em concerto com seus pares, proporcionam objeções e evidências, asserções e contra-asserções, e exploram possíveis consequências e formas de se tornar titular de prerrogativas para afirmá-las. Os recursos expressivos do vocabulário lógico tornam possível criticar, controlar e melhorar nossos conceitos.⁴⁸⁶

O vocabulário deontico assim descrito permite uma primeira aproximação com a normatividade implícita na prática, na medida em que o placar deontico, a cada movimento, vai determinar (limitar) quais performances são apropriadas e quais as consequências de cada performance — ou seja, a maneira como elas vão alterar o placar discursivo. O *significado* de um ato de fala vai consistir na forma como ele interage com o placar: como o placar atual afeta a *correção* ou a *adequação* da performance deste ato de fala, e quais as suas consequências (apropriadas, corretas). “Ser racional — compreender, “saber como” no sentido de ser capaz de jogar o jogo de dar e pedir razões — é dominar na prática a evolução do placar. Falar e pensar é controlar o placar neste tipo de jogo.”⁴⁸⁷

Um exemplo de aplicação de uma análise inferencialista, que ajuda a introduzir o vocabulário deontico na prática jurídica — embora ainda não especificamente na argumentação que constitui a fundamentação das decisões judiciais — foi desenvolvido por Canale e Tuzet,⁴⁸⁸ a partir de um caso real de homicídio na Itália que pode ser perfeitamente adaptado para o Código Penal brasileiro, já que envolve a aplicação de uma circunstância que lá agrava o homicídio, e aqui o torna qualificado: o motivo *fútil*.⁴⁸⁹ O caso é bastante simples: Perry foi assassinado por Terry com um tiro em um clube, após uma discussão. Durante a briga, Terry feriu o braço de Perry com um bastão. Perry então foi até seu carro buscar uma arma de fogo, retornou ao clube e atirou em Terry, que morreu em decorrência dos tiros. A questão é se o ferimento causado por Terry em Perry pode ser considerado um *motivo fútil* que transformaria o homicídio de simples em *qualificado*, com pena bem mais rigorosa. Note-se que o exemplo utiliza justamente um dos conceitos potencialmente vagos que já se discutiu acima. Utilizando as letras *A* para representar asserções da acusação, *D*

⁴⁸⁶ BRANDOM, 2000, p. 149.

⁴⁸⁷ BRANDOM, 1994, p. 183.

⁴⁸⁸ CANALE; TUZET, 2009.

⁴⁸⁹ No original em inglês os autores falam em *petty motives*, expressão que corresponde ao nosso motivo fútil.

para as da defesa, *c* para os compromissos e *e* para as prerrogativas, inicia-se o debate no júri entre o promotor e o defensor:

(A1) Como Perry matou Terry por motivo fútil, Perry deve ser punido por homicídio qualificado.

Aqui a proposição é estruturada como um condicional, que é o paradigma utilizado por Brandom para *representar* uma *inferência*. A acusação primeiro afirma que Perry matou Terry por motivo fútil, e depois concluiu que, em razão disso, ele deve ser punido por homicídio qualificado. O vocabulário deôntico vai permitir evidenciar esses compromissos:⁴⁹⁰

(c1) Perry matou Terry.

(c2) O motivo do crime foi fútil.

(c3) Perry deve ser punido por homicídio.

(c4) A punição deve ser por homicídio qualificado.

A resposta do defensor é, também, uma inferência, ou, como já está claro, um *argumento*:

(D1) Como o assassinato de Terry por Perry não foi por motivo fútil, Perry não deve ser punido por homicídio qualificado.

Com esta asserção, o defensor reconheceu duas prerrogativas do promotor, em seu ponto de vista (sua perspectiva) e na perspectiva do juiz que está observando, passivamente, a discussão:

(e1) Perry matou Terry.

(e2) Perry deve ser punido por homicídio.

Essas prerrogativas tornam (c1) e (c3) *incontroversas*. Se o Juiz, já aqui, condenasse Perry, poderia (apenas em tese, já que esse tipo de fundamentação não é aceita no direito penal brasileiro) dar (c1) e (c3) como *razão* de sua decisão a partir da autoridade do promotor e do defensor, que com seus atos de fala conferem uma licença para a inferência (a condenação). Mas o defensor, no mesmo ato de fala (D1), assumiu dois compromissos:

⁴⁹⁰ Seria possível resumir os compromissos 3 e 4 em apenas um, mas isso tornaria mais confusa a discussão na sequência, porque um deles é endossado e o outro não.

(c5) O motivo do crime não foi fútil.

(c6) A punição de Perry deve ser por homicídio simples.

As proposições (c5) e (c6) são incompatíveis com (c2) e (c4). Esta incompatibilidade já dá uma pista do conteúdo conceitual das expressões utilizadas nas proposições. Diante da incompatibilidade, tanto o defensor quanto o promotor estão *desafiando* as prerrogativas um do outro. O defensor responde:

(D2) Como Terry feriu o braço de Perry com um bastão, o motivo do crime não foi fútil.

Com o ato de fala (D2) o defensor assume mais dois compromissos:

(c7) Terry feriu o braço de Perry com um bastão.

(c8) O ferimento não constituiu motivo fútil para o homicídio.

Neste ponto, o promotor retruca:

(A2) Como Terry feriu o braço de Perry com um bastão, o motivo do crime foi fútil.

Em razão de (A2), podemos considerar em nosso placar que o promotor reconheceu a prerrogativa do defensor para (c7), mas *desafiou* a prerrogativa para (c8), porque se comprometeu com

(c9) O ferimento constituiu motivo fútil para o homicídio.

É preciso, então, defender a prerrogativa, e desta vez o promotor avança mais um argumento:

(A3) Como o ferimento no braço de Perry não foi sério, sua reação foi desproporcional à agressão e, por isso, motivo fútil.

Há aqui um compromisso com:

(c10) O ferimento no braço de Perry não foi sério.

(c11) A reação de Perry foi desproporcional à gravidade do ferimento.

É possível perceber aqui que o conceito “motivo fútil” tem sua aplicação discutida a partir de *outros conceitos*, como o de um ferimento *sério* e o da *proporcionalidade* da reação — como já detalhado acima ao tratar da vagueza. Há aqui uma avaliação *multidimensional*, que não pode ser solucionada por uma *regra* que especificasse

um critério “quantitativo” para o motivo fútil. Pode ser que o ferimento seja motivo fútil ou não, mas isso está sendo analisado em duas dimensões: seriedade do ferimento e proporcionalidade da reação. E vale ressaltar que, embora pareça que a análise utiliza esses conceitos de forma interdependente, pode ser que, mesmo que o ferimento seja considerado sério — suponhamos que Perry acabou *perdendo* o braço na sequência —, ainda assim a reação seja considerada desproporcional.

Mas suponhamos que o defensor conceda que o ferimento, de fato, não foi sério:

(D3) Embora o ferimento em Perry não tenha sido sério, ele foi humilhado por Terry e, como sua reação foi provocada pela conduta de Terry, o motivo do crime não foi fútil.

O defensor reconheceu a prerrogativa para (c10), mas desafiou (c11), e agora o debate tem relação com a *proporcionalidade* da reação de Perry. O defensor assumiu os seguintes compromissos:

(c12) Perry foi humilhado por Terry.

(c13) A reação de Perry foi provocada pela conduta de Terry.

Mas nem (c12) nem (c13) parecem desafiar diretamente (c11). Como estamos em um debate no Tribunal do Júri, sabemos que — pragmaticamente — o defensor teve esse *objetivo*. O que está em jogo, então, são diferentes *significados* para o conceito “motivo fútil”. Em nosso placar, é possível perceber que, da forma como as coisas estão postas, é possível descrever dois conjuntos de inferências: do ponto de vista do promotor, o conteúdo de “motivo fútil” tem relação com inferências como “o ferimento no braço de Terry não foi sério” (c10) e “a reação de Terry foi desproporcional à gravidade do ferimento” (c11). Do ponto de vista do defensor, o conteúdo de “motivo fútil” é dado pelas inferências “Perry foi humilhado por Terry” (c12) e “A reação de Perry foi provocada por Terry” (c13).

A divergência entre o promotor e o defensor é, portanto, no nível da *inferência*. Especificamente, se de (c10) e (c11) é possível inferir (c4), e se de (c12) e (c13) é possível inferir (c6). Aqui temos um ponto crucial para a análise da argumentação que constitui a fundamentação das *decisões judiciais*. Porque, neste ponto, Canale e Tuzet consideram que o conflito entre o promotor e o defensor evidencia que a questão é — resgatando a discussão do capítulo 2, acima — *indeterminada*, e que o conceito “motivo fútil” é *vago*. Ecoando Guastini, eles acreditam que o juiz vai, com sua decisão, *definir* o conceito: “o resultado do

scorekeeping judicial vai determinar o conteúdo semântico da expressão ‘motivo fútil’ relativamente ao caso concreto”.⁴⁹¹

Eles consideram que o julgamento não é *arbitrário* porque o juiz mantém o placar do debate entre o promotor e o defensor, e qualificam sua tese como uma pragmática da interpretação jurídica. Todavia, a aplicação que fazem do modelo inferencialista é *incompleta*. Porque há uma dimensão da *normatividade* implícita à prática que é esquecida, justamente porque a questão sobre o caráter da interpretação jurídica interferiu na questão da identificação (objetiva) do conteúdo conceitual em disputa. Pela descrição de Canale e Tuzet, o que limitava a decisão do juiz, que precisava definir se o homicídio era simples ou qualificado, era apenas o placar do debate entre o promotor e o defensor. Não se dá conta de nenhum constrangimento a partir do conteúdo conceitual de “motivo fútil”. Mas não é assim que funciona o modelo de Brandom, expressamente invocado pelos autores.

A questão é que a normatividade não constrange apenas aqueles que estão debatendo, mas se exerce também *sobre o árbitro* — função exercida simultaneamente por todos, mas que é mais relevante, aqui, do ponto de vista do *juiz*. Se eu preciso saber como me comportar diante do placar para pode ser considerado um jogador competente no jogo de dar e demandar razões, os árbitros, que mantêm o meu placar, devem saber modificá-lo *corretamente*. As atitudes deônticas dos árbitros, que tomam minhas performances como compromissos e a partir delas traçam inferências que podem ou não ser validamente feitas, são essenciais na determinação do placar. Contudo, essas atitudes *também* estão sujeitas a normas.

Ao julgar este caso, o juiz vai pronunciar uma sentença, que funciona, neste modelo, como um compromisso. Utilizarei a sentença tal como resumida pelos autores:

(Sentença) Como Terry feriu o braço de Terry com um bastão, e Perry reagiu assassinando Terry, e o ferimento no braço de Terry não foi sério, sua reação foi desproporcional à gravidade do ferimento provocado por Terry, então Perry matou Terry por motivo fútil, de modo que Perry deve ser punido por homicídio qualificado.

Através deste compromisso, os autores dizem que o juiz reconheceu as seguintes prerrogativas:

⁴⁹¹ CANALE; TUZET, 2009, p. 82-83.

(e4) O ferimento no braço de Perry não foi sério.

(e5) A reação de Perry foi desproporcional à gravidade do ferimento.

(e6) A punição deve ser por homicídio qualificado.⁴⁹²

Essas prerrogativas se referem, respectivamente, a (c10), (c11) e (c4). A prerrogativa a (c10) já havia sido reconhecida pelo próprio defensor, mas (e5) e (e6) aparecem pela primeira vez. A questão é que, em uma prática discursiva, *há algo que constrange* o juiz a conferir (e5) e (e6). Sua atividade como árbitro aqui é normativamente condicionada. O árbitro pode agir corretamente ou incorretamente,⁴⁹³ o que é essencial para dar conta de outro problema evidenciado por Wittgenstein nas Investigações Filosóficas: não se pode seguir regras *privadamente*.⁴⁹⁴ Se fosse, não haveria a possibilidade de *erro*, pois a disposição em agir de determinada forma já corresponderia à correção de agir daquela forma. Só é possível seguir regras socialmente. Por isso é preciso, evidentemente, que a normatividade seja *externa* ao agente.⁴⁹⁵ Da forma como Canale e Tuzet aplicam o modelo, o juiz poderia ter decidido endossando:

(e7) Terry humilhou Perry.

(e8) A reação de Perry foi provocada pela conduta de Terry.

(e9) Perry deve ser punido por homicídio simples.

Mas isso é o mesmo que dizer que a regra, no caso o §2º, II, do Código Penal brasileiro, não *constrangeu* a decisão do juiz, ou melhor, que o conteúdo conceitual (motivo *fútil*) não exerceu papel algum na articulação da inferência material. Nesta descrição, o juiz seria uma espécie de participante da prática discursiva sobre o qual a normatividade da prática quanto à manutenção do placar *não* se aplicaria — pelo menos não da mesma forma que para os demais. O juiz age como Humpty Dumpty: importa que ele tem a autoridade e, por isso, “motivo fútil” significa o que ele quiser que signifique. Mas se considerarmos um

⁴⁹² CANALE; TUZET, 2009, p. 83.

⁴⁹³ BRANDOM, 1994, p. 184.

⁴⁹⁴ WITTGENSTEIN, 2009, §242-275.

⁴⁹⁵ Este é um fundamento de *racionalidade* que poderia ser utilizado no argumento que desenvolvi no item 2.2, p. 28, no sentido de que a racionalidade da prática argumentativa na fundamentação das decisões judiciais pressupõe o uso de standards normativos *externos* ao julgador. Contudo, como esta condição de racionalidade não pode ser defendida com argumentos *exclusivamente* linguísticos, a trabalhei naquele ponto através de fundamentos jurídicos.

juiz particularmente duro que considerasse que agiu por “motivo fútil” aquele que matou o assassino de seu filho dias antes? Não há *nada* que pudéssemos utilizar como *razão* para dizer que este juiz *errou*? Se não há, voltamos ao problema do ceticismo. Mas se a resposta é afirmativa, se há alguma forma de dizer que o juiz *deveria* ter dado uma ou outra decisão, *mesmo* no caso de um conceito de textura aberta como “motivo fútil”, então há algo a ser dito sobre a objetividade conceitual — e sobre a objetividade da interpretação judicial.

Mas o que significa — em termos do vocabulário normativo já introduzido — considerar que um árbitro anotou um placar incorretamente? Brandom responde a isso detalhando que este modelo depende do reconhecimento das múltiplas *perspectivas* dos participantes. Cada interlocutor tem um placar, e entre estes há normalmente uma grande interseção de compromissos, já que todos compartilhamos compromissos básicos. Mas há também uma área em que nossos compromissos diferem, e duas pessoas nunca vão ter os mesmos compromissos. É importante notar aqui que, primeiro, não apenas o placar é mantido *para cada* interlocutor, mas os placares são mantidos *por* cada interlocutor em relação aos demais. Assim, a prática tem uma perspectiva dupla, no mínimo, ou múltipla. Esta diferença de perspectiva é essencial para a identificação da objetividade conceitual. Para progredir na análise, é preciso evidenciar um primeiro ponto fundamental — a implicação da inferência material neste modelo para a teoria da argumentação jurídica.

3.7 Padrões de inferências materiais

A racionalidade da adjudicação está ligada à validade das inferências feitas pelo julgador. Ao falarmos em inferências, é comum utilizarmos instâncias em que elas são formalmente válidas. Se um julgador diz que (a) todos os homens são mortais (regra de classificação aplicável ao caso), e que (b) Sócrates, autor da ação, é homem (fato que pode ser subsumido à premissa “a”), então a inferência (c) “Sócrates é mortal” como conclusão na decisão é válida. Se o julgador afirma que (d) a “estrela da tarde” é a mesma “estrela da manhã”, e mesmo assim deixa de aplicar a regra (e), que prevê a “estrela da manhã” como hipótese de incidência, ele não está agindo racionalmente, porque a inferência é necessária sob pena de violação do princípio de não-contradição.⁴⁹⁶ Ocorre que a argumentação judicial

⁴⁹⁶ Há formas de dar racionalidade a sistemas normativos sem incorporar o princípio de não-contradição, particularmente as lógicas paraconsistentes (MARANHÃO, 2012a), mas aqui assumo como condição de racionalidade a inexistência de inconsistência na adjudicação, na linha de Bulygin (BULYGIN, 1966, 2003,

nem sempre tem a forma de um silogismo e nem sempre pode ser estruturada de forma dedutiva.

Brandom usa a estrutura de um *condicional* como o da lógica proposicional clássica como forma de *expressar* essas inferências. Adiante, utilizarei não a lógica proposicional, mas os *mapas argumentativos* com o mesmo objetivo: evidenciar as inferências na fundamentação de decisões judiciais. Desta forma, explicita-se a articulação inferencial, especialmente as inferências materiais — cujos critérios de correção serão, assim, detalhados.

Conquanto o foco desta pesquisa seja a atividade interpretativa dos juízes, as ideias fundamentais de uma abordagem inferencialista do problema são mais facilmente identificadas e descritas se partirmos de argumentos construtivos para chegar aos interpretativos, já que os primeiros são mais frequentemente objeto de análise pelos autores. Nos próximos itens, minha estratégia é utilizar dois argumentos construtivos que representam os dois resultados, do ponto de vista do sistema normativo, da construção jurídica: o argumento por analogia, que é bastante tradicional, e o argumento por exceções implícitas, que correspondem à ampliação e à contração do sistema normativo. São dois padrões mais complexos e, por causa desta complexidade, é mais fácil evidenciar a inferência material em sua estrutura.

Analiso, primeiro, como a doutrina e os Tribunais utilizam esses argumentos para, a partir do exame da validade das inferências como padrões argumentativos distintos, chegar a uma concepção de padrões de inferências materiais, na linha de Brandom. Adiante esta noção de um padrão distinto de inferência material será aplicada aos argumentos interpretativos. A escolha dos argumentos por analogia e por exceção implícita para iniciar este ponto da análise tem também outro propósito: eles são essenciais para a reconstrução argumentativa dos casos em que o STF utilizou teses de redefinição conceitual, o que — espero — ficará claro ao final.

3.7.1 Esquemas argumentativos

Ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, os autores costumam catalogar diversos “cânonos”, “técnicas” ou “métodos” de interpretação ou construção jurídica. O que a literatura identifica com esses termos são padrões ou estruturas de argumentação, aqui tomados de forma mais elementar como padrões de inferência. Um dos campos mais prolíficos da teoria da argumentação jurídica busca analisar a estrutura inferencial típica desses padrões argumentativos, de modo a permitir sua identificação (muitas vezes não explícita) nas decisões judiciais. O que, entretanto, é pouco trabalhado na literatura sobre os esquemas argumentativos é que sua estrutura é *normativa*: ela é condição de validade da *inferência*. Nesse sentido, a estrutura inferencial pode limitar a argumentação jurídica.

Desenvolvendo a definição anteriormente dada a partir da moldura inferencialista, um argumento é uma articulação inferencial onde premissas são dadas como *suporte de verdade ou aceitabilidade* de uma conclusão.⁴⁹⁷ Juliano Maranhão divide as inferências em dois tipos básicos: dedutivas e ampliativas. No exemplo clássico de inferência dedutiva, das premissas “se *p*, então *q*” e “*p*”, decorre necessariamente a conclusão “*q*”. A conclusão é menos informativa que as premissas, “limitando-se a desdobrar e explicitar conteúdos nelas implícitos, de modo que a negação da conclusão é incompatível com as premissas”.⁴⁹⁸ Já no caso de inferências ampliativas, a conclusão contém mais informações que as premissas, de modo que sua negação não é impossível, mas apenas improvável ou implausível. Seriam a indução, onde há a generalização em uma regra a partir de uma regularidade observada, e a abdução, por meio da qual, diante de um resultado surpreendente e assumindo uma regra que faz uma correlação entre uma causa e aquele resultado, conclui-se a causa.⁴⁹⁹ A inferência abdutiva tem especial relevância quando há necessidade de inferir uma causa, justificação ou premissa diante de um fenômeno, julgamento ou afirmação.

As inferências ampliativas são claramente mais interessantes, mas não têm o mesmo grau de garantia epistêmica que a dedutiva, onde a verdade da conclusão decorre sintaticamente da verdade das premissas. Mas há suporte probabilístico no caso da indução,

⁴⁹⁷ JUTHE, 2005, p. 2.

⁴⁹⁸ MARANHÃO, 2012a, p. 83.

⁴⁹⁹ MARANHÃO, 2012a, p. 83-84.

e de plausibilidade no caso da abdução. Este decorre do processo de derivação da conclusão: “a inferência abdutiva descreve a estrutura de um processo de geração e seleção de hipóteses para explicar uma observação surpreendente, que leva a uma conclusão com grau aceitável de garantia epistêmica, dado um corpo de proposições já aceitas e um conjunto de evidências”.⁵⁰⁰ Nesse sentido, a abdução é a inferência para a *melhor explicação possível*.

Ao lado das três inferências básicas, há outros *padrões* de inferência comumente utilizados em práticas discursivas. Há diversos estudos catalogando os tipos de argumento identificáveis em diálogos onde uma parte busca a persuasão da outra,⁵⁰¹ e essas formas básicas são aproveitáveis em parte em uma análise da prática jurídica de fundamentar decisões judiciais. Especificamente quanto à argumentação jurídica, padrões de argumentação foram identificados e discriminados com mais profundidade na tradição italiana,⁵⁰² britânica,⁵⁰³ americana⁵⁰⁴ e alemã.⁵⁰⁵ O que está longe de um consenso é como representar formalmente essas inferências, e qual a natureza das inferências entre as premissas.

Ferramentas foram desenvolvidas nas duas últimas décadas como forma de modelar os argumentos utilizados em decisões,⁵⁰⁶ a fim de permitir a avaliação da *correção* de algumas inferências.⁵⁰⁷ A proliferação do uso dessas ferramentas deu origem a linguagens universais de “razões” jurídicas e de inferências que permitem o compartilhamento e comparação de argumentos independentemente do idioma utilizado e do ordenamento jurídico que serviu de base para a decisão,⁵⁰⁸ bem como o desenvolvimento de bases de ontologias para compartilhamento e refinamento de conceitos da linguagem ordinária e próprios do direito.⁵⁰⁹ Estes modelos têm sido aperfeiçoados nos estudos que aplicam a

⁵⁰⁰ MARANHÃO, 2012a, p. 85.

⁵⁰¹ WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

⁵⁰² TARELLO, 2013.

⁵⁰³ Pelo desde PUFENDORF, 1729. Cf. MACCORMICK, 1978.

⁵⁰⁴ WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

⁵⁰⁵ ALEXY, 2013.

⁵⁰⁶ GORDON; WALTON, 2009; WALTON; SARTOR; MACAGNO, 2016.

⁵⁰⁷ WALTON, 2009a.

⁵⁰⁸ O *Legal Knowledge Interchange Format* (LKIF) foi desenvolvido no projeto europeu ESTRELLA.

⁵⁰⁹ A *Web Ontology Language* (OWL) foi desenvolvida para uniformizar a definição e instanciação de ontologias, o que foi apropriado pelas tentativas de modelar a argumentação jurídica.

inteligência artificial ao direito, o que tem permitido que a literatura sobre a teoria da argumentação jurídica seja enriquecida com um “banco de dados” de decisões relevantes e análises críticas de argumentos. A presente investigação se insere neste último movimento, onde se busca uma melhor definição de alguns padrões argumentativos e a análise crítica de argumentos utilizados em um conjunto de decisões de tribunais brasileiros, particularmente do STF.

Esses padrões de inferência ou *esquemas argumentativos* podem constituir um argumento (simples) ou uma combinação de argumentos (complexo). É necessário aprofundar somente os argumentos simples. É certo que normalmente a fundamentação de uma decisão judicial envolverá um argumento complexo, mas essa inferência pode ser analisada a partir da articulação inferencial entre argumentos simples. Estes são *elementares* no sentido de que não podem ser reduzidos (decompostos) a outros tipos de argumento.⁵¹⁰

No vocabulário do inferencialismo já introduzido, estes argumentos elementares representam *padrões de inferência* endossados pela comunidade jurídica, e são típicos exatamente porque, em seu uso descritivo ou expressivo para explicitar os movimentos implícitos na prática discursiva, não podem ser reduzidos ou convertidos em outros padrões de inferência sem que isso torne a inferência inválida ou, no mínimo, deixe de representar com fidelidade as atitudes deonticas que se busca descrever.

A estratégia que adoto neste tópico é, a partir desta definição de esquemas argumentativos como padrões de inferência elementares que *não são* formalmente válidos, evidenciar a estrutura de dois desses argumentos: o argumento por analogia, provavelmente o mais clássico de todos na tradição jurídica,⁵¹¹ e o argumento por exceções, que não é discriminado na literatura como um esquema argumentativo típico, mas que sustento aqui que representa uma inferência comum na adjudicação. A escolha desses dois argumentos decorre de sua necessária aplicação, adiante, na análise da utilização, pelo STF, das teses de redefinição conceitual.

⁵¹⁰ Walton, Reed e Macagno (2008) et al não utilizam este critério como requisito da definição de um argumento simples, mas aqui adoto este critério como vinculado à própria utilidade de distinguir um argumento atípico. No mesmo sentido, JUTHE, 2005, 2015

⁵¹¹ Juthe considera o argumento por analogia um dos “tipos básicos de inferência”, ao lado da dedução, indução e abdução (2005, p. 2). Aqui busco distinguir apenas a ideia inferência material, mostrando que o argumento por analogia é um caso em que validade da inferência está vinculada aos conceitos articulados, característica que ele compartilha com *outros argumentos* construtivos (como o argumento por exceção implícita) e interpretativos, questão que desenvolvo adiante.

A partir da análise desses dois esquemas argumentativos, buscarei evidenciar algumas características essenciais dos padrões argumentativos de maneira geral (uma espécie de “expressivismo”, como diria Brandom) a partir de uma abordagem inferencialista: a sua necessária normatividade a partir da atribuição de racionalidade à adjudicação, enquanto padrão de inferência material; a possibilidade de identificação e imputação de premissas implícitas; e a articulação inferencial externa aos julgados como apropriação do holismo conceitual-inferencial.

3.7.2 *O argumento por analogia*

Conquanto a analogia seja das técnicas mais tradicionais na prática jurídica, sua formalização como esquema argumentativo não é pacificada. Um dos esquemas básicos é assim estruturado (utilizando a letra minúscula *p* para identificar as premissas do argumento e a letra maiúscula *C* para identificar casos):

(p1) De maneira geral, o caso C1 é semelhante ao caso C2;

(p2) A proposição A é verdadeira (ou falsa) no caso C1;

(Conclusão) A proposição é verdadeira (ou falsa) no caso C2.⁵¹²

Este esquema claramente não é aplicável como estruturação da inferência na fundamentação de decisões judiciais que usam o argumento por analogia.⁵¹³ Primeiro, seguindo a delimitação anterior de que o argumento por analogia seria construção jurídica — embora o uso do termo “interpretação” em conjunto com a analogia seja comum —, fica claro que seu uso, na fundamentação das decisões judiciais, se dá apenas (1) nos casos em que não há regra aplicável ao caso (ou, na *common law*, na ausência de um precedente),⁵¹⁴ ou seja, o caso individual não estaria dentro dos limites semânticos de uma regra; ou (2) nos casos em que, apesar de haver regra aplicável, a solução normativa é considerada inadequada diante da existência de outra solução normativa para um caso considerado semelhante.

⁵¹² WALTON; REED; MACAGNO, 2008, p. 56.

⁵¹³ Por mais que Walton, Reed e Macagno (2008) digam que os esquemas por eles apresentados são pensados de forma geral para ser aplicados à conversação em um “diálogo de persuasão”, também afirmam que podem ser utilizados na argumentação jurídica e, aliás, utilizam decisões judiciais como exemplo (p. 55-56).

⁵¹⁴ Schauer concentra a análise do argumento por analogia aos casos de precedentes em 2009c, p. 85 em diante.

Não se ignora que, em outros contextos, o uso de *um tipo de* argumento por analogia não necessariamente inclui a ausência de determinação normativa — por exemplo, em um diálogo onde se utiliza uma alegoria como recurso retórico. Até na prática jurídica em sentido amplo a *analogia* é um recurso de convencimento comum, especialmente nos debates diante de um júri. Na prática discursiva específica da fundamentação de decisões judiciais, contudo, o argumento por analogia, como padrão argumentativo (inferencial) distinto, pressupõe um vácuo normativo, uma *lacuna*.

Segundo, a premissa de comparação — neste caso, (p1) — não explicita de que forma a comparação entre os casos é feita, quais as propriedades que são consideradas ou qual a relevância dessas propriedades na extensão da solução de um caso para o outro.

Outra versão popular da estruturação do argumento, com premissa adicional, não reflete com fidelidade o que efetivamente é feito na adjudicação:

(p1) De maneira geral, o caso C1 é semelhante ao caso C2;

(p1.1) A semelhança entre C1 e C2 é relevante para a comparação em questão;

(p2) A proposição A é verdadeira (ou falsa) no caso C1;

(Conclusão) A proposição é verdadeira (ou falsa) no caso C2.⁵¹⁵

O esquema, agora suplementado por uma premissa adicional, continua ignorando a necessidade de uma lacuna para a aplicação do argumento por analogia. Por outro lado, a premissa (p1.1) explicita que a semelhança percebida entre os casos (C1) e (C2) deve ser *relevante* para a solução do problema, mas é pouco informativa se considerada como uma premissa em um argumento *dedutivo*, como é o caso desta formulação. Os dois pontos precisam ser suplementados para que o argumento por analogia na adjudicação possa ser identificado: primeiro, a necessidade de ausência de solução normativa ou a rejeição da solução normativa existente, e, segundo, o caráter material da inferência na comparação entre os casos.

A necessidade de constatação de uma lacuna *anteriormente* à aplicação do argumento por analogia decorre essencialmente de duas razões, em parte já expostas no

⁵¹⁵ Na premissa (p1.1), os autores falam que a propriedade seria relevante para a “further similarity” que está em questão, o que eu traduzi aqui como a atividade de comparação dos casos (WALTON; REED; MACAGNO, 2008, 58).

primeiro capítulo. Primeiro, a fundamentação das decisões judiciais é percebida pelos próprios julgadores e pela comunidade jurídica como uma atividade racional de derivação de uma solução *a partir* de um sistema normativo — contemplando, portanto, os casos em que há pelo menos uma solução normativa que acaba *derrotada* em favor de uma solução defendida como mais adequada. Segundo, a existência um sistema normativo como ponto de partida e o caráter distintivo da analogia de concluir por uma *extensão* de outra regra (que em princípio não faria parte do sistema inicialmente aplicável) implicam que a fundamentação, invariavelmente, *aborda* essas regras, ou seja, precisa definir como essa base normativa vai ser (ou não) utilizada na inferência para derivar a solução a ser dada ao caso individual.⁵¹⁶

Por isso o argumento por analogia, que tem como premissa nuclear uma *comparação* entre dois casos ou entre propriedades presentes em dois casos, somente é admitido, por um lado, quando o sistema normativo não dá uma solução para o caso. Considera-se um sistema normativo restrito: para responder adequadamente à questão “o que a lei diz sobre esta ação nesta circunstância?”, é necessário considerar que “apenas um pequeno subconjunto de regras precisa estar ativo”,⁵¹⁷ partindo, para esta delimitação, do caso individual que deve ser solucionado. Por outro lado, pode haver “lacuna” quando a solução normativa para o caso é considerada, de alguma forma, inadequada, e por isso rejeitada. Neste segundo tipo de argumento há regra aplicável ao caso, de modo que a argumentação dos julgadores consistiria ou em atividade interpretativa para derivar a solução normativa a ser dada *com* a aplicação da regra, caso necessário⁵¹⁸ — e aí não se fala em lacuna — ou em construção jurídica para *afastar* uma parte das consequências normativas ou sua integralidade.

No primeiro caso, caracterizado quando o sistema normativo não dá solução para o caso (o que é explicitado normalmente pelos Tribunais como a inexistência de uma *regra*

⁵¹⁶ Considerando, claro, que o juiz não tem a opção de *não dar* uma solução para o caso.

⁵¹⁷ MARANHÃO, 2015, p. 125. No mesmo sentido, MARANHÃO, 2012a, p. 110.

⁵¹⁸ Embora sempre seja necessário interpretar comandos normativos, é comum na prática jurídica que os julgadores sequer argumentem quanto à aplicação de regras em casos claros, apenas invocando o comando normativo, já que as regras são externamente justificadas por *default*. Por exemplo: “O art. X determina que Y, então Z”.

aplicável ao caso), estaríamos diante de lacuna *normativa*. No segundo, quando há rejeição da solução normativa, teríamos lacuna *axiológica*.

3.7.2.1 *Lacunas normativas*

As lacunas normativas são controversas na literatura. Kelsen famosamente considera lacunas genuínas impossíveis.⁵¹⁹ Ele sustenta que o sistema normativo é *necessariamente* fechado por uma razão conceitual,⁵²⁰ a interdefinibilidade deôntica entre proibição e permissão, o que se convencionou chamar de “regra de proibição”, ou seja, “tudo aquilo que não é proibido, é permitido”.⁵²¹ Raz fundamenta de forma semelhante, acrescentando que só há lacunas em caso de indeterminação (quando a lei “fala com uma voz incerta”) ou inconsistência, e o “silêncio normativo” não implicaria uma lacuna pela aplicação de “regras de fechamento”, como a regra de proibição, que seriam “verdades analíticas”.⁵²²

Alchourrón e Bulygin, contudo, com base na distinção entre normas⁵²³ e *proposições normativas*,⁵²⁴ argumentam que esta confusão⁵²⁵ decorre da utilização de uma

⁵¹⁹ KELSEN, 2005. No mesmo sentido, MACCORMICK, 1978.

⁵²⁰ “Kelsen ainda mantém em 1960 a ideia de que os ordenamentos seriam necessariamente completos com base no *princípio lógico* de que ‘tudo que não está proibido está necessariamente permitido’ (o que decorre na vinculação da norma à sanção; ou há sanção, e a conduta é proibida, ou não há e a conduta é permitida)” (MARANHÃO, 2012a, p. 91-92).

⁵²¹ KELSEN, 2005.

⁵²² “Analíticas” aqui no sentido de verdades que decorrem do significado dos próprios conceitos de proibição e permissão na lógica dos sistemas normativos utilizada por Raz: “The outcome of this discussion is that legal gaps are not only possible but, according to the sources thesis, inescapable. They arise, however, where the law speaks with an uncertain voice (simple indeterminacy) or where it speaks with many voices (unresolved conflicts). Contrary to much popular imagining, there are no gaps when the law is silent. In such cases closure rules, which are analytic truths rather than positive legal rules, come into operation and prevent the occurrence of gaps.” (RAZ, 1979, p. 73-75).

⁵²³ Aqui tenho utilizado o termo “regra” para que a distinção fique clara com os princípios jurídicos e propósitos subjacentes ao sistema normativo. Alchourrón e Bulygin utilizam norma para distingui-la da formulação linguística da norma em uma regra jurídica. A distinção não me pareceu relevante para os fins desta pesquisa, e por simplicidade foi omitida. Aqui mantenho o termo “norma” para ser fiel ao argumento dos autores.

⁵²⁴ Ou seja, “propositions to the effect that a norm has been issued” (ALCHOURRÓN, 1969, p. 242).

⁵²⁵ “(...) it seems reasonable to think that moral principles, in so far as critical or ideal morality is concerned, must be complete and consistent. It would, however, be very strange to expect such perfection from the positive law, which, as already noted, is a man-made contrivance and, as with all of human creation, is fallible. There is certainly no guarantee that the positive law is always complete and consistent. We must take into account that the contention of completeness and consistency means not only that some particularly wise and careful legislator can produce a legal system that is complete and consistent on a certain topic, but also that all legal systems—that is, all possible sets of legal norms—are necessarily complete and consistent.

mesma lógica para as normas e para as proposições normativas.⁵²⁶ Ao dizermos que determinada conduta *p* é proibida pelo sistema normativo, não estaríamos “emitindo uma norma”, mas uma proposição normativa. Esta proposição, ao dizer que *p* é uma conduta proibida, está relatando que há uma norma no sistema normativo que proíbe *p* ou uma norma que é consequência do sistema normativo (uma norma logicamente derivada)⁵²⁷ que proíbe *p*. Não importa se uma proposição normativa diz “veículos no parque são proibidos” ou se diz “não são permitidos veículos no parque”. A normas que estas proposições normativas expressam são equivalentes,⁵²⁸ como dizem Alchourrón e Bulygin, ou seriam proposições que expressam uma só regra, como diz Schauer.⁵²⁹

Como consequência dessa distinção, haveria dois sentidos de *permissão*, um forte e um fraco. Pelo sentido forte, a proposição normativa relataria que existe uma norma⁵³⁰ que (expressamente) permite *p*. Pelo sentido fraco, a proposição apenas relataria que *não há* uma norma que proíbe *p*. É, portanto, perfeitamente possível que o sistema normativo não defina um *status deôntico* (proibido ou permitido) para uma determinada conduta. A lacuna normativa estaria associada, assim, à inexistência de uma *proposição normativa* no sentido de que há uma norma no sistema explicitamente proibindo ou permitindo *p*, ou seja, quando não é possível utilizar o sistema normativo na *derivação* (direta) da solução.

Por isso Alchourrón e Bulygin definem as lacunas normativas como a ausência de solução dada pelo sistema normativo para um caso genérico⁵³¹ (ainda que considerado de

This has the ring of the fantastic. Nonetheless, important philosophers of law have maintained this strange thesis. Hans Kelsen defended this extravagant thesis for many years, and Joseph Raz, although granting the possibility of inconsistent systems, nevertheless believes that there are no normative gaps and hence that the law is for reasons of logic always complete” (BULYGIN, 2015, p. 306).

⁵²⁶ “I use the expression ‘deontic logic’ to identify the logical properties and relations of norms, and ‘normative logic’ to identify the logic of normative propositions. Normative logic presupposes, but is not identical with, deontic logic. I think that many difficulties related to the interpretation and acceptability of several existent systems of deontic logic result from the lack of distinction between them” (ALCHOURRÓN, 1969, p. 242).

⁵²⁷ MARANHÃO, 2012a.

⁵²⁸ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 121.

⁵²⁹ SCHAUER, 1991.

⁵³⁰ Os autores falam sempre em uma norma como “consequência do sistema normativo”, mas por simplicidade (e por ser suficiente para os fins deste ponto) restringirei a argumentação apenas à existência ou não de uma norma.

⁵³¹ O conjunto de casos genéricos é formado pela associação das propriedades normativamente relevantes. Um caso individual tem solução quando possui as propriedades de um caso genérico, derivando-se a consequência normativa como conclusão. Assim, “casos genéricos podem ser instanciados em um número ilimitado de casos individuais” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 29).

forma limitada às normas relevantes). A crítica à “regra de proibição” é de que ela confunde uma permissão fraca (a ausência de proibição) com uma permissão forte (a permissão explícita). Uma solução judicial para um caso individual concluindo que, por não haver proibição, uma determinada conduta seria *permitida*, tem por base *algo mais* do que somente o sistema normativo, alguma pressuposição ou premissa adicional,⁵³² algo que não seria, portanto, uma “verdade analítica”. A possibilidade de lacunas normativas existiria, portanto, no nível do sistema normativo, não no das proposições normativas.⁵³³ Nesse sentido, Juliano Maranhão define as lacunas normativas como situação de *subdeterminação* normativa, casos

nos quais, aparentemente, não há uma solução, dentre as regras que se aplicam à ação em questão, para um caso decorrente das combinações possíveis entre presença e ausência dos fatores selecionados como relevantes nessas regras (o caso em questão identifica-se com uma dessas combinações de fatores sem solução).⁵³⁴

A possibilidade de existência de lacunas no sentido de que um sistema normativo pode não fornecer soluções para todos os casos é, na verdade, até legalmente pressuposta no ordenamento jurídico brasileiro.⁵³⁵ Mas mesmo assumindo a definição de lacuna normativa acima citada, uma descrição inferencialista de um argumento que, da constatação da lacuna, leva a uma solução normativa para o caso individual (lembrando que a analogia resulta em *extensão* de uma solução normativa) não é imediata.

Isso porque, mais uma vez, muitos confundem o que a lei determina com a solução a ser (ou que *deve* ser) dada ao caso individual pelo julgador,⁵³⁶ o que parece estar relacionado, com a associação entre lacunas normativas e o *fechamento* de um sistema normativo. Um sistema fechado seria aquele onde há uma determinação de *status* deôntico

⁵³² ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

⁵³³ Não existiria na lógica deôntica o chamado “princípio de permissão”, que enunciaria que toda ação ou é permitida ou sua negação é permitida ($\vdash P_p \vee P_{\neg p}$): “it is not logically true that everything is such that it is permitted or its negation is permitted, because, if that were so, there could not be any p not deontically characterized, but, as a matter of fact, there are states of affairs that are not normed in any sense, i.e., that have no deontic status.” Para Alchourrón, a tese de que não há lacunas normativas implica adesão a esta formulação do princípio de permissão (ALCHOURRÓN, 1969, p. 256). Por outro lado, a afirmação de que a não proibição implica a permissão no sentido fraco é trivial (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971).

⁵³⁴ MARANHÃO, 2012a, p. 111.

⁵³⁵ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Decreto-Lei nº 4.567 de 1942, à época denominada de “Lei de Introdução ao Código Civil, posteriormente recepcionada pela CF com *status* de lei ordinária e rebatizada em 2010 de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro — LINDB).

⁵³⁶ É possível dizer que um dos objetivos centrais dos autores em “Normative Systems” é justamente explicitar esta distinção.

(proibido ou permitido) para toda ação possível.⁵³⁷ Todo sistema fechado é, nesse sentido, também (implicitamente) *completo*. Ainda que afastada a possibilidade de fechamento conceitual (ou analítico) através do aprofundamento da interdefinibilidade deontica entre proibido e permitido (que seria implicado, a partir da ausência de proibição, apenas no sentido fraco), há teses que distinguem entre sistemas normativos *necessariamente* fechados e *contingentemente* fechados.

Um argumento comum é o de que os sistemas normativos são *necessariamente* fechados porque o juiz sempre tem de dar uma solução para o caso a partir do sistema normativo (ainda que utilizando a analogia, os costumes ou os “princípios gerais de direito”, como previsto na LINDB). Por vezes se alega que os sistemas normativos modernos contêm tal plethora de regras que é pouco *provável* a ocorrência de lacunas normativas.⁵³⁸ Estes argumentos, porém, acabam por confundir (a) a *possibilidade* de lacuna normativa com a necessidade de *preenchimento* (“colmatação”) desta lacuna, já que o juiz não pode se abster de julgar, e (b) a *improbabilidade* de identificação de uma lacuna com a *impossibilidade* de sua ocorrência. A inadmissibilidade de o juiz se negar a decidir não significa que seja impossível que não exista norma que diga como o caso deve ser decidido,⁵³⁹ e algo improvável (as lacunas normativas hoje de fato parecem ser) não é necessariamente impossível. Por isso é tão relevante a distinção entre interpretação e construção — é elementar que a identificação das soluções dadas por um sistema normativo é uma atividade diferente, e necessariamente anterior, da de derivar uma solução para um caso individual a partir desse sistema.⁵⁴⁰

Logo, a única maneira de interpretar a tese do fechamento necessário é considerá-la uma tese normativa que limita as *fontes* às quais o juiz pode recorrer para

⁵³⁷ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 118.

⁵³⁸ Nesse sentido, Jules Coleman e Brian Leiter, que ainda recolocam a textura aberta na discussão: “Most importantly, the claim that there are genuine gaps in mature legal systems (which liberal regimes presumably are) is misleading at best. Given the set of standards and accepted tools for thinking about the relationship between binding standards and various fact patterns available in a reasonably mature legal system, it is unlikely that genuine gaps exist. For almost any dispute that we could imagine arising, there exists some legal norm or rule that bears on its resolution. It may well be that the relationship between the rules from which judges could legitimately draw and the issue before them is so weak that no decision could be said to be warranted by the rules, but that is very different from saying that no rule applies, that, in other words, there is a genuine gap in the law.” (1997, p. 225)

⁵³⁹ “Isso é o mesmo que dizer que calças não podem ter buracos porque sempre há alfaiates para costurá-los” (NS 129).

⁵⁴⁰ MARANHÃO, 2015. No mesmo sentido, WALUCHOW, 2012.

fundamentar a decisão. Schauer, por exemplo, associa o *fechamento* de um sistema normativo — e, conseqüentemente, a possibilidade de existência de lacunas — ao formalismo, ou seja, à “decisão conforme a regra”.⁵⁴¹ Ele admite que normalmente se fala em fechamento levando em conta “porções” (subconjuntos) do sistema normativo, mas associa o fechamento à *ruleness*, ou a força normativa da regra *enquanto* regra. Embora ele sustente a tese inicialmente como uma análise conceitual de como regras *necessariamente* devem operar para serem “regras”,⁵⁴² posteriormente fica claro que se trata de uma tese *normativa* de como os juízes devem decidir, ou seja, preferencialmente de acordo com a literalidade da regra, salvo circunstâncias particularmente exigentes.⁵⁴³

Embora Schauer, como pressuposto de sua teoria, faça uma distinção muito clara entre a identificação do que as regras determinam e o que o juiz efetivamente determinará, a forma como a força normativa da regra — a capacidade de a regra funcionar como razão *constrangendo* a decisão do julgador — é vinculada de modo aparentemente essencial ao *fechamento* da regra ou do sistema normativo a razões externas — qual seria a envergadura do juiz diante de um caso para o qual existe regra aplicável —, a existência ou não de lacunas acaba associada à eventual adesão do julgador a uma forma de adjudicação mais ou menos próxima do formalismo jurídico. Novamente há uma conflação entre dois níveis da argumentação: entre o primeiro e o segundo, de um lado, e o terceiro, de outro, que perdem assim suas linhas divisórias bem definidas.

Por isso não é raro vermos nos Tribunais, às vezes em um mesmo Tribunal, decisões utilizando o argumento por analogia ante a identificação de uma lacuna, e decisões rejeitando a *possibilidade* de aplicação do argumento por analogia, por considerar que isso seria violar o papel do julgador em um sistema que consagra a separação de poderes. Ocorre que esses compromissos são claramente contraditórios, sendo necessário utilizar os esclarecimentos conceituais já feitos no capítulo anterior para posicionar, aqui, o problema do fechamento.

⁵⁴¹ O fechamento, em vez de relacionado à *existência* de uma solução dada por regras, passa a ser associado à aplicação desta solução, uma forma de limitação da atuação do juiz: “The importance of drawing this distinction is to stress that the degree of closedness may vary, and that closedness is a tool that might be usable in some domains even if, in untempered form, it is not the only tool we would want to use for an entire system of social control. When applied to individual norms rather than to entire systems, closedness is merely another word for *ruleness*” (SCHAUER, 1988, p. 536).

⁵⁴² SCHAUER, 1988, 1991.

⁵⁴³ SCHAUER, 1998.

A alternativa que resta é considerar, na linha de Alchourrón e Bulygin, o fechamento como algo contingente e relacionado a uma “regra de fechamento” empírica. A função desta regra seria qualificar deonticamente todas as condutas ainda não qualificadas pelo sistema normativo. Um sistema normativo fechado, nesse sentido, também seria (expressamente) completo, ou seja, todos os casos possíveis seriam (expressamente) deonticamente qualificados, já que todas as soluções normativas derivariam de (pelo menos) uma norma do sistema: ou de uma norma que qualifica a conduta, ou, na ausência desta, da própria regra de fechamento.⁵⁴⁴

Um sistema normativo que normalmente contém regras desse tipo é o conjunto de normas penais incriminadoras, que estabelecem crimes e descrevem os tipos penais (as propriedades, chamadas no direito penal de “elementares do tipo”. Estas elementares são as propriedades normativamente relevantes para a qualificação deôntica da conduta como proibida, e, uma vez presentes, caracterizam o que a tradição penal brasileira chama de “tipicidade”. A tradicional regra iluminista “*nullum crimen sine lege*”⁵⁴⁵ consta do sistema normativo penal brasileiro no art. 1º do Código Penal, em tradução literal da versão mais completa do brocardo latino, e ainda como garantia fundamental no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.⁵⁴⁶

Desta forma, consideremos o ordenamento jurídico penal composto por todas as regras penais incriminadoras do direito brasileiro, tanto do Código Penal quanto de leis especiais, acrescido da regra de fechamento do art. 1º do CP e do art. 5º, XXXIX, da CF. O sistema normativo composto a partir desse conjunto é fechado e completo, porque qualquer conduta possível tem seu status deôntico determinado pelo sistema. Por exemplo: (1) se o agente aponta uma arma de fogo e desfere dolosamente um tiro contra a vítima, resultando na morte desta, esta conduta configura um crime, mais precisamente o de homicídio, art. 121 do CP, já que o tipo penal é “matar alguém”; a conduta é (expressamente) proibida.⁵⁴⁷ Mas

⁵⁴⁴ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 135. Observar que a regra de fechamento empírica não corresponde a uma tese normativa a respeito dos limites da adjudicação, mas sim a uma *norma* que estabelece consequências normativas discerníveis.

⁵⁴⁵ BECCARIA, 1973. Há variantes deste brocardo, e no Brasil a doutrina considera que o princípio da legalidade implica o endosso a várias delas. Cf. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015.

⁵⁴⁶ Código Penal: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Constituição Federal: “Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

⁵⁴⁷ Utilizando a lógica deôntica standard (CHELLAS, 1980; HILPINEN; MCNAMARA, 2013) com

(2) se o agente se inscreve num clube de tiro (legítimo) e, apenas neste local, utiliza uma arma de fogo contra um alvo de papel, não há nada no sistema normativo que qualifique esta conduta nem como proibida (um crime), nem como expressamente permitida. Por conseguinte, a regra de fechamento é “acionada”, permitindo a derivação da solução normativa no sentido de que a conduta é permitida no sentido forte.⁵⁴⁸

Duas conclusões se impõem: o acionamento da regra de fechamento pressupõe a determinação de que *não há* definição do status deôntico da conduta no sistema normativo; e, para funcionar como verdadeira regra de fechamento, a regra *nullum crimen sine lege* deve vedar o uso de analogia ou qualquer forma de extensão do alcance das regras penais incriminadoras do sistema. A primeira conclusão impede que se use a ausência de regra de fechamento como critério para a definição de lacuna normativa, sob pena de petição de princípio. A segunda conclusão será aprofundada adiante e exerce um papel relevante na análise das teses de redefinição conceitual.

Ante a impossibilidade de utilização da regra de fechamento, em qualquer de suas acepções, como mecanismo para uma fenomenologia da lacuna normativa, resta uma descrição inferencialista como a impossibilidade de derivação (interpretativa) de uma solução para o caso individual a partir de uma regra do sistema *sem* assumir premissas adicionais na fundamentação.⁵⁴⁹

Pelo modelo inferencialista, portanto, deve-se partir da *conclusão* do argumento por analogia, que invariavelmente é pela *extensão* de uma regra que, em princípio, não se aplicaria ao caso. Este compromisso assumido pelo juiz na decisão precisa ser *justificado* — e é típica da fundamentação das decisões judiciais que os compromissos são *desafiados por default* — com o oferecimento de razões. Mas é relevante notar que um compromisso com uma *extensão* do sistema normativo permite a atribuição (normativa) de assunção de *outros* compromissos — ponto que será melhor detalhado adiante.⁵⁵⁰ Por ora, basta notar que isso significa que o argumento por analogia pressupõe uma premissa que *determina* de que o

quantificação, sendo *A* a conduta e *O* o operador modal de obrigatoriedade, dizemos aqui que, $\forall_x O \neg A_x$.

⁵⁴⁸ $\forall_x \neg O \neg A_x$.

⁵⁴⁹ Esta descrição é compatível com a definição de lacuna em ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971. Este parece ser o caminho adotado por Brozek, embora ele explicita dois requisitos para a lacuna normativa que parecem endossar uma tese normativa sobre os limites da adjudicação, algo que não faço aqui. cf. BROZEK, 2018, p. 371.

⁵⁵⁰ Item 3.8, p. 230.

caso não tem solução fornecida pelo sistema normativo (limitadamente considerado a partir do caso a ser solucionado pelo julgador).

Há, então, um compromisso com a inexistência dessa solução pelo sistema normativo. Esta proposição é o que chamo aqui de “premissa de lacuna” (pLac). Esta premissa, por sua vez, é a conclusão de uma inferência que tem por base o ordenamento jurídico. Ou seja, a inferência que leva à premissa de lacuna é *interpretativa*, e argumentos interpretativos podem ser utilizados.⁵⁵¹ A *lacuna* normativa em si seria, então, a partir da atitude deôntica consistente na assunção da premissa de lacuna, caracterizada como o conjunto composto por todas as regras do ordenamento jurídico que *não* serviram de base para a inferência para a premissa de lacuna.⁵⁵² A *correção* da inferência ficaria condicionada a este subconjunto ser, obviamente, vazio, questão que é indissociável da validade dos argumentos interpretativos empregados.

Note-se que a inferência não é, como pode parecer, meramente *permissiva*. A tese de objetividade que busco desenvolver a partir do inferencialismo significa aqui que um compromisso com a *validade* de uma base de regras *implica* — em inferência *compromissiva* — *pelo menos uma* solução normativa ou uma proposição que atesta ausência de solução normativa. Este ponto será desenvolvido adiante.

Todavia, ainda que as lacunas normativas sejam *identificáveis* a partir dos critérios explicitados, as lacunas *axiológicas* são problemas mais comuns na adjudicação, e, nesse sentido, mais interessantes para esta análise.

3.7.2.2 *Lacunax axiológicas e exceções implícitas*

Há casos em que “*há regra aplicável*”, como dizem os Tribunais, ou mais propriamente o sistema normativo relevante determina pelo menos uma solução para o caso individual, mas esta solução normativa é considerada injusta;⁵⁵³ contrária (incoerente) ao

⁵⁵¹ MARANHÃO, 2015.

⁵⁵² Lembrando que a lacuna ocorreria no nível das regras, não das formulações normativas (ALCHOURRÓN, 1969).

⁵⁵³ É o mote da argumentação em *Riggs v. Palmer*.

propósito da regra,⁵⁵⁴ de outra regra⁵⁵⁵ ou do sistema normativo considerado de forma conglobada⁵⁵⁶ em uma valoração coerentista; causadora de um resultado “absurdo”;⁵⁵⁷ ou, por qualquer outro motivo, inadequada.⁵⁵⁸ Não se trata, aqui, de inconstitucionalidade, mas de *derrotabilidade*:⁵⁵⁹ uma regra normalmente aplicável a um caso acaba, em uma instância específica, determinando uma solução normativa que é considerada incoerente.

A chamada “lacuna axiológica” foi definida por Alchourrón e Bulygin como a situação em que há uma norma determinando uma solução para um caso, mas uma propriedade que deveria ter sido considerada relevante não o foi (já que não consta do comando normativo).⁵⁶⁰ O sistema normativo “falhou em fazer uma distinção que deveria ter sido feita”.⁵⁶¹ Juliano Maranhão a define como o “caso em que a solução normativa derivada do conjunto de regras postas é inconsistente com a solução normativa derivada dos princípios de fundo que são explanatórios desde conjunto.”⁵⁶² Dada esta definição, os conceitos de lacuna normativa e axiológica seriam, claro, mutuamente excludentes.⁵⁶³ A lacuna axiológica pressupõe a determinação de que *há solução* dada pelo sistema normativo

⁵⁵⁴ Como o STJ fez no já citado caso da apreensão de animais silvestres (cf. p. 81). Aqui utilizo “propósito” de maneira geral no mesmo sentido de razões de fundo da regra ou de princípios que justificariam as regras (MARANHÃO, 2015). A distinção que faço na sequência entre *princípios* e *propósitos* é meramente para fins de *clareza*: um propósito é algo que foi alcançado a partir de uma regra como razão de fundo para esta regra, enquanto um princípio pode ser qualquer outro *standard* normativo não positivado, como “ninguém deve ser beneficiado por seu próprio crime”, ou positivados, mas com formulação normativa extremamente aberta como a “dignidade da pessoa humana”, que faz com que não sejam tratados na adjudicação como regras.

⁵⁵⁵ Como no já mencionado caso da extensão para o companheiro da escusa absolutória prevista para o cônjuge no caso de crimes patrimoniais, que será analisado como exemplo de analogia adiante.

⁵⁵⁶ Como o que o STF fez em 1968 ao utilizar como parâmetro um princípio implícito que decorria do ordenamento, embora ali tenha sido caso de inconstitucionalidade, não de derrotabilidade.

⁵⁵⁷ Exemplos eloquentes seriam o já citado *United States v. Kirby* e o caso fictício *Regina v. Ojibway* (POMERANTZ; BRESLIN, 1965).

⁵⁵⁸ Schauer usa a terminologia *suboptimal*, mas acredito que o termo embute uma valoração que decorre de sua teoria normativa sobre os limites da adjudicação.

⁵⁵⁹ Tradução consagrada do termo original em inglês *defeasibility*.

⁵⁶⁰ Os autores chamam a proposição que identifica as propriedades que deveriam ter sido consideradas relevantes de “hipótese de relevância”. As propriedades que efetivamente foram consideradas relevantes pelo sistema normativo constituem a “tese de relevância”. A hipótese de relevância, então, pressupõe uma valoração, e quando as duas teses são coextensionais haveria uma adequação axiológica (justiça) do sistema (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 103-106).

⁵⁶¹ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 108.

⁵⁶² MARANHÃO, 2015, p. 130.

⁵⁶³ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 107.

e uma valoração de que aquela solução é inadequada porque determinada propriedade do caso não foi considerada,⁵⁶⁴ e deveria ter sido.

Schauer denomina esta situação de “experiência recalcitrante”. Isso seria decorrente de um natural sobreinclusivismo e subinclusivismo das regras, que por vezes capturam em sua linguagem mais ou menos casos do que seu propósito justificaria.⁵⁶⁵ Para ele, isso seria uma propriedade natural de regras necessariamente criadas através de um processo de generalização que busca utilizar propriedades comuns a um número indeterminado de casos. Como consequência, é natural que, em casos individuais, a aplicação da regra provoque uma estranheza. Nesses casos, há a percepção de uma incoerência entre a solução normativa derivada da regra e seu propósito objetivamente⁵⁶⁶ identificado.⁵⁶⁷

O julgador então rejeita a solução normativa, e isso *criaria* a lacuna. Quando há esta rejeição da solução normativa em caso em que a regra seria aplicável, fala-se em *derrota* da regra.⁵⁶⁸ Isso não significa em rejeição *da regra*, mas unicamente sua não instanciação em um caso específico, a não determinação de uma solução para o caso individual a partir da solução normativa, que controla o resultado de forma não-problemática em casos “normais”.

Ao contrário do que alguns assumem,⁵⁶⁹ isso não significa que a solução normativa dada pela regra derrotada não possa ser identificada, o que implodiria a distinção entre interpretação e construção. Uma coisa é definir o que uma regra determina que seja

⁵⁶⁴ Nesse sentido, eles dizem, ao criticar a confusão entre os dois tipos de *gap* na literatura, que se “a existência de uma lacuna [normativa] depender de uma decisão, então a discussão racional do problema não é mais possível” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 113).

⁵⁶⁵ SCHAUER, 1991.

⁵⁶⁶ Embora seja possível, em tese, falar de um propósito *subjetivo* do legislador, é muito mais frequente na adjudicação considerar que este propósito é objetivamente identificável a partir da própria regra ou conjunto de regras aplicáveis, e por isso tratarei do propósito apenas desta forma objetiva, mas é possível adaptar tudo que aqui é dito para o propósito subjetivo.

⁵⁶⁷ MARANHÃO, 2012a, p. 159.

⁵⁶⁸ Jorge Rodríguez catalogou onze acepções diferentes para o termo “derrotabilidade”, mas o traço distintivo do conceito é dado apenas por uma: “Al legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales, pero siempre puede pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deben entenderse como sujetos a excepciones implícitas” (RODRÍGUEZ; SUCAR, 1998). Cf. ALCHOURRÓN, 1996, p. 48; MARANHÃO, 2012a, item 3.13; BELTRÁN; RATTI, 2012.

⁵⁶⁹ CHIASSONI, 2012; GUASTINI, 2012.

feito, ou, como diz Juliano Maranhão, responder à pergunta “o que é necessário fazer para cumprir o ordenamento” em um caso individual,⁵⁷⁰ e outra é como um julgador deve decidir um determinado caso,⁵⁷¹ considerando razões para decisão além da regra em questão. E essas razões são assumidas pelos juízes como razões *jurídicas*. Na forma de derrotabilidade que é útil para a presente análise, o propósito da regra, que justifica a regras, é considerado razão jurídica para a decisão nos moldes do inclusivismo lógico proposto por Juliano Maranhão.⁵⁷²

Primeiro, assume-se que as regras se destinam a regular condutas. As normas jurídicas “são consideradas, no processo de interpretação, como o resultado de atos racionais de promulgação, de forma que encontram sua justificação em outras normas ou diretrizes mais gerais”.⁵⁷³ O propósito da regra não estaria necessariamente vinculado à efetiva intenção legislativa naquele caso, mas decorreria de uma inferência para a melhor explicação possível “pela reconstrução de escolhas fundamentadas e coerentes em nome de um legislador racional”.⁵⁷⁴ A inferência é, assim, por abdução, onde se “descreve a estrutura de um processo de geração e seleção de hipóteses para explicar uma observação surpreendente, que leva a uma conclusão com grau aceitável de garantia epistêmica, dado um corpo de proposições já aceitas e um conjunto de evidências.”⁵⁷⁵ Este conjunto de evidências é composto não apenas pela regra, mas também por uma “teoria de fundo” ou “*background knowledge*”. A seleção de hipóteses busca não a explicação mais provável, mas a melhor explicação com base em uma reconstrução coerente das escolhas do legislador racional.⁵⁷⁶

Por essa perspectiva, os propósitos legislativos constituiriam uma espécie de conjunto de normas implícitas que justificam⁵⁷⁷ as regras explícitas (positivadas). A abdução é feita com uma teoria de fundo ou conhecimento-base que possibilita associar a regra a seu propósito através de pressuposições sobre ações e suas consequências usuais ou seu

⁵⁷⁰ MARANHÃO, 2012a, p. 153.

⁵⁷¹ “How a judge must decide a case’ and ‘what a valid legal rule requires in that case’ are not necessarily the same thing” (WALUCHOW, 2012, p. 255).

⁵⁷² MARANHÃO, 2012a.

⁵⁷³ MARANHÃO, 2012a, p. 81-82.

⁵⁷⁴ MARANHÃO, 2015, p. 125-126.

⁵⁷⁵ MARANHÃO, 2012a, p. 85.

⁵⁷⁶ “the goal is not the likeliest or more probable explanation of the rules, for we are not pursuing actual legislative intent. It is the best or loveliest explanation that we care, by the reconstruction of reasoned and coherent choices in the name of a rational lawmaker” (MARANHÃO, 2015, p. 125-126).

⁵⁷⁷ No sentido de *explanation*, na tradicional distinção com *explication* (AUDI, 2015).

conteúdo moral⁵⁷⁸ — procedimento que espelha a generalização feita pelo legislador na criação da norma, como descrito por Schauer. Assim, o propósito é *inferido* da base de regras. A inferência para o propósito tem constrições de racionalidade relacionadas à necessidade de servir como justificação para a regra e pela utilização do *background knowledge*.

Isso possibilita o que Juliano Maranhão denomina “fechamento coerentista conservador do sistema”: em caso de lacuna (normativa ou axiológica), a expansão ou contração do sistema normativo impõe que a proposição normativa que será aplicada ao caso deve ser consistente com a união do conjunto de propósitos com a teoria de fundo, e a exclusão da proposição incompatível deve ser localizada de modo a não afetar todas as outras proposições derivadas que não sejam incompatíveis com o propósito, obedecendo assim a princípios de conservação que impõem uma mínima alteração na base normativa.⁵⁷⁹ Não há perda de coerência na extensão ou contração quando a operação é assim estruturada, tendo por racionalidade o propósito da regra,⁵⁸⁰ sem incorporação de novos valores ou propósitos.

É necessário lembrar que as regras são por *default* externamente justificadas, o que significa que um desafio à validade das regras enquanto razões precisa ser justificado (aquele que desafia precisa ter uma prerrogativa nesse sentido). Aqui não há desafio à regra enquanto compromisso que pode ser (é) assumido, mas sim à *solução normativa* que se inferiu a partir da regra. Esta solução é uma inferência *compromissiva* a partir da regra — questão que detalharei adiante —, e, para rejeitá-la, é preciso assumir um compromisso incompatível. A justificação *deste compromisso* é que é feita com recurso ao propósito da regra interpretada. Isso é o mesmo que dizer que, como as regras são externamente justificadas por *default*, para rejeitá-la o juiz tem um ônus argumentativo, o de justificar a rejeição. Há, portanto, adição de uma premissa no argumento, que é a premissa de rejeição da solução normativa com base no propósito da regra (pRej).

Este padrão inferencial tem como conclusão a derrota da regra em um caso específico de rejeição de uma solução normativa que normalmente é instanciada de forma

⁵⁷⁸ MARANHÃO, 2015, p. 124.

⁵⁷⁹ MARANHÃO, 2015, p. 127 e 130.

⁵⁸⁰ No mesmo sentido: “Argument by analogy shows that the new rule is a conservative one, that it does not introduce new discordant and conflicting purposes or value into the law, that its purpose and the values it promotes are already served by existing rules. (RAZ, 1979, p. 204)

não-problemática. O propósito ou o princípio jurídico “é aceito como razão na medida em que seja a melhor explicação para aquele conjunto de normas selecionados como relevante para [o caso individual] em questão.”⁵⁸¹ Por ser uma inferência ampliativa, a abdução é derrotável,⁵⁸² como, por padrão, qualquer compromisso assertorial. Esta operação é, portanto, um padrão argumentativo próprio, que se enquadra em uma das definições de *derrotabilidade normativa*, em que

uma solução pode ser obstruída, mesmo diante da demonstração das condições normativas expressamente previstas para sua aplicação (e da ausência de condições impeditivas), se o caso em questão apresentar determinada propriedade, não expressa pelo legislador, que justifique uma solução normativa oposta à originalmente prevista. Trata-se aqui de do caso de uma lacuna axiológica podemos chamar esta forma de derrotabilidade de derrotabilidade normativa implícita.⁵⁸³

Por corresponder a um caso de derrotabilidade implícita, chamarei este padrão inferencial de “argumento por exceções implícitas”. “Implícitas” aqui apenas no sentido de “não explicitadas”, mas não no sentido de que “já estariam lá (no sistema normativo), mas não haviam sido ainda ‘descobertas’”.

Na estruturação argumentativa, há duas formas de exceção implícita: (1) na primeira existe uma solução normativa inadequada e *não há* uma regra que *discrimina* uma exceção (que seria adequada); (2) na segunda, há uma regra que prevê uma discriminação (inadequada), mas se considera que seria adequada a *ausência* desta discriminação, ou seja, que a solução normativa, neste caso dada por um sistema normativo que contém tanto uma regra prescritiva quanto uma regra que excepciona a primeira, *não discriminasse* o caso em questão.⁵⁸⁴ No primeiro caso, o argumento por exceção implícita resulta na contração do sistema normativo, já que pelo menos uma solução normativa é excluída. No segundo, também há uma contração, com a distinção de que, aqui, uma discriminação inadequada era explícita, e criou-se uma “exceção da exceção”.

⁵⁸¹ MARANHÃO, 2012a, p. 89.

⁵⁸² MARANHÃO, 2012a, p. 139.

⁵⁸³ MARANHÃO, 2004.

⁵⁸⁴ No mesmo sentido: “[no primeiro caso] the axiological gap is represented by the presence of a (suboptimal) not-discriminating norm and the absence of the (optimal) discriminating norm that is assumedly required by the benchmark standards. (...) [no segundo caso], which is the exact reverse of the former, the axiological gap is represented by the presence of a (suboptimal) discriminating norm and the absence of the (optimal) not-discriminating norm that is required by the benchmark standards.” (CHIASSONI, 2012, p. 177)

Nos dois casos é possível a suplementação da argumentação com o uso do argumento por analogia, porque o argumento por exceção implícita “cria uma lacuna”.⁵⁸⁵ Por simplicidade, continuarei tratando este vácuo normativo *resultante* da operação pela expressão “lacuna axiológica”, embora no original em inglês o termo possa ser associado a uma *disparidade* (*gap*) entre o que foi considerado relevante pelo legislador e o que deveria ter sido.⁵⁸⁶ Logo, o uso do argumento por analogia no caso de lacuna axiológica implica, da mesma forma que no caso de lacuna normativa, em uma extensão de uma solução normativa derivada de *outra regra* (que não a regra da qual se derivou a solução normativa rejeitada). Neste caso, podemos considerar que o argumento por analogia seria necessariamente complexo, por pressupor outro padrão argumentativo que contém uma inferência material distinta.

É preciso deixar claro, seguindo a linha argumentativa que adotei desde o início de delimitar com a precisão possível a discussão, que a esta descrição da lacuna axiológica não implica em compromisso com uma tese normativa quanto aos limites da construção jurídica. Há relativo consenso na literatura quanto à aceitação da derrotabilidade normativa implícita como algo que *pode* ocorrer na adjudicação, e a divergência entre os autores se concentra no nível de “estranheza” ou de incoerência entre a solução normativa em um caso individual e o propósito da regra, ou seja, a partir de que nível de incoerência estaria “autorizada” (seria correta, legítima juridicamente) a rejeição da instanciação da solução normativa vista como problemática.

Logo, o eventual endosso a uma tese normativa sobre os limites da construção jurídica na adjudicação, que precluiria a prerrogativa a esse tipo de argumentação, não significa que decidir assim seria uma impossibilidade. Dito de outra forma, considero o argumento por exceção implícita como uma possibilidade conceitual e empírica, deixando em aberto sua adequação em ordenamentos jurídicos específicos.⁵⁸⁷ De qualquer modo, a

⁵⁸⁵ CHIASSONI, 2012; GUASTINI, 2012.

⁵⁸⁶ Normalmente se vincula a lacuna axiológica à descrição da situação em que as propriedades que efetivamente foram consideradas relevantes pelo legislador não coincidem com as propriedades que deveriam ter sido consideradas relevantes, e não com a descrição do *resultado* dessa operação com a rejeição da solução normativa (RODRÍGUEZ, 1999).

⁵⁸⁷ Partindo da constatação de que juízes de fato decidem desta forma pelo menos em alguns ordenamentos mais conhecidos — inclusive o brasileiro —, e admitindo que é possível que haja o endosso deste padrão de inferência pela comunidade jurídica, é necessário analisar e buscar descrever racionalmente como esse tipo de argumento se desenvolve, já que que me proponho a reconstruir a articulação inferencial que efetivamente ocorre nas decisões judiciais examinadas, onde há o uso do argumento por exceções implícitas.

descrição aqui feita permite concluir que se trata de algo relativamente comum na adjudicação.

Por fim, embora já definido antes que os casos de vagueza ou ambiguidade são solucionados na interpretação (sendo a analogia, por outro lado, construção jurídica), é preciso enfatizar que não há relação de necessidade entre vagueza e ambiguidade e lacunas normativa e axiológica. É possível saber que o sistema normativo dá uma solução ao caso, ainda que não se saiba qual solução aplicar, porque mais de uma é possível. Por exemplo, é notório que a propriedade que distingue um furto de um roubo é a “violência ou grave ameaça” na prática da subtração patrimonial. Se não ocorrer violência ou grave ameaça, é caso de furto, e a conduta será punida com 1 a 4 anos de reclusão. Se ocorrer, é roubo, e a punição é bem mais séria — 4 a 10 anos de reclusão. É evidente que o uso de arma de fogo configura “grave ameaça”, sendo um caso claro de roubo. Mas pode surgir dúvida quanto à existência de grave ameaça no caso do uso de um guarda-chuva de forma ameaçadora contra a vítima. Neste caso, ainda que não seja claro em qual regra a conduta se enquadra (se no art. 155 ou no art. 157 do Código Penal), é possível afirmar que o sistema normativo dá uma solução para o caso, pois no mínimo se trata de um furto.

A conclusão é a mesma ainda que não consideremos dois crimes relacionados como furto e roubo. No caso do crime do art. 149 do Código Penal, que pune a conduta de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, dúvidas podem surgir quanto à ocorrência de uma das elementares do tipo penal, a “jornada [de trabalho] exaustiva”. Mas não há lacuna: se a jornada for considerada exaustiva, haverá a aplicação do art. 149 e a solução normativa será no sentido de que o agente do crime deve ser condenado (sua conduta é proibida); se não for considerada exaustiva, a solução normativa será no sentido de que o agente da conduta não deve ser condenado (sua conduta é permitida em sentido forte, já que há a incidência da regra de fechamento do art. 1º do Código Penal).

A vagueza não implica em lacuna ainda que o sistema normativo aplicável ao caso individual não contenha uma regra de fechamento. A Lei 7.853, de 1989, prevê que portadores de deficiência têm direito à disputa de vagas reservadas em concursos públicos. O Decreto 3.298, de 1999, regulamenta esta lei, e dispõe o que é considerado deficiente quem tem deficiência mental caracterizada por “funcionamento intelectual

A partir do exame da racionalidade de determinado padrão argumentativo, a crítica jurídica, política ou moral fica mais clara.

significativamente inferior à média”. Uma decisão, portanto, considerando que o caso se enquadra na definição legal, significa que o sistema normativo dá uma solução para o caso. Se o julgador considerar que não, pode ser uma lacuna normativa ou axiológica,⁵⁸⁸ mas isso não decorre da vagueza da expressão “significativamente inferior à média”, mas sim do fato de o sistema normativo não dar uma solução para o caso ou dar uma solução considerada inadequada. A definição dos limites conceituais no caso de vagueza pode *resultar*, em seguida, na constatação de que sistema normativo não dá solução para o caso⁵⁸⁹ (e então estaríamos diante de uma lacuna normativa), ou que o sistema normativo dá solução, e neste caso a regra ou será aplicada ou o julgador argumentará que é caso de lacuna axiológica.

3.7.2.3 A comparação entre os casos

A premissa que efetivamente *caracteriza* o argumento por analogia⁵⁹⁰ é a que estabelece que dois casos são semelhantes, o que dará suporte *material* para a inferência de que a solução normativa de um deve ser estendida ao outro. MacCormick diz que “[q]uanto mais próxima a analogia (...), mais forte será o argumento”.⁵⁹¹ Assim, da mesma forma que a plausibilidade da inferência abdutiva para o propósito da regra no argumento por exceção implícita está relacionada com o processo pelo qual a melhor explicação é selecionada, a inferência material que valida o argumento por analogia depende de *como* a comparação é feita entre os casos para que a conclusão de que uma regra deve ser estendida seja *justificada*. Raz diz que esta é uma das “grandes dificuldades” do argumento por analogia.⁵⁹²

A premissa de comparação pode ser formulada de forma bem simples:

(pComp) O caso C1 é semelhante ao caso C2.

A premissa não diz que a comparação foi feita a partir de propriedades *relevantes*, mas isso não precisa ser explicitado. Por uma perspectiva pragmática, uma

⁵⁸⁸ Porque o julgador pode assumir um compromisso com o caráter exaustivo — e não meramente exemplificativo — do rol de deficiências e, mesmo assim, decidir estender a regra.

⁵⁸⁹ “We can decide that a text contains a gap only at the conclusion of the process of interpretation (in the narrow sense)” (BARAK, 2005, p. 68).

⁵⁹⁰ SCHAUER, 2009c, p. 92. No mesmo sentido, MACCORMICK, 1978.

⁵⁹¹ MACCORMICK, 1978, p. 120.

⁵⁹² RAZ, 1979, p. 202. A segunda é explicar como a analogia pode ter força e não ser vinculante ao mesmo tempo, questão que abordo no item 3.7.3, p. 206 em diante.

proposição que afirma uma semelhança no argumento por analogia só faz sentido se essa semelhança decorrer da existência de similitudes relevantes entre o caso-análogo (o que é usado como parâmetro de comparação) e o caso-alvo (o caso individual, ao qual a proposição normativa que descreve a solução normativa para o caso-análogo será estendida). É importante ver que a adição de uma premissa afirmando que as propriedades comparadas são relevantes, nesse sentido, seria trivial se verdadeira, e se falsa não seria permissiva com relação a (pComp).

Explicando estes dois pontos, vale lembrar que o modelo inferencialista de Brandom aborda apenas inferências semânticas. Inferências pragmáticas, como as implicaturas de Grice, são incorporáveis como *suplementação* a essa análise semântica.⁵⁹³ Nesse sentido, as inferências pragmáticas *antecedem e seguem* a performance de asserção que constitui o objeto da semântica inferencialista. Logo, basta aplicar a máxima de relevância⁵⁹⁴ para ver que a (pComp) pressupõe pragmaticamente a relevância da comparação.

Por outro lado, a atribuição de compromissos e prerrogativas obedece ao princípio de caridade⁵⁹⁵ de forma a imputar racionalidade de maneira geral e maximizar a racionalidade de argumentos (inferências) específicos,⁵⁹⁶ o que pode levar à atribuição (normativa) de compromissos, questão que será detalhada adiante mas que já foi exemplificada com a reconstrução do debate em torno do homicídio italiano.⁵⁹⁷ Mas o princípio de caridade também vai exigir que essa atribuição seja parcimoniosa, a fim de maximizar a possibilidade de consistência.⁵⁹⁸ Brandom explica essa restrição a partir da

⁵⁹³ “For instance, the model appeals only to semantic inferences, that is, inferences involving what is claimed. Pragmatic inferences such as Gricean implicatures have to do rather with the antecedents and consequents of the performance of claiming it” (BRANDOM, 1994, p. 158).

⁵⁹⁴ “Under the category of Relation I place a single maxim, namely, ‘Be relevant.’” (GRICE, 1989, p. 27).

⁵⁹⁵ A caridade aqui enquanto maximização da racionalidade do argumento é condição para a análise discursiva (DAVIDSON, 1984, p. 197). Especialmente em um caso, como o desta investigação, em que não efetivo diálogo, mas interpretação de argumentos já externados em decisões. “The interpreter’s assumption of a degree of rationality on the part of those she wishes to understand is thus no more than a condition of understanding them at all”.(DAVIDSON, 2001a, p. 89)

⁵⁹⁶ “Successful interpretation necessarily invests the person interpreted with basic rationality” (DAVIDSON, 2001b p. 211). Conforme Davidson, a atribuição de irracionalidade traz consigo um ônus argumentativo (1984, p. 159-160).

⁵⁹⁷ Item 3.6, p. 154.

⁵⁹⁸ “Charity in interpreting the words and thoughts of others is unavoidable in another direction as well: just as we must maximize agreement, or risk not making sense of what the alien is talking about, so we must *maximize the self-consistency* we attribute to him, on pain of not understanding him.” (DAVIDSON, 1984

diferença de perspectiva entre aquele que atribui os compromissos e aquele que efetivamente os assume, especialmente quando há a atribuição de compromissos como hipóteses auxiliares na inferência⁵⁹⁹ — que é justamente o caso. Disso resulta que a atribuição de premissas implícitas somente pode ocorrer quando necessário para uma reconstrução racional do argumento.

Por outro lado, a inferência entre a “premissa de relevância” e a (pComp) seria apenas *permissiva*. A (pComp) é uma premissa no argumento por analogia, mas é ela própria a conclusão de uma inferência. Uma vez assumido o compromisso com (pComp), ficam preclusas outras prerrogativas que poderiam estar disponíveis. A prerrogativa à (pComp), por outro lado, não se limita a uma premissa que diz que a comparação é relevante, mas consiste em uma *articulação inferencial* que tem como *resultado* a prerrogativa a (pComp) — e possivelmente a outros compromissos que acabaram não assumidos, já que a comparação é naturalmente derrotável. Embora acima se tenha utilizado um exemplo da literatura para exemplificar uma formalização de argumentos em que as prerrogativas foram representadas por enunciados, a *justificação* que caracteriza a demonstração da prerrogativa diante de um desafio apropriado pode depender (e neste caso *vai* depender) de um *padrão de inferência material*, não de premissas adicionais.

A visualização desta particularidade ajuda a dar contornos mais claros à ideia de inferência material. O ponto aqui é que a relevância da comparação *constitui* o padrão de inferência material que caracteriza o argumento por analogia, é condição de sua validade enquanto padrão inferencial distinto. Uma *proposição* que “atesta a relevância” não estaria “dentro” da articulação inferencial que resulta na conclusão do argumento por analogia. Não há, em verdade, proposição de relevância, que está relacionada à própria validade da inferência material.

Ainda aprofundarei essa questão adiante, mas por ora deve-se perceber que a questão da relevância pode aparecer como premissa nessas decisões judiciais apenas como um possível *contra-argumento*: a afirmação de que, embora os casos sejam (em certo sentido) semelhantes, a semelhança não é relevante e, por isso não se deve estender a solução

p. 27, grifei) Por isso um dos princípios de caridade (usados no plural pelo próprio autor) apenas “endows the speaker with a modicum of logic” (DAVIDSON, 2001b, p. 211).

⁵⁹⁹ BRANDOM, 1994, p. 489-490.

normativa para o caso-alvo. Se o argumento por analogia efetivamente contivesse uma premissa adicional de relevância, o contra-argumento (uma “proposição de irrelevância”) precluireia somente a prerrogativa à premissa de relevância, e conseqüentemente o compromisso a esta. Excluída a inferência material na comparação, isso bloquearia apenas a inferência que caracteriza o argumento por analogia, mas a premissa de comparação (pComp) permaneceria “de pé”, embora irrelevante.⁶⁰⁰

Assumindo a relevância como ligada à validade de um padrão de inferência material, o contra-argumento assume a forma correta de um desafio à própria inferência, que poderia ser assim explicitado:

(contra-argumento) Há lacuna, mas a semelhança entre o caso-análogo invocado e o caso-alvo não é relevante, por isso *a solução normativa não deve ser estendida ao caso-alvo*.

Neste contra-argumento, se concede a prerrogativa a (pLac), mas afirma-se a irrelevância, que desafia não (pComp) — que não contém nenhuma *enunciação* a respeito da relevância — mas o próprio argumento por analogia. Aquele que contra argumenta assume

(c1) A semelhança entre o caso-análogo invocado e o caso-alvo não é relevante.

(c2) A solução normativa não deve ser estendida ao caso-alvo.

O compromisso (c2) desafia a conclusão do argumento por analogia (que será detalhada adiante), e é justificada pela — aqui, sim, uma premissa — afirmação da irrelevância. Essa estrutura é uma simplificação de *contra-argumentos* utilizados em decisões judiciais para rejeitar um argumento por analogia que pretende estender a regra que regula o caso-análogo para o caso-alvo.

O que é importante entender é que, nessa perspectiva, a relevância da comparação é fundamental para a *validade* do argumento por analogia, não apenas como um fator de sua força persuasiva.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ O que violaria a a máxima de relevância (GRICE, 1989).

⁶⁰¹ Tarello (2013) restringe a relevância à força persuasiva do argumento por analogia, vinculando-a à “propensão do auditório a aceitar a relevância da semelhança de *p* e *q* a fim de discipliná-los igualmente” (p. 320).

Essa validade tem dois aspectos. MacCormick diz que “a pertinência da analogia depende da percepção de um *princípio racional* dentro do qual os dois itens comparados possam ser enquadrados”.⁶⁰² Os dois aspectos estão representados aqui pelo uso de “princípio” e “racional”. O “princípio”, embora pareça intuitivo, contém o que Brandom chama de um platonismo. Este aspecto será analisado juntamente com a validade do argumento por analogia e dos padrões inferenciais de maneira geral. Aqui resta identificar como essa avaliação da relevância pode ser *racionalmente* alcançada. Isso pode ser ilustrado com um famoso exemplo de uso da analogia para veicular uma tese contrária à de que o aborto seria imoral:

Você acorda pela manhã e percebe que está na cama com um violinista inconsciente. Um violinista inconsciente e famoso. Ele foi diagnosticado com uma doença fatal nos rins, e a Sociedade dos Amantes da Música esmiuçou todos os registros médicos e descobriu que somente você tem o tipo sanguíneo adequado para ajudá-lo. Eles então sequestraram você e, na noite passada, o sistema circulatório do violinista foi conectado ao seu, de modo que seus rins possam ser utilizados para retirar as toxinas do sangue dele, além das do seu sangue. O diretor do hospital agora lhe diz: “Veja, sinto muito pelo que a Sociedade dos Amantes da Música fez com você — nós nunca teríamos permitido isso se soubéssemos. Mas eles o fizeram e agora o violinista está conectado a você. Desconectar você significaria matar o violinista. Mas não se preocupe, porque isso durará apenas nove meses. Até lá ele já terá se recuperado de sua enfermidade, e poderá ser desconectado de você de forma segura.”⁶⁰³

A autora neste caso busca mostrar que não seria razoável sustentar que o sujeito sequestrado teria uma *obrigação* moral de se manter conectado ao violinista. O argumento tem coloração kantiana, pois a autora sustenta que o fato de o violista precisar dos rins do sequestrado não determina que ele tem o *direito* de usá-los. “Ninguém tem o direito de usar os seus rins a não ser que você confira tal direito”.⁶⁰⁴ A analogia então é feita com o caso do aborto porque, para a autora, dizer que o feto não pode ser abortado é semelhante a dizer que o violinista tem o direito de *usar* o corpo do sequestrado.⁶⁰⁵ Este seria o “princípio racional” que se aplicaria a ambos os casos. Através deste paradigma, elaborou-se um contra-argumento ao exemplo do violinista. Em uma resposta direta ao primeiro artigo, Philip

⁶⁰² MACCORMICK, 1978, p. 163.

⁶⁰³ THOMPSON, 1971, p. 48-49.

⁶⁰⁴ THOMPSON, 1971, p. 55.

⁶⁰⁵ “(...) having a right to life does not guarantee having either a right to be given the use of or a right to be allowed continued use of another person's body — even if one needs it for life itself” (THOMPSON, 1971, p. 56).

Bennet argumenta que a palavra “usar” foi utilizada com dois sentidos diferentes. É óbvio que o violinista está *usando* o sequestrado como meio para um fim, e isso é evidentemente errado, mas não é possível dizer que um feto *usa* o corpo da gestante da mesma maneira.⁶⁰⁶ O que está em jogo neste debate é a relevância da comparação feita, com o contra-argumento atacando justamente que a comparação não permite concluir nada sobre o aborto.⁶⁰⁷

Na argumentação jurídica, a incorporação de princípios morais na comparação, como é feito no caso do aborto, abriria um flanco para o questionamento de que a extensão por analogia lança mão de razões que, pelo menos para o positivismo exclusivista, seriam externas ao direito, o que resultaria em um ônus argumentativo maior na parte final desta tese. Mas não é assim que o argumento por analogia é normalmente utilizado na fundamentação de decisões judiciais. Schauer vincula a racionalidade da comparação à relação que as propriedades utilizadas têm com a regra que se pretende estender.⁶⁰⁸ Sem incorporar a tese normativa de Schauer quanto aos limites da construção jurídica e as propriedades que *podem* ou não ser consideradas relevantes pelo julgador, a relação com a regra que se pretende estender é intuitivamente o caminho de um argumento racional. De maneira mais clara, Raz afirma que a racionalidade da relevância está condicionada à racionalidade da regra, ou seja, a seu propósito.⁶⁰⁹ Não faria sentido dizer que, na existência de lacuna quanto ao que fazer no caso de um indivíduo que está em uma “união estável”, deve ser estendida a solução normativa prevista para quem está em um “casamento” porque “ambos são constituídos por pares de seres humanos”. A analogia neste caso não é infirmada por uma falsidade, mas porque a propriedade (os conceitos são ambos aplicados a casais de seres humanos) é irrelevante no caso. Há alguma relação entre a solução normativa dada pela regra ao caso-análogo e o “casamento” que foi considerado relevante pelo legislador.

⁶⁰⁶ BENNET, 1982.

⁶⁰⁷ “(...) the moral sentiments evoked by the violinist case (...) have little or nothing to say about the issue of abortion and the implication of the foetus’ right to life if foetuses have such a right” (BENNET, 1982, p. 142).

⁶⁰⁸ “the good arguments appear to draw on a relevant similarity, while the bad arguments draw on similarities that are not legally relevant at all, even if those similarities might be relevant for other purposes” (SCHAUER, 2009c, p. 94).

⁶⁰⁹ “The answer lies in the rationale of the rule in *P* — the reasons for having it, the purpose it serves. It is this which explains the role and importance of the conditions laid down in it. By its very nature the justification of a rule is more abstract and more general than the rule it justifies. Therefore just as it justifies this rule it could justify another. If this rule is justified as a way of achieving a certain purpose, or of protecting a certain value, so might other rules be if they promote the same purpose or protect the same value in different ways or under different circumstances. (RAZ, 1979, p. 203)

Ao partir de observações empíricas para a generalização que caracteriza os comandos normativos, o legislador seleciona determinadas propriedades que, a partir dessa seleção, tornam-se *normativamente* relevantes. Em um mesmo contexto, uma propriedade que *deveria* ser relevante para um observador pode não ser relevante para o outro⁶¹⁰ (de modo que a normatividade estaria vinculada à autoridade). A seleção precisa, contudo, ser racional tendo em vista a finalidade do legislador, que edita o comando normativo na expectativa de que ele sirva para orientar condutas. Esta razão de fundo para a edição da regra constitui sua *justificação*. É, portanto, a justificação da regra, suas razões de fundo, aqui tratadas de maneira geral como seu propósito, que serve de parâmetro para a relevância das propriedades utilizadas na comparação. Obviamente, discernir o propósito da regra é feito por uma inferência para a melhor explicação possível, nos mesmos moldes já descritos para o argumento por exceções implícitas.

Um exemplo serve para mostrar que essa estrutura representa a forma como efetivamente a argumentação quanto a este ponto ocorre na adjudicação. Partindo de um caso para delimitar o sistema normativo, imagine-se que um homem praticou um furto contra sua companheira. O furto é crime, conforme o art. 155 do Código Penal. Simplificando as elementares do tipo e a pena, a seguinte proposição normativa se aplicaria a um caso de furto:⁶¹¹

(PN1) Se o agente pratica furto, ele deve ser punido.

Não há nada no Código Penal que trate da situação daquele que está em união estável e pratica um furto contra sua companheira. Mas o art. 181 do Código Penal prevê que o agente que pratica algumas condutas previstas como “crime contra o patrimônio”⁶¹² não deve ser punido, caso presentes algumas circunstâncias ali arroladas. O furto está previsto no título do Código Penal dos “crimes contra o patrimônio”, de modo que:

(PN2) O furto é um crime contra o patrimônio.

Uma das hipóteses em que, conforme o art. 181, não deve haver punição criminal, o que é chamado genericamente de uma “escusa absolutória”, é o fato de o agente

⁶¹⁰ SCHAUER, 1991, p. 22.

⁶¹¹ “Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.”

⁶¹² O dispositivo na verdade fala nos “crimes previstos neste título”, que é o dos crimes contra o patrimônio.

da conduta ser *casado* com a vítima, o que é formulado com a utilização do conceito “cônjuge”. A partir da redação do dispositivo legal⁶¹³ e algumas premissas auxiliares⁶¹⁴ incontroversas, podemos enunciar a seguinte proposição normativa como interpretação tranquila da regra, levando em conta apenas o *caput* e o inc. I:

(PN3) Se o agente pratica um crime contra o patrimônio e a vítima é seu cônjuge, o agente não deve ser punido.

O sistema composto por (PN1), (PN2) e (PN3) é inconsistente, sendo simples resolver a inconsistência através de um processo interpretativo para concluir que (PN3) é uma exceção a (PN1), de modo que obtemos:

(PN1*) Se o agente pratica furto e a vítima não é seu cônjuge, ele deve ser punido.⁶¹⁵

Esta é uma proposição que veicula uma interpretação adequada do sistema normativo — que pode ser aqui denominado de *Spenal1* — relevante para a solução de um caso de furto praticado por cônjuge, composto pelos arts. 155 e 181, I, do Código Penal. Utilizando *f* para representar a prática do furto, *c* para representar o fato de o agente ser casado com a vítima, bem como o operador modal *O* para “obrigatório” e *Pun* para representar a punição criminal (considerando que aqui a análise é feita pela perspectiva do julgador), temos que:

Caso	<i>f</i>	<i>c</i>	CP 155 (PN1*)	CP 181 I
(1)	+	+		$O\neg Pun_x$
(2)	+	-	$OPun_x$	

⁶¹³ “Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título [crimes contra o patrimônio], em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal.”

⁶¹⁴ Conforme a doutrina penal amplamente majoritária no Brasil, quando o legislador do Código Penal usa a locução “isento de pena” está se referindo à “culpabilidade”. No Brasil, prevalece o conceito analítico de crime, que é definido como toda conduta típica, antijurídica e culpável. O terceiro requisito, a culpabilidade, seria um juízo específico de reprovabilidade da conduta em princípio típica e contrária ao direito. Afastaria a punição em alguns casos em que se considera que não se poderia exigir conduta diversa do agente, de maneira geral (alienação mental, menoridade, embriaguez fortuita etc.) ou, como no caso, por claras razões de política criminal. A consequência disso é que o art. 181 estabelece exceções à criminalização de certas condutas, de modo que, por exemplo, o furto praticado contra o cônjuge não é crime, não sendo simplesmente o caso de ser o agente condenado e não lhe ser imposta uma pena. Para simplificar, adoto aqui a locução “não deve ser punido”, cuja consequência prática é a mesma (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

⁶¹⁵ Há outros casos de exceção à punição criminal no art. 181 e em outros pontos do Código Penal, mas o sistema normativo relevante é definido a partir do caso que se pretende resolver, que é de união estável.

A tabela leva em conta, claro, apenas os casos em que houve furto. O julgador agora deve decidir o que fazer no caso de um furto praticado não contra “o cônjuge, na constância da sociedade conjugal”, como o art. 181, I, diz, mas contra a companheira, na constância de uma “união estável”. Utilizando u para representar o fato de o agente estar em união estável com a vítima, temos:

Caso	f	c	u	CP 155 (PN1*)	CP 181 I
(1)	+	+	+		$O\neg Pun_x$
(2)	+	-	+	$OPun_x$	
(3)	+	+	-		$O\neg Pun_x$
(4)	+	-	-	$OPun_x$	

Como se pode ver, o fato de a vítima estar em união estável com o agente não modifica a solução normativa no caso 2 (C2), que continua determinando que o agente do crime deve ser punido. Logo, é possível concluir que (PN1*) é a solução que o sistema normativo dá para (C2).

Em 2018, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶¹⁶ decidiu este caso.⁶¹⁷ Depois de considerar que a conduta ficou comprovada e que se enquadrava ao tipo penal, os julgadores falam em *extensão* da regra. Uma das citações feitas no acórdão é bastante explícita nesse sentido ao dizer que o caso é claro de “aplicação de analogia em benefício do réu” e que “onde há a mesma razão, deve existir o mesmo Direito”.⁶¹⁸ Não há argumento no sentido de que “cônjuge” deve ser “interpretado” para incluir o “companheiro”. Mas o caso seria de lacuna seria normativa ou axiológica?

É bem evidente que se trata de lacuna axiológica. O sistema — que pode ser denominado de S_{penal} — dá solução para (C2): o agente deve ser punido. Seria caso de aplicação direta do art. 155 por subsunção e não aplicação da escusa absolutória do art. 181, I. Houve um furto, e não há exceção — pelo menos não uma exceção explícita. Mas esta

⁶¹⁶ TJRS, *ACrim n° 303468-93.2017.8.21.7000*, 2018.

⁶¹⁷ Na ementa há algo de bastante confuso, pois o Relator diz que o objeto furtado (um aparelho de DVD) seria de “propriedade conjunta do casal”, o que, em princípio, afastaria o crime de furto em razão de o objeto do crime não ser coisa alheia, mas isso não é dito pelos julgadores em momento algum, e de qualquer modo, caracterizaria o crime de “furto de coisa comum” (art. 156 do CP).

⁶¹⁸ TJRS, *ACrim n° 120856-56.2018.8.21.7000*, 2019. O crédito da citação é atribuída pelos julgadores a SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Código penal comentado: organizado por Miguel Reale Júnior*. São Paulo: Saraiva, 2017.

solução é estranha, *justamente* por causa de uma semelhança entre (C2) e o caso do art. 181, I, que na primeira tabela corresponde a (C1).

No julgamento pelo TJRS, a comparação entre o caso-alvo (agente em união estável) e o caso-análogo (agente em um casamento) é feita considerando que o propósito da exceção do art. 181, I, seria manter a harmonia da relação conjugal — a preservação do vínculo matrimonial e da estabilidade da relação familiar. Embora tenha havido uma conduta que seria crime patrimonial, o legislador decidiu que, neste caso, a lei penal não deve interferir, como forma de tentar preservar o laço conjugal. Não se cogita se o legislador agiu bem ou mal ao prever a exceção.⁶¹⁹ Se fôssemos considerar um sistema normativo mais amplo, não seria difícil de argumentar que também há um propósito de mitigar os efeitos maléficos que mulheres em relacionamentos abusivos costumam vivenciar (como parece ser o caso individual). Mas a inferência para o propósito é mais localizada: a partir do *fato* de que *há uma regra* beneficiando o cônjuge, buscou-se qual poderia ter sido o propósito do legislador racional, sem investigar qualquer fonte histórica sobre a promulgação do Código Penal em 1940, ou mesmo se haveria algo de esclarecedor na exposição de motivos do Código. A partir do propósito de preservação da harmonia familiar, a comparação prossegue.

A união estável é bastante parecida com o casamento de forma relevante porque, nos dois casos, há uma *família*. Há também distinções consideráveis: enquanto o casamento tem forma específica no Código Civil e diversos requisitos, a aplicação do instituto jurídico da união estável não depende de qualquer formalidade prévia, embora haja também requisitos. Apesar dessas diferenças, nos dois casos há uma “entidade familiar”, e isso prevalece na comparação por ter sido relevante na edição da regra.

As disposições a respeito da união estável no Código Civil⁶²⁰ e na Constituição Federal deixam claro que o legislador busca preservar essas “entidades familiares”, e isso foi lembrado no julgado. Especificamente sobre a união estável, a CF dispõe que “[p]ara efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

⁶¹⁹ Consta que houve inclusive uma arguição de inconstitucionalidade do art. 181, I, pelo Ministério Público, mas que sequer foi analisada por questões procedimentais. A arguição não foi feita na forma de um incidente, o que inviabilizou seu conhecimento. A arguição não foi feita na forma de um incidente, o que inviabilizou seu conhecimento.

⁶²⁰ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

entidade familiar (...)”.⁶²¹ Note-se que, em 1940, quando da promulgação do Código Penal, a união estável ainda não era reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, o que somente ocorreu com a Constituição Federal em 1988.

Apesar de isso constar do acórdão, não é o fato de a união estável ser “protegida pela lei” que determina a sua relevância no caso. O “caminho” da inferência é outro. É a sua *semelhança* com o casamento, que é inferida pelo fato de, em ambos, haver uma *entidade familiar*. Se não existisse o art. 181, I, do CP, sequer se cogitaria no caso de uma exceção à punição pelo crime de furto por ter sido praticado contra companheira, mesmo havendo na CF e no Código Civil o propósito de proteção da união estável. Também não se diz que o legislador do Código Penal estaria *obrigado* a prever a norma de exceção do art. 181, I, porque o casamento é uma entidade familiar e há na Constituição o propósito de preservar unidades familiares, de modo que, havendo na CF igual propósito com relação à união estável, ela também deveria ser preservada. Isso seria um argumento pela derivação da solução normativa de princípios jurídicos.⁶²²

Embora seja comum associar argumentos por princípios com busca de propósitos, o que é relevante em conjunto com o argumento por exceções implícitas, não é isso que ocorre no argumento por analogia. Há vários propósitos em jogo além do de preservar o casamento. Um deles é inibir a prática de crimes patrimoniais, por exemplo, inferência bastante tranquila a partir da quantidade de crimes dessa natureza em nossa legislação. Aplicando o modelo inferencialista a esta dimensão da *comunicação normativa*, é fácil ver que esses dois propósitos levam a prerrogativas contraditórias entre si.

O legislador não precisava prever a exceção do art. 181, I. Poderia decidir que, mesmo nos casos de crimes patrimoniais praticados na constância da sociedade conjugal, o agente deveria ser punido. Ao promulgar o art. 181, I, o legislador — racional e coerente⁶²³ — assumiu um compromisso que infirmou as prerrogativas a outros compromissos antes possíveis. Como não há como perguntar ao legislador o que justifica este compromisso

⁶²¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” O conceito de união estável foi estendido pelo STF para as uniões homoafetivas no julgamento da ADPF 132, em 2011.

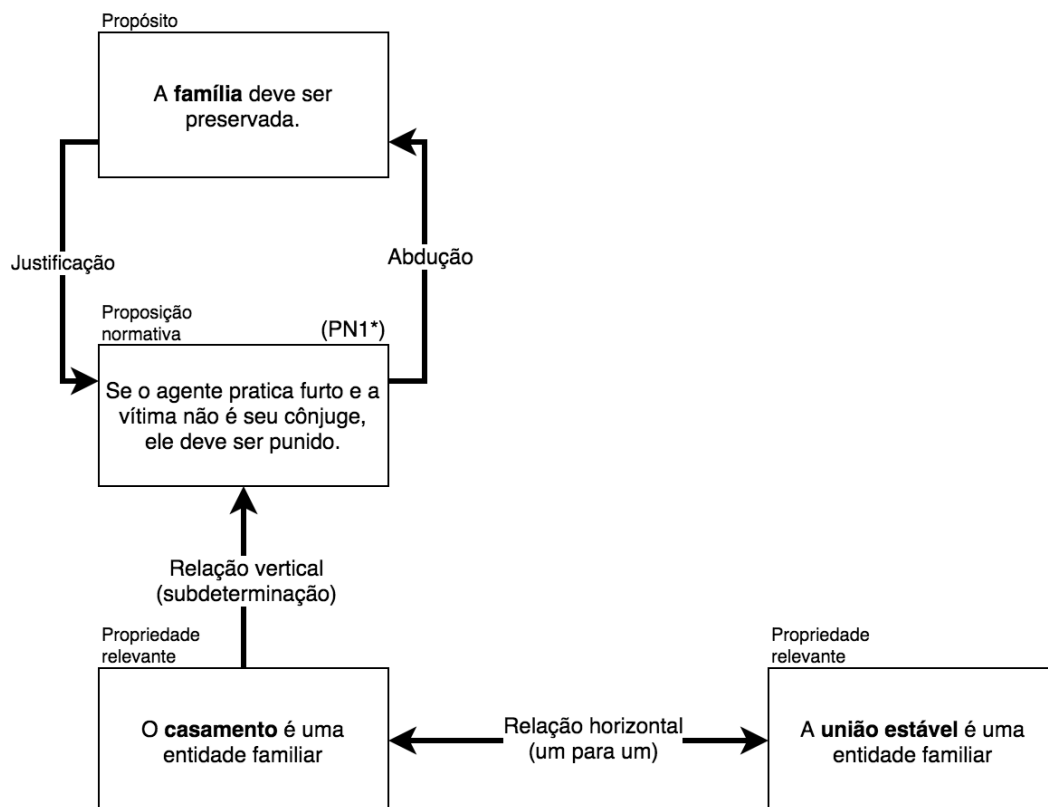
⁶²² WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

⁶²³ Por aplicação do princípio de caridade.

assumido, postula-se uma justificação racional, da mesma forma que já se detalhou no argumento por exceção implícita. A partir dessa justificação, se discerne o que há de relevante no casamento, e por que o casamento e a união estável são semelhantes.

Uma representação interessante dessa comparação compreende o propósito em uma relação vertical para com as propriedades relevantes do caso-análogo, e que estas propriedades teriam uma relação horizontal com as propriedades semelhantes do caso-alvo.⁶²⁴ A relação horizontal entre propriedades relevantes (sub) determina a relação horizontal entre os propósitos, permitindo que se diga que a “mesma razão” (propósito expressado pela regra) deve ser aplicada ao “mesmo direito” (estendendo-se a regra ao caso-alvo). Utilizando caixas para representar premissas e conclusões (com conteúdo proposicional) e as setas para simbolizar a inferência, temos o seguinte:⁶²⁵

Figura 2 – Representação inferencial da comparação entre os casos



A partir deste esquema, é fácil ver que, a partir do sistema normativo, por abdução se conclui que a regra de exceção é justificada por um propósito de preservar a

⁶²⁴ Aqui adapto um insight de Juthe (JUTHE, 2005, 2015) para as analogias em geral.

⁶²⁵ Simplificando a inferência no caso da proposição normativa, sem inserir as regras do sistema normativo considerado no esquema.

familia. O casamento é uma entidade familiar, o que é uma “constatação” que entra na inferência como um compromisso de justificação bastante evidente⁶²⁶ e que *não decorre* inferencialmente do propósito da regra. O casamento não é uma entidade familiar *porque* o propósito de (PN1*) é proteger a família. É porque o casamento é uma entidade familiar que a solução normativa dada por (PN1*) é coerente com o propósito da regra. Assim, esta propriedade que o termo utilizado pela regra *tem* está em relação de subdeterminação⁶²⁷ com a regra: a proteção normativa do casamento é coerente com o propósito da regra, mas era uma *escolha* possível, não necessária, do legislador.

Por fim, constata-se que a união estável tem a mesma propriedade. A relação de um para um significa que as propriedades relevantes do caso-análogo devem estar presentes no caso-alvo, de modo que se considerássemos uma propriedade relevante adicional no caso-análogo, a comparação demandaria que essa propriedade fosse identificada também no caso-alvo. Assim, a premissa de comparação seria:

(pComp) O casamento e a união estável são semelhantes.

O argumento por analogia utilizado nos julgados do TJRS pode então ser assim simplificado, com uma premissa de lacuna axiológica (pLac), uma premissa de comparação (pComp) e a conclusão, assumindo como sistema normativo $S_{penal1} = \{CP155; CP181, I\}$ com a interpretação (PN1*):

(pLac) A solução normativa dada pelo sistema normativo é incoerente com o propósito do sistema normativo e deve ser rejeitada;

(pComp) O casamento e a união estável são semelhantes.

(Conclusão) A solução normativa prevista para (C2) deve ter sua aplicação estendida ao caso de agente em união estável com a vítima (C1).

A extensão da regra leva, por sua vez, à conclusão dos julgados pela absolvição⁶²⁸ do agente. Este é mais um ponto relevante quanto ao argumento por analogia: a conclusão do argumento *não é* a conclusão da decisão.

⁶²⁶ Seria o que Brandom (1994) chama de um “free movement”, algo tão consensado que um desafio dificilmente seria considerado justificado, embora *em tese* seja possível.

⁶²⁷ Porque é apenas *entitlement-preserving*.

⁶²⁸ Para simplificar, não distingo aqui as hipóteses de absolvição.

3.7.2.4 Conclusão com extensão da regra

A necessária existência de lacuna faz com que o argumento por analogia no direito seja caracterizado essencialmente por uma *extensão*. Por definição, se um caso não tem solução normativa *direta*, ou se a solução normativa existente é pontualmente rejeitada, qualquer solução dada pelo julgador, para ser caracterizada como solução *normativa*, pressupõe a extensão de alguma regra do ordenamento jurídico ou que a solução dada por inferência direta a partir do propósito ou de um princípio. No caso da analogia, a extensão vai ser sempre de uma regra, já que seria até impróprio falar em extensão de princípios. MacCormick diz que “[T]oda a questão da argumentação por analogia no direito é que uma norma pode contribuir para uma decisão sobre fatos aos quais ela não é *diretamente* aplicável”.⁶²⁹ Peczenik considera que as *extensões* consistem em *criação* de outra norma, onde a norma original seria estendida para além de suas possibilidades linguísticas.⁶³⁰ No mesmo sentido, Alchourrón diz que “não há outra maneira de superar a lacuna normativa”.⁶³¹

Esta estruturação do argumento por analogia como extensão de uma solução normativa se coaduna com o fato de ele ter um conteúdo de “persuasão” quanto à legitimidade da decisão, já que a solução normativa estendida é derivada de uma regra do sistema, portando externamente justificada por *default*. Assim, a autoridade do ordenamento jurídico é, pelo menos parcialmente, transferida para a conclusão.⁶³²

O argumento por analogia assim descrito não pode corresponder à totalidade da inferência que constitui a fundamentação de uma decisão judicial onde ele é utilizado. Continuando com o exemplo dos julgados em que houve a absolvição do agente por furto, ficou claro que ali houve outras inferências. a proposição normativa (PN1*) é conclusão de uma e serve como premissa da conclusão de que há lacuna (pLac). A premissa de comparação (pComp) depende da melhor explicação possível para o propósito da regra. Mas

⁶²⁹ MACCORMICK, 1978, p. 201-202.

⁶³⁰ PECZENIK, 1989, p. 317-318. Peczenik diz que o método mais comum de se fazer uma extensão é justamente utilizando o argumento por analogia. No mesmo sentido de que é uma extensão, embora tratando a analogia como “interpretação”, TARELLO, 2013, p. 317.

⁶³¹ ALCHOURRÓN, 1996, p. 43, mas em termos de criação ou incorporação de uma nova norma “There is no other way to overcome a normative gap than to extend the normative system, incorporating a new norm to resolve the case”.

⁶³² Nesse sentido, MacCormick diz que extensões “‘legitimam’ a decisão ao demonstrar que ela se desprende por extrapolação a partir de normas fragmentárias ou particulares já estabelecidas” (MACCORMICK, 1978, p. 160).

o *padrão inferencial* aqui destacado se limita à inferência material que não é formalmente válida e caracteriza o argumento por analogia.

Por isso ele tem apenas duas premissas que são necessárias, afastada a utilização de premissa adicional quanto à relevância. Por outro lado, a conclusão do argumento por analogia não pode ser outra senão (apenas) a de que *a regra* deve ser estendida. E alguns modelos na literatura perdem justamente esta dimensão de que o que deve ser resolvido é apenas a derivação de uma solução normativa, e não necessariamente a determinação de uma solução do caso individual.⁶³³

A única razão para que se faça uma comparação entre dois casos em um argumento por analogia é o fato de o caso-análogo possuir uma solução normativa.⁶³⁴ E é esta solução normativa que controla a definição das premissas relevantes para a comparação, como visto no item anterior. Logo, a conclusão do *judgamento* pode até ser a de que o caso em exame (caso-alvo no argumento por analogia) deva receber a mesma solução, mas esta não é a conclusão do argumento por analogia, que se restringe à extensão da regra.⁶³⁵ A correção do argumento por analogia em uma fundamentação — a instanciação não desafiada ou desafiada e justificada de um padrão argumentativo que é considerado válido — não implica a determinação da solução para o caso individual.

Isso porque, primeiro, outras questões podem estar em jogo. O caso pode ser de união estável, mas pode ter havido violência. E pode haver uma razão para que a própria conclusão do argumento por analogia não seja assumida como um compromisso, ainda que o argumento seja correto. Uma dessas razões pode ser uma regra de fechamento, como a regra *nullum crimen sine lege*.

⁶³³ Guarini, por exemplo, estrutura um argumento por analogia da seguinte forma: “Premise 1: *a* has features f_1, f_2, \dots, f_n ; Premise 2: *b* has features f_1, f_2, \dots, f_n ; Conclusion: *a* and *b* should be treated or classified in the same way with respect to f_1, f_2, \dots, f_n ” (WALTON, 2010, p. 4-5). Walton utiliza este modelo e o considera apropriado para representar um argumento judicial que estendeu a aplicação de uma regra, sendo que a conclusão deste argumento não faz qualquer alusão à existência de um standard normativo (p. 5).

⁶³⁴ “The second element of an analogical argument is the identification of other cases (situations) which are *prima facie* similar to the problem situation. Importantly, these similar cases must have a definite solution” (BROZEK, 2018, p. 369).

⁶³⁵ Raz fala em extensão da regra ou criação de nova regra “quando essa mudança na lei é justificada pelo mesmo propósito ou valor que justifica a regra original em que a analogia se baseia” (1979, p. 204).

Por exemplo, o art. 235 do Código Penal tipifica como crime a conduta de “[c]ontrair alguém, sendo casado, novo casamento” (crime de “bigamia”). A regra não fala em união estável, mas é *possível* argumentar, por analogia, que a extensão valeria para este caso — é até bastante simples ver que, também aqui, a união estável estaria abrangida pelo propósito, neste caso de uma regra incriminadora. Ainda que este argumento seja correto, a conclusão determinando a extensão da regra não é admitida em razão da regra de fechamento — que, no Brasil, tem *status* constitucional como garantia fundamental. Esta regra de fechamento não bloqueia a extensão no caso do art. 181, I, porque não seria uma ampliação do alcance de uma norma penal incriminadora — justamente o contrário, é a extensão de uma escusa absolutória.

Por isso se diz, no direito penal, que a regra *nullum crimen sine lege* bloqueia a analogia *in malam partem*, mas a analogia *in bonam partem* é admitida. Aliás, em um dos julgados do TJRS analisados a expressão “analogia *in bonam partem*” consta da ementa do acórdão. Portanto, dois argumentos por analogia bastante semelhantes podem ter efeitos distintos na articulação inferencial de uma fundamentação de decisão judicial: um resultando na extensão da regra, o outro, não.

Logo, a inferência que leva à conclusão do argumento por analogia (que determina a extensão da regra) é apenas *permissiva*. A não assunção do compromisso de extensão da regra não significa a incorreção ou invalidade do argumento, porque não se trata de *impossibilidade* de assumir este compromisso: a conclusão seria admitida caso não houvesse a regra de fechamento, ou caso alguma razão adicional particularmente forte levasse à rejeição do compromisso que veda a analogia *in malam partem*.⁶³⁶ Argumento que foi justamente esta a conclusão do STF na ADO 26, analisada adiante.

É fato que a assunção do compromisso com a regra de fechamento, que é incontroversa no Brasil, faz com que os Tribunais sequer iniciem ou cogitem um argumento por analogia *in malam partem*, mas isso não quer dizer que o *padrão* inferencial neste caso seria inválido ou a conclusão *impossível*. Apenas que, contingentemente, há um compromisso que infirma a prerrogativa que justifica o argumento por analogia e autoriza a extensão da regra.

⁶³⁶ Adiante argumento que foi justamente esta segunda opção que o STF adotou no julgamento da ADO 26 (item 4.4.6, p. 337).

O contrário seria considerar que algo *contingente* como uma regra de fechamento (que, vale lembrar, não é conceitual, mas *empírica*) poderia *invalidar* um padrão inferencial que é aplicado em inúmeros casos onde a regra de fechamento ou não existe ou não tem o caráter estrito da regra *nullum crimen sine lege*. Assim, não é um problema afirmar que o argumento por analogia é um padrão inferencial válido e que justifica conclusões na fundamentação de decisões judiciais, e, ao mesmo tempo, que sua conclusão não é “vinculante”.⁶³⁷

3.7.2.5 Mapas argumentativos e contra-argumentos

Utilizarei as convenções canônicas compartilhadas pelos vários modelos de mapas argumentativos disponíveis e detalhados na literatura, com algumas adaptações para expressar adequadamente os aspectos que interessam ser acentuados em uma análise inferencialista e simplificando outros que não são relevantes. Destarte, utilizo caixas de texto ou balões retangulares para representar proposições cuja assunção em regra constitui um compromisso. As prerrogativas não serão explicitadas. O sistema normativo ou uma regra específica serão representados por balões losangulares, omitindo-se, para simplificar, o ordenamento jurídico como base pré-interpretativa. Dentro dos balões, em vez de números, como alguns sistemas utilizam para fazer referência a proposições, insiro o texto das próprias proposições, buscando identificá-las, quando cabível, no canto superior direito. Cores diferentes nos balões são usadas para ressaltar um padrão argumentativo específico dentro de uma relação inferencial ou uma premissa específica objeto de análise — o que será explicitado quando for o caso. As relações inferenciais são representadas por setas entre os balões, o que não significa que uma seta seja uma inferência elementar, podendo por vezes ser utilizada uma seta entre duas proposições omitindo uma relação inferencial mais complexa em nome da simplicidade, mas isso ficará claro.

O sentido das setas dá o sentido da inferência, de modo que elas exercem aqui a função expressiva do condicional utilizado por Brandom. Quando uma conclusão depende da conjugação de duas premissas, as setas se encontram *antes* da conclusão. Quando a

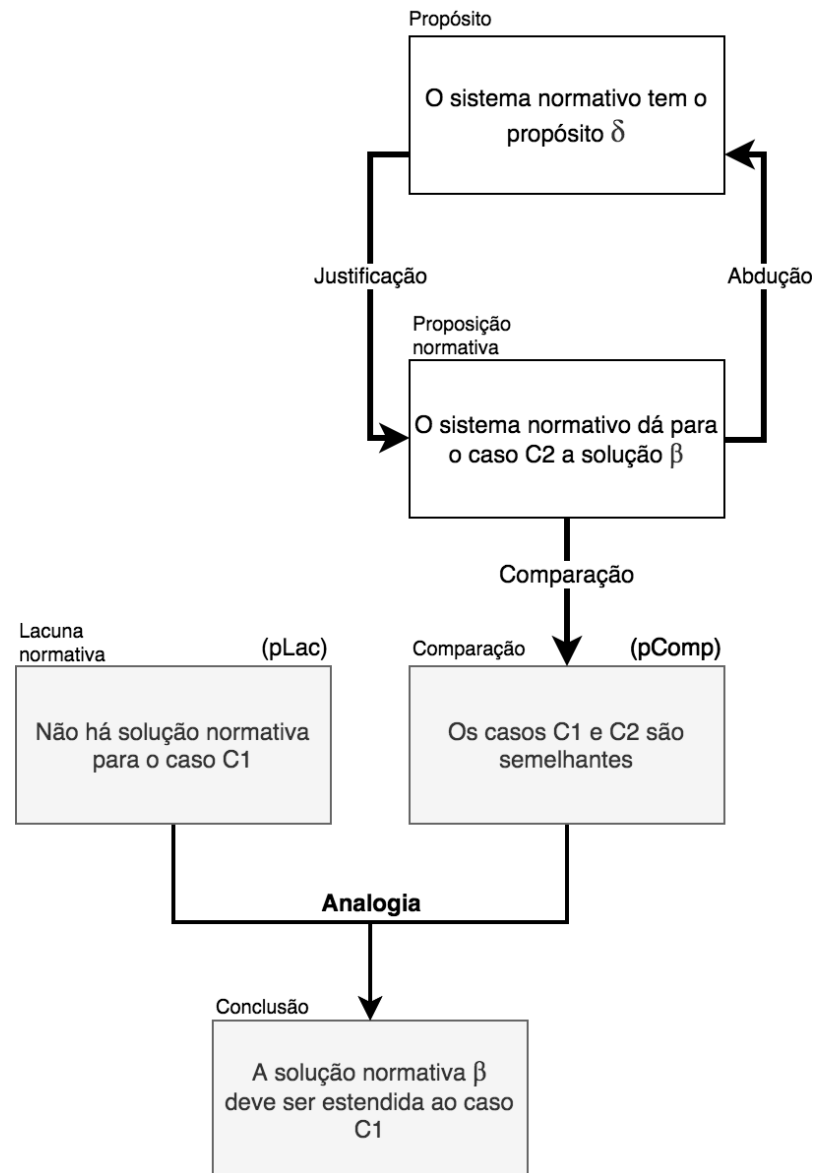
⁶³⁷ Em resposta à afirmação de Raz de que “Two major difficulties hinder a clear analysis of analogical argument. The first is the difficulty of providing a general test for relevance of similarities. The second difficulty, which compounds the first, is the problem of explaining how analogical arguments can be forceful and non-binding at the same time” (1979, p. 202).

conclusão pode ser obtida de forma independente a partir de cada premissa, as setas não se encontram antes da conclusão, o que se convencionou chamar de premissas *convergentes*. Uma inferência incabível ou bloqueada é representada por uma seta interrompida por um “X”. Algum detalhe adicional acrescentado a esta estrutura-base será evidenciado quando necessário.

Uma das simplificações que utilizo é a desconsideração da questão da *prova* de questões de fato — que corresponderiam a um *relato observacional* no modelo de Brandom, e consistiriam em movimentos de entrada no sistema. Esse é um dos usos mais interessantes dos sistemas para mapeamento argumentativo, mas para os fins desta pesquisa os fatos são assumidos como comprovados em todos os casos analisados, e busco explicitar apenas a racionalidade da argumentação *a partir* de fatos já estabelecidos. Logo, ônus da prova e a representação da inferência da análise probatória serão ignorados.

Com este modelo, omitindo o sistema normativo para simplificar e destacando em cinza a estrutura distintiva, a representação do argumento por analogia no caso de lacuna normativa seria a seguinte:

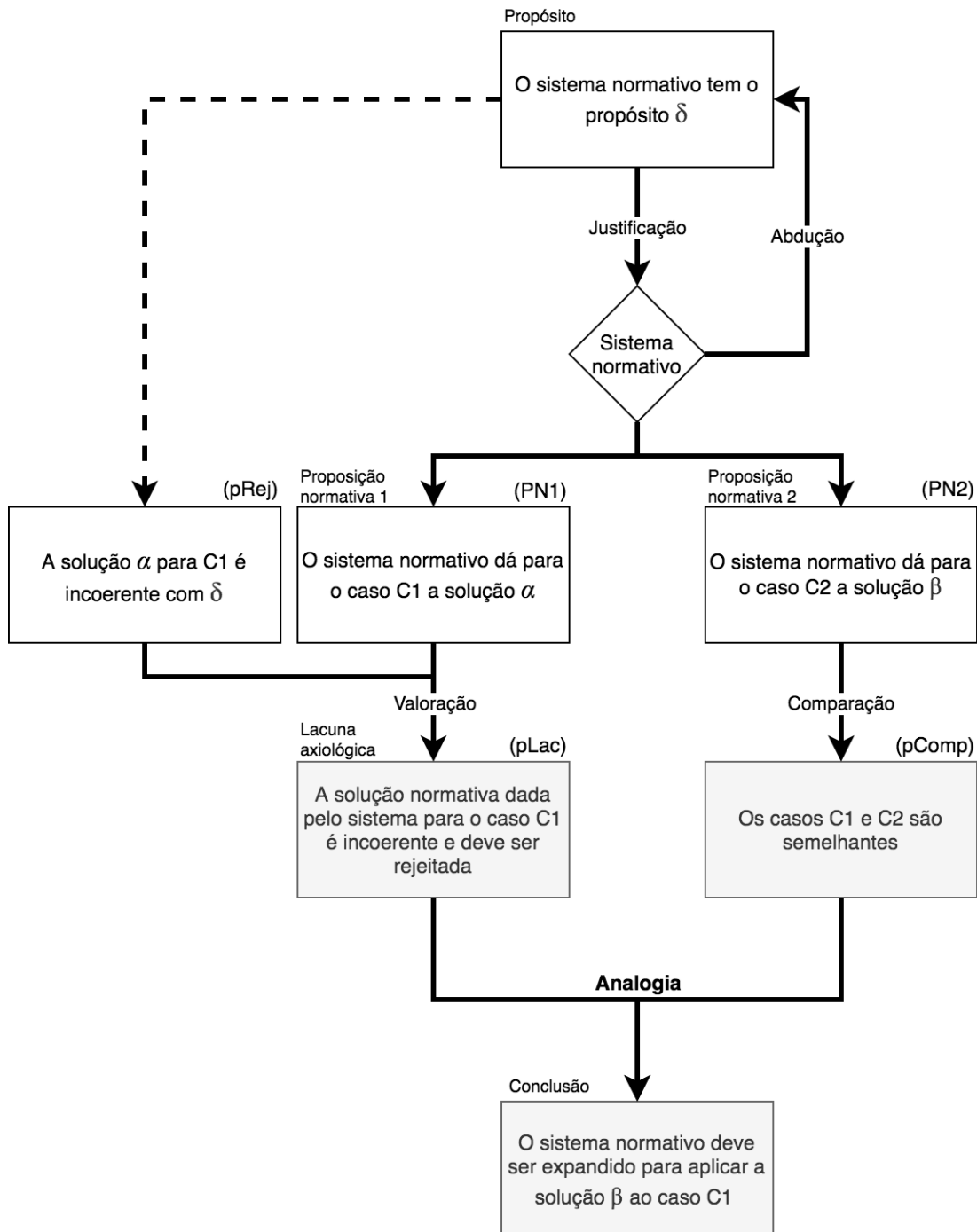
Figura 3 - Mapa do argumento por analogia na lacuna normativa



Fica claro que a inferência que caracteriza a analogia não é uma inferência dedutiva, e, portanto, não é formalmente válida. A inferência rotulada como “comparação” também é material e inclui a articulação explicitada anteriormente, aqui omitida (implícita).

No caso de lacunas axiológicas, explicitando a posição do sistema normativo na articulação inferencial, teríamos:

Figura 4 - Mapa do argumento por analogia na lacuna axiológica



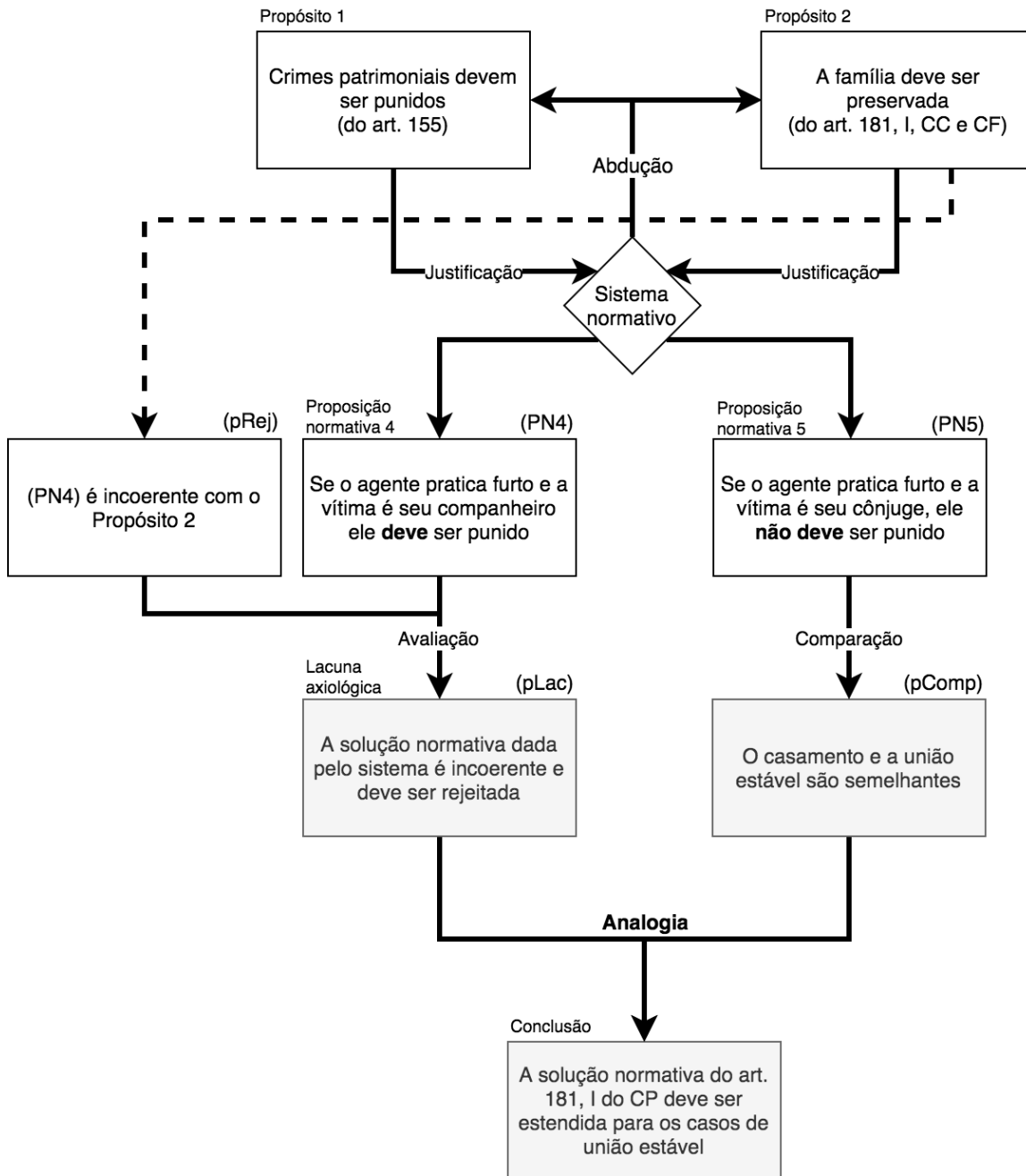
Aqui a proposição normativa (PN1) é um *compromisso* que determina que há solução normativa, e assim distingue o caso dos de lacuna normativa. Pela premissa (pRej), a solução (PN1) é considerada incoerente com o propósito, o que desafia (PN1). Esta avaliação quanto ao “limite da incoerência”, até onde esta incoerência é aceita, já foi discutida e é valorativa, resultando na lacuna axiológica (pLac). Do outro lado, a partir de uma proposição normativa que determina uma solução para um caso (C2), algo que já é

constatado antes mesmo de iniciado o argumento, é feita a comparação à luz do propósito normativo que resulta em (pComp). Aqui temos um argumento complexo, pois a analogia pressupõe o argumento por exceção implícita.

Em ambas as representações acima, as duas premissas (pLac) e (pComp) permitem inferir diretamente a conclusão sem necessidade de outras premissas no mesmo plano inferencial, e sua conexão caracteriza o argumento por analogia como padrão inferencial distinto.

No mapa argumentativo do argumento por analogia no julgado do TJRS, o propósito que serviu de base para a avaliação de que a solução normativa deveria ser rejeitada foi inferido a partir de outra regra, não da que criminaliza o furto. A argumentação poderia ser assim reconstruída:

Figura 5 - Mapa do argumento completo na extensão da escusa absolutória do art. 181, I, do CP, para o "companheiro"



A proposição normativa (PN4) relata a solução dada pelo sistema normativo ao caso (2) conforme o detalhamento das soluções na tabela no item 3.7.2.3, que é justamente o caso individual que o Tribunal precisava resolver. A proposição (PN5) relata a solução para os casos (1) e (3) e é a contrapositiva de (PN1*). Neste caso, o propósito de proteger a família prevaleceu na avaliação de que a solução normativa para os casos de união estável era injusta (incoerente) *já que* havia uma exceção à punição no caso de cônjuge. Mas se não existisse a regra do art. 181, I, do CP, o propósito de proteger a família ainda existiria no

sistema a partir de outras regras (como, por exemplo, o art. 226, § 6º, da CF), mas ele não entraria em jogo *desta* forma, em um argumento por analogia.

3.7.3 *A validade do padrão de inferência material*

Como se percebe dos esquemas argumentativos apresentados, a inferência das premissas para a conclusão pela extensão da regra não é formalmente válida. O argumento não é dedutivo, e sim um padrão inferencial específico.

A abordagem inferencialista da prática discursiva toma a inferência como elemento primitivo. Nesse sentido, o que torna a analogia um padrão argumentativo válido é o *fato* de ela ser aceita, tomada como padrão inferencial válido na prática jurídica de fundamentar decisões judiciais.⁶³⁸ Não há preservação de “valores de verdade” (ou qualquer outra noção primitiva correspondente) entre premissas e conclusão. A inferência é válida porque os participantes da prática jurídica a tomam como um padrão de inferência válido, ou seja, há o endosso de uma regra *material* de inferência que valida a inferência que caracteriza o argumento por analogia. E isso não apenas nos casos em que a lei expressamente autoriza o uso da analogia: o argumento por analogia é (tomado como) válido mesmo nos casos de lacunas axiológicas. A validade não decorre da expressa previsão legal, mas do endosso a uma regra material de inferência. Esta *atitude* de tomar o padrão inferencial como válido bloqueia o possível regresso das regras de inferência ao infinito.⁶³⁹

Assim, o ato de tomar como válido um padrão de inferência — que decorre do caráter *social* da prática — é que confere validade ao argumento por analogia, ao argumento por exceção implícita ou a *qualquer outro padrão argumentativo*, que corresponde a um padrão de inferência material na medida em que não é cabível a sua decomposição em outros padrões argumentativos. A comunidade jurídica endossa a adequação (*propriety*) da inferência, e torná-la explícita com o uso dos esquemas argumentativos, que apenas revelam os padrões argumentativos aceitos, é uma forma de expressivismo por revelar aspectos possivelmente implícitos em algo que *já se faz* ordinariamente.

⁶³⁸ “One must start with a notion of taking or treating inferences as correct in practice. Without such a practice, there’s no game of giving and asking for reasons to bring inferences into in the form of explicit assertions” (BRANDOM, 1994, p. 205).

⁶³⁹ BRANDOM, 1994, p. 205.

Por isso que a propriedade distintiva do argumento por analogia é justamente a *inferência* que decorre *diretamente* das premissas de lacuna e de comparação para a conclusão de que uma regra que, em princípio, *não* seria aplicável ao caso, *deve ser* aplicada ao caso.⁶⁴⁰ Não é necessário suplementar a inferência com premissas adicionais na tentativa de “dar validade” transformando-a em uma dedução, ou seja, convertendo uma inferência direta em uma inferência oblíqua.

A inferência que *caracteriza* o argumento por analogia é tomada pela comunidade jurídica como uma inferência que transfere *diretamente* a prerrogativa para a conclusão (“a solução normativa para um caso deve ser estendida a outro”) das prerrogativas para os compromissos caracterizados pelas premissas de lacuna e de comparação.⁶⁴¹

É justamente a não percepção dessa dimensão da prática que faz com que muitos que analisam a racionalidade da argumentação jurídica busquem dar uma explicação reducionista de esquemas argumentativos postulando premissas entimemáticas desnecessárias (e incorretas), buscando transferir a validade formal de um argumento dedutivo (através da inserção de premissas adicionais) para o argumento por analogia, o que, aliás, não corresponde à maneira como esse tipo de argumento é utilizado na prática judicial. Este é ponto onde se deve retomar a discussão iniciada na premissa de comparação quando se sustentou que a relevância não constituiria uma premissa adicional.

É claro que muitas vezes a *única* forma de reconstruir a argumentação judicial é estruturá-la como uma dedução. Por exemplo, no recente julgamento pelo STF quanto à possibilidade de prisão para cumprimento de pena criminal após a condenação em segunda instância — e antes do trânsito em julgado da condenação —, ambos os lados no debate (a decisão foi por maioria mínima no Plenário) utilizaram argumento dedutivo que somente faz sentido com a adição na formalização de uma premissa entimemática para, do art. 5º, LVII, da Constituição Federal (que diz que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), inferir que alguém pode ou não ser preso em razão

⁶⁴⁰ Essa parece ser a percepção de Raz quando ele afirma que “the test of relevance for similarities is the underlying justification of the rule which forms the basis of the analogy. Argument by analogy is essentially an argument to the effect that if a certain reason is good enough to justify one rule then it is equally good to justify another which similarly follows from it” (RAZ, 1979, p. 204).

⁶⁴¹ Nesse sentido, Brandom diz que, embora seja possível expressar a proposição no formato “se A, então B”, isso ocorre apenas para tornar explícito o padrão de inferência aceito — que é exatamente o que tenho tentado fazer neste tópico (BRANDOM, 1994, p. 247-249).

do início da execução da pena. O conteúdo conceitual em jogo (“culpado”) não permite a inferência direta a nenhuma das conclusões, de modo que o argumento que prevaleceu e a posição da minoria são entimemas representáveis dedutivamente.⁶⁴²

Mas o argumento por analogia, quando utilizado, constitui um padrão inferencial distinto, e a falta de percepção da dimensão material que caracteriza esses padrões inferenciais faz com que muitos tentem explicitá-lo acrescentando premissas com generalizações. Uma forma comum de fazer isso é considerar argumentos por analogia como argumentos “dedutivos implícitos”. Nesse sentido, Juthe resgata um antigo exemplo de Trudy Govier:⁶⁴³

- (1) α tem as propriedades x, y, z .
- (2) β tem as propriedades x, y, z .
- (3) α é P.
- (4) É em virtude de x, y, z que α é P.
- (4*) Tudo que é x, y, z é P.
- (Conclusão) β é P

As premissas de (1) a (4) são descrições de uma comparação elementar no argumento por analogia, com (4) representando o raciocínio por relevância. A partir daí, é comum supor que o argumento é um entimema com a premissa implícita (4*) de universalização. Esta estruturação tem, contudo, sérios problemas: primeiro, como Juthe⁶⁴⁴ e Govier⁶⁴⁵ acentuam, as premissas (1), (3) e (4) acabam sendo são logicamente redundantes. As premissas (4*) e (2) são suficientes para derivar a conclusão por *modus ponens*. Segundo, a analogia desaparece completamente. As premissas (1), (3) e (4), que *caracterizam* a analogia, não têm relevância, pois ainda que a “premissa implícita” (4*) tenha sido derivada indutivamente de (4), o universal deriva a conclusão de forma independente a partir de (2).

⁶⁴² Isso foi feito de forma detalhada em MARANHÃO; ARAÚJO, 2018.

⁶⁴³ JUTHE, 2005, p. 19, e GOVIER, 1989, p. 144.

⁶⁴⁴ JUTHE, 2005, p. 19-20.

⁶⁴⁵ GOVIER, 1989.

Apesar disso, não é raro encontrar este tipo de formalização para representar o argumento por analogia na reconstrução da fundamentação de julgados, como Brozek, que utiliza o que ele chama de “analogia baseada em teorias”. Ele desenvolve um método justamente para representar formalmente a derivação por *indução* de uma generalização (a “teoria”) que solucionará o caso individual. Em um exemplo bastante simples que ele fornece, em que alguém estaria em Munique decidindo se sai ou não do hotel para buscar um restaurante que esteja aberto tarde da noite, o raciocínio seria o seguinte: sabendo que em Bamberg, Kiel e Dortmund, os restaurantes fecham às 22:00, generaliza-se que “restaurantes em cidades alemãs não abrem tarde da noite”. Como Munique é uma cidade alemã, conclui-se (uma conclusão, claro, derrotável) que os restaurantes em Munique também não estão abertos tarde da noite, e o sujeito decide dormir com fome.⁶⁴⁶ O autor não utiliza essa reconstrução apenas para casos em geral, mas como formalização da argumentação em decisões judiciais.

Em *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*,⁶⁴⁷ a Corte de Apelações de Nova York decidiu que uma empresa que operava um navio a vapor deveria responder objetivamente⁶⁴⁸ pelo furto de itens de um passageiro que havia alugado uma cabine para a viagem (e havia saído deixando a porta trancada e as janelas fechadas). A Corte estendeu ao caso o princípio da *common law* (o caso é de 1896, e não havia regra legal específica) que determinava a responsabilidade no caso de uma “hospedaria” (em sentido amplo). Brozek identifica que havia um princípio que governava a questão no que se refere às hospedarias,⁶⁴⁹ mas diz que, em *Adams*, houve a formulação de uma teoria-alvo que *dedutivamente* implicava a conclusão, que parece ser a regra (generalização) de que “empresas que operam navios a vapor são objetivamente responsáveis”.⁶⁵⁰

Uma simples análise do acórdão em *Adams*, que é bem conciso, permite concluir que essa reconstrução não representa o que efetivamente ocorreu. Após fixar que os fatos estavam definidos pelo júri no juízo de primeiro grau e que a única questão era se a operadora do navio a vapor era ou não responsável objetivamente (sem prova de negligência), a

⁶⁴⁶ BROZEK, 2018, p. 368 e 379-380.

⁶⁴⁷ New York State Court of Appeals, *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 45 N.E. 369 N.Y., 1896.

⁶⁴⁸ Na decisão isso foi discutido como uma responsabilidade “independentemente de prova de negligência”, o que no Brasil corresponderia à responsabilização objetiva.

⁶⁴⁹ O que ele chama de uma “analogy-warranting rule” (BROZEK, 2018, p. 377).

⁶⁵⁰ BROZEK, 2018, p. 376-377.

argumentação segue por analogia através de inferências materiais, como aqui descrito, e não dedutivas. É muito simples aplicar o presente modelo, já que, mesmo se tratando da *common law* e do uso de precedentes, tem a mesma estrutura.

Não há regra (ou precedente, no caso) regulando especificamente o caso individual (o que equivale à lacuna normativa). A norma que se pretende estender é enunciada pela Corte como o princípio de que “o estalajadeiro [para se referir de maneira geral a um empreendimento que oferece hospedagem] é objetivamente responsável pelo dinheiro ou objetos pessoais de seus hóspedes”.⁶⁵¹ Em seguida o propósito desta norma é identificado como um princípio de política pública, de que “esta classe de pessoas [estalajadeiro] deva estar sujeita a um alto grau de responsabilidade em casos em que uma confiança extraordinária lhes é necessariamente atribuída, e onde há uma grande tentação à fraude e grande risco de pilhagem em decorrência da relação peculiar entre as partes.”

Diante deste propósito, e ainda *no mesmo parágrafo* do acórdão, a Corte conclui que “as relações que existem entre uma empresa de navios a vapor e seus passageiros, que pagaram por suítes para seu conforto durante a viagem, não difere em nenhum aspecto essencial da que existe entre o estalajadeiro e seus hóspedes”.⁶⁵² A Corte argumentou *a partir* das semelhanças entre a relação entre o passageiro e a empresa operadora de navios a vapor e a entre um hóspede e o estalajadeiro, e fica bem claro que as propriedades relevantes foram discernidas à luz da norma e de seu propósito subjacente:

O passageiro adquire e paga pelo seu quarto [no navio] pelas mesmas razões que um hóspede em uma estalagem. *Existem as mesmas oportunidades para fraude e pilhagem* para o transportador que originalmente se supôs que consistiriam em uma tentação para o estalajadeiro violar seu dever para com o hóspede. Um vapor transportando passageiros sobre a água e lhes provendo com quartos e entretenimento é, para todos os propósitos práticos, uma “estalagem flutuante”, e então os deveres que os proprietários têm para com os passageiros devem ser os mesmos. Não há razão para flexibilizar a norma que se aplica à relação entre estalajadeiro e hóspede, já que *as mesmas considerações de políticas públicas se aplicam a ambos os casos*.⁶⁵³

⁶⁵¹ “innkeepers are charged by the common law as insurers of the money or personal effects of their guests”.

⁶⁵² New York State Court of Appeals, *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 1896, p. 166/167.

⁶⁵³ New York State Court of Appeals, *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, 1896, p. 167, grifei.

Os trechos grifados mostram que não houve nenhuma pressuposição de regra geral universalizante que validaria dedutivamente o argumento por analogia utilizado. Restaria a Brozek o argumento de que a premissa “empresas que operam navios a vapor são objetivamente responsáveis” é entimemática, podendo ser atribuída mesmo que não expressamente assumida. Mas aqui coloca-se outra questão: representar assim o argumento seria mais plausível?

A forma dedutiva deposita a “força” da inferência na generalização, não na comparação — a conclusão é “dedutivamente implicada pela teoria [generalização].”⁶⁵⁴ Por outro lado, faz com que o argumento por analogia (ou qualquer outro) não tenha nenhum traço distintivo.⁶⁵⁵ E nos casos em que não é possível ou plausível reestruturar o argumento induzindo uma generalização para validar formalmente o procedimento como uma dedução em seguida? Govier propõe um exemplo bastante interessante que permite visualizar bem a irredutibilidade da analogia:

Ao buscar proteção em face dos credores da companhia aérea, Lorenzo (Presidente da Eastern Airlines, que está em dificuldades financeiras) é como o jovem que matou seus pais e então pediu ao juiz clemência porque era um órfão. Ao longo dos últimos três anos, Lorenzo despojou a empresa de seus bens mais valiosos e agora alega pobreza porque a estrutura dilapidada está perdendo dinheiro.⁶⁵⁶

Govier pergunta se é possível representar este argumento dedutivamente. Ela propõe as seguintes etapas:

- (1) Um jovem poderia matar seus pais e implorar à Corte por clemência porque é um órfão.
- (2) O Presidente da Eastern Airlines despojou a empresa de seus bens mais valiosos e alegou pobreza no juízo de falências porque a estrutura dilapidada estaria perdendo dinheiro.
- (3) O jovem não mereceria clemência.
- (4*) Ninguém que cria sua própria situação ruim merece clemência ou proteção nessa situação.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ BROŽEK, 2004, 383.

⁶⁵⁵ Govier diz que a tentativa de reconstrução nesses moldes parece ser devida a um “desire to look at argument through deductivist goggles and to assume a priori that all good arguments are deductively valid” (GOVIER, 1989, p. 145).

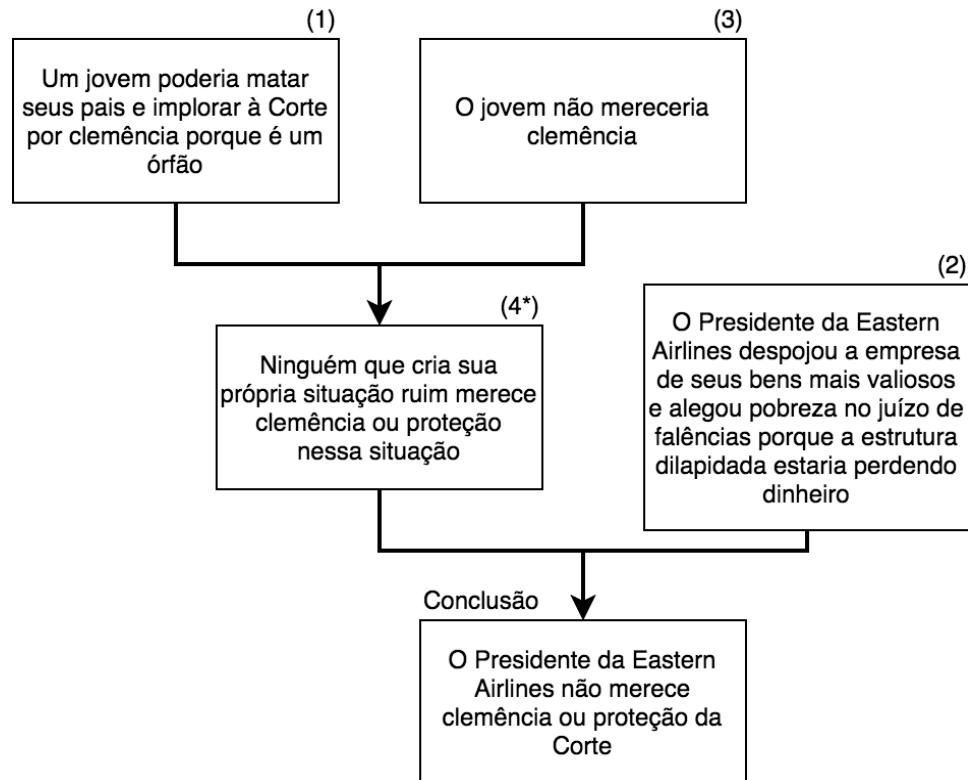
⁶⁵⁶ GOVIER, 1989:143.

⁶⁵⁷ Govier omite a premissa (4), transcrita acima, que seria a que estabelece quais as propriedades relevantes:

(Conclusão) O Presidente da Eastern Airlines não merece clemência ou proteção da Corte.

A estrutura inferencial seria a seguinte, segundo a autora:

Figura 6 - Mapa inferencial no exemplo de Govier, 1989



A questão é que a generalização em (4*) não é racionalmente aceitável, o que tornaria a interpretação do argumento por esta reconstrução inadequada pelo princípio de caridade, lembrando que a atribuição de racionalidade deve minimizar inconsistências. Analisando este exemplo, Juthe propõe que a premissa de universalização não resistiria no caso de dependentes químicos, que acabam criando enormes problemas para si em razão do vício.⁶⁵⁸ A forma mais plausível, portanto, de interpretar o argumento por analogia e reconstruí-lo é considerando a inferência material que da comparação entre os casos leva à extensão de uma regra (no caso destes autores, que analisam o argumento por analogia fora do Direito, uma propriedade qualquer), no caso de ausência de regra ou de rejeição da solução normativa.

“É em virtude de x, y, z que α é P”.

⁶⁵⁸ JUTHE, 2005, p. 21.

Pode ser objetado que o princípio de caridade é uma máxima pragmática, enquanto a reconstrução argumentativa seria lógica, de modo que a plausibilidade ou não das premissas implícitas não seria relevante para a formalização do argumento. Por essa linha, o fato de não se poder saber se as generalizações (proposições universais ou generalizações empíricas) são verdadeiras não impediria que fossem consideradas como premissas implícitas. A questão é que a reconstrução de argumentos é uma tarefa *interpretativa*. Como tal, uma reconstrução é adequada ou correta na medida em que descreve com *precisão* o argumento original.⁶⁵⁹ Por isso disse antes, ao tratar da premissa de “relevância” na comparação, que, na imputação de premissas implícitas, é necessário observar o princípio de caridade, bem como as máximas de implicatura e a noção elementar do inferencialismo de que a prática discursiva envolve diferentes perspectivas. Logo, como diz Govier, o status *epistêmico* de uma proposição é relevante para definir se devemos ou não considerá-la implicitamente como parte de um argumento: “Se uma proposição que se alega ser uma premissa implícita é epistemicamente problemática, mais problemática do que as premissas explícitas, isso nos dá uma razão para não atribuí-la no argumento.”⁶⁶⁰

Mas há ainda dois motivos para rejeitar a reconstrução do argumento por analogia de forma dedutiva.⁶⁶¹ O primeiro é que a universalização, com a inserção da premissa (4*), transformando o argumento em uma dedução, faz com que haja um risco de regresso ao infinito. Extrapolando este ponto, Juthe⁶⁶² prossegue com o exemplo de Govier supondo uma possível resposta à crítica à generalização (de que ela não resistiria no caso de um dependente químico), com uma maior especificação da premissa: “ninguém, que *por seus próprios atos imorais*, cria sua própria situação ruim, merece clemência ou proteção nessa situação”. Este novo princípio poderia ser infirmado em um caso onde alguém, através de um ato imoral não muito sério, causa consequências negativas muito graves. Uma nova especificação seria necessária: “ninguém merece clemência ou proteção das consequências de seus próprios atos imorais se as consequências não são desproporcionais à gravidade do ato”.⁶⁶³ Mas aí o que é desproporcional careceria de especificação.

⁶⁵⁹ GOVIER, 1989, p. 146.

⁶⁶⁰ “Implausible claims, weak claims, unacceptable claims, difficult-to-verify claims should, other things being equal, not be attributed on grounds of charity” (Ibidem.).

⁶⁶¹ Sellars (1980) dá ainda uma terceira razão, mas explorá-la aqui necessitaria de uma linha argumentativa adicional.

⁶⁶² JUTHE, 2005, p. 20-21.

⁶⁶³ Adaptei aqui a formulação de Juthe, que na verdade é “[n]o one deserves mercy or protection from

E não é possível justificar apelando para a premissa de comparação, sob pena de petição de princípio. É impossível não lembrar que este é justamente o ponto do conto de Lewis Carroll em que a tartaruga condena Aquiles à eternidade inferindo premissas para dar validade dedutiva à inferência. Em dado momento, Aquiles diz que se a tartaruga rejeitar a premissa, “a Lógica vai pegá-la pelo pescoço a forçá-la a aceitar”.⁶⁶⁴ O ponto de Brandom é que não é a “lógica” que vai “forçar” o falante a aceitar a inferência, é a *prática*, as atitudes que *já tomam* aquela inferência como válida. Nem todas as normas podem ser explicitadas, ou seja, é necessário que haja a aceitação de um padrão de inferência que não pode, ele próprio, ser formulado como uma premissa do argumento. Brandom diz que

A multiplicação de premissas por trás de inferências de Carroll deve ser interrompida pelo reconhecimento de regras de inferência primitivas; a multiplicação de condicionais explicitando premissas implícitas “entimematicamente suprimidas” deve ser interrompida pelo reconhecimento de regras primitivas e *materiais* de inferência; e a multiplicação de regras deve ser interrompida pelo reconhecimento de *práticas* primitivas materiais-inferenciais.⁶⁶⁵

O segundo motivo é que a formalização do argumento por analogia com o uso de uma premissa como (4*), acima, não permite que se dê conta de um caso em que as premissas de lacuna e comparação estão presentes, mas que não é o caso de conclusão com extensão da regra. A partir do momento em que a premissa (4*) é assumida e transforma o argumento em uma dedução, a conclusão se impõe como *necessária*, a não ser que haja a rejeição de uma das premissas. Praticamente todos os autores consideram que o argumento por analogia fornece conclusões derrotáveis — o que é óbvio em qualquer inferência ampliativa —, mas não explicam como um contra-argumento operaria na estrutura dedutiva por eles proposta.

Por outro lado, considerando a inferência do argumento por analogia como um padrão de inferência material, é possível compreender que a não assunção de um compromisso com a conclusão não interfere no restante da estrutura inferencial, de modo que, por mais que a conclusão não seja assumida, é possível dizer que *havia razões* em favor da conclusão. É uma situação, na verdade, bastante simples de exemplificar: basta assumir

consequences of their own immoral actions if the consequences are not very bad and the immoral action serious” (JUTHE, 2005, p. 21).

⁶⁶⁴ CARROLL, 1895, p. 280.

⁶⁶⁵ BRANDOM, 1994, p. 206, grifos no original.

um compromisso com a regra de fechamento *nullum crimen sine lege* (art. 1º do CP), que vai entrar em contradição com a conclusão do argumento por analogia — lembrando que a contradição é definida como a assunção de um compromisso que infirma uma *prerrogativa*. Assim, embora o argumento por analogia tenha as premissas necessárias, que levam à prerrogativa que *sustentaria* a conclusão, pode haver outro compromisso em jogo que preclua a prerrogativa.⁶⁶⁶ Logo, a não identificação do argumento da analogia como um padrão inferencial distinto impede que as premissas cumpram o papel — comum na prática judicial — de razões *prima facie* para a decisão.⁶⁶⁷

É sintomático da não percepção do caráter material da inferência que a outra forma de representar o argumento por analogia para Brozek seria uma *factor-based analogy*, que não teria uma generalização e cuja conclusão não seria, por isso, dedutivamente implicada. Mas esta forma teria, para ele, uma desvantagem por gerar decisões — para ele — *ad hoc*, sem verificação de coerência interna e externa.⁶⁶⁸ Em verdade, esta segunda forma, dispensando a premissa de universalização, também não representa como o argumento por analogia é utilizado, pois a comparação não é desprovida de limites de coerência: ela é feita justamente a partir do propósito da regra em uma avaliação coerentista. Não há o abismo por ele desenhado entre uma universalização de uma relação para derivação dedutiva, de um lado, e uma comparação completamente desprovida de critérios, de outro. Este desenho de uma dicotomia é decorrente, justamente, de não ver o argumento por analogia como um padrão inferencial distinto.

A consequência é a interpretação das coisas “ao contrário”. A generalização da comparação pode ser (ou melhor, *deve ser*) uma *consequência* do argumento por analogia, não premissa de sua conclusão. Uma vez enunciada a conclusão da analogia, atribui-se um

⁶⁶⁶ BRANDOM, 1994, p. 247-249.

⁶⁶⁷ Brandom diz que “permissive inferences generally, whether doxastic or practical, can entitle one to incompatible conclusions — though once an interlocutor endorses one of them, the undertaking of that commitment removes any entitlements that may hitherto have been available for competing claims. (...) The notion of entitlement-preserving inferences accordingly provides a pragmatic analysis, in deontic scorekeeping terms, of the notion of *prima facie* reasons (whether doxastic or practical)” (1994, p. 249). Sobre razões *prima facie*, cf. ROSS, 2007.

⁶⁶⁸ “factor-based analogy involves no formulation of a general statement (rule), which would deductively entail the conclusion. Moreover, while the procedure helps to avoid inconsistencies, the outcome (i.e., the resulting shape of our knowledge concerning the given domain) is not checked for internal and external coherence, simplicity, and explanatory and heuristic power. In other words, factor-based analogy seems to produce *ad hoc* solutions, and hence may lead us to a local optimum, instead of a global one” (BROZEK, 2018, p. 383).

compromisso ao Tribunal no sentido de que, caso aquela situação se repita, o mesmo argumento por analogia deve ser aplicado. Como acentua Bulygin, não se trata de uma obrigação exclusivamente jurídica, moral ou político-institucional. Ao juiz é atribuído um compromisso como condição de *racionalidade* da prática: “um juiz que resolve dois casos iguais de maneira distinta, sem indicar em que consiste a diferença que o induz a fazê-lo, atua irracionalmente”.⁶⁶⁹ Embora Bulygin analise a questão pela moldura da teoria do direito e da racionalidade da prática jurídica, este requisito de racionalidade também decorre do fato de a fundamentação de decisões judiciais ser uma prática *discursiva*.

A universalização, portanto, *decorre* da decisão judicial, e não o contrário. Mas frequentemente não é possível *formular* essa generalização, e mesmo assim o argumento por analogia é utilizado sem que isso sequer seja levado em conta pelos julgadores⁶⁷⁰ — como em *Adams* e nos julgados do TJRS acima reconstruídos. A universalização é, assim, diferente da “premissa de relevância” tratada acima. Enquanto esta compõe a validade da inferência material, aquela é *consequência* de um compromisso com a conclusão de uma inferência — ou seja, a universalização, caso possa ser enunciada, resulta de uma inferência *compromissiva* a partir da conclusão do argumento por analogia.

Não obstante essa distinção, é também por ver as coisas “ao contrário” que normalmente se recorre a um *idealismo* na forma de comparar as propriedades entre os casos. Walton, Macagno e Tindale, por exemplo, condicionam a comparação à *subsunção* das propriedades comparadas em gêneros. Seria pelo pertencimento das propriedades do caso-alvo ao gênero ao qual pertencem as propriedades do caso-análogo que se justificaria a extensão da regra. É, de outra forma, um raciocínio semelhante ao que postula uma universalização: busca-se sempre o enquadramento do particular em categorias gerais. O uso de conceitos, assim, somente é racionalizado como uma *instanciação* de algo previamente

⁶⁶⁹ Bulygin diz que no caso de extensão do sistema normativo a haveria a criação de novas regras pelo juiz, e sua aplicação no futuro é requisito de racionalidade: “Por lo tanto, la decisión del juez en el caso individual importa la aceptación por parte del juez de la norma general que dice que ninguno de los cónyuges está obligado a seguir la elección del lugar de las vacaciones hecha por el otro cónyuge. Por hipótesis, esta norma general no existía en el derecho escocés antes de la decisión del juez. Por lo tanto, esta norma general que el juez usó para justificar su decisión en el caso individual ha sido creada por él. Cuando digo que la decisión del juez en un caso individual lo compromete a decidir de igual modo todos los casos iguales (o relevantemente análogos) no quiero insinuar que el juez esté (jurídicamente o moralmente) obligado a seguir sus propios precedentes. No se trata de una obligación, sino de una condición de racionalidad: un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa irracionalmente.” (BULYGIN, 2003, p. 21)

⁶⁷⁰ GOVIER, 1989, p. 148.

apreendido. Das *quatro* formas de semelhança que estes autores discernem como possíveis, até a última, que seria “não entre conceitos, mas entre indivíduos”, a partir da identificação das propriedades semelhantes levaria a uma abstração a uma “predicação mais genérica”, que seria então “atribuída a todos os casos caracterizadas por esta característica comum”.⁶⁷¹ Neste caso eles chegam a postular um “quasi-gênero”, que seria um gênero “metafórico” necessário apenas para a comparação.⁶⁷²

Na mesma linha, Macagno considera que em *Adams* o resultado é derivado porque há a subsunção da empresa que opera os vapores à mesma categoria (um “gênero funcional”) da qual faz parte uma estalagem, que ele define como “aqueles que proporcionam acomodação a hóspedes que lhes deferem extrema confiança”.⁶⁷³ Neste caso, vale observar que o autor considera que esta abstração está *explícita* no texto do acórdão, mas na verdade apenas os argumentos e uma estrutura inferencial ampla estão claros. A *interpretação* que ele fez da fundamentação do julgado é que enquadra a argumentação dos juízes em um modelo que é vinculado a um idealismo conceitual.

A abordagem inferencialista, pelo *outro* lado, não é “intrusiva” neste aspecto por considerar a comparação entre as propriedades, de forma coerente com a solução normativa e seu propósito, como *suficiente* para a derivação da conclusão sem a necessidade de postulação de categorias abstratas apenas para conformar a possibilidade de derivação com uma estrutura racionalista que reduz o papel da inferência material.

É evidente que o argumento por analogia pode ser, na prática, um entimema, bastando que uma das premissas não seja explicitada — no próximo item dou um exemplo de julgado cuja fundamentação tem esta estrutura. E a identificação do padrão argumentativo na prática jurídica, a compreensão das relações inferenciais que ele abrange e, por fim, sua representação na forma de um esquema argumentativo, é uma atividade explicativa que permite justamente evidenciar (o compromisso com) premissas implícitas. O problema é achar que toda inferência é um entimema esperando para ser descoberto.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ MACAGNO; WALTON; TINDALE, 2017, 2017 p. 8.

⁶⁷² MACAGNO; WALTON; TINDALE, 2017, p. 7.

⁶⁷³ MACAGNO, 2014, p. 77.

⁶⁷⁴ Brandom associa isso a uma visão formalista da inferência, “which sees enthymematically suppressed conditionals behind every material propriety of inference” (BRANDOM, 1994, 635).

E embora a estratégia adotada aqui tenha sido utilizar o argumento por analogia como meio para explicitar a existência de padrões de inferência material, está claro que as conclusões se estendem a outros esquemas argumentativos não-redutíveis a outras estruturas inferenciais. Especificamente sobre a prática jurídica, Brandom diz que a

argumentação jurídica — (...) como quase qualquer argumentação fora da matemática e da física fundamental — é raramente uma argumentação formalmente, logicamente válida. A correção das inferências em que a argumentação se baseia é, na verdade, uma correção material. Ou seja, a correção da argumentação essencialmente depende dos conteúdos dos conceitos não-lógicos nela envolvidos.⁶⁷⁵

Isso significa que estes padrões de argumentação são *derrotáveis*. Esta conclusão não é arbitrária ou uma postulação idiossincrática da abordagem inferencialista, mas necessária para dar racionalidade à prática discursiva de dar e demandar razões. Para dar sentido ao ato de afirmar, de usar uma proposição com conteúdo conceitual que tem a capacidade de figurar como razão para inferências e como algo para a qual se pode demandar justificação, é preciso assumir a adequação de certos tipos de inferência. Por isso o *status* deontico é compreendido a partir de *atitudes deonticas*. Brandom detalha que “se o ato de afirmar deve ser possível, algumas adequações implícitas de inferências que são constitutivas do conteúdo devem na prática ser tomadas como aceitas, tratadas como corretas *prima facie* — não inocentes até *comprovadamente* culpadas, mas pelo menos como inocentes até ‘indiciadas’ com base em suspeita razoável”.⁶⁷⁶

É certo que há os padrões de inferência que *parecem* ser aceitos ou que até têm se mostrado aceitos podem ter sua racionalidade questionada. Afinal, é justamente isso que busco fazer nesta pesquisa em relação ao argumento semântico de redefinição conceitual. A concepção inferencialista de objetividade permite imputar um erro até no endosso generalizado de uma inferência. Não se trata, portanto, de uma dogmática dos padrões argumentativos, mas da identificação da aceitação de padrões de inferência como ponto de partida de uma prática.⁶⁷⁷ Por isso o uso do condicional como paradigma da *representação* da inferência: antes da introdução do condicional em nosso vocabulário lógico, conseguimos tratar um compromisso como tendo certo conteúdo, conseguimos *atribuir* a ele um conteúdo

⁶⁷⁵ BRANDOM, 2013, p. 20.

⁶⁷⁶ BRANDOM, 1994, p. 206.

⁶⁷⁷ Wittgenstein percebeu este problema (WITTGENSTEIN, 2009, §217), assim como Kant (BRANDOM, 1994, p. 206).

ao endossar várias inferências envolvendo-o e rejeitar outras. Depois que o condicional — aqui adaptado na representação visual dos mapas argumentativos como setas ligando duas proposições — é introduzido, alguém pode dizer, como *parte do conteúdo* de uma asserção, que a inferência é aceitável. É possível tornar explícitas relações inferenciais materiais entre antecedente e conseqüente. É justamente esta articulação inferencial que, na visão inferencialista, permite identificar o conteúdo conceitual, de modo que o condicional vai permitir *explicitar* este conteúdo.⁶⁷⁸

3.7.4 Argumentos interpretativos — II

Com base nesta ideia de inferência material, é possível perceber que os argumentos interpretativos, enquanto argumentos *na* interpretação, são padrões de inferência material distintos, enquanto o que os autores e Tribunais muitas vezes chamam de “argumentos interpretativos” ou “cânones de interpretação” são teses *sobre* a interpretação, que se propõem a justificar qual interpretação *deve controlar* o resultado.

No exemplo utilizado para introduzir a noção de inferência material e os mapas argumentativos, a interpretação consistiu na derivação da derivação de (PN1*), que dá como solução normativa que o agente do crime *deve ser punido*. Não há interpretação possível para “encaixar” o “companheiro” como “cônjuge”. São dois conceitos distintos, embora possuam algumas propriedades em comum — e justamente por causa dessas propriedades em comum é que se justifica a *extensão* da escusa absolutória.

Com esta formalização é possível perceber que o argumento por exceções implícitas é caracterizado pela assunção de um compromisso que *desafia* a solução normativa considerada inadequada. É um argumento que tem uma interpretação por *objeto*. Ele só é utilizado quando a interpretação não é capaz de fornecer uma solução normativa justa.

O argumento por exceção implícita foi exemplificado rejeitando a solução normativa por uma avaliação de que sua aplicação seria incoerente com o seu propósito. Ele não ataca a *possibilidade* de derivação da solução normativa. No caso da escusa absolutória, tanto não é impossível aplicar (PN1*) e determinar que o réu deve ser condenado, que este

⁶⁷⁸ BRANDOM, 2000, p. 60.

aparenta ser o entendimento *majoritário* dos Tribunais brasileiros. Neste caso fica bem clara a delimitação entre a interpretação e a construção — tivemos tanto uma *contração* construtiva para rejeitar a solução normativa quanto um argumento por analogia para *estender* a escusa absolutória.

Para melhor explicitar os argumentos interpretativos, podemos reconstruir a argumentação do STF em 1986, em que as listas telefônicas foram consideradas “periódicos” no sentido literal do termo, mas não de acordo com o propósito do constituinte. Para simplificar, consideremos o propósito que os Ministros identificaram como, sinteticamente, “proteger a educação, a cultura e a liberdade de comunicação e pensamento”. O teor da regra constitucional de imunidade, à época, era: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - instituir imposto sobre: (...) d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão”. O conceito relevante para o caso individual é o de “periódico”, e o Relator invocou dispositivos legais para dizer que as listas eram classificadas pela lei como uma “publicação periódica”. Assim, o argumento do relator para derivar a solução normativa seria o seguinte (utilizando a letra *r* minúscula para o Relator):

(r1) Como as listas telefônicas são periódicos, a elas deve ser aplicada a regra de imunidade.

Note-se que (r1) tem a forma de um condicional, porque é a formulação de uma *inferência*. A conclusão é:

(c1) Listas telefônicas não podem ser tributadas.

Ao assumir este compromisso, o Relator assume uma responsabilidade com sua justificação. Para que (c1) seja a conclusão do julgado, é preciso antes uma solução normativa, que pode ser:

(PN1) Listas telefônicas não podem ser tributadas.

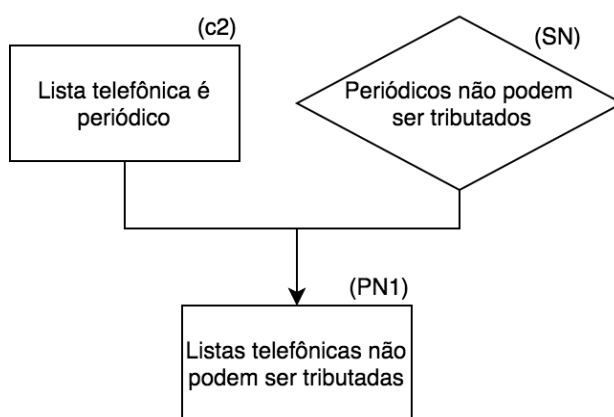
A solução normativa (PN1) é o resultado da interpretação do relator. Resta identificar suas *razões* — e aqui não há dificuldade, porque nesta decisão nada fica implícito:

(c2) As listas telefônicas são periódicos.

(c3) A Constituição prevê imunidade tributária para os periódicos.

A proposição (c3) tem uma justificativa bem fácil, pois basta fazer referência ao art. 19, III, da CF/1969. A proposição (c2) é o cerne da questão. Muitas vezes utilizamos argumentos com esta mesma estrutura sem qualquer problema. Aqui, nem mesmo a vagueza é um problema, porque a abertura do conceito “periódico” permitira o fácil enquadramento das listas telefônicas com o simples recurso à definição do dicionário — e o Relator usou três deles. A questão é como representar a derivação a conclusão (PN1). Uma forma de pensar nesta inferência é a seguinte:

Figura 7 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo dedutivo



A interpretação foi aqui estruturada *dedutivamente*. Se lista telefônica é periódico, a conclusão de que não devem ser tributadas *necessariamente* decorre. O contra-argumento que acabou prevalecendo, contudo, questiona justamente isso. Utilizando *d* para representar a divergência, temos:

(d1) As listas telefônicas são periódicos apenas em sentido literal, mas não são periódicos para os fins da regra de proteger a educação, a cultura e a liberdade de comunicação e pensamento, de modo que não deve ser aplicada a regra de imunidade.

Há três compromissos aqui explicitamente assumidos, dois no antecedente e um no conseqüente:

(c3) listas telefônicas são periódicos no sentido literal do termo.

(c4) listas telefônicas não são periódicos para os fins da regra de imunidade.

(c5) Listas telefônicas podem ser tributadas.

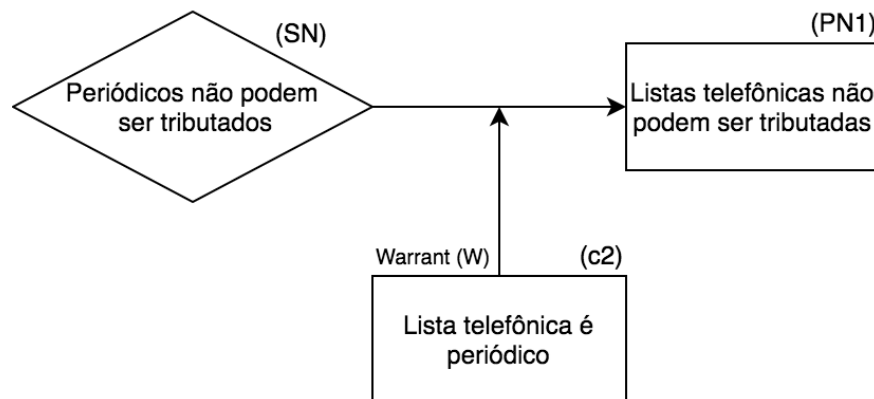
Ao assumir (c5), a divergência desafiou (c1), já que as proposições são incompatíveis. A divergência e o Relator têm o dever de justificar. A divergência

implicitamente concede (c2), que é justificada internamente pela regra de imunidade, a que é justificada externamente por estar na CF. A questão é que (c3) e (c4) *não são incompatíveis com* (c1). A divergência não nega que as listas telefônicas sejam “periódicos”, apenas afirma que há outra interpretação possível: a pelo propósito, que já foi detalhada acima. Em verdade, pode-se considerar que a divergência, através de (c3), deu (c2) por *justificada*.

Isso cria um problema: a dedução é *formalmente válida* e, uma vez estabelecido que as premissas são verdadeiras, a conclusão segue necessariamente. Como, portanto, compatibilizar que a divergência desafiou a conclusão do Relator, ao mesmo tempo em que admitiu a verdade de suas premissas? A representação por dedução deve, portanto, ser abandonada, já que não representa com fidelidade o debate que efetivamente ocorreu.

Outra forma de estruturar o argumento do Relator seria a de Toulmin, apropriada por Alexy:⁶⁷⁹

Figura 8 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo de Toulmin, 2003

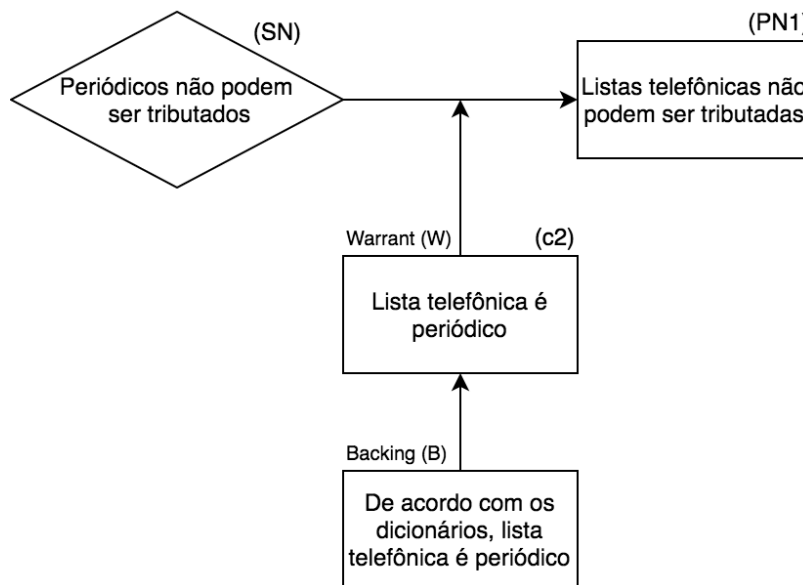


Toulmin havia identificado corretamente que a interpretação estava relacionada com a *inferência*. Mas ao formular uma *regra* de inferência enunciável como condição de derivação da conclusão, esta formalização vai padecer da mesma deficiência da dedutiva. Em caso de desafio, Toulmin diz que deve ser oferecido um suporte (*backing*) para o *warrant*.⁶⁸⁰ No argumento do Relator, já que se trata de uma interpretação literal, ele utilizou como suporte definições de dicionários. Complementando o esquema, temos:

⁶⁷⁹ Descrita acima, item 2.11, p. 123.

⁶⁸⁰ TOULMIN, 2003.

Figura 9 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo no modelo de Toulmin, 2003, com suporte da regra de inferência



A questão é que, da mesma forma, a divergência não contesta o *warrant*, muito menos o suporte. Também neste formato teríamos a divergência concedendo (W) e (B) e, mesmo assim, concluindo que

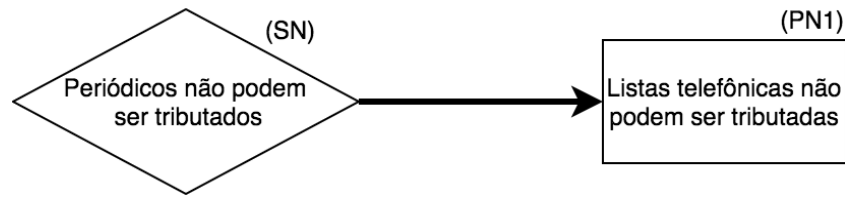
(PN2) Listas telefônicas podem ser tributadas

como uma proposição *normativa*, como o resultado de uma *interpretação* do sistema normativo. Uma defesa desta formalização poderia ser considerar que a divergência propôs um *warrant* diferente (W2). Todavia, aí teríamos duas regras de interpretação aplicáveis, ambas com suporte consistente. Qual aplicar? Para isso seria necessário... outra regra de interpretação ou considerar a decisão discricionária. No primeiro caso, caímos na armadilha do regresso ao infinito. No segundo, em uma teoria onde só é relevante quem decide, e não seremos capazes de dizer nada de relevante sobre a interpretação.⁶⁸¹ Talvez por isso Alexy situe os cânones de interpretação como justificação externa. Mas isso os tornaria argumentos *sobre* a interpretação, não argumentos interpretativos propriamente, e se confundiriam com as teses sobre qual interpretação *deve prevalecer*.

Por fim, considerando uma inferência *material* na linha do que venho sustentando, teríamos:

⁶⁸¹ MARANHÃO, 2012a.

Figura 10 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo com inferência material



A seta aqui representa uma inferência interpretativa. A solução normativa aqui é derivada da mesma forma que da afirmação “o Maranhão está ao norte de São Paulo” se pode concluir que “São Paulo está ao sul do Maranhão”. A inferência material é válida em razão do conteúdo dos termos no vocabulário não-privilegiado: de “periódicos” para “lista telefônica”, como seria também de “periódicos” para “revistas técnicas”, e *não seria* possível de “periódicos” para “calendários”. O conteúdo de “periódico” faz com que a inferência seja válida.⁶⁸²

Isso decorre da necessidade de considerar a inferência *antes* da introdução de um vocabulário lógico (privilegiado) para falar *sobre* ela. Antes de conseguir identificar as inferências que são válidas através de sua forma, é necessário dar conta de inferências que são válidas através de seu conteúdo.⁶⁸³ Por isso a inferência material é tomada no inferencialismo como uma noção primitiva em relação à formal. Este pode ser explicada em termos daquela, mas não o contrário.⁶⁸⁴ A inferência material é, assim, uma inferência cuja correção essencialmente envolve os conteúdos conceituais de suas premissas e conclusões.⁶⁸⁵ O que Brandom chama de uma maneira *formalista* de ver a inferência é, portanto, trocar esta correção primitiva da inferência material pela verdade das premissas

⁶⁸² “This line of thought makes sense only if one thinks of proprieties of inference as extending beyond those underwritten by logical form. That is, one must acknowledge that besides inferences that are formally good in the sense of being logically valid, there are inferences that are materially good in the sense of articulating the contents of the nonlogical concepts applied in their premises and conclusions” (BRANDOM, 2000, p. 37).

⁶⁸³ “Inferentialism about those conceptual contents means taking them to be identified and individuated by their inferential roles. Together these views require that it be coherent to talk about inference prior to the introduction of specifically logical vocabulary, and so prior to the identification of any inferences as good in virtue of their form. In the context of an inferential understanding of conceptual contents, an expressivist approach presupposes a notion of nonlogical inference, the inferences in virtue of which concepts have nonlogical content” (BRANDOM, 2000, p. 60-61).

⁶⁸⁴ BRANDOM, 1994, p. 104-105.

⁶⁸⁵ BRANDOM, 1994, p. 97.

acompanhadas de um condicional clássico, postulando premissas quando suplementar a dedução for necessário.⁶⁸⁶

A *racionalidade* consiste no domínio dessa prática de dar e demandar razões, mas esta não é uma capacidade lógica.⁶⁸⁷ A capacidade lógica, de falar *sobre* algo, pressupõe e é estruturada *sobre* uma racionalidade subjacente, no nível da prática.⁶⁸⁸ A introdução de um vocabulário lógico sofisticado é opcional: ela tem uma função expressiva. Ao formular uma argumentação utilizando lógica proposicional, é possível visualizar relações entre argumentos que, no discurso jurídico corriqueiro, são obscurecidas pela retórica.⁶⁸⁹ Ao utilizar o vocabulário deôntico do inferencialismo, busca-se o mesmo poder expressivo para a inferência material: trazê-las para o jogo. Elas já estão ali, são feitas a todo momento no jogo de dar e demandar razões. Ao explicitá-las, estamos alçando as inferências implícitas, subjacentes à prática, para o nível da metalinguagem, “como tópicos específicos de discussão e justificação”.⁶⁹⁰ Elas passam a fazer parte do jogo de dar e demandar razões como algo *sobre o que se pode falar*, algo para o que se pode demandar razões, e que pode servir como razão.

É justamente como razões *para a inferência* que entram (c2) e (B), assumidos explicitamente no texto da decisão pelo Relator. Ao defender que as listas telefônicas são periódicos e invocar definições de dicionário, o Relator estava justificando *a inferência*, que foi trazida para o jogo de dar e demandar razões — ainda que, ali, de forma intuitiva — como uma *interpretação literal*, um padrão de inferência material, um argumento interpretativo. É possível perceber que, mesmo sem utilizar o vocabulário lógico, o Relator, como participante da prática, percebe a diferença entre os *status* deônticos em questão. Uma coisa é fazer uma inferência, outra é fazer esta inferência *corretamente*, ou seja, estar justificado a fazê-la. O Relator sabia usar argumentos interpretativos, fazer inferências materiais e justificar essas inferências, ainda que talvez não houvesse sido apresentado a um

⁶⁸⁶ BRANDOM, 1994, p. 98.

⁶⁸⁷ Por isso Brandom distingue entre “seres sapientes”, capazes de participar do jogo de dar e pedir razões, e “seres lógicos”, capazes de teorizar sobre a prática, expressando os conteúdos conceituais (BRANDOM, 2000).

⁶⁸⁸ BRANDOM, 1994, p. 117.

⁶⁸⁹ Foi que se buscou fazer em MARANHÃO; ARAÚJO, 2018.

⁶⁹⁰ BRANDOM, 1994, p. 117.

vocabulário que permitisse *falar* sobre isso. Isso é possível *perceber* com o uso do vocabulário lógico introduzido.

Se há um desacordo sobre a *correção* de uma inferência, é possível dizer sobre o que a divergência é oferecer razões de um lado e de outro. O condicional é o paradigma de uma locução que permite alguém tornar compromissos inferenciais explícitos como o conteúdo de julgamentos.⁶⁹¹

O ponto é que essa explicitação através do condicional *não precisa ser adicionada* como premissa de forma a *autorizar* (como em um *warrant* ou regra de inferência) a inferência do antecedente para o conseqüente. Eles “servem para *explicitar*, na forma de uma asserção, o endosso meramente implícito de uma adequação material da inferência”.⁶⁹²

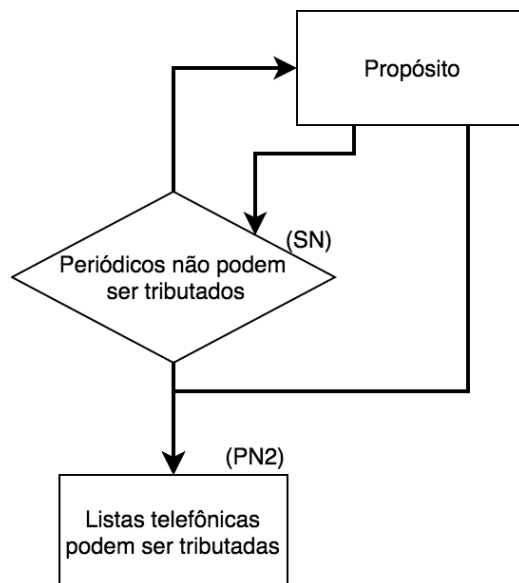
Esta duplicidade de *status* deônticos é essencial para que se perceba que uma inferência material pode ser *válida* e não ser utilizada *corretamente*, e ela pode ser *inválida* e, mesmo assim, utilizada. São duas hipóteses de *erro* na argumentação. É preciso que uma teoria da argumentação dê conta do *erro* sob pena de incorrer na crítica de Wittgenstein quanto à linguagem privada. Ao separar a validade da correção na inferência material, Brandom abre espaço para este erro. A *validade* de uma inferência material decorre das atitudes deônticas dos participantes da prática de tomar essa inferência como *válida*, um padrão inferencial endossado. Mas *um* ou *alguns* participantes da prática podem usar a inferência incorretamente em uma instância argumentativa. Da mesma forma que alguém pode assumir um compromisso para o qual não está justificado, alguém pode utilizar um argumento de forma incorreta.

Neste caso o Relator utilizou um argumento interpretativo pela *literalidade* da regra. É uma espécie de argumento semântico. A divergência não nega que esta inferência é possível. Este desafio, aliás, seria até implausível. O que a divergência fez, foi, igualmente, derivar uma solução normativa interpretativa:

⁶⁹¹ BRANDOM, 2000, p. 60.

⁶⁹² BRANDOM, 2000, p. 87.

Figura 11 - Esquema inferencial de um argumento interpretativo com inferência material e utilização do propósito da regra



Aqui o argumento interpretativo é pelo propósito da regra de imunidade. Note-se que o propósito é utilizado como razão na inferência interpretativa. Ainda assim, a interpretação continua sendo uma derivação inferencial em que não se tem uma regra de inferência como pressuposto necessário da conclusão. Uma regra de inferência, aqui, teria como conteúdo algo que determinasse que o propósito pode (ou deve) controlar a interpretação. Ocorre que a possibilidade de uma interpretação pelo propósito faz parte da justificativa da inferência material, não constituindo uma premissa adicional. Por outro lado, dizer que o propósito *deve* controlar a interpretação é uma tese sobre a *melhor* interpretação, sobre qual interpretação deve controlar o resultado da adjudicação. Ambas as teses fazem parte do argumento da divergência, mas a primeira como a assunção de um compromisso com a validade de um padrão de inferência material e a segunda como uma possível premissa na sequência da argumentação que tem as interpretações antes derivadas como *objeto*.

A divergência considerou, portanto que há (no mínimo) duas interpretações possíveis, uma literal, e uma pelo propósito. Utilizando I para representar as interpretações, temos:

(I_{literal}) Lista telefônica é periódico.

(I_{propósito}) Lista telefônica não é periódico.

É claro que um julgamento não pode terminar com os dois lados em um debate afirmando que suas interpretações são possíveis. É preciso dar uma decisão, e (PN1) e (PN2)

são inconsistentes. A única forma de resolver essa inconsistência é argumentando que uma delas deve prevalecer. Neste momento, tanto o Relator quanto a divergência vão debater quanto à *melhor interpretação*. Aqui não se está analisando a correção do argumento literal, de um lado, ou do argumento pelo propósito, de outro, como inferências corretas ou incorretas, como instanciações corretas ou incorretas de um padrão inferencial válido. Ambas as interpretações foram corretas. O debate vai prosseguir para decidir *qual* deve *controlar o resultado da adjudicação*.

Há uma transição do segundo nível para o terceiro nível do discurso. Essa transição nem sempre é clara — aliás, depois análise de muitas decisões judiciais, diria que normalmente ela não é clara. O uso do inferencialismo e dos mapas argumentativos, contudo, permite interpretar essas decisões e reconstruir a argumentação de forma a deixar claro (explícito) a que cada parte da fundamentação se refere.

O Relator, em síntese, acredita que se o constituinte quisesse ter especificado, poderia ter especificado, de modo que não cabe a ele fazer essa restrição. É, claramente, uma tese sobre a adjudicação, não sobre a interpretação. Ao entender que seu papel não é de ler nas entrelinhas do que o constituinte escreveu, ele se alinhou a uma tradição bastante antiga que dá proeminência ao *self-restraint*, à previsibilidade, à segurança jurídica como *legal certainty*. Com pouco trabalho daria para transformar esta tese em um textualismo ou até um originalismo. Podemos representar o argumento do Relator com a seguinte simplificação:

(c6) Se o constituinte não distinguiu entre os periódicos que deveriam ser beneficiados com a imunidade, a regra deve ser aplicada literalmente.

A divergência, por outro lado, ao não questionar a *possibilidade* de interpretação literal, evidencia bem que a discussão é sobre *qual* deve prevalecer. A fundamentação se concentra mais em qual seria o propósito, mas em dado momento fica claro que, para eles, a interpretação pelo propósito é *melhor* que a literal: “o fato de ser periódica a publicação, por si só, não lhe confere o direito à imunidade. Importa que preencha a finalidade teleológica que a Constituição implicitamente deu à sequência: ‘o livro, o jornal e os periódicos’”.⁶⁹³ a divergência pode ser considerada comprometida com o seguinte argumento:

⁶⁹³ STF, RE 104.563, 1986.

(c7) As regras devem ser aplicadas de acordo com o seu propósito.

A discussão a partir daí ocorre em um momento logicamente posterior à definição quanto à possibilidade de derivação de interpretações literal e por propósitos. Por mais que esse debate com frequência seja identificado — até pelos próprios juízes — como “interpretação”, é possível, através da distinção terminológica aqui introduzida, evidenciar que os debates podem ser identificados em momentos (níveis) distintos da argumentação. Aqui não há teses construtivas que, invariavelmente, resultam em ampliação ou contração do sistema normativo, mas em *aplicação* direta da regra. A distinção clássica entre aplicar a regra e “criar” direito reflete justamente essa delimitação entre a instanciação de uma solução normativa interpretativamente derivada da regra e a instanciação de uma solução normativa que representa uma ampliação ou uma contração do sistema normativo inicialmente considerado aplicável.

Os argumentos interpretativos derivam do ordenamento jurídico soluções normativas. Estão no primeiro e segundo níveis do discurso argumentativo. Os argumentos *sobre* a interpretação têm como *objeto* o resultado de uma inferência interpretativa. Estão no terceiro nível do discurso argumentativo, ou seja, determinar uma solução para o caso em análise, juntamente com o argumento por analogia e por exceções implícitas.⁶⁹⁴

Retomando estes, para evidenciar ainda mais a distinção, note-se que no argumento por exceção implícita assume-se um compromisso com (pRej), no sentido de que a solução normativa é incoerente com o propósito. O *objeto* desta proposição é a solução normativa resultado da interpretação, o que evidencia que já estamos no terceiro nível da argumentação — falando *sobre* a interpretação. Da mesma forma, o argumento por analogia *pressupõe* a definição de que não há solução normativa (e aí a interpretação vai resultar em uma proposição normativa que descreve este vácuo normativo) ou da definição de que há solução normativa, e que ela foi rejeitada (pelo argumento por exceção implícita).

Os argumentos interpretativos são assim definidos como um padrão de inferência material, e a utilização do vocabulário normativo do inferencialismo permite tornar explícito na linguagem privilegiada o endosso a condições materiais de razão prática⁶⁹⁵ que ocorre no nível da linguagem não-privilegiada. Esta “competência lógica” não

⁶⁹⁴ Dentre outras teses construtivas cuja análise exaustiva seria impossível aqui.

⁶⁹⁵ BRANDOM, 2000, p. 89.

é necessária para ser um jogador no jogo de dar e demandar razões,⁶⁹⁶ apenas o meio pelo qual se usa uma formalização para evidenciar através de formulações linguísticas essas condições de validade das inferências.⁶⁹⁷ Mas a metalinguagem, ainda que não necessária para a derivação inferencial, permite explicitar os compromissos assumidos na inferência de modo a averiguar se houve a justificação (que se exige de qualquer decisão judicial).

Ao caracterizar os argumentos interpretativos como padrões de inferência material, começa-se a perceber por que a limitação da interpretação à semântica da formulação normativa é mais do que uma convergência doutrinária sobre esta atividade dos juízes. A inferência material tem sua validade determinada pelo conteúdo dos conceitos utilizados na inferência, e, se este conteúdo é objetivo, a conclusão da inferência não pode extrapolar os limites desta objetividade.

3.8 A normatividade implícita na prática — II

Usar um conceito é dominar sua aplicação na prática.⁶⁹⁸ É saber quando é correto utilizá-lo, e quais inferências decorrem de sua utilização. Pela abordagem inferencialista, é esta articulação inferencial entre as condições de aplicação e as consequências de uso que nos fornece o *conteúdo* do conceito. Para perceber a dimensão *normativa* do discurso, é necessário acentuar que esta articulação é entre as condições *adequadas* de aplicação e as consequências *necessárias* do uso. Um conceito está à disposição do falante apenas no sentido de que ele pode usá-lo ou não, mas, se decide usá-lo, a articulação inferencial, o conteúdo conceitual, não está à mercê de um participante da prática isoladamente.

Esta normatividade não é *dada* pelo vocabulário deôntico, que é apenas expressivo. Mas ao trazer os compromissos implícitos para o jogo de dar e demandar razões, o vocabulário permite que se explicite suas articulações inferenciais e, a partir da *normatividade* implícita na prática, que (1) possamos atribuir (e assumir) compromissos em decorrência de um compromisso assumido,⁶⁹⁹ (2) possamos atribuir um endosso a padrões

⁶⁹⁶ BRANDOM, 2000, p. 30.

⁶⁹⁷ BRANDOM, 1994, p. 231.

⁶⁹⁸ “To understand a sentence means to understand a language. To understand a language means to have mastered a technique” (WITTGENSTEIN, 2009, §199)

⁶⁹⁹ Em BRANDOM, 1994 há um detalhamento quanto à atribuição de compromissos relacionados a ações, que

de inferência material; (3) possamos criticar compromissos não-justificados e identificar erros em inferências.

O ponto fundamental é que quando alguém faz um movimento no jogo de dar e demandar razões, nós, como árbitros, podemos atualizar o placar *independentemente* do assentimento do falante quanto a nossa atualização. Isso porque também somos participantes competentes da prática: ser um participante no jogo de dar e demandar razões é saber *reagir* a uma asserção, responder de forma diferenciada de acordo com as circunstâncias de aplicação adequada de um conceito e distinguir as consequências inferenciais adequadas do uso do conceito.⁷⁰⁰

Assim, entender um ato de fala é ser capaz de atribuir os compromissos e prerrogativas adequados em resposta.⁷⁰¹ Vimos que assumir um compromisso é fazer algo que torna *apropriado* aos demais atribuir este compromisso. Isso pode ocorrer de duas formas: pela primeira, um jogador *reconhece* um compromisso, o explicita; pela segunda, ele assume o compromisso de forma consequencial, ou seja, como *conclusão* a que ele está *comprometido* como uma consequência inferencial implicada pelo que ele reconhece.⁷⁰² Esta implicação (*entailment*) é normativa. Se alguém declara p , e q é uma consequência necessária em razão dos conceitos empregados, eu atribuo q ao falante. Portando, se eu acredito que “Brandom reverencia Wittgenstein” e que “Wittgenstein é o ‘sábio de Jena’”, decorre necessariamente que eu acredito que “Brandom reverencia o ‘sábio de Jena’”, ainda que esta relação nunca tenha me ocorrido, pois estou comprometido com ela *necessariamente* pelos conteúdos conceituais envolvidos. Colocando em termos do vocabulário normativo, a primeira forma representa um compromisso *reconhecido*, e a segunda um compromisso *consequencial*. Logo, assumir um compromisso com uma asserção que possui um conteúdo “envolve assumir compromissos com asserções cujos conteúdos são (no contexto dos outros compromissos assumidos [pelo falante]) suas inferências *compromissivas*”.⁷⁰³

geralmente são identificados como movimentos de saída do jogo. Como meu objetivo é analisar apenas a racionalidade da adjudicação, omiti esta parte do modelo.

⁷⁰⁰ BRANDOM, 2000, p. 63-64.

⁷⁰¹ BRANDOM, 2000, p. 165.

⁷⁰² BRANDOM, 2000, p. 174.

⁷⁰³ BRANDOM, 1994, p. 194.

Assim, compromissos consequenciais não são sempre reconhecidos, mas são compromissos ainda assim. Os *status* deônticos têm esse caráter normativo em razão de sua instituição pelas atitudes de uma comunidade linguística que, diante de determinadas asserções, trata uma pessoa como comprometida com determinado conteúdo, e atribui ou não uma justificativa para aqueles compromissos. O vocabulário, portanto, no modelo de *scorekeeping*, em vez de falar em *estar* comprometido, fala em condições práticas em que alguém será *adequadamente considerado* como comprometido.

É claro que isso pressupõe um indivíduo racional, que não tenha crenças contraditórias ou incompatíveis e que acredite nas consequências de suas crenças, e é evidente que isso é apenas um ideal, porque as pessoas de fato assumem compromissos incompatíveis. Justamente por isso é essencial a divisão dos *status* deônticos, para dar conta de compromissos justificados e injustificados, bem como falar em *duas* formas de assumir compromissos, para distinguir claramente entre os que foram explicitamente assumidos e os que são inferencialmente necessários, embora possivelmente não sejam sequer reconhecidos ou eventualmente possam ser até expressamente negados se com eles confrontarmos o falante.

Do ponto de vista de quem controla o placar, há também duas *atitudes* com relação aos compromissos: a de atribuí-los e a de endossá-los. Destas, a atribuição é fundamental. *Endossar* um compromisso, do ponto de vista individual, é alguém o atribuir a si mesmo no placar deôntico. Do ponto de vista dos outros participantes da prática, é fazer algo que permita aos demais atribuí-lo a si. Do ponto de vista de um participante da prática marcando o placar, é atribuir o compromisso ao falante, atribuir uma justificativa para ele e *assumir o mesmo compromisso*. Aqui fica evidenciado o aspecto social da prática.

Ninguém pode dar razões se não for capaz de fazer *asserções*. Para fazer asserções, é preciso dominar a dimensão *normativa* da inferência: uma compreensão prática da noção de argumentar *corretamente*, da distinção entre uma inferência correta ou incorreta. E considerar inferências corretas ou incorretas somente é inteligível em um contexto *interpessoal*, aqui desenhado como uma prática de controlar o placar uns dos outros (*scorekeeping*). É apenas nesse contexto comunicativo que se consegue dar conta da dimensão individual (daquilo que falamos, com o que nos comprometemos) e da dimensão *objetiva* (como *corretamente* falar, como *corretamente* se comprometer com algo). Esta

dimensão é objetiva, embora social, porque as atitudes individuais de manutenção do placar não são, isoladamente, decisivas. Essa relação “eu-vocês” (*I-thou*) significa que “a deliberação em primeira pessoa é a internalização dessa avaliação em terceira pessoa”. A apreensão do caráter normativo da prática depende dessa capacidade de *navegar* entre as perspectivas.⁷⁰⁴

É por isso que um compromisso pode ser assumido tanto pelo reconhecimento explícito quanto consequencialmente, como uma dimensão dessa atitude prática de endossar algo. Pelas mesmas razões, as prerrogativas também são atribuídas normativamente, através de atitudes que tomam um determinado compromisso por justificado — por *default*, porque não desafiado, ou efetivamente defendido após um desafio. E mesmo que um falante *não saiba* que seu compromisso está justificado, a prerrogativa lhe é atribuída. Brandom exemplifica este ponto com o de uma pessoa bastante insegura quanto a sua capacidade técnica de afirmar algo, que pode ser aqui adaptado.⁷⁰⁵ Um estudante, depois de ler *Making It Explicit*, afirma que “Brandom se apropriou da expressão ‘jogo de dar e pedir razões’ de Sellars”. O professor, que também já leu o livro, atribui a ele um compromisso com a asserção e a justificativa a ela. Esta atribuição de justificativa é, claro, derrotável, pois pode ser que o aluno e o professor tenham entendido algo errado. Mas o ponto é que o aluno pode ter dúvida quanto à afirmação que fez, ele próprio pode não considerar justificada a afirmação, e se questionado talvez não soubesse mostrar no livro algum trecho que a justificasse. Ainda assim, a prerrogativa é atribuída.

Desta forma, podemos perceber que uma *asserção* contém implicitamente: (1) condições que governam os movimentos inferenciais *corretos* de e para o conteúdo da proposição afirmada; (2) as outras asserções que são consequências inferenciais da primeira, de acordo com as condições de (1); e (3) o conteúdo conceitual da asserção, que é articulado pelas inferências em (1).⁷⁰⁶ Ao utilizar uma asserção, o falante se compromete com (1), (2) e (3).

⁷⁰⁴ BRANDOM, 1994, p. 230-231. É por esta linha de pensamento que Brandom considera dispensável o apelo a uma convenção. Em vez de explicar a linguagem apelando a uma convenção, ela é condição para que haja uma convenção.

⁷⁰⁵ BRANDOM, 2000, p. 91.

⁷⁰⁶ BRANDOM, 1994.

É precisamente neste ponto que a utilidade dos mapas argumentativos é mais evidenciada. Eles permitem ver que as consequências não estão apenas “para baixo” na argumentação, mas também “para cima”. É isso que significa dizer que alguém se compromete com as condições adequadas de utilização de um conceito (as inferências que *levam para* a proposição afirmada) e com as consequências de uso desse conceito (as inferências que decorrem da proposição afirmada). Ambas são inferências *compromissivas*. E é a articulação entre elas que constitui o domínio do conteúdo conceitual.

Retomemos o exemplo da escusa absolutória prevista no código penal para o cônjuge. Na decisão não está *expresso* que esta regra não se aplica ao companheiro. Mas o voto do Relator inicia falando em *extensão* da regra (analogia). Está implícito, portanto, um compromisso com a não-aplicabilidade direta de uma regra que fala em “cônjuge” para um caso individual em que o agente do crime é “companheiro”. Este compromisso poderia ser enunciado:

(c1) Como a escusa absolutória se aplica ao cônjuge, não se aplica ao companheiro.

O uso do condicional aqui evidencia uma inferência que articula o conteúdo conceitual dos dois termos. O Relator deixa claro que “cônjuge” e “companheiro” não são a mesma coisa: no caso do cônjuge, há uma inferência direta da regra para a solução normativa (interpretação não-problemática) para a solução do caso individual; no caso do companheiro, essa inferência não é possível. É necessário algo mais para chegar na conclusão de que o companheiro *deve ser* beneficiado com a escusa absolutória. Assim, ao falar em extensão da regra, o Relator se compromete, “para cima”, com (c1). Isso *não* depende de nada além do domínio do que significa *estender* uma regra. Somente é possível estender algo que em princípio não é diretamente aplicável. É o conteúdo conceitual de “estender” que articula a inferência compromissiva com (c1), a partir das circunstâncias adequadas de uso do termo.

Não é por outra razão que o argumento por analogia *pressupõe* uma lacuna: ainda que um juiz não diga expressamente que há uma lacuna, se faz uma comparação e conclui pela *extensão*, ele assume um *compromisso* com a (existência de uma) lacuna. Se alguém sustentasse que uma regra se aplica ao caso X, e que para dar a solução desta regra ao caso X é necessário um argumento por analogia, diríamos que ele não entendeu o padrão de inferência que caracteriza uma *extensão*.

Neste ponto é crucial ressaltar outro aspecto da normatividade decorrente do endosso: a atribuição de um compromisso na forma de um *endosso a um padrão de inferência material*. Para isso, podemos utilizar, novamente, o exemplo da escusa absolutória. Como no direito penal funciona a regra de fechamento *nullum crimen*, vimos acima que para o caso individual a solução normativa era no sentido de que o agente deveria ser punido. Mas esta solução não foi aplicada. Esses dois fatores, por si só, já evidenciam uma *contração* no sistema normativo, característica de uma construção jurídica. Na sequência, os julgadores fundamentaram que não seria justo punir o companheiro se havia uma regra beneficiando o cônjuge. Em nenhum momento eles falam em exceção implícita, derrotabilidade, rejeição da solução normativa etc. Mas foi o que *efetivamente ocorreu*. A aplicação do vocabulário deontico aqui introduzido permite evidenciar que, se houve uma extensão, havia uma lacuna, e se havia solução normativa, esta lacuna somente pode ser *axiológica*, e as lacunas axiológicas estão associadas (de forma incontroversa) à derrota de uma solução normativa, aqui denominada de uma *exceção implícita*. O argumento por exceção implícita aqui definido e descrito poderia ter outro nome, mas a estrutura inferencial em que uma solução normativa é *rejeitada* por uma avaliação coerentista com propósitos do sistema normativo seria a mesma.

Esta função expressiva da reconstrução permite evidenciar, portanto, o endosso a padrões de inferência material,⁷⁰⁷ ainda que os julgadores não estejam conscientes disso. Em verdade, a já discutida dificuldade de fundamentar esse tipo de caso, onde há regra clara, mas claramente injusta, frequentemente faz com que os Tribunais busquem argumentos interpretativos. Mas o que eles *dizem* que fazem não é determinante, e sim o que *efetivamente* fazem. Aqui a normatividade da racionalidade discursiva ganha relevância ao evidenciar que um padrão argumentativo é *endossado* na prática jurídica ainda que, confrontados com essa representação em termos de um vocabulário lógico, os julgadores *se recusassem a reconhecer* que “derrotaram uma regra”.

Para que fique bem claro: não é a abordagem inferencialista que “transforma” o argumento utilizado pelo TJRS em um argumento por exceção implícita. O vocabulário lógico apenas *explicita* um endosso a um padrão de inferência, e ao fazê-lo funciona como

⁷⁰⁷ “With this background, I can state my fundamental thesis: normative vocabulary (including expressions of preference) makes explicit the endorsement (attributed or acknowledged) of material proprieties of practical reasoning. Normative vocabulary plays the same expressive role on the practical side that conditionals do on the theoretical side” (BRANDOM, 2000, p. 89).

vocabulário normativo ao nos permitir *atribuir* este endosso⁷⁰⁸ em uma prática de dar e demandar razões. O expressivismo através de um vocabulário deontico traz o implícito para “fora”, permitindo que seja discutido.⁷⁰⁹

3.8.1 *Premissas e esquemas argumentativos implícitos*

A proeminência que o inferencialismo confere às inferências materiais como articuladoras do conteúdo conceitual faz com que Brandom rejeite a percepção de que as inferências são, de maneira geral, entimemas esperando para ser descobertos. Mas isso não implica que em decisões judiciais não se tenha, frequentemente, premissas implícitas. Pelo contrário: é por evidenciar o caráter normativo da assunção de compromissos e do endosso a padrões de inferência que se consegue identificar que algo não foi explicitado.⁷¹⁰

Os entimemas, como se denomina um argumento onde pelo menos uma premissa *necessária* não foi explicitada, são normalmente associados a argumentos dedutivos. Um exemplo: ao julgar a possibilidade de prisão de réu condenado em segunda instância, mas ainda antes do trânsito em julgado, em 2016 e 2018 os Ministros do STF se dividiram em dois grupos com posições diametralmente opostas. O curioso é que ambos argumentavam a partir da mesma regra: o art. 5º, LVII da Constituição Federal, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A corrente “garantista” derivava, deste dispositivo, que “ninguém sofrerá a execução da sentença até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁷¹¹ Os que entendiam de modo contrário inferiam que seria “permitido [ou obrigatório] executar a sentença penal condenatória em segunda instância recursal, antes do trânsito em julgado”.

⁷⁰⁸ “Logical locutions make it possible to display the relevant grounds and consequences and to assert their inferential relation. Formulating as an explicit claim the inferential commitment implicit in the content brings it out into the open as liable to challenges and demands for justification, just as with any assertion. In this way explicit expression plays an elucidating role, functioning to groom and improve our inferential commitments, and so our conceptual contents—a role, in short, in the practices of reflective rationality or ‘Socratic method’” (BRANDOM, 2000, p. 71).

⁷⁰⁹ “Conceptual norms are brought into play by social linguistic practices of giving and asking for reasons, of assessing the propriety of claims and inferences” (BRANDOM, 2000, p. 26).

⁷¹⁰ DAMELE; MACAGNO, 2013; WALTON; MACAGNO, 2009; WALTON; REED, 2005.

⁷¹¹ MARANHÃO; ARAÚJO, 2018, p. 139.

O conceito “culpado” não permite inferir materialmente nenhuma das conclusões propostas. A única maneira de dar racionalidade aos argumentos é atribuindo uma leitura do princípio de presunção de inocência, que se chamou de princípio de presunção de inocência “implícito”. De um lado, seu conteúdo seria “para qualquer indivíduo, é obrigatório que, se não houver convicção de culpa, haja convicção de sua inocência”, e isso permitiria derivar a solução proposta pela corrente garantista. De outro lado, o princípio implícito seria “para todos os indivíduos, se não há convicção de sua culpa, então obrigatoriamente há a convicção de sua inocência”. A mudança do escopo do operador de obrigatoriedade faz com que, no segundo caso, seja possível dizer que, de fato, houve uma convicção de culpa, muito embora não tenha ocorrido o trânsito em julgado.⁷¹² É possível dar conta dessa distinção porque compreendemos a articulação inferencial que caracteriza o “culpado” da regra constitucional e os conceitos utilizados em uma e outra corrente.

Mas a explicitação de entimemas não se cinge aos argumentos dedutivos.⁷¹³ Isso pode ser evidenciado resgatando o julgamento, pelo STF, quanto à aplicação do art. 115 do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 115 – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Na segunda parte, a regra estabelece a redução do prazo prescricional tendo como marco a data da sentença. Já se discutiu acima que “sentença” é como se denomina o provimento judicial que resolve a ação penal no primeiro grau de jurisdição. As decisões dos Tribunais são veiculadas através de “acórdãos”. Uma interpretação literal da regra levaria à conclusão de que, se o réu completasse setenta anos após a sentença condenatória, mas antes do acórdão que a confirmasse (em caso de apelação de uma das partes), não teria direito ao benefício do art. 115. O prazo prescricional deveria ser contado normalmente.⁷¹⁴ Inicialmente, este foi o entendimento que prevaleceu.⁷¹⁵

Em 2006 houve decisão veiculando argumento em sentido diverso no caso de réu que fora julgado originalmente em um Tribunal em razão de foro por prerrogativa de

⁷¹² A estruturação completa e a formalização dedutiva do argumento estão em MARANHÃO; ARAÚJO, 2018.

⁷¹³ MARANHÃO; ARAÚJO, 2018, p. 135-136.

⁷¹⁴ Os prazos de prescrição estão estabelecidos no Código Penal, art. 109, e dependem da pena cominada (ou aplicada) para o crime. O art. 115 reduz qualquer dos prazos pela metade.

⁷¹⁵ STF, *HC 71.811*, 1994

função. Neste caso, não há a possibilidade de o réu ter uma sentença proferida contra si, já que, sendo julgado originalmente por um órgão colegiado, sua primeira condenação é veiculada através de um acórdão. Em razão disso, o STF disse que é possível “superar a literalidade da norma, sob pena de [se] cometer injustiças, reduzindo o prazo prescricional mesmo quando não se está diante de uma sentença condenatória monocrática”. O caso individual que deveria ser resolvido pelo julgado na verdade não tratava de foro por prerrogativa, e esta situação foi apenas exemplificada pelo Relator. A questão é se é possível, a partir deste sucinto argumento, reconstruir o argumento utilizado — supondo uma fundamentação sintética em que o Relator concluísse pela aplicação do art. 115 ao caso. As frases utilizadas pelo Relator foram as seguintes:

A jurisprudência deste Tribunal estabelece que o lapso prescricional somente é reduzido à metade quando o agente conta com setenta anos de idade na data da sentença condenatória. (...) Existem, porém situações nas quais [o] intérprete pode superar a literalidade da norma, sob pena de cometer injustiças, reduzindo o prazo prescricional mesmo quando não se está diante de uma sentença condenatória monocrática. É o caso, por exemplo, da condenação proferida de forma colegiada, em virtude de foro especial por prerrogativa de função.⁷¹⁶

A primeira parte, que invoca os precedentes da Corte, deixa claro que o benefício somente seria aplicável a quem completasse a idade antes da sentença de primeiro grau. Estabeleceu-se, primeiro, a interpretação que o Relator considera literal, e depois que esta interpretação constituía o entendimento consolidado na Corte, com força de precedente. Uma aplicação desta interpretação literal levaria à solução normativa

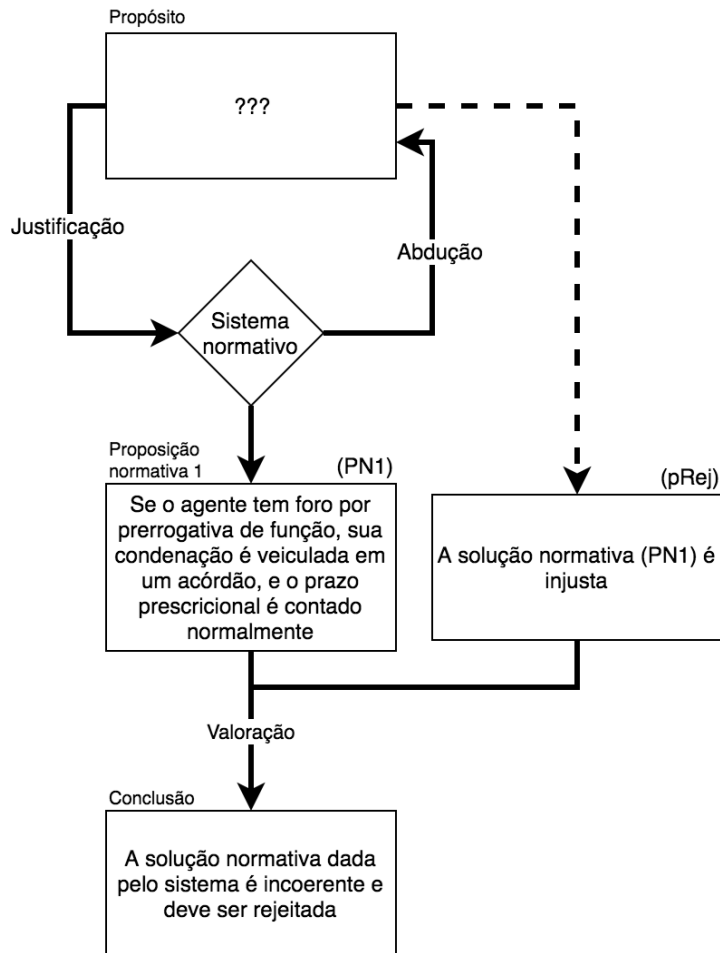
(PN1) Se o agente tem foro por prerrogativa de função, sua condenação é veiculada em um acórdão, e o prazo prescricional é contado normalmente.

Quando o Relator diz que aplicar a literalidade da regra e negar o benefício ao réu com foro por prerrogativa de função seria uma injustiça, está *rejeitando* (PN1). Esta estrutura inferencial, em que uma solução normativa é assumida e depois rejeitada, caracteriza o argumento por exceção implícita. Não se sabe qual o propósito que faz (PN1) ser incoerente, já que a fundamentação não é expressa nesse sentido. Contudo, pela estrutura inferencial do argumento, sabe-se que a asserção de que (PN1) é injusta tem por base alguma consideração em relação a um propósito do sistema normativo (ainda que, em último caso,

⁷¹⁶ STF, HC 86.320, 2006, p. 887.

a uma ideia abstrata de justiça). A identificação do padrão argumentativo permite que o esquema argumentativo seja aplicado ao caso e explicita que há algo implícito:

Figura 12 - Mapa argumentativo parcial de STF, HC 86.320, 2006



O propósito em questão está presente no argumento ainda que não tenha sido enunciado, como condição de racionalidade *porque* o padrão argumentativo utilizado assim exige. Essa exigência não decorre, apenas, da exigência na prática jurídica de que as razões utilizadas pelos julgadores tenham amparo em alguma razão que é considerada um *standard* normativo vinculante, ainda que na forma de um propósito ou um princípio de vaga formulação. É condição de racionalidade também no nível da prática discursiva, porque é necessário *dar razões* para (pRej). Dito de outra forma, a racionalidade da prática discursiva aqui estruturada faz com que as atitudes que revelam um endosso ao argumento por exceção implícita *imponham* que (pRej) esteja amparada em uma razão externamente justificada. A racionalidade interna à prática jurídica, já discutida nesse sentido acima, impõe que essas

razões últimas na fundamentação das decisões judiciais sejam *standards* normativos dotados de generalidade.

Por outro lado, a redação do acórdão indica que haveria uma *extensão* da regra do art. 115. A extensão pode caracterizar os argumentos por analogia ou *a fortiori* — que tem estrutura semelhante.⁷¹⁷ No argumento por analogia, há uma necessária comparação entre o caso-alvo e o caso-análogo. Esta comparação não foi explícita, e como também não sabemos qual o propósito que o Relator identificou não temos como avaliar se a comparação feita pelo Relator foi correta ou incorreta. Mas sabemos que há uma premissa implícita que diz que “o caso-alvo (de alguém com foro por prerrogativa de função) é semelhante ao caso-análogo (de alguém que não tem foro por prerrogativa de função)”. Esta premissa pode ser normativamente atribuída, de modo que se pode dizer que o Relator assumiu que o caso de alguém com prerrogativa de foro é *semelhante*, de alguma forma, com o caso de alguém sem essa prerrogativa.

Note-se que o STF não teria *necessariamente* que decidir utilizando um argumento por exceção implícita e outro por analogia, em uma argumentação complexa. Mas a partir do momento em que a Corte assumiu um compromisso em premissas e conclusão típicas destes padrões argumentativos, o restante da estrutura inferencial lhe pode ser atribuído: tanto as premissas implícitas quanto o endosso ao padrão de inferência. No caso, o STF assumiu explicitamente: (1) a não-aplicabilidade direta da solução normativa do art. 115 do CP para o caso do réu com foro por prerrogativa de função; (2) que (1) seria injusto; (3) que a regra do art. 115 deve ser estendida para o caso de réu com foro por prerrogativa de função. Esta estrutura é típica do padrão inferencial do argumento por analogia em caso de lacuna axiológica, que, por sua vez, depende do argumento por exceção implícita.

Esta normatividade do endosso a um padrão inferencial tem ainda outro aspecto. No tema da escusa absolutória do art. 181, I, do Código Penal, há decisões de outros Tribunais em que, decidindo casos “análogos” (aqui apenas por terem as mesmas

⁷¹⁷ Basicamente, no argumento *a fortiori* a extensão da regra se justificaria porque o caso individual apresenta propriedades mais relevantes (e não apenas semelhantes) do que as do caso-paradigma, correspondente à *facti species* normativa. A estrutura, salvo este detalhe, é mesma do argumento por analogia. Sobre o argumento *a fortiori* de maneira geral, mas sem incorporar a inferência material, cf. TARELLO, 2013; WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

propriedades do caso decidido pelo TJRS, ou seja, um crime patrimonial praticado contra companheira), a conclusão foi em sentido contrário. O Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que não era o caso de extensão em fundamentação bem mais simples: a Relatora daquele caso disse que, se o legislador utilizou apenas o termo “cônjuge”, é porque pretendeu que se fizesse uma “interpretação restritiva”.⁷¹⁸

Não há, na decisão, qualquer menção a propósito, apenas a identificação de que a *linguagem* da regra não inclui os casos de união estável: “entendo que a escusa absolutória prevista no art. 181, I do Código Penal, diz respeito somente ao cônjuge, na constância da sociedade conjugal, não se estendendo aos casos de [união estável]”.⁷¹⁹ Na verdade — e mais uma vez demonstrando como a falta de clareza no uso das técnicas interpretativas e construtivas leva a argumentos inconsistentes —, de interpretação propriamente não se trata. A constatação da Relatora é elementar, e equivale a dizer que “companheiro” está fora dos limites semânticos de uma regra que fala em “cônjuge”. Utilizando o vocabulário deôntico, os termos têm distintos compromissos de substituição.

Mas a constatação de que o legislador, em 1940, pretendeu restringir a escusa absolutória aos casos de cônjuge, e mesmo que a formulação da regra não permite uma *interpretação* que a aplicasse diretamente ao companheiro, *não obstat* a *extensão* por analogia. Em verdade, o argumento por analogia *pressupõe* a definição de que a regra que vai ser estendida não se aplica ao caso. E vale notar que não se trata de uma posição isolada ou pontualmente mal fundamentada de um julgador específico: ela transcreve trechos de livros tradicionais de direito penal, escritos por autores renomados, frequentemente citados até pelo STF, com argumentação semelhante.

Pelo texto do acórdão, ela parece considerar *impossível* a extensão por analogia, como se estivesse rejeitando o padrão de inferência. Mas a não incidência, neste caso, da regra de fechamento *nullum crimen sine lege* e, por conseguinte, a *possibilidade* de analogia *in bonam partem* no direito penal brasileiro, é incontroversa. A única maneira de interpretar racionalmente a fundamentação é concluir que a Relatora considerou que seria incorreto aplicar ou o argumento por exceção implícita (que resulta na lacuna axiológica) ou o

⁷¹⁸ “o legislador no inciso I do art. 181 do Código Penal utilizou a expressão: ‘cônjuge, na constância da sociedade conjugal’ ao se referir às pessoas que estariam enquadradas nas escusas absolutórias e, se assim o fez é porque quis restringir a aplicação do referido inciso” (TJPR, RESE 244.728-5, 2004).

⁷¹⁹ Ibidem.

argumento por analogia. Se é assim, a decisão tem fundamentação incompleta, porque não é possível saber as razões dessa incorreção.

Em outro julgado de caso análogo, desta vez o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em fundamentação também bastante sucinta, o Relator explicita que considera, no mesmo sentido do TJRS, que o propósito do art. 181, I, do Código Penal, é de “preservar a intimidade familiar”. Mas logo em seguida também confunde a interpretação do que a lei diz com a possibilidade de sua extensão ao afirmar que “a expressão cônjuge [é de] interpretação restritiva, não se ampliando ao [companheiro]”.⁷²⁰

Seria possível, nessas duas decisões, considerar que houve a rejeição da *possibilidade* de analogia no caso — ou seja, a negação de *validade* do próprio padrão inferencial? A resposta, bastante evidente por tudo o que já se discutiu até aqui, é “não”. A dimensão objetiva do conteúdo conceitual e dos padrões inferenciais aceitos não está à disposição de um participante da prática.

3.9 A articulação inferencial consequencial das decisões judiciais

Ao tratar da inferência material e rejeitar as tentativas de representação do argumento por analogia em forma dedutiva, sustentei que a generalização seria uma consequência do julgado. Já ficou evidente a razão: a generalização é uma explicitação do *endosso* a uma inferência.

Na já citada decisão de *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, a Corte de Apelações de Nova York não postulou uma generalização para instanciá-la ao caso, mas usou uma generalização anteriormente decorrente de julgados anteriores. A partir dessas decisões, a Corte enunciou um princípio: “o estalajadeiro [para se referir de maneira geral a um empreendimento que oferece hospedagem] é objetivamente responsável pelo dinheiro ou objetos pessoais de seus hóspedes”. Este princípio foi estendido e aplicado ao caso individual, que era de um furto ocorrido em um navio a vapor. *Após* a decisão em *Adams*, a mesma Corte ou outra podem fazer referência a este caso e dizer que, *desta decisão*, podemos

⁷²⁰ TJMS, HC 2005.008939-3, 2005. Omiti termos hoje não mais considerados adequados para se referir a quem compõe uma união estável.

derivar que “empresas que operam navios a vapor são objetivamente responsáveis”.⁷²¹ Esta generalização é uma inferência compromissiva a partir da decisão. Surgindo outro caso individual com as mesmas propriedades, espera-se que a Corte de Apelações de Nova York decida de forma coerente com este compromisso.

É importante notar que não se trata aqui de uma questão jurídica, moral ou política quanto à aderência de um juiz ou Tribunal a precedentes. É uma questão de racionalidade enquanto consistência na argumentação. Isso não costuma ser percebido, mas ele está implícito em diversos autores. Ao tratar das regras de interpretação, Peczenik diz que o que se busca é *coerência*, ou seja, consistência no uso dos cânones.⁷²² Bulygin diz que “um juiz que resolve dois casos iguais de maneira distinta, sem indicar em que consiste a diferença que o induz a fazê-lo, atua irracionalmente”.⁷²³ E o ponto aqui não é apenas de uma inconsistência pela não observância do princípio de não contradição.

A *inferência de incompatibilidade* é uma das três inferências fundamentais na moldura aqui utilizada. Porque o conteúdo conceitual é articulado pelas inferências “para cima” e “para baixo” a partir da asserção, e isso significa sermos capazes de corretamente avaliar o que segue do uso de um conceito e o que pode servir de justificação para ele. Logo, precisamos saber o que *não segue* do uso de um conceito e o que *não serve* de justificação para ele. O jogador competente no jogo de dar e demandar razões precisa saber evitar contradições. Claro que, na prática, assumimos compromissos contraditórios até inconscientemente. Mas de maneira geral conseguimos navegar no jogo sem essas contradições. Por mais que *pontualmente* sejamos contraditórios, essencialmente temos que conseguir, na maior parte da prática, articular corretamente os conceitos — senão não conseguiríamos sequer ter uma prática para discutir.

É justamente por isso que, trazendo este *insight* para a prática discursiva de fundamentar decisões judiciais, muitos autores dizem que, com a analogia ou a contração construtiva, os juízes *criam* direito.⁷²⁴ É óbvio que os juízes não têm competência para criar normas: não são jogadores nesta prática. Mas suas decisões “criam normas” no sentido de que, ao decidir, eles assumem *compromissos*, que não apenas funcionam como razões

⁷²¹ Que é a formulação da premissa que controlaria a inferência no modelo de BROZEK, 2018, p. 376-377.

⁷²² PECZENIK, 1989p. 309-310.

⁷²³ BULYGIN, 2003, p. 21

⁷²⁴ BULYGIN, 1966, 2003; RAZ, 1979.

naquela decisão, mas são anotados no placar como uma razão com a qual aquele Tribunal se comprometeu, de forma que este compromisso será cobrado em todas as instâncias posteriores em que, de acordo com as circunstâncias, aquela razão exercer algum papel na inferência.

Há inclusive teorias que sistematizam esses compromissos utilizando a lógica dos *sistemas normativos*. Como estes são conjuntos de razões, os compromissos assumidos pelos Tribunais ao utilizar razões repercutem no sistema normativo. Juliano Maranhão propõe que essa modificação do sistema normativo deve obedecer a princípios de conservação: um de coerência com a base (o que é garantido nos argumentos por analogia e exceção implícita pelo uso de uma regra ou um propósito que já fazem parte do sistema normativo) e de minimalidade. No caso da analogia, “a expansão não deve exceder o necessário para justificar a solução para o novo caso”.⁷²⁵ Podemos assim concluir que o TJRS decidirá outro caso de furto em união estável da mesma forma, mas não necessariamente estenderá a escusa absolutória no caso de um agente de crime patrimonial que tem um namoro antigo com a vítima, mas sem união estável (que é um conceito jurídico e tem requisitos próprios).

Por outro lado, o *resultado* do uso do argumento por exceções implícitas em uma decisão judicial pode ser racionalmente representado por uma *contração*, que consiste em uma revisão do sistema normativo original através de um refinamento⁷²⁶ levando em conta os mesmos critérios de conservação, que constroem a mudança ao mínimo necessário para resolver a inconsistência.⁷²⁷ Assim, apenas a proposição normativa inconsistente seria retirada do conjunto de consequências do sistema de regras. No mesmo sentido, Peczenik diz que essa contração ou, como ele chama, *redução*, eliminaria uma parte do “núcleo” da área de aplicação da regra, ou seja, um caso que teria uma consequência determinada pela norma será resolvido de *outra* forma.⁷²⁸ O resultado é *compromissivo*, vai levar a um compromisso de repetir a mesma conclusão nos próximos casos.

⁷²⁵ MARANHÃO, 2015, p. 127.

⁷²⁶ MARANHÃO, 2001, 2012b.

⁷²⁷ MARANHÃO, 2015, p. 131.

⁷²⁸ PECZENIK, 1989, p. 317-318.

Não se quer com isso afirmar que um Tribunal está fadado a repetir sempre o mesmo julgamento. Internamente a uma decisão (sincronicamente) a inconsistência pode resultar em irracionalidade, mas diacronicamente uma incompatibilidade pode significar a *rejeição (disavowal)* de um compromisso antes assumido, que é uma atitude deôntica identificada no modelo inferencialista. Não é necessário que a rejeição seja explícita. Como nos outros casos, o que conta é a atitude. Para que A tome B como tendo rejeitado um compromisso com p , basta que A deixe de atribuir o compromisso com p a B, ou seja, “risque” o compromisso do placar. Consequentemente, se for o caso, A deve ainda atribuir de volta a B as prerrogativas que foram retiradas do placar por serem incompatíveis com o compromisso com p .⁷²⁹

Isso é frequente na prática judicial. No já bastante discutido caso das listas telefônicas, o STF decidiu em 1986 que elas não eram “periódico”, e no ano seguinte que eram “periódico”. A segunda decisão representou uma rejeição inequívoca do compromisso anterior através da assunção do novo compromisso com ele incompatível.

Ocorre que essa rejeição nem sempre vai ser bem-sucedida. Isso decorre das duas formas pelas quais se considera que alguém assumiu um compromisso. No caso de compromissos consequenciais, pode ser que, para rejeitar p , B tenha que também rejeitar q . Por mais que B expressamente declare que está rejeitando p , se continua a expressamente afirmar q , ou com outras atitudes endossar q , A negará o “registro” da rejeição no placar.⁷³⁰ A normatividade da prática, aqui explicitada por este modelo de *scorekeeping*, faz com que a simples consideração de duas decisões diacronicamente não resolva certas incompatibilidades.

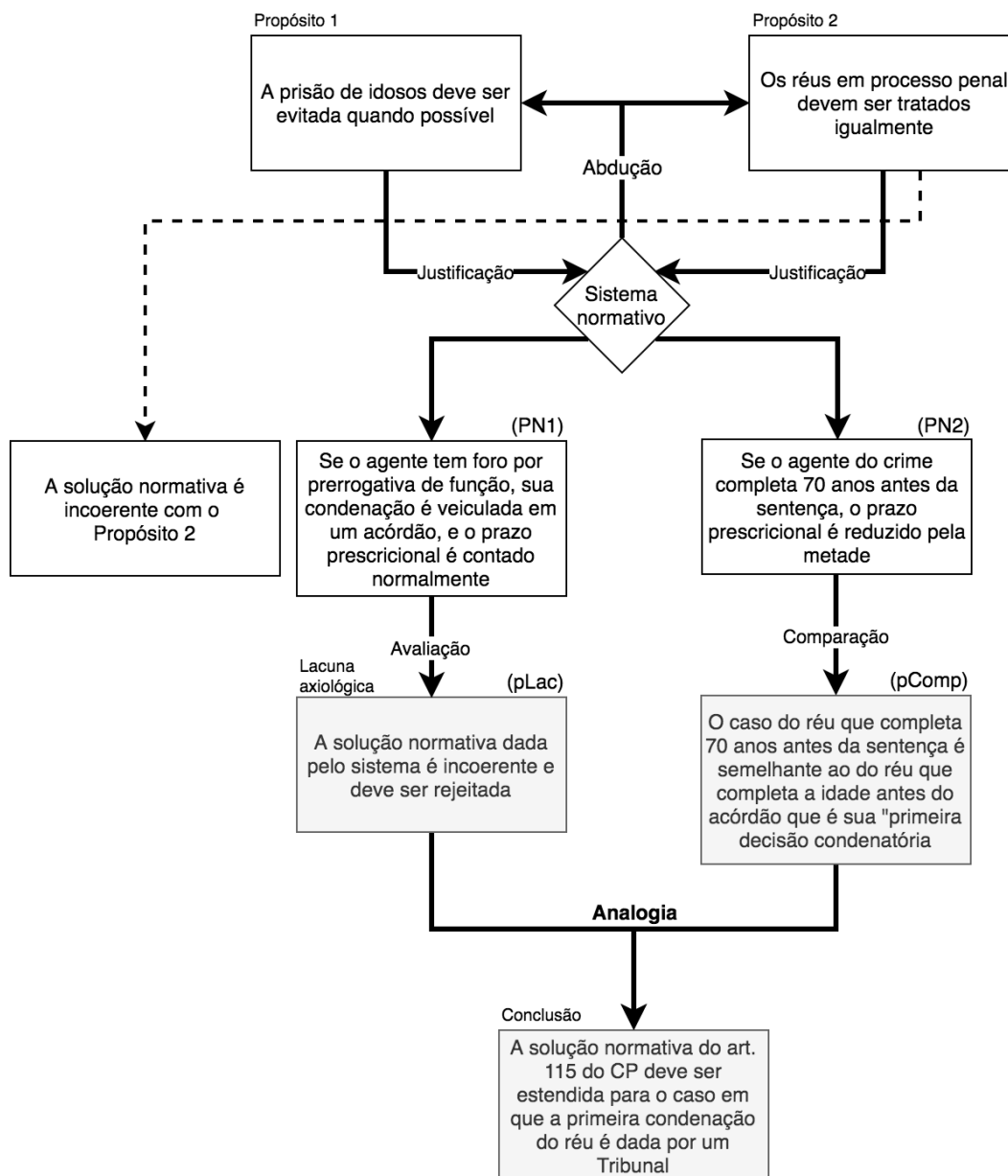
É possível dar dois exemplos dessa articulação inferencial na composição diacrônica de uma sequência de decisões. No tema da prescrição penal quando o réu completa 70 anos até a data da sentença, há uma série de julgados do STF. No item anterior utilizei um julgado em que quase tudo fica implícito, mas em outros é possível identificar o que os julgadores consideraram ser os propósitos da regra, bem como compreender as razões para a comparação naquele caso exemplificado. O caso-análogo é o de alguém que completa setenta anos antes da sentença de primeiro grau. O réu com foro por prerrogativa de função

⁷²⁹ BRANDOM, 1994, p. 192.

⁷³⁰ BRANDOM, 1994, p. 193.

tem sua *primeira* condenação veiculada através de um acórdão. Esta propriedade está presente nos dois casos, e parece ter relação de determinação com a regra. O argumento completo poderia ser representado da seguinte forma, destacando em cinza o argumento por analogia:

Figura 13 - Mapa argumentativo conjugando várias decisões do STF sobre a extensão do art. 115 do CP



Na sequência de decisões utilizada para esta representação, o STF foi bastante coerente em sua posição de constantemente e progressivamente ampliar o alcance da regra (o art. 115 do CP). Mas há temas onde decisões parecem externar compromissos

incompatíveis entre si, o que demanda uma reconstrução racional que dê conta do significado dessa inconsistência.

Para o segundo exemplo, partamos de um caso em que o STF decidiu pedido de benefício previdenciário por uma servidora pública. Em síntese, a regra jurídica em questão previa a concessão de aposentadoria por invalidez *integral* para o caso de segurado acometido de *doença grave*. Havia, em *outra* regra da mesma lei, a previsão de aposentadoria por invalidez em casos de incapacidade não decorrente de doença grave, mas este benefício não seria *integral*, e sim proporcional ao tempo de contribuição. Trataremos aqui como dois benefícios distintos, aposentadoria por invalidez integral e aposentadoria por invalidez proporcional. Em ambos os casos, o segurado está incapacitado para o trabalho. O que muda é que, para a aposentadoria integral, é preciso que a incapacidade decorra de “doença grave”, e para a proporcional não há essa exigência. A propriedade relevante a considerar, portanto, é “doença grave”. Outra regra da mesma lei traz uma lista dessas doenças consideradas graves.

A servidora pública autora da ação estava acometida de uma doença “grave” (no sentido ordinário do termo), mas que não constava no rol legal que especificava as “doenças graves”. A autora argumentava que, embora a doença que lhe afligia não estivesse listada, *deveria estar*, pois era tão ou mais “grave” que algumas doenças especificadas na lei. A autora, portanto, fundamentou seu pedido dando subsídios para que a decisão lançasse mão da analogia,⁷³¹ no sentido de que o *propósito* em jogo seria de amparar mais efetivamente as pessoas em situação clínica severa de maneira geral. Ela evidenciava, com sua argumentação, uma lacuna *axiológica*.

Mas a conclusão do STF, reformando as decisões das instâncias ordinárias que haviam dado razão à autora, não foi apenas no sentido de que não deveria haver, *naquele caso*, a extensão do alcance de regra. A Corte disse que era *impossível* estender a regra, em uma aparente rejeição da *possibilidade* de aplicação da analogia. O argumento do STF foi sucinto, e duas passagens do voto do Relator são suficientes:

(...) ficou reservada ao domínio normativo do direito ordinário a definição das moléstias profissionais e doenças que ensejam a aposentadoria por invalidez com proventos integrais. Portanto, *a norma constitucional não*

⁷³¹ No caso de doença mais grave que algumas do rol legal, seria um argumento *a fortiori*, mas a estrutura é a mesma, alterando-se somente a forma de comparação, que deixa de ser de propriedades um-para-um para se tornar uma avaliação qualitativa (de grau) entre os casos.

comporta juízo de interpretação extensiva, que possa comprometer a reserva legal.

(...) indispensável a especificação legal da doença grave, contagiosa ou incurável para que os proventos de aposentadoria por invalidez fossem integrais. Não havendo nessa especificação a doença que acometeu o servidor, ainda que possa se revestir de gravidade, os proventos deverão de ser proporcionais. Portanto, a aposentadoria por invalidez com proventos integrais só pode ser concedida nas situações expressamente previstas em lei, *sem margem de discricionariedade para o agente público deferi-la em outras situações*.⁷³²

Como já vimos, a rejeição do padrão inferencial seria irracional: a validade da analogia decorre de sua aceitação como padrão inferencial pelos participantes da prática. E o STF, como já se viu à exaustão acima, usa o argumento por analogia frequentemente. Logo, por alguma razão a Corte considerou que, naquele caso, um argumento por analogia estaria *incorreto*. Mas apesar de essa interpretação conferir racionalidade ao julgado, há uma aparente inconsistência quando se considera outro caso, onde o STF estendeu benefícios diversos (de natureza não-previdenciária), que seriam aplicáveis em caso de “cegueira” para quem sofreria de “cegueira monocular”. O Tribunal primeiro *afirmou* que a regra em questão não contemplava os portadores de cegueira monocular, e, ainda assim, estendeu o benefício ao argumento de que quem tinha cegueira monocular sofria limitações comparáveis e até maiores do que as daqueles contemplados na regra.⁷³³ Se é *correta* a extensão de um benefício relevante — a disputa de vagas reservadas para “deficientes” em concursos públicos —, por que o rol de doenças graves não poderia ser ampliado?

Uma forma de resolver essa inconsistência seria considerar que entre 2007 (segundo julgado citado) e 2014 (primeiro) a Corte mudou de posição quando ao argumento por analogia, o que não seria relevante aqui pelos motivos já explicitados. Outra seria considerar que o STF fez uma distinção entre os casos, e estipular que, na demanda previdenciária, incidiria uma *regra de fechamento* que funcionaria nos moldes da regra *nullum crimen sine lege*. Um compromisso com uma regra de fechamento específica implica que em determinada área do direito não é *correto* estender regras usando o argumento por analogia. A regra de fechamento, para funcionar como tal, bloqueia a inferência extensiva no argumento por analogia também no caso de lacuna axiológica, porque ambas as lacunas

⁷³² STF, RE 656.860, 2014.

⁷³³ Neste ponto, os votos estão bastante equivocados, pois consideram que a regra pressupõe uma pessoa “que tem visão nos dois olhos”. Analiso este equívoco a partir da p. 292 (STF, ROMS 26.071, 2007).

são premissas dessa inferência, portanto sua determinação ocorre em momento logicamente anterior. Seria possível enunciar esta “regra de fechamento previdenciária” da seguinte forma, parafraseando a decisão do STF:

(RFP) No direito previdenciário, não se aplica a analogia para estender benefícios previstos em lei para casos não alcançados pela regra.

Isso resolveria a inconsistência, embora o Tribunal não tenha fundamentado nesse sentido de forma explícita, e não explique por que a analogia seria possível no direito administrativo (para estender o acesso a vagas reservadas em concurso público) e não no direito previdenciário (para ampliar os casos de aposentadoria integral em caso de doença grave), já que não há regra específica a esse respeito. Em verdade, o STF tem jurisprudência sedimentada no sentido de que não é possível estender um rol legal de “doenças graves”. Mas se atribuirmos ao Tribunal um compromisso com (RFP), haveria, ainda, inconsistência com decisões estendendo o rol de beneficiários para determinados benefícios *previdenciários*. Por exemplo, em 2014 o STF decidiu que o neto pode ser beneficiado com pensão por morte de um dos avós. O neto não consta do rol legal de dependentes — aliás, foi expressamente excluído através de uma modificação legislativa nos anos 1990.

A natureza da extensão pode parecer diferente — em um caso, haveria a concessão de um *benefício* melhor (integral) em um caso não previsto expressamente no rol legal; no outro, o *status* de dependente para o neto, o que poderia servir para a concessão de qualquer benefício. Mas, na prática, a solução é a mesma: em ambos os casos o que estava em jogo era a concessão de um benefício previdenciário fora das hipóteses legalmente previstas. O neto não buscava, naquele processo, apenas a definição de seu *status* como dependente dos avós para se resguardar de uma eventualidade futura: o pedido era de concessão de pensão por morte.

Duas conclusões poderiam ser cogitadas: (I) o STF decidiu ambos os casos com premissas (razões) *ad hoc*; (II) o STF decidiu em um caso aplicando (RFP), e no segundo não aplicando (RFP) por alguma razão adicional, sem rejeitá-la. Bulygin considera as duas possibilidades caso de irracionalidade;⁷³⁴.

A primeira seria irracional tanto juridicamente quanto discursivamente, pelos motivos já expostos. Quanto à segunda, somente seria possível superar a inconsistência

⁷³⁴ BULYGIN, 2003.

considerando uma distinção entre os casos. Ocorre que o STF não esclarece qual seria essa distinção — nos dois últimos casos se trata de um benefício de natureza previdenciária, nos dois há demandantes que estão em situação de grande vulnerabilidade (uma, por doença grave, o outro, por ser menor), nos dois todos os demais requisitos para a obtenção dos benefícios estão preenchidos, exceto um, que está no cerne dos pedidos de extensão. Resta concluir que a regra de fechamento (RFP), que naturalmente é *derrotável*, foi aplicada no caso de uma servidora que receberia uma aposentadoria mesmo sem o enquadramento de sua doença como “grave” (o que faria com que o benefício fosse concedido de forma proporcional), mas acabou derrotada no caso em que um menor (o neto) ficaria sem *nenhum* amparo.

Esta interpretação do conjunto de julgados se enquadraria na descrição de um *presumptive positivism* de Schauer, que diria que, no caso do neto, o STF entendeu presentes “circunstâncias particularmente exigentes” para derrotar a solução normativa, mas no caso da servidora a solução, embora incoerente, seria um resultado aceito diante da necessária deferência *default* à solução derivada do sistema normativo.

3.10 A normatividade implícita na prática — III

3.10.1 Diferentes perspectivas: o caráter social das práticas discursivas

A teoria de Brandom nos mostra como as normas linguísticas são *instituídas* por uma prática social. É a prática de atribuir compromissos e prerrogativas a outrem e de assumir compromissos para si que institui as normas pelas quais é possível afirmar que alguém utilizou corretamente ou não um conceito. Se nossa prática discursiva tem uma estrutura normativa implícita, é essencial que se possa *julgar* os atos de fala, os movimentos nesta prática, como corretos ou incorretos. A questão é que esses julgamentos são relativos em certo sentido, mas também podem/devem ser julgados como corretos ou incorretos. Neste ponto Brandom diverge de Wittgenstein: não é possível ter “regras até o fim”, mas é possível (necessário) termos *interpretações até o fim*.

Um primeiro aspecto dessa instituição social das normas implícitas na prática linguística é expresso pela introdução do *status* deôntico da prerrogativa. Através dele se consegue dar conta da diferença entre os compromissos que alguém assume e aqueles que

poderia ter (justificadamente) assumido. Essa diferença de perspectivas somente é possível socialmente, já que não se pode seguir regras sozinho. Apenas o julgamento pelo árbitro é capaz de evidenciar essa distinção entre um compromisso justificado e um injustificado. Mas qual a normatividade que se aplica à atividade do árbitro?

Há, neste ponto, duas questões que precisam ser detalhadas para que se chegue à objetividade possível em uma prática socialmente instituída: a dimensão representacional da fala e a objetividade a partir das diferentes perspectivas (intersubjetiva).

Quanto ao primeiro ponto, vimos que a ideia de representação era primária na semântica clássica, e aqui se adotou uma descrição que toma a inferência como primitivo semântico. Mas o inferencialismo não se opõe ao uso de locuções representacionais — é uma estratégia para compreender o que é dito pelo uso dessas locuções. A objeção é somente quanto a tratá-las como elementares na ordem de explanação.⁷³⁵ A dimensão representacional diz respeito àquilo sobre o que se fala e questões desta natureza surgem apenas em um contexto: quando os julgamentos de um indivíduo servem como razões para outro, ou seja, na dimensão interpessoal do jogo de dar e demandar razões. A tese é, portanto, que o conteúdo representacional vai ser dado pela dimensão social da prática, mais precisamente pela *diferença* de perspectivas entre os falantes. O aspecto representacional deve ser entendido nos termos dessa dimensão social de *comunicação* de razões e avaliação das razões oferecidas pelos demais participantes da prática, de modo que a concepção de um conteúdo conceitual no raciocínio monológico em que todas as premissas e conclusões são potencialmente compromissos de um único indivíduo — paradigmaticamente, aqui, na fundamentação de uma decisão judicial, ainda que por um colegiado — são “parasíticas” em relação aos conteúdos conceituais conferidos pela argumentação *dialógica* — e somente inteligível a partir desta. “Asserções com conteúdo representacional surgem no contexto social de comunicação, e somente então se tornam disponíveis para ser empregadas em uma cogitação solitária.”⁷³⁶

Mas a articulação inferencial de um compromisso discursivo depende dos outros compromissos que alguém endossa. Uma mesma afirmação pode ter consequências para diferentes falantes. Este holismo moderado é representado pela afirmação de Brandom de

⁷³⁵ BRANDOM, 1994, p. 494.

⁷³⁶ BRANDOM, 1994, p. 497.

que, para ter um conceito, uma pessoa precisa ter vários. “Aprender um conceito envolve dominar os movimentos inferenciais adequados que o conectam a muitos outros conceitos.”⁷³⁷ Aliando-se a isso o caráter social da prática, temos que os conteúdos semânticos dos compromissos discursivos — assim como as atitudes deônticas em relação a esses compromissos — somente podem ser especificados tomando como perspectiva esse *repertório* de compromissos e atitudes de cada falante. Como é correto *especificar* (expressar) qualquer conteúdo em particular varia de falante para falante. Não por outra razão se estabeleceu, logo no início, que *cada* falante tem um placar, e todos os falantes controlam os placares uns dos outros.

Para representar essas diferentes perspectivas, é preciso introduzir ainda mais uma ferramenta, mas esta já é velha conhecida da semântica clássica: locuções de atribuição de atitudes proposicionais. São elas que tornarão explícita essa *diferença* de perspectiva entre o falante e o árbitro, representadas por atribuições *de re* e *de dicto*. A definição canônica diz que uma atribuição *de dicto* imputa uma crença (um compromisso) em um *dictum* ou a uma sentença, enquanto atribuições *de re* imputam crenças sobre alguma *res* ou coisa.⁷³⁸ O exemplo que Brandom dá para essa distinção é:

(α) Voltaire acreditava que o homem de quem Napoleão mais aprendeu sobre as relações entre guerra e diplomacia era um príncipe-filósofo.

Esta proposição pode ser lida de duas formas, e uma delas é falsa. É falso que Voltaire acreditava em

(β) O homem de quem Napoleão mais aprendeu sobre as relações entre guerra e diplomacia era um príncipe-filósofo.

Se pudéssemos perguntar diretamente a Voltaire, ele negaria o compromisso com esta asserção. Isso porque quando Voltaire morreu, em 1778, Napoleão tinha apenas nove anos de idade. mas Voltaire endossaria a seguinte asserção:

(γ) Frederico, o Grande, era um príncipe-filósofo.

Esta é uma crença sobre a mesma “coisa”, já que Frederico, o grande, de fato foi “homem de quem Napoleão mais aprendeu sobre as relações entre guerra e diplomacia”. Ou

⁷³⁷ BRANDOM, 1994, p. 89.

⁷³⁸ SOSA, 1970, 1971.

seja, Voltaire acredita *sobre* o homem de quem Napoleão mais aprendeu sobre guerra e diplomacia *que* ele era um príncipe-filósofo. A proposição (α) não é falsa, mas o compromisso de substituição que ela explicita é assumido apenas por quem a utiliza, não por Voltaire.

Essa distinção é a fonte de muitas ambiguidades na prática linguística ordinária, e por mais que não seja natural falar através de locuções *de re*, no nível do vocabulário deôntico introduzido para tornar explícitas as diferenças entre o falante e o árbitro em termos de compromissos colaterais, uma proposição estruturada desta forma é essencial. Assim, em vez de apenas dizermos (*de dicto*) que

S acredita *que* $\varphi(t)$,

dizemos também (*de re*) que

S acredita *sobre* t *que* $\varphi(t)$.

Esta função expressiva revela os compromissos de substituição que governam as expressões que ocorrem no escopo de “sobre”. Essas expressões (t) servem para especificar *aquilo sobre o que se fala*, o que é *representado* por uma crença ou um ato de fala em vez de como ele é representado. Por outro lado, o que ocorre no escopo do “que” (em uma atribuição *de dicto* ou na porção final de uma atribuição *de re*) serve para especificar *como* essas coisas são representadas por aquele a quem o compromisso é atribuído.

Assim, o uso dessas locuções vai definir quem assume o que em uma atribuição de compromissos, a distribuição da *responsabilidade* pelo conteúdo afirmado:

Atribuir um compromisso doxástico é explicitamente atribuí-lo — isto é, atribuí-lo *reconhecendo* outro compromisso doxástico. Os compromissos de substituição que governam as expressões usadas para especificar o conteúdo do compromisso atribuído podem de forma similar ou ser atribuídos àquele a quem o compromisso doxástico é atribuído ou ser assumidos por quem o atribuiu; esta diferença social de atitude deôntica é o que determina se uma atribuição é *de dicto* ou *de re*.⁷³⁹

Isso fica bem evidente em outro exemplo dado por Brandom. Imagine-se um Promotor de Justiça em um julgamento — possivelmente o mesmo exemplificado

⁷³⁹ BRANDOM, 1994, p. 503.

anteriormente⁷⁴⁰ — que caracteriza uma asserção antes feita pelo advogado de defesa da seguinte forma (novamente, *A* para a acusação, *D* para a defesa):

(A1) O defensor acredita que um mentiroso patológico é uma testemunha confiável!

O defensor pode contestar essa proposição utilizada para expressar o compromisso que ele assumiu com sua asserção anterior. A resposta teria a seguinte forma:

(D1) Nada disso! O que eu acredito é que *aquele homem* que acabou de testemunhar é uma testemunha confiável.

Mas o Promotor de Justiça, não se dando por vencido, extrapola o que havia feito anteriormente:

(A2) Exatamente, e eu apresentei provas que devem convencer qualquer um *que* aquele homem que acabou de testemunhar é um mentiroso patológico.

O problema aqui é que não está claro quem é *responsável* pelo que, quem assume que partes do que está sendo discutido. A discussão é se o homem é ou não um mentiroso, não se mentirosos são testemunhas confiáveis. Utilizando o vocabulário deôntico do inferencialismo com a introdução das locuções de atribuição de atitudes proposicionais, teríamos a afirmação *correta* do Promotor de Justiça:

(A3) O defensor afirma *sobre* um mentiroso patológico *que* ele é uma testemunha confiável.

A proposição (A3) torna explícita a divisão de responsabilidades. Que a testemunha é confiável é parte do compromisso que é *atribuído* pelo Promotor ao Defensor; que o indivíduo é um mentiroso patológico é parte do compromisso *assumido* pelo Promotor.⁷⁴¹ Assim, “a função expressiva das atribuições de atitude proposicional *de re* é tornar explícito quais aspectos do que é dito expressam compromissos de substituição que estão sendo *atribuídos* e quais expressam compromissos de substituição que estão sendo assumidos”.⁷⁴²

⁷⁴⁰ Item 3.6, p. 154.

⁷⁴¹ BRANDOM, 1994, p. 505.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 505.

Para conseguirmos fazer isso, para sermos capazes de expressar o conteúdo proposicional de compromissos desta forma, é preciso conseguir *interpretar* o que está sendo dito. Já ressaltai algumas vezes que pensar na compreensão como interpretação é problemático se a interpretação é pensada “no modelo da explicitação de hipóteses”⁷⁴³ para depois derivar conclusões. A distinção entre seguir uma regra corretamente ou incorretamente não pode ser pensada como determinada pela aplicação de outra regra: “o normativo não pode ser compreendido como regras até o fim”.⁷⁴⁴ Mas o modelo inferencialista aqui descrito identifica a compreensão característica da prática discursiva como um tipo de interpretação.

É que a articulação inferencial do conteúdo conceitual é de tal natureza que somente conseguimos identificar aquilo com o que alguém se compromete a partir de um pano de fundo onde se situam os demais compromissos assumidos. São os compromissos colaterais que funcionam como hipóteses auxiliares que podem ser trazidas como premissas adicionais para as inferências. Assim, uma sentença “que sai da boca de uma pessoa tipicamente não tem o mesmo significado da que emerge da boca de outra, mesmo quando há bastante compartilhamento da linguagem e compreensão mútua”.⁷⁴⁵ Mesmo assim, de alguma forma o conteúdo conceitual é *comunicado*. Ainda que duas pessoas não possam nunca ter o mesmo conjunto de compromissos colaterais em um dado momento, e ainda que uma asserção sempre tenha uma significação diferente para cada pessoa em razão disso, há uma articulação inferencial em que um conteúdo conceitual é transmitido.

A questão é que esta transmissão de razões que caracteriza a dimensão comunicativa da conversação somente é possível justamente porque há essa diferença nos compromissos entre os envolvidos no diálogo. É por causa dessa diferença que é possível para um interlocutor “ganhar uma prerrogativa para um novo compromisso ao ouvir o que alguém diz — ou desafiar a prerrogativa do falante para o compromisso que aquele ato de fato expressa”.⁷⁴⁶ Mas para isso é preciso conseguir *perceber* essa diferença, *navegar* entre essas diferentes perspectivas. O árbitro, que é nesse sentido um *intérprete* — não exatamente no sentido de Wittgenstein, para quem a interpretação seria uma substituição e, por isso, não

⁷⁴³ Ibidem, p. 508.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 509.

⁷⁴⁵ Ibidem, p. 509.

⁷⁴⁶ Ibidem, p. 511.

seria possível termos interpretações até o fim, mas no sentido de uma competência prática — precisa conseguir mapear os compromissos de substituição que ele próprio endossa e os que são assumidos pelo falante.

Os compromissos de substituição *implícitos* nesta competência interpretativa que é necessária para conseguir tomar uma asserção como se referindo a algo são tornados explícita pela atribuição de uma atitude proposicional *de re*:

Em verdade, a capacidade expressiva que as atribuições de atitudes proposicionais que especificam *de re* o conteúdo do compromisso atribuído é precisamente o que é preciso para *dizer* qual é a diferença entre interpretar uma observação de acordo com a referência do falante e interpretá-la de acordo com a referência semântica.⁷⁴⁷

A comunicação bem-sucedida somente ocorre com os árbitros sendo capazes de se movimentar da sua própria perspectiva doxástica para a do falante, e assim explorar inferencialmente o compromisso proposicional a ele atribuído. Não há comunicação fora deste tipo de interpretação.⁷⁴⁸ Assim, a especificação *de re* permite especificar *sobre* o que se fala, caracterizando o conteúdo representacional que permite extrair informações através de um *gap* doxástico.⁷⁴⁹

São também as atribuições *de re* que permitem dar conta da *verdade* de uma asserção. Assumir um compromisso é adotar um ponto de vista normativo em relação a uma asserção, não lhe atribuir uma propriedade (de ser “verdadeira”). As três condições do conhecimento (de atribuir a alguém *conhecimento* sobre algo) são, assim, atribuímos um compromisso inferencialmente articulado; atribuímos uma prerrogativa (justificação) “herdável” a este compromisso; e assumirmos nós mesmos o mesmo conteúdo proposicional, endossá-lo — o que corresponde a tomá-lo como verdadeiro. Neste ponto, é preciso perceber que os diferentes *pontos de vista*, as diferentes *perspectivas* entre os falantes, os diferentes conjuntos de compromissos colaterais que são ativados a cada ato de fala, são *característicos do conteúdo conceitual*. Este conteúdo é essencialmente dependente das perspectivas. Mas isso não significa que temos que nos entregar a um relativismo, mas sim entender uma última atitude deôntica.

⁷⁴⁷ Ibidem, p. 512.

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 513.

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 514.

O conteúdo conceitual é entendido como o que pode ser explícito na prática discursiva. A questão é que, para utilizar o vocabulário deontico e tornar os compromissos assertoriais explícitos, exercitamos uma competência *lógica* que é, também, expressa na linguagem. A explicitação também está no jogo de dar e demandar razões. A especificação de um conteúdo discursivo através de uma sentença em particular envolve um *compromisso expressivo* a respeito do papel inferencial da locução empregada.⁷⁵⁰

Isso não é novidade neste ponto: o uso de *qualquer* expressão envolve um compromisso *inferencial* — um compromisso com as circunstâncias adequadas de aplicação e com as consequências de aplicação. Assim, da mesma forma que os demais *status* deonticos, compromissos *expressivos* devem ser entendidos em termos das atitudes de *assumi-los* e *atribuí-los*. Essas atitudes diferem não apenas em quem atribui e quem endossa a adequação da inferência envolvida, mas também *naquilo* sobre o que se fala, porque o que decorre de uma asserção *depende* das premissas *colaterais* com as quais alguém está comprometido ou cujas prerrogativas possui.⁷⁵¹ Este holismo se aplica tanto às inferências incorporadas no conteúdo conceitual como às que articulam o conteúdo conceitual entre si.⁷⁵²

Quando as inferências implícitas no uso de uma palavra são explicitadas na forma de condicionais, o fato de que as condições de adequação que as governam são relativas a um pano de fundo de compromissos colaterais é manifesto. Os condicionais que alguém endossa dependem em parte do que outras asserções são endossadas.⁷⁵³

Essa relatividade do que é efetivamente endossado em relação aos repertórios de vários árbitros reflete uma relatividade implícita nas inferências a partir dos conceitos articulados por vários termos, a depender dos árbitros. Palavras como “estúpido” têm significados diferentes para diferentes falantes em razão dos (necessariamente) diferentes compromissos colaterais de cada um.⁷⁵⁴ Uma maneira de caracterizar isso, na linha de Quine,⁷⁵⁵ seria dizer que falantes e árbitros usam diferentes conceitos, vinculam diferentes

⁷⁵⁰ Ibidem, p. 586.

⁷⁵¹ Ibidem, p. 587.

⁷⁵² Brandom considera que este holismo está na linha do que Quine sustenta em 1961, mas que não obsta a objetividade estrutural que ele desenvolve.

⁷⁵³ BRANDOM, 1994, p. 587.

⁷⁵⁴ Ibidem, p. 588.

⁷⁵⁵ QUINE, 1961, 2013.

significados a seus conceitos. Mas Brandom considera que “essa maneira de colocar as coisas parece ameaçar a própria inteligibilidade da compreensão mútua, e por conseguinte da comunicação”.⁷⁵⁶ A comunicação continua ocorrendo, mas precisa envolver uma interpretação *intralinguística*, essa capacidade de navegar entre as diferentes perspectivas dos interlocutores.

Assim, a diferença em significação inferencial entre as palavras que saem da boca de uma pessoa e as que saem da boca de outra, devido às diferenças entre os compromissos colaterais, deve ser entendida como a explicitação de diferentes *especificações*, por diferentes pontos de vista, do *conteúdo que ambos apreendem*. “Conteúdos conceituais são essencialmente *expressivamente* dependentes das perspectivas”, ou seja, somente podem ser *expressados*, explicitados e, uma vez explicitados, *especificados*, a partir de um determinado ponto de vista, em cotejo com os demais compromissos colaterais — e como vai ser *correto expressá-los* varia com os diferentes pontos de vista.⁷⁵⁷

Compreensão mútua e comunicação dependem de o interlocutor ser capaz de manter dois conjuntos de registros [placares], de se mover do ponto de vista do falante para o da audiência e de volta, enquanto mantém o controle dos compromissos doxásticos, de substituição e expressivos são assumidos e quais são atribuídos pelas partes. Conteúdos conceituais, paradigmaticamente os proposicionais, são genuinamente compartilhados, mas sua natureza perspectivo-dependente significa que fazê-lo é dominar o sistema coordenado de perspectivas dos árbitros, e não passando algo “de mão a mão” (ou “de boca a boca”) de forma independente das perspectivas.

Esta diferença nas perspectivas está na base do modelo de *scorekeeping*, de modo que o fenômeno *social* básico é este caráter perspectivo-dependente das *normas* discursivas — pelo vocabulário deôntico, a forma como *estar* comprometido deve ser compreendido como *ser considerado* comprometido por árbitros ocupando diferentes pontos de vista deônticos.

Neste ponto já é possível, com todo o ferramental teórico descrito, abordar a objetividade dessas normas conceituais.

⁷⁵⁶ BRANDOM, 1994, p. 588.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 590.

3.10.2 *A objetividade das normas conceituais em uma estrutura perspectivo-dependente*

Uma descrição de uma prática discursiva é objetiva na medida em que se dá conta de uma distinção entre como os conceitos são de fato aplicados e como eles *deveriam* ser aplicados, como deveriam ser *corretamente* aplicados.⁷⁵⁸ As concepções tradicionais de uma normatividade implícita na prática caracterizam esta objetividade de forma intersubjetiva através de uma relação Eu-Nós (*I-We*), distinguindo o que um indivíduo considera correto e o que o grupo (a comunidade) considera correto, e a partir daí privilegiando o ponto de vista da comunidade. É nesta linha a clássica teoria convencionalista de Lewis,⁷⁵⁹ mas Brandom considera que esta concepção de uma comunidade é “mitológica”: além de frequentemente não ser possível *explicitar* qual seria esse ponto de vista da comunidade, teorias nessa linha resolvem o problema do *regulismo* — onde as normas são sempre explícitas na forma de regras — caindo em outro erro: o *regularismo*.

O problema de uma concepção Eu-Nós que privilegia o ponto de vista da comunidade é que, para Brandom, “uma parte essencial do caráter representacional de nossos conceitos — a forma como eles se pretendem aplicáveis a um mundo *objetivo* — é que eles recorrem como último parâmetro de correção de sua aplicação não ao que você, ou eu, ou todos nós *consideramos* ser o caso, mas ao que, de fato, é o caso”.⁷⁶⁰ Os conceitos são *sobre* um mundo objetivo e isso significa que deve haver um sentido *objetivo* de correção que governa sua aplicação. Por esta linha, até mesmo o que a comunidade inteira considera correto pode estar errado.

Esta é, aliás, uma forma de responder ao conhecido problema da “terra gêmea” de Putnam.⁷⁶¹ Os terráqueos chamam de água uma substância com a composição química H₂O, e os habitantes da terra gêmea chamam de “tágua” (*twatter*) uma substância idêntica externamente, mas de composição química XYZ. Terráqueos do século XVI que visitassem aquele planeta chamariam XYZ de água. Nesse sentido, mesmo que toda a comunidade terrestre resolvesse que XYZ é “água”, o uso do conceito estaria *equivocado*, ainda que, no

⁷⁵⁸ Ibidem, p. 593.

⁷⁵⁹ LEWIS, 2002.

⁷⁶⁰ BRANDOM, 1994, p. 594.

⁷⁶¹ PUTNAM, 1962, 1973, 1975.

século XVI, não tivéssemos condições de *verificar* que água e tágua têm composições químicas distintas. Assim, a tese de Brandom se alinha com o externalismo semântico,⁷⁶² dando conta de situações em que toda a comunidade estaria errada mesmo em um consenso.

Brandom dá conta dessa distinção entre asserções ou aplicações de conceitos que são objetivamente corretos e aquelas que são meramente consideradas corretas como uma propriedade *estrutural* de cada perspectiva na prática de *scorekeeping*. Em um primeiro plano, as atribuições *de re* especificam os objetos que determinam a verdade ou falsidade — a correção objetiva — de uma asserção quanto ao aspecto representacional, enquanto as atribuições *de dicto* especificam o conteúdo dos compromissos de forma subjetiva. Em um segundo plano, a estrutura marcadamente social da prática discursiva permite chegar a uma objetividade a partir das *atitudes* dos participantes da prática considerados coletivamente.

Atribuir e assumir compromissos são as atitudes possíveis a um árbitro diante de uma asserção de um falante. A questão relevante aqui é que a distinção que foi introduzida desde o início entre compromissos justificados e não-justificados, que se reflete aqui na *atitude* de atribuir e assumir ou apenas atribuir compromissos, também se reflete na perspectiva de quem examina a atividade *do árbitro*. Como disse ao comentar a aplicação do inferencialismo de Brandom pelos italianos como um *scorekeeping* judicial,⁷⁶³ a objetividade da prática significa que as *atitudes* dos árbitros também estão no jogo. Cada árbitro consegue fazer uma distinção entre o que um falante *diz* e aquilo com o que um falante *está* efetivamente comprometido. Essa avaliação é feita, claro, pela perspectiva do árbitro, e é relativa de árbitro para árbitro. É possível, então, nessas múltiplas perspectivas, falar em *atitudes* normativas subjetivas refletindo *status* normativos objetivos.⁷⁶⁴

Assim, cada árbitro mantém, por sua perspectiva, uma distinção entre o que é objetivamente correto e o que é meramente considerado (pelo falante) correto, entre aquilo com o que o falante *está* efetivamente comprometido e aquilo com o que ele acha que *está* comprometido. Mas nós somos árbitros do árbitro, e podemos analisar o que este árbitro considera correto a partir, também, de suas *atitudes*. O que, para este árbitro, é a distinção

⁷⁶² BRANDOM, 1994, p. 631-633.

⁷⁶³ Item 3.6, p. 154.

⁷⁶⁴ Em BRANDOM, 1994 a questão é colocada como uma diferença entre atitudes deonticas imediatas em oposição às consequencialmente desenvolvidas, distinção que omiti aqui por simplicidade. (p. 596-598).

entre o objetivamente correto e o que é meramente considerado correto por seu interlocutor, para nós é a distinção entre o que é atribuído por este árbitro ao seu interlocutor e o que é reconhecido (assumido) pelo árbitro. Desta forma,

[A] diferença entre *status* normativos objetivos e atitudes normativas subjetivas é construída como uma distinção social por perspectivas entre atitudes normativas. Desta forma, a manutenção, por cada perspectiva, de uma distinção entre *status* e atitude é reconciliada com o fenomenalismo metodológico que insiste que tudo que se precisa considerar são atitudes — que os *status* normativos em termos dos quais o placar deôntico é atualizado são criaturas instituídas pelas atitudes normativas imediatas⁷⁶⁵ cuja adoção e alteração são a atividade do árbitro.⁷⁶⁶

A objetividade é então compreendida nesta dimensão como um aspecto estrutural da *forma* social, perspectivo-dependente, dos conteúdos conceituais. Em vez de tratar isso como uma relação Eu-Nós, Brandom a chama de Eu-Vocês (*I-Thou*), para enfatizar que esta relação é *simétrica*. Para ele,⁷⁶⁷ as teorias Eu-Nós focam incorretamente em um ponto de vista privilegiado. Uma teoria Eu-Vocês se concentra nessa distinção entre as atitudes de um árbitro de, ao interpretar os demais, atribuir compromissos e os assumir. É uma forma de construir a objetividade em termos de uma *estrutura* de perspectivas, em vez de um *conteúdo* que não é perspectivo-dependente.⁷⁶⁸

Esta objetividade significa que ninguém, isoladamente, possui uma perspectiva privilegiada de modo a *modificar* um conteúdo conceitual. Para que o significado de um conceito mude, é preciso que isso seja articulado *coletivamente*, não pelo ponto de vista privilegiado de uma comunidade, mas pela conjugação dos pontos de vista de uma multiplicidade de árbitros que têm suas perspectivas individualmente consideradas. Desta forma, é possível dizer que um conceito não está à disposição de um falante da prática: ele pode decidir utilizar ou não um conceito, mas uma vez que o articula em uma asserção, está comprometido — o que é garantido pela atividade dos árbitros que avaliam aquela performance — com um conteúdo conceitual que é *objetivo*, ainda que, para explicitá-lo, precisemos formular uma asserção perspectivo-dependente. A articulação dessas asserções

⁷⁶⁵ A atribuição de compromissos é uma atitude deôntica *imediate*, enquanto o endosso inclui também as atitudes deônticas consequenciais.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 597.

⁷⁶⁷ Aqui Brandom toma por base DAVIDSON, 1984, p. 169-170.

⁷⁶⁸ BRANDOM, 1994, p. 600.

perspectivo-dependentes em um contexto de comunicação vai evidenciar o conteúdo conceitual que é, ao fim e ao cabo, compartilhado.

Esta objetividade que exsurge como uma estrutura na intersubjetividade construída através de um modelo de prática discursiva por *scorekeeping* é objeto de muitos debates desde a publicação de *Making It Explicit*.⁷⁶⁹ Para os fins desta pesquisa, contudo, é mais que suficiente, e isso ficará claro, agora, na parte final, onde utilizo o modelo desenvolvido para abordar os limites dos argumentos interpretativos e, finalmente, a possibilidade de uso de teses de redefinição conceitual na fundamentação de decisões do STF.

⁷⁶⁹ WANDERER, 2008.

4 OS LIMITES DOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS E A POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTEÚDO CONCEITUAL

4.1 Argumentos interpretativos — III

Ao primeiro criticar a forma como os argumentos interpretativos são tradicionalmente formalizados como inferências que *dependem*, para a derivação da conclusão, de uma regra de inferência que assume a posição de uma *premissa* adicional,⁷⁷⁰ utilizei como base as considerações sobre seguir regras de Wittgenstein,⁷⁷¹ sustentando, na mesma linha, que a interpretação de uma regra tem que estar fundamentada em uma normatividade primária que não pode funcionar como uma regra de interpretação. Em um segundo momento, utilizei como solução para este problema a ideia de inferências materiais desenvolvida por Brandom, onde a validade de uma inferência é determinada pela articulação conceitual nela envolvida, de modo que a “regra de inferência” constituiria, nesta versão, apenas uma possível explicitação dos padrões de inferência material endossados, de modo a evidenciar, a partir das inferências das circunstâncias adequadas de aplicação para as consequências necessárias de uso, o conteúdo conceitual.

Ao desenvolver o modelo de análise inferencialista, pelo menos quanto aos pontos suficientes para a presente análise, demonstrei que a abordagem tem por base compromissos de substituição que precisam ser mapeados através de um *gap* doxástico entre interlocutor e árbitro (e vice-versa), já que a única maneira de representar adequadamente o conteúdo dos compromissos assumidos — o que se fala e aquilo sobre o que se fala — é por meio do cotejo das asserções⁷⁷² com o repertório de compromissos (colaterais) de cada

⁷⁷⁰ Item 2.11, p. 123.

⁷⁷¹ WITTGENSTEIN, 2009.

⁷⁷² Lembrando que, nesta pesquisa, deixei de incorporar o tratamento que Brandom dá para as ações enquanto movimento de saída do jogo (atitudes capazes de ensejar a atribuição de compromissos práticos e doxásticos) e os relatos observacionais como movimentos de entrada no jogo (que precisam ser inferencialmente articulados para que tenham conteúdo conceitual), visto que, como o foco de minha argumentação é a fundamentação de decisões judiciais, os compromissos assertoriais ou doxásticos, de substituição e expressivos são suficientes.

interlocutor. Assim, a comunicação é uma prática essencialmente interpretativa que depende da capacidade de cada participante da prática de navegar entre as diferentes perspectivas, mantendo registro dos compromissos meramente reconhecidos e efetivamente assumidos por cada um. É através dessas diferentes perspectivas que o conteúdo conceitual é formulado explicitamente através de compromissos expressivos.

Ainda que os compromissos expressivos sejam sempre relativos a cada árbitro, há um compartilhamento de conteúdo conceitual que transcende essas perspectivas individuais, pois as circunstâncias adequadas e as consequências necessárias do uso de um conceito não estão à disposição de um participante da prática individualmente considerado, o que evidencia que as normas linguísticas são socialmente instituídas pelas *atitudes* dos participantes coletivamente considerados não como uma comunidade com ponto de vista privilegiado, mas como um conjunto de diferentes perspectivas caracterizadas pela distinção de atitudes deonticas entre atribuir compromissos e assumi-los para si. Por fim, sustentou-se que nisso consiste a objetividade estrutural da prática discursiva: esta permanente consciência dos participantes quanto às diferentes perspectivas, a permanente possibilidade de *erro* (inclusive da maioria), o fato de a atitude de um árbitro ser ela, também, objeto de julgamento quanto a sua correção.

Com todas as peças no tabuleiro, é possível agora resgatar as definições até aqui dadas para os argumentos interpretativos e perceber que os limites semânticos, que primeiro foram utilizados como critério de delimitação a partir de um consenso doutrinário e jurisprudencial que tem por base uma percepção (jurídico-política) do papel do juiz na adjudicação, são, na realidade, também limites de *racionalidade* de uma prática linguística.

Argumentos interpretativos não podem ser “dedutivizados” porque isso os sujeita a um regresso ao infinito e, por outro lado, ainda que se considere a regra de inferência de alguma forma juridicamente autoritativa através de um apelo a um endosso pela comunidade jurídica — um movimento que não se insere no modelo inferencialista —, transferiríamos as condições de validade da inferência para as premissas. O que Brandom chama de uma perspectiva formalista das inferências troca a validade material da inferência a partir da articulação do conteúdo conceitual pela validade (verdade) das premissas, fazendo com que todo o trabalho seja concentrado na premissa adicional que vai exercer o papel de “regra de interpretação”. Ao tratar da analogia, vimos que esta premissa adicional nem sempre é enunciável com precisão e na melhor das hipóteses vai ser uma atribuição de

premissa implícita de conteúdo discutível. Por fim, esta perspectiva formalista retira qualquer traço distintivo dos argumentos interpretativos e construtivos.

Postular premissas adicionais *necessárias* para a derivação inferencial, transferindo a articulação conceitual para elas, faz com que *nenhum* dos argumentos que são catalogados pela literatura tenham qualquer característica própria salvo uma estrutura — daí a perspectiva ser chamada de *formalista* — de premissas e conclusão típicas com a qual sequer há uma mínima concordância na literatura — o que foi demonstrado pelas múltiplas perspectivas em torno de um dos mais tradicionais argumentos da prática jurídica, o por analogia. No caso dos argumentos interpretativos, o “trabalho inferencial” residiria na regra de inferência, e não por outro motivo Alexy a situa na justificação externa: resolve-se o “problema” da interpretação transferindo-o para outro nível de argumentação. Teorias desta natureza acabam não dando conta nem do que *caracteriza* a interpretação jurídica como uma atividade distinta, nem da *justificação* apropriada desta atividade.

Ao incorporar a inferência material e caracterizar os argumentos interpretativos como padrões de inferência material, o “trabalho argumentativo” é recolocado *na inferência*. Não é uma regra de inferência como premissa adicional que permite derivar a conclusão da interpretação — a adequação da inferência é dada por *atitudes* normativas (uma normatividade *primitiva*) que instituem normas que governam as inferências. Uma interpretação genética, na terminologia de Alexy, não é válida porque há uma regra de interpretação com o conteúdo “é uma razão para a validade de R’ que o legislador deseje que R se interprete mediante W” a funcionar como premissa adicional, mas sim porque a inferência de uma regra para uma solução normativa que considera o propósito do legislador é *tomada* como válida. É possível *explicitar* o endosso a esse padrão de inferência, inclusive para que ele seja colocado no jogo de dar e demandar razões, mas isso ocorre em momento posterior à derivação da conclusão, apenas como forma de esclarecer os compromissos que implicitamente assumimos.

É possível, portanto, concluir que a normatividade da prática discursiva não é implícita de forma contingente, mas é *necessariamente* implícita. Por isso se diz que a explicitação com o uso de um vocabulário normativo que exercia uma competência lógica não é *necessária* para participar de forma competente dessa prática, apenas para podermos falar *sobre* esta prática.

Com a inferência material, os argumentos interpretativos e construtivos (como a analogia e o argumento por exceção implícita) são definidos como padrões de inferência distintos, e a reconstrução argumentativa — que aqui foi suplementada para agregar o poder expressivo dos mapas argumentativos — permite evidenciar compromissos implícitos com esses *padrões de inferência*. Como a inferência é *material*, sua validade está vinculada ao conteúdo dos conceitos utilizados. As inferências de “Sócrates é homem” para “Sócrates é mortal” ou de “o Maranhão fica ao norte de São Paulo” para “São Paulo fica ao sul do Maranhão” são válidas enquanto interpretações que articulam os conceitos homem/mortal e norte/sul, que estão *materialmente* relacionados.

É por isso que a conclusão de uma interpretação judicial sempre vai estar limitada pela semântica do texto: porque a inferência material limita as conclusões que podem ser inferidas em função do conteúdo dos conceitos utilizados no texto normativo. Se a Constituição fala que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, uma interpretação que articula o conceito “sentença penal condenatória” como “acórdão penal condenatório” está navegando dentro dos limites do termo “sentença”, aqui claramente utilizado em sentido geral, como uma “decisão judicial condenatória em matéria criminal”. Este compromisso de substituição é identificável e pode ser explicitado. Mas se a lei diz que um prazo de prescrição é reduzido pela metade se o réu completa 70 anos até a data da *sentença*, não há como materialmente articular os conceitos *sentença* e “trânsito em julgado” da mesma maneira. A conclusão não pode, portanto, ser derivada *interpretativamente*, porque a solução para o caso depende de uma solução normativa que a interpretação não pode fornecer dentro dos limites do texto normativo. Esta conclusão, portanto, depende de *algo mais*. Neste caso, de uma *ampliação* do sistema normativo — definido consequencialmente a partir do ordenamento jurídico — para incorporar uma solução normativa que é derivada de outro *standard* normativo, não (exclusivamente) das regras inicialmente em jogo.

No caso da escusa absolutória, analisado ao tratar da analogia, é preciso rejeitar uma solução normativa porque o texto das regras em jogo impõe esta solução de forma compromissiva, e não há como negar a *validade linguística* dessa interpretação, embora seja possível questionar a sua *validade jurídica*, que foi justamente o que aconteceu: por ser *injusta*, por tratar de forma desigual pessoas em situação semelhante, a solução normativa foi considerada incoerente e rejeitada. O ponto é que, para derivar outra solução, a primeira

precisa ser rejeitada, e é a linguagem das regras envolvidas que impõe a necessidade dessa rejeição.

Nem mesmo casos de vagueza constituem exceção a essa estrutura: mesmo os termos vagos têm uma articulação inferencial que *não depende* de um único participante da prática decidindo um caso individual. Não há, nesse sentido, nem mesmo aqui uma discricionariedade forte, pois, *mesmo* que o julgador desconheça os limites para a aplicação de um termo vago, sua atuação será julgada pelos árbitros, que necessariamente farão, de acordo com suas perspectivas, uma avaliação quanto à correção do uso daquele conceito naquela performance, e a articulação desses múltiplos pontos de vista é que vai permitir a expressão do conteúdo conceitual de forma objetiva.

Como se pode ver, o único critério para objetivamente delimitar a interpretação judicial, distinguindo entre os diferentes níveis do discurso — entre a identificação das regras aplicáveis, a determinação do que as regras estabelecem e qual a solução que deve ser dada para o caso individual — é o cotejo da solução normativa com os limites semânticos da regra, que são aqui caracterizados pelo conteúdo conceitual dos termos utilizados na formulação da regra. Este critério é objetivo na medida em que este conteúdo *não está* à disposição do juiz. O julgador pode ou não utilizar um termo, e se há regra aplicável ele vai ter que considerar seus termos na decisão, mas o *conteúdo* desses termos não lhe compete definir individualmente.

Logo, os argumentos interpretativos, os padrões de inferência material que, das regras aplicáveis, permitem derivar soluções normativas, são *necessariamente* limitados pela formulação das regras como condição de racionalidade da adjudicação enquanto prática linguístico-discursiva.

É evidente que isso não implica na impossibilidade de o juiz decidir o caso individual dando solução diferente da determinada pela regra, ou mesmo de decidir de forma *contrária* à solução normativa dada pelas regras aplicáveis. Se há algo que aprendemos com *Riggs v. Palmer* é que uma coisa é o que as regras aplicáveis determinam, outra coisa (às vezes bem diferente) é o que um juiz ou Tribunal vai determinar como solução para um caso. *Esta* discussão é extremamente relevante, e é travada da teoria do Direito ao Direito Constitucional. Pode ser que o direito seja *indeterminado* nesse sentido — essa discussão está fora de meu objetivo aqui —, de que a *previsibilidade* dos resultados dos julgamentos é

restrita aos casos “fáceis”, “normais”, “não-problemáticos”. Todavia, isso não implica em impossibilidade de dar conta objetivamente da atividade interpretativa.

Há, contudo, uma objeção que pode ser levantada: por mais que a aplicação da moldura inferencialista dê uma descrição objetiva da atividade interpretativa pelos juízes, *na prática* os juízes continuam utilizando *argumentos interpretativos* que veiculam teses de, pelo menos aparentemente, *redefinição* conceitual. Essas decisões, especialmente quando proferidas por Cortes Constitucionais como o STF, acabam tendo *eficácia*. Como incorporar essa *realidade à teoria* sem ter de concluir que toda a análise acaba sendo um exercício de “futilidade”?

Para responder a essa questão, é preciso primeiro detalhar em que consistem esses argumentos de redefinição conceitual.

4.1.1 *Argumentos semânticos com teses de redefinição conceitual*

O argumento semântico como espécie de argumento interpretativo é canônico, figurando em todos os catálogos de argumentos — dos italianos aos alemães. Alexy o define, na linha do que Wittgenstein considerava uma *interpretação*, como uma especificação da linguagem natural ou de uma linguagem técnica.⁷⁷³ Mas, como já vimos, ele é considerado, ali, parte da justificação externa: “com base em uma regra semântica, estabelece-se que A se rege pela norma *R* ou que não é este o caso. O argumento semântico é suficiente aqui para a fundamentação de uma decisão por meio de *R*”. É possível, contudo, incorporar o *insight* de Alexy na moldura inferencialista que reposiciona os argumentos interpretativos na justificação interna.

Pela classificação adotada — argumentos semânticos, pelo propósito (que incorpora o genético, o histórico e o teleológico), comparativo, sistemático —, é possível ver que em todos há o recurso a algum critério para guiar a derivação inferencial *dentro* dos limites semânticos: ou o propósito, ou normas ou decisões de outros contextos jurídicos, ou outras normas do mesmo sistema jurídico. No argumento semântico, o único critério é a própria formulação normativa. Da regra *R* se infere a interpretação *R'* sem considerações em relação ao propósito, ao direito comparado ou ao contexto da regra no sistema. Ele pode

⁷⁷³ ALEXY, 2013, p. 232-234.

ser assim caracterizado como um argumento interpretativo *residual*, comumente identificado com uma interpretação *literal* do texto. Foi o que o STF fez em 1975, ao decidir que “revistas técnicas” eram “periódicos”: argumentou-se que este termo deveria ser utilizado em seu sentido *usual*, pois uma especificação (que acabaria sendo restritiva) demandaria razões adicionais. O Relator então propôs que se utilizasse a definição de dicionários, de que periódicos seriam “publicações que aparecem a intervalos iguais”.⁷⁷⁴

Assim caracterizado, o argumento semântico é pouco interessante. É mais relevante considerar a *justificação* da interpretação semântica na literatura: eles caracterizam uma inequívoca *aplicação* da regra, uma instanciação, enquanto os demais são confundidos com extensões ou reduções, ampliações ou contrações do sistema normativo. Por isso Alexy diz que o argumento semântico é suficiente para a fundamentação de uma decisão: como as regras jurídicas são externamente justificadas por *default*, um argumento que proclama estar (“apenas”) aplicando esta regra está “automaticamente” justificado — transferindo-se, nessa versão, a justificação para a regra de interpretação.

Pela moldura inferencialista, contudo, *todos* os argumentos interpretativos caracterizam uma *aplicação* da regra nos limites da formulação da regra. Uma maior “legitimidade” do argumento semântico poderia ser construída a partir de uma percepção *jurídica* (ou jurídico-política) de que a regra funciona, ali, como premissa *única* — já que a justificação ocorre em momento posterior, em defesa da inferência —, enquanto nos demais argumentos interpretativos há uma busca pelo propósito da regra ou de uma coerência da regra com outros parâmetros (como o restante do ordenamento ou o direito estrangeiro). Minha análise não é de legitimidade nesse sentido, mas de *racionalidade* no nível do discurso, mas é bem evidente que os Tribunais consideram que quanto menos “premissas” são utilizadas além da regra, mais “justificada” está a decisão.

Assim delimitados, os argumentos semânticos acabam sendo utilizados pelos Tribunais em certas decisões especialmente “problemáticas”. Esses *hard cases* não raro são extensamente fundamentados, e essa justificação, pela moldura inferencialista, seria situada

⁷⁷⁴ “A regra hermenêutica, para determinar, na espécie, a acepção do vocábulo periódico, no texto constitucional, é a regra comum: cumpre [saber] se o legislador constituinte usou esse termo no seu significado usual, comum, ou se quis atribuir-lhe sentido peculiar que a ciência ou a técnica lhe empresta. Parece evidente que o sentido desse vocábulo, no caso vertente, deve ser pedido ao uso comum, ao significado usual que a língua corrente lhe confere” (STF, *RE 77.867*, 1975).

como uma defesa do compromisso com a inferência *interpretativa* que “meramente” articula os conceitos utilizados na formulação da regra. Essa defesa da *prerrogativa* para a inferência pode parecer ter por objeto os conteúdos conceituais, mas na verdade, como já ficou claro pelo detalhamento das ferramentas aqui utilizadas, são justificativas no nível da *inferência*. São *razões* para uma inferência (ou *contra* uma inferência). Como a articulação é por uma inferência *material* — o que é intuitivamente percebido pelos julgadores, mesmo sem a aplicação de uma moldura inferencialista de análise —, as razões se dirigem aos conceitos: seriam uma *explicitação* do conteúdo conceitual, ou seja, uma *expressão* das circunstâncias adequadas de aplicação para as consequências necessárias de aplicação.

Transcorresse desta forma a argumentação, seria simples uma reconstrução argumentativa explicitando essa justificativa da inferência. A questão é que, a pretexto de *explicitar* as circunstâncias adequadas de aplicação de um conceito ou de justificar uma inferência, por vezes os Tribunais utilizam um argumento que *propõe, proclama* ou *determina* as circunstâncias adequadas de aplicação, ou *modifica*, de alguma forma, a articulação inferencial.

A identificação dessas teses, que a partir daqui denominarei, para simplificar, de teses de redefinição conceitual, é extremamente problemática na literatura, um sintoma que evidencia que seu uso pelos Tribunais é ainda mais confuso. Um exemplo dessa falta de clareza analítica ajuda a deixar o problema, que está no cerne dessa investigação, mais explícito.

A Corte Constitucional Italiana decidiu um caso individual em 2010 claramente aplicando um argumento por analogia. A regra do art. 180, 4, do Código de Trânsito, previa que os condutores de veículos que prestassem serviço público de transporte *de pessoas* poderiam portar, em vez do documento original do veículo (que corresponde ao nosso certificado de registro e licenciamento), uma cópia autenticada diretamente pelo proprietário e pelo condutor.⁷⁷⁵ Um empresa de *transporte de detritos urbanos* alegou que seus veículos (“caminhões de lixo”) prestavam serviço público essencial, e por isso deveriam ser beneficiados pela mesma regra.⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ “Per i veicoli adibiti a servizio pubblico di trasporto di persone e per quelli adibiti a locazione senza conducente la carta di circolazione può essere sostituita da fotocopia autenticata dallo stesso proprietario con sottoscrizione del medesimo” (Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, *Sentenza n° 280*, 2010.

⁷⁷⁶ A autora da ação questionava que a regra criava “un ‘trattamento di maggior favore’ in merito alla tenuta

A argumentação da Corte, julgando procedente o pedido, foi claramente por analogia:

(1) os veículos de transporte de dejetos urbanos são semelhantes aos veículos de transporte de pessoas.

(2) A regra do art. 180, 4, do Código de Trânsito, se aplica aos veículos de transporte de pessoas.

(Conclusão) A regra deve ser aplicada aos veículos de transporte de dejetos urbanos.

Evidentemente, veículos de transporte de pessoas têm muitas *diferenças* para com veículos de transporte de dejetos urbanos. Mas têm algumas semelhanças que, no contexto — no sistema normativo aplicável ao caso — eram relevantes, ou seja, *definiram* a relação entre a regra e o caso análogo que está na regra. Segundo os julgadores, a *ratio* normativa (expressão usada pela Corte) era a necessidade de disponibilidade rápida e sistemática da documentação original pelos prestadores de serviço público para renovação da documentação, atualização e manutenção do próprio veículo, bem como o risco de perda do original e, conseqüentemente, impedimento da circulação.⁷⁷⁷ Esta *ratio*, aqui tratada como o propósito da regra, está em relação vertical com a propriedade elementar “prestação de serviço público essencial”, que está presente no caso dos veículos para transporte de pessoas. Ou seja, é esta propriedade que determinou, à luz do propósito normativo, o benefício legal. Esta propriedade *também* está presente no caso dos veículos de transporte de dejetos urbanos — e, para isso, a Corte utilizou como parâmetro uma regra legal que arrolava quais serviços públicos eram considerados “essenciais”⁷⁷⁸ —, de modo que a

della carta di circolazione per le sole aziende esercenti il servizio di trasporto pubblico di persone, escludendone quelle di trasporto/smaltimento di rifiuti solidi urbani, e comunque tutte quelle aziende che, aventi le stesse problematiche, esercitano la prestazione di servizi essenziali.” Alegava que esse tratamento diferenciado não era possível diante do princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Constituição Italiana (“Art. 3 da Constituição: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”).

⁷⁷⁷ “La ratio, posta alla base della scelta legislativa, di consentire ai conduttori di mezzi adibiti al servizio pubblico di trasporto di persone di tenere a bordo la fotocopia della carta di circolazione invece dell’originale, deve essere ravvisata nella ragionevole esigenza (...) di una rapida e sistematica rintracciabilità della documentazione originale, per l’espletamento delle pratiche di rinnovo, aggiornamento e revisione periodica dei veicoli, e di prevenire il rischio di smarrimento dei documenti, con conseguente fermo dei veicoli, oltre che di realizzare una sorta di tutela dei dipendenti, esonerandoli da una gravosa responsabilità connessa all’eventuale smarrimento.”

⁷⁷⁸ Lei nº 146, de 12 de junho de 1990: “1. Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di

comparação entre o caso-análogo e o caso-alvo, para os fins desta regra, suporta materialmente a inferência por analogia de que a regra deve ser *estendida* aos veículos de transporte de dejetos urbanos.

Embora se trate de um argumento por analogia clássico, a Corte Constitucional Italiana, tal como o STF em muitas oportunidades, decidiu, na parte dispositiva, pela *inconstitucionalidade* do art. 180, 4, mas não integralmente — o que resultaria em sua extirpação do ordenamento jurídico —, apenas “na parte em que não estende a todos os veículos prestadores de serviço público essencial a faculdade de ter a bordo apenas a fotocópia”⁷⁷⁹ do documento. É locução bastante semelhante à utilizada no Brasil, onde o STF afirma a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual...”, passando a especificar o caso que, na prática, será acrescentado ao ou retirado do conjunto de consequências jurídicas da regra em questão, ou seja, a fórmula da declaração de inconstitucionalidade é utilizada para viabilizar uma extensão (por analogia) ou uma contração (por redução construtiva) do alcance de uma regra.

Não é necessariamente um problema chamar a parte dispositiva de “declaração de inconstitucionalidade”. O problema é fundamentar a conclusão em uma atividade *interpretativa*, como às vezes é feito STF e se analisará adiante. Na decisão da Corte Italiana, contudo, embora a palavra “analogia” não apareça na decisão, também não se fala em “interpretação”. A decisão é bastante concisa, mas bem clara quanto à extensão do benefício. Mas a não *explicitação* de que um determinado padrão argumentativo está sendo utilizado dá margem a leituras equivocadas. Em uma dessas leituras, e justamente na tentativa de formular o esquema argumentativo utilizado pela Corte, Fabrizio Macagno considera que uma das premissas implícitas, que ele chama de “premissa de *borderline*” é:

(3) Não está claro se “caminhão de transporte de dejetos urbanos” é “veículo para transporte público de pessoas”.⁷⁸⁰

circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione.”

⁷⁷⁹ No original: “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 180, comma 4, del decreto legislativo 30 aprile 1992 (Nuovo codice della strada), come integrato dall’articolo 3, comma 17, del decreto-legge 27 giugno 2003, n. 151 (Modifiche ed integrazioni ad codice della strada), convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2003, n. 214, nella parte in cui non estende a tutti i veicoli delle aziende fornitrici di servizi pubblici essenziali, ai sensi dell’art. 1 della legge n. 146 del 1990, la facoltà di tenere a bordo dei veicoli, in luogo dell’originale, una fotocopia della carta di circolazione, autenticata dal proprietario del veicolo, con sottoscrizione del medesimo.”

⁷⁸⁰ Fiz a composição de duas premissas utilizadas por Macagno: “Premise 1 (rule): If x is a “driver of vehicles for public transport of persons” (P), then x has the right to ‘carry the photocopy of the registration document instead of the original copy’ (A); Premise 2 (*borderline*): It is not clear whether a ‘driver of a waste

O autor utiliza o que ele considera uma premissa implícita como parte da inferência para a conclusão de que a regra deve ser aplicada aos casos de “caminhão de transporte de dejetos urbanos”. Todavia, a Corte sequer considerou fazer esse tipo de raciocínio. Em nenhum momento houve dúvida sobre o *significado* ou o alcance da expressão “veículo para transporte público de pessoas”. Embora considerando corretamente que o caso foi o de um argumento por analogia, Macagno formaliza este argumento com uma premissa intermediária de “redefinição” da expressão “veículo para transporte público de pessoas”, como se ela passasse a conter (conteúdo conceitual) os “veículos para transporte de dejetos urbanos”.⁷⁸¹ Além de implausível por motivos bastante óbvios, sequer houve, no caso, argumentação nesse sentido por parte da Corte Constitucional no julgado acima relatado — diferentemente do que o STF fez nos casos examinados adiante.

Analisar a questão em termos de *redefinição* do conteúdo conceitual de “veículos para transporte público de pessoas” é mais uma forma de transformar o argumento por analogia em um argumento dedutivo. Quando se elabora uma “premissa de redefinição”,⁷⁸² estabelecendo que tudo aquilo que possui as propriedades p_1 e p_2 são (o conceito) X, o raciocínio segue por *modus ponens*, valendo aqui todas as críticas já feitas acima a esse respeito. Mas há ainda outro problema aqui: tacitamente o autor considera *possível* que um Tribunal diga que um veículo “para coleta de lixo” pode ser “encaixado” em uma “categoria” definida como “veículo para transporte de pessoas”.

A possibilidade de equívocos deste tipo acaba acentuada diante da retórica das decisões judiciais, que usam expressões ambíguas. Até mesmo no direito norte-americano a argumentação acaba tornando obscuro o argumento utilizado. Em exemplo também considerado por Macagno uma “redefinição conceitual” de casos “bordeline”, a jurisprudência americana já tradicionalmente *estende* as previsões legislativas sobre

management vehicle’ is P.” (MACAGNO, 2015, p. 66).

⁷⁸¹ O autor faz o mesmo ao tratar de outro caso, onde considera que o termo “vender” (*sale*) teria sido redefinido pelo Judiciário americano diante de vários precedentes que estendem previsões legislativas sobre responsabilização civil em caso de *venda* a situações em que houve *aluguel* do bem defeituoso. Mas está claro que não houve redefinição do termo “venda”, apenas a *extensão* das regras que tratam de venda a casos que anteriormente não tinham solução prevista no sistema normativo, em verdadeira lacuna normativa. Cf. US District Court for the District of Rhode Island, *Dooley v. Parker-Hannifin Corp.*, 817 F. Supp. 245, 1993.

⁷⁸² Macagno dá como premissa de redefinição (conceitual): “Redefinition premise: If x has the factors f_1 and f_2 , then x is P.”

responsabilização civil em caso de *venda*⁷⁸³ a situações em que houve dano no contexto de *aluguel* do bem defeituoso. Não seria sequer plausível a “redefinição” do termo “venda” para incluir “aluguel”, e os julgados acabaram por construir um argumento de que a *ratio* legislativa contemplava os casos em que alguém praticou atividade econômica de alguma forma, e deve, por isso, ser responsabilizado por dano causado pelo bem vendido, alugado,⁷⁸⁴ ou até mesmo gratuitamente fornecido quando há expectativa de venda futura (caso das amostras grátis).⁷⁸⁵ A tese de que a regra leva em conta a inserção, por aquele que exerce uma atividade econômica, de algo nos “canais de comércio” (*channels of commerce*) caracteriza a propriedade comum entre os casos que suporta a inferência material entre a venda e o aluguel no uso do argumento por analogia.

Mas a redação das razões de decidir dificultam a exegese. Em uma dessas decisões, a palavra “vender” (*sell*) é usada, *todas* as vezes, com aspas, o pode fazer pensar que a Corte está analisando (ou modificando) o significado do termo. E na mesma decisão consta que os precedentes *estenderam* a responsabilização prevista na lei a casos de aluguel.⁷⁸⁶ Afinal, quando de fato estamos diante de uma tese de redefinição conceitual, e em que medida essas teses, uma vez utilizadas, têm consequências para decisões futuras? Nenhum Tribunal provavelmente se comprometeria com a aplicação das disposições da lei de locações às vendas de imóveis (compromisso que resultaria de uma identificação dos

⁷⁸³ Section 402A de American Law Institute’s Restatement of the Law of Torts (2d Ed.): “(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller” (citado em Supreme Court of Texas, *McKisson v. Sales Affiliates, Inc.*, 416 S.W.2d 787, 1967).

⁷⁸⁴ “Rourke Rental next contends that the theory of strict liability is not applicable to the leasing of equipment to an industrial user, as distinguished from a sale of the equipment. We can see no sound basis for this distinction. Where one is engaged in the business of introducing products into the channels of commerce, he will be subject to strict liability for physical harm caused by such products if they are unreasonably dangerous to the user or consumer whether he sells or leases his products” (Supreme Court of Texas. *Rourke v. Garza*, 530 S.W.2d 794, 1975).

⁷⁸⁵ “For advertising purposes, the product was delivered to plaintiff’s wife in sealed or closed containers with the expectation that it would be used by her either upon her own hair or that of one of the patrons of the beauty shop. One who delivers an advertising sample to another with the expectation of profiting therefrom through future sales is in the same position as one who sells the product” (Supreme Court of Texas. *McKisson v. Sales Affiliates, Inc.*, 1967).

⁷⁸⁶ US District Court for the District of Rhode Island. *Dooley v. Parker-Hannifin Corp.*, 1993. A Corte considerou que o precedente definiu que “strict liability under § 402A extends to lessors of defective products” (grifei). O precedente citado é: US District Court for the Southern District of Texas. *Dunn v. Penrod Drilling Co.*, 660 F. Supp. 757, 1987.

conceitos) nem diria que uma carteira de habilitação tipo C (que é suficiente para dirigir um caminhão de coleta de lixo) autorizaria alguém a dirigir um ônibus urbano (para o que a legislação prevê a necessidade de carteira tipo D). Apesar disso, os próprios Tribunais parecem não perceber os limites da atividade interpretativa, o que pode ter relação com uma dificuldade de decidir de uma forma que consideram, possivelmente, “fora da moldura” do positivismo jurídico.

4.2 As teses judiciais de redefinição de conceitos

4.2.1 A ADPF 54 e o aborto de fetos anencéfalos

No direito brasileiro, o aborto é crime. Há previsão de punição tanto da gestante que o pratica diretamente ou o autoriza quanto daquele que provoca o aborto com (ou sem) o consentimento da gestante.⁷⁸⁷ As únicas exceções previstas na lei (art. 128) são: (I) no caso de risco de vida da gestante e (II) de gravidez decorrente de estupro.⁷⁸⁸ Contudo, nos anos que se seguiram desde a promulgação do Código Penal, em 1940, a medicina desenvolveu mecanismos de diagnóstico que permitem descobrir com segurança virtualmente absoluta, nos estágios iniciais da gravidez, que um feto é anencéfalo, o que significa que ele não tem condições de vida extrauterina.⁷⁸⁹ Várias gestantes, assim que recebiam o diagnóstico de anencefalia, pleiteavam em juízo autorização para abortar, ainda que as exceções explícitas não comportassem o fator “inviabilidade do feto”.

Os juízes na primeira instância concediam ou não a tutela de urgência para o aborto, mas as decisões concessivas por vezes eram reformadas pelos Tribunais. Diante da insegurança que a situação gerava para os médicos, com a prática de abortos amparados por

⁷⁸⁷ O crime de aborto é considerado pela doutrina uma exceção dualista à teoria monista adotada em nosso Direito Penal, de modo que a gestante responde por um crime, aquele que o pratica com o consentimento da gestante por outro e quem o pratica *sem* o consentimento da gestante ainda por um terceiro tipo penal, em ordem crescente de gravidade das condutas (inferida, claro, pelo *quantum* da pena cominada em abstrato). Nesta pesquisa apenas a conduta da gestante, do art. 124, o qual, por esta razão, é crime de mão própria.

⁷⁸⁸ No caso de gravidez decorrente de estupro, havendo manifestação de vontade da gestante de abortar, o ato deve ser precedido de autorização judicial em procedimento de jurisdição voluntária.

⁷⁸⁹ Isso ficou evidenciado na instrução da ADPF 54, onde, pela primeira vez, o STF realizou uma série de audiências públicas para que os Ministros pudessem melhor compreender o problema. Entidades representativas de médicos expuseram que o diagnóstico, atualmente, é virtualmente infalível.

decisões precárias que poderiam ser posteriormente cassadas, entidade de classe dos profissionais de saúde propôs ADPF perante o STF para que se reconhecesse uma terceira excludente de ilicitude ao aborto, no caso de feto comprovadamente anencéfalo.

Na decisão, publicada em 2012, a Corte sopesou a vida do anencéfalo — que foi considerado um valor inferior à vida do feto sadio, já que aquele sobrevive apenas poucas horas fora do útero — com a dignidade da gestante e os graves danos psicológicos que decorriam de se obrigar uma mulher a manter por meses gravidez que já sabe de antemão será infrutífera, e decidiu que este valor deveria prevalecer. Deste modo, O STF proclamou que o aborto de anencéfalo não deve ser punido, permitindo que gestantes nesta situação a prática do ato somente à vista de laudo médico comprobatório da anencefalia, sem a necessidade de obtenção de ordem judicial.⁷⁹⁰

Prescindindo de tratar em detalhes da conclusão a que o STF chegou naquele caso — o que já fiz em outra oportunidade⁷⁹¹ —, interessa para a presente análise um argumento que, embora não tenha prevalecido de forma clara no acórdão, foi utilizado por alguns Ministros. Eles votaram no sentido de não considerar o ato de “interrupção voluntária da gravidez”, no caso de fetos anencéfalos, um “aborto”, termo que é elementar do tipo do art. 124 do Código Penal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Antes da decisão do STF, poderíamos raciocinar da seguinte forma, a partir da interação entre os arts. 124 e 128 do CP:

(1) é crime praticar o aborto em si mesma, salvo as exceções legalmente previstas (no art. 128 do CP).

É preciso definir o que se entende por aborto. Em uma primeira aproximação, segundo os dicionários, seria a “ação ou resultado de provocar o fim de uma gravidez”.⁷⁹² Uma definição mais completa seria “expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou

⁷⁹⁰ STF, ADPF 54, 2012.

⁷⁹¹ ARAÚJO, 2015.

⁷⁹² Do dicionário Caldas Aulete, disponível online.

embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno”.⁷⁹³ A parte final — “sem condições de vitalidade fora do útero materno” — refere-se à impossibilidade de que, *como efeito da expulsão do feto*, ele sobreviva. Aborto sempre resultará na morte do feto, caso contrário será mera “antecipação do parto”. Para a Organização Mundial de Saúde, é a interrupção da gestação antes da 20^a à 22^a semanas. Como para o direito penal só se ocupa de conduta voluntária e finalística, não interessam os casos de aborto espontâneo. Logo:

(2) “aborto” é a interrupção voluntária dolosa da gravidez antes do termo que resulta na morte do feto.

A morte é, portanto, *resultado* da ação de abortar. Em nenhuma definição, médica ou leiga de aborto, há qualquer consideração quanto ao fator “viabilidade de vida extrauterina do feto”. Mas foi nesse sentido a sustentação dos Ministros: se o feto não pode ter vida extrauterina,⁷⁹⁴ não há aborto. Esta sustentação aparece em dois momentos do extenso julgado. Primeiro, um dos Ministros, fazendo o que ele próprio qualificou de uma “sutileza argumentativa”, distinguiu duas linguagens, “coloquial e jurídica”, quanto à utilização do termo “aborto”:

(...) o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação de um fato situado no mundo do ser — kelsenianamente falando. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica (...) por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste. (...) se todo aborto é uma interrupção de gravidez, nem toda interrupção de gravidez é um aborto. Vou repetir: se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais.⁷⁹⁵

É possível interpretar este argumento de duas formas. Pela *primeira*, podemos considerar que, embora a sustentação seja em termos de “linguagens”, o Ministro, ao falar em *dever-ser*, está separando, embora de forma não clara, os níveis do discurso: ao dizer que “nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais”, ele parece intuitivamente identificar que uma solução normativa dada pela regra não constrange

⁷⁹³ Do dicionário Aurélio, disponível online.

⁷⁹⁴ STF, *ADPF 54*, 2012. Do voto da Ministra Rosa Weber: “o conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência. Entendimento diverso que vincule o saber jurídico ao saber médico ou a um conceito único de vida só faz confundir os campos do conhecimento empírico com o campo da ação humana. Além do mais, a negação dessas considerações só pode ser baseada em uma postura dogmática e autoritária injustificável, e não é outra a consequência da falácia naturalista” (p. 104).

⁷⁹⁵ *Ibidem*, do voto do Min. Ayres Britto.

necessariamente a adjudicação. O ato seria aborto pela formulação da regra, mas “não seria aborto” (ou seja, a solução normativa dada pela regra deveria ser rejeitada) em uma análise coerentista com os propósitos do ordenamento jurídico, dando destaque para a dignidade da gestante. Um *segunda* interpretação levaria em conta que o Ministro expressamente cita Kelsen. Deste modo, ao dizer que o ato não seria aborto no nível do *dever-ser*, ele de fato estaria sustentando que a conduta da gestante, no caso de feto anencéfalo, não se “enquadraria” no conceito de aborto. A interpretação correta parece ser a segunda, especialmente levando em conta que este Ministro votou depois de uma Ministra que sustentou a redefinição conceitual de forma bem mais clara:

Para o Direito Penal, o feto é, portanto, protegido, mas só se delineará o aborto se houver vida no ser que é fruto da concepção. Não há clareza, contudo, sobre o que pode ser considerado como conteúdo da expressão “vida”. Necessário, portanto, levar adiante a indagação sobre o uso desse conceito dentro do jogo da linguagem jurídica.

(...) para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque, sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente.

(...)

Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. A interpretação ora declarada inconstitucional é incompatível com o conceito de vida que se pode extrair do caput do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante. Os dispositivos questionados permanecem intocados, apenas a *interpretação extensiva* — a que inclui o feto anencéfalo — é que viola direito fundamental da gestante. Nessa linha, é procedente a presente ação.⁷⁹⁶

A argumentação é mais complexa porque, aqui, o conceito “aborto”, que não é definido pelo Código Penal, é articulado expressamente com o conceito “vida”, e a sustentação prossegue a partir daí. Como sempre é possível que algo ocorra até o parto, não se pode afirmar que o feto não-anencéfalo *certamente* sobreviverá, de modo que é preciso qualificar esta “vida extrauterina” como uma *potencialidade* que o feto sadio tem o anencéfalo, segundo a medicina, de forma condensada, não. Então, em vez de (2), temos

⁷⁹⁶ Ibidem, do voto da Ministra Rosa Weber, grifei.

(2*) “Aborto” é a interrupção dolosa da gravidez antes do termo, que resulta na morte do feto, caso o feto tenha potencial para a vida extrauterina.

Há uma contradição apenas aparente nesta proposição entre “que resulta na morte do feto” e “caso o feto tenha potencial para a vida extrauterina”. Porque, embora a Ministra tenha se aprofundado na análise do conceito “vida”, como se não considerasse o feto anencéfalo um ser vivo — “[n]ão há clareza, contudo, sobre o que pode ser considerado como conteúdo da expressão ‘vida’” —, logo depois diz que não haveria um interesse na proteção “da mera vida orgânica”. Então, em (2*), a “vida extrauterina” em questão seria a vida não meramente “orgânica”, que por simplicidade podemos caracterizar como a existência de um cérebro — a não ocorrência de anencefalia. No caso de feto anencéfalo, não haveria este potencial para a vida (não meramente “orgânica”) extrauterina, de modo que a interrupção da gravidez que resulta na morte (meramente “orgânica”) do feto não seria “aborto” por (2*).

As proposições (2) e (2*) são incompatíveis, e esta incompatibilidade pode ser demonstrada com os mapas argumentativos nos dois casos. Se considerarmos (2), temos que concluir que, mesmo no caso de anencéfalo, a conduta é um “aborto”, e há uma solução normativa a partir de {CP124, CP128} que impõe a punição da gestante. Contudo, esta solução normativa não é *coerente* com propósitos do sistema normativo. Juliano Maranhão sustenta, ao tratar deste caso, que a questão deve ser entendida como uma oposição entre o direito do feto à vida e a liberdade da mãe. O art. 124, que proíbe o aborto, claramente reconhece o direito do feto à vida e o situa em nível superior ao da liberdade da mãe, já que “seria difícil dar sentido a essa proibição se cogitarmos que o legislador considerou que os fetos não são objeto de consideração moral”.⁷⁹⁷

Por outro lado, as referências ao estupro e ao risco de vida sugere outros dois valores em jogo: a dignidade e a vida da gestante. O risco de vida, em verdade, não precisaria ser previsto no art. 128, pois constituiria hipótese de estado de necessidade, já contemplada pelo art. 24 do CP. Resulta que o conflito que exsurge de {CP124, CP128} é entre a vida do feto (v) e a dignidade da gestante (d). Em regra, (v) > (d), mas em caso de estupro, (v) < (d). No caso de feto anencéfalo, o “conjunto de crenças de fundo inclui a de que levar adiante

⁷⁹⁷ MARANHÃO, 2011, p. 187.

uma gravidez com um feto diagnosticado com anencefalia implica em um sofrimento insuportável para a mãe”.⁷⁹⁸ O STF argumentou (prevaleceu) que cabe

à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado — no exercício do direito à privacidade —, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. (...)

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida.

(...) pois se a razão fundamental desse tipo de despenalização [que autoriza o aborto em caso de gravidez decorrente de estupro] reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bem jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencéfala.

(...) inexistente, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte, consoante esclarecido na Audiência Pública que se realizou em função deste processo.⁷⁹⁹

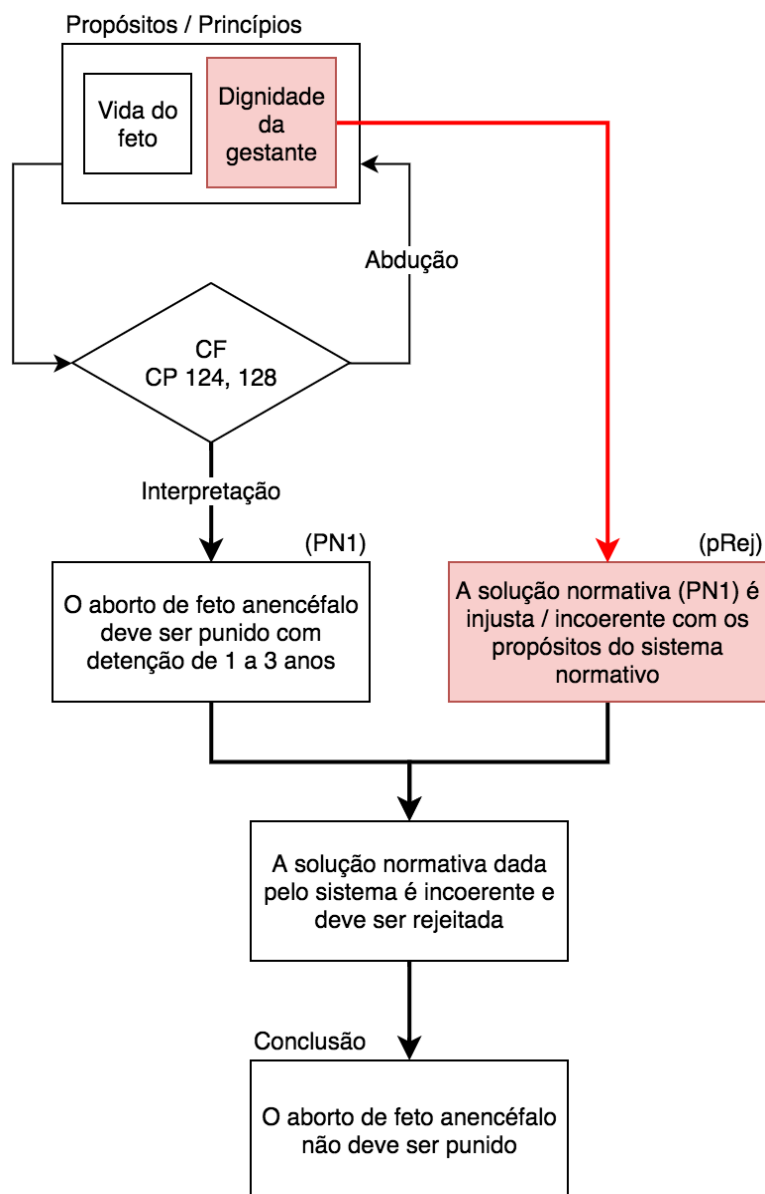
Nesse contexto, os propósitos identificados levariam, em uma derivação direta, à solução normativa de que o aborto, em caso de anencefalia, deveria ser permitido. Mas como a anencefalia não é um fator relevante de acordo com as regras aplicáveis, há um conflito entre a instanciação das regras e a solução que derivaria de seus propósitos.⁸⁰⁰ Esta incoerência leva à rejeição da solução normativa dada pelas regras, o que consiste em uma contração do sistema normativo — um padrão inferencial que aqui foi denominado de argumento por exceção implícita.

⁷⁹⁸ Juliano, 2011, p. 205.

⁷⁹⁹ STF, *ADPF 54*, 2012.

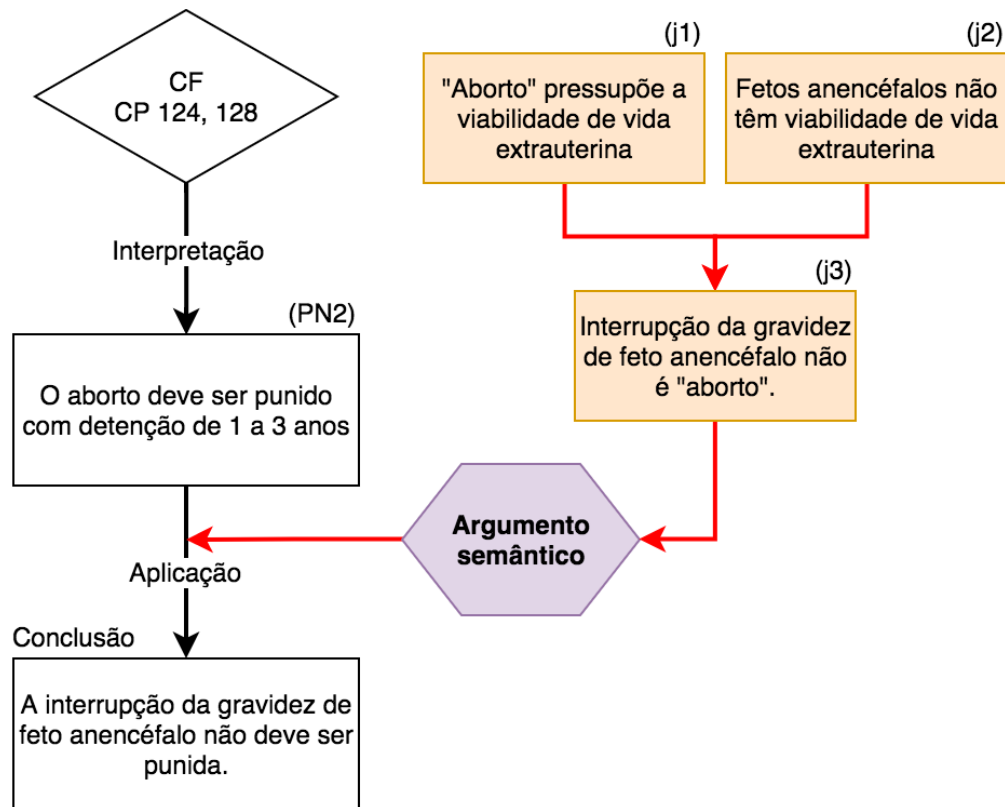
⁸⁰⁰ Juliano, 2011, p. 205.

Figura 14 - Mapa argumentativo da ADPF 54 com o argumento por exceção implícita



Nesta representação fica claro que a dignidade da gestante prevaleceu no sopesamento com o direito à vida do feto. Para rejeitar a solução normativa (PN1) é preciso primeiro assumir (pRej), o que é bem evidente que o STF fez de acordo com os trechos citados acima a título de exemplo. A incoerência nem sempre vai resultar na rejeição da solução normativa, mas, neste caso, sim. Em seguida, conclui-se que o aborto de feto anencéfalo não deve ser punido. Por outro lado, tomando (2*) como proposição que articula o conteúdo conceitual de “aborto”, temos:

Figura 15 - Mapa argumentativo da ADPF 54 com o argumento semântico



A distinção é evidente. Com (2*), evita-se o argumento por exceção implícita, que, embora já se tenha demonstrado ser um padrão inferencial endossado em nossa prática jurídica desde, pelo menos, o séc. XIX — e conquanto seja possível citar muitos casos em que ele foi utilizado pelo STF —, está longe de ser *explicitamente reconhecido* de forma tranquila na prática, diante da já discutida dificuldade que os juízes têm em situar sua argumentação fora da moldura tradicional da *interpretação*. Essa discussão, contudo, é periférica: cabe analisar se (2*) é *racional*, se o argumento nela baseado pode ser *validamente* utilizado.

Para isso, aplicando a moldura inferencialista, o argumento semântico foi situado na inferência entre (PN2) e a conclusão, como qualquer argumento interpretativo seria. As proposições (j1) e (j2) derivam (j3), e constituem a *justificação* da inferência: a “interrupção da gravidez” de feto anencéfalo não é aborto (j3) porque o aborto pressupõe viabilidade de vida extrauterina (j1) e o feto anencéfalo não tem viabilidade de vida extrauterina (j2). Assim, $(j1) \wedge (j2) \rightarrow (j3)$ é um condicional que *expressa* a justificação à inferência interpretativa $(PN2) \rightarrow$ Conclusão.

É fácil ver que (j2) é uma proposição que tem um conteúdo representacional que a torna indiscutível: de fato, a medicina hoje tem técnicas que permitem aferir com certeza se um feto é anencéfalo, e, uma vez determinado este diagnóstico, é *certo* que o feto morrerá minutos ou horas após o parto. Isso ficou estabelecido nas audiências públicas que o STF conduziu em 2008.⁸⁰¹ A discussão, portanto, restringe-se a (j1) e (j3). A segunda expressa um compromisso de substituição que articula o conceito “aborto” — na verdade, expressa a inexistência de um compromisso de substituição de identidade na forma interrupção da gravidez de feto anencéfalo = aborto. Por sua vez, (j1) funciona como *justificativa* para (j3).

Na moldura aqui adotada, o mapa argumentativo da Figura 15 torna explícito que o a tese de redefinição conceitual no argumento semântico na ADPF 54 consiste em *estabelecer* que, dentre as *circunstâncias adequadas de aplicação* do conceito aborto, temos a “viabilidade de vida extrauterina” do feto. A questão é que esta circunstância de aplicação do conceito não se encontra em absolutamente lugar nenhum. Nem mesmo os Ministros do STF que utilizaram este argumento citaram qualquer fonte. Desta forma, é possível interpretar o argumento do STF, no exercício de nossa função como árbitros, de três formas: (I) o STF explicitou uma circunstância adequada de aplicação do conceito “aborto”; (II) o STF errou ao supor que a “viabilidade de vida extrauterina do feto” é uma circunstância adequada de aplicação do termo “aborto”; (III) o STF determinou uma mudança no significado do termo aborto, que a partir de então deve incluir a “viabilidade de vida extrauterina do feto” entre suas circunstâncias adequadas de aplicação.

Os Ministros aparentam fazer (I), pois argumentam como se o fator “viabilidade de vida extrauterina do feto” fosse obviamente circunstância adequada de aplicação de “aborto”. Há, contudo, várias razões para considerar que, de fato, fizeram (III). Primeiro, até mesmo os Ministros que utilizaram o argumento semântico também sustentaram com o argumento por exceção implícita — ou pelo menos defenderam o mesmo raciocínio coerentista que o caracteriza. Segundo, a própria controvérsia, que chegou ao STF em 2004, foi intensamente debatida em 2008 em duas semanas de audiências públicas, e julgada em 2012 com decisão não-unânime, é um indicativo de que o fator “vida extrauterina” (ve) não fazia parte, até então, da articulação conceitual de “aborto”. Somando-se a isso diversas

⁸⁰¹ O registro das audiências públicas está disponível no YouTube, mas a constatação expressa em (j2) ficou clara e incontroversa no texto do acórdão (STF, *ADPF 54*, 2012).

fontes autoritativas — dicionários, autores de livros específicos na área, Organização Mundial de Saúde —, temos que, até a ADPF 54, o fator (ve) não aparece de forma relevante na articulação conceitual de “aborto”.

Excluindo-se (I), cabe analisar se o STF poderia ter feito (III) e, se não poderia, se a consequência é (II), um *erro*, ou outra.

4.2.2 *A possibilidade de modificação conceitual*

Um dos argumentos em favor da tese de redefinição conceitual na ADPF 54 sustenta que, em 1940, ano da promulgação do Código Penal, não havia como diagnosticar a anencefalia. Com o tempo, essa tecnologia foi desenvolvida de modo que, atualmente, conseguimos determinar com certeza absoluta que um feto é anencéfalo, que este quadro é irreversível e que o óbito é certo. Não faz sentido, assim, obrigar uma mulher a meses de gestação em uma gravidez que, ao final, resultará em um filho, praticamente, natimorto. Parece evidente que, com o tempo, nossos conceitos mudam, e a evolução tecnológica aqui é utilizada como fundamento para justificar essa mudança conceitual no caso de aborto.

A possibilidade de mudança conceitual é expressamente considerada por Brandom, especialmente em textos mais recentes.⁸⁰² Um caso em que essa mudança ocorreu de forma muito evidente pode ajudar a esclarecer essas questões. Trata-se da possibilidade de condenar criminalmente o *marido* por estupro em caso de relações sexuais forçadas com a *esposa*.

O crime de estupro era legalmente definido no Brasil desde 1940 como “constranger mulher” à prática de “conjunção carnal” mediante “violência ou grave ameaça”.⁸⁰³ Temos aqui três expressões que podem trazer dúvidas em sua aplicação prática, mas, analisando apenas o “constrangimento”, trata-se de conceito que, aparentemente, é fácil de determinar: só haveria constrangimento no caso de relação sexual não consentida. Ocorre que, até os anos 1980 — talvez até depois desta década — era *consenso* na doutrina⁸⁰⁴ e na jurisprudência brasileira e estrangeira, e até na lei estrangeira (pelo menos nos países de onde

⁸⁰² BRANDOM, 2013, 2019.

⁸⁰³ Art. 213 do Código Penal, na redação original. A definição legal foi alterada em 2009, excluindo o termo “mulher” e conjugando no art. 213 as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, mas aqui utilizo a redação original porque faço referência à doutrina desde a promulgação do Código.

⁸⁰⁴ A análise de que este entendimento constituía o consenso é de BATISTA, 1976, p. 69.

mais se colheram influências para o nosso direito penal) que o *marido* não poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, *mesmo que*, na prática, a relação com a esposa não fosse consentida.

O Tribunal de Alçada da Guanabara decidiu desta forma em 1973. Naquele caso, a vítima havia se recusado a manter relações com o esposo, que a forçou e causou machucados, o que caracterizaria a violência. Aquela Corte, hoje extinta, argumentou que “a apelante se quis forrar ao congresso sexual, sob a capa de ordinário cansaço corporal, o que não parece razão bastante a deixar de satisfazer o outro cônjuge. As lesões em questão são leves, em maneira a deixar de extremar em abuso o exercício do direito”.⁸⁰⁵ A decisão, que hoje configuraria um absurdo, não foi algo isolado do TAGB: ela estava amparada por (e citava) todos os grandes penalistas da época: Hungria, Magalhães Noronha, Manzini e Welzel.

Hungria considerava que no caso havia um dever da esposa em relação ao marido, e que o estupro pressupunha “cópula ilícita”. Para ele o marido não deveria responder nem mesmo por eventuais lesões, pois “é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito”.⁸⁰⁶ O Código Penal não fazia nenhuma ressalva neste sentido, diferentemente do alemão e do português, onde havia previsão expressa um ato *extramatrimonial*, no primeiro caso, ou “ilícito,” no segundo. Nilo Batista, criticando, já em 1976, esta posição, dizia que “[a] conjunção carnal só pode merecer o adjetivo lícita (...) quando se realize entre pessoas consencientes. E isso, pela imbricação íntima da liberdade sexual com o problema constitucional da liberdade individual”.⁸⁰⁷

Em 2019 alguém que sustentasse esse entendimento que já foi um consenso doutrinário e jurisprudencial no Brasil, em Portugal, na Itália e na Alemanha, pelo menos, cometeria aos nossos olhos um erro grosseiro na articulação dos conceitos envolvidos. Poderíamos no máximo atribuir, a ele, um compromisso com essa posição, mas de maneira alguma assumiríamos, nós mesmos, este compromisso. Para nós, esse indivíduo teria *objetivamente* cometido um erro quanto às circunstâncias adequadas de aplicação de “estupro” e “constrangimento”. Na Alemanha, Alexy e Dreier também identificaram a

⁸⁰⁵ TAGB, *ACrim* 7.373, 1973.

⁸⁰⁶ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1983, p. 114-115.

⁸⁰⁷ BATISTA, 1976, p. 70.

mesma modificação no que chamam de “julgamentos de valor” nos casos de agressão sexual.⁸⁰⁸

Não há problema, então, em afirmar que conceitos *podem* mudar. A questão é *como* os conceitos mudam. Pela abordagem inferencialista, já ficou claro que as normas linguísticas são socialmente instituídas, e isso implica que nenhum participante da prática pode *isoladamente* promover esta mudança. Apenas a coletividade de participantes é que, através de suas atitudes, revelam o que consideram ser as circunstâncias adequadas de aplicação de um conceito. O que aconteceu no caso do estupro pelo marido é que nossa sociedade evoluiu e, abandonando um modelo patriarcal, vem modificando não apenas como percebe o estupro ou outras violências sexuais, mas o próprio papel da mulher. O “pátrio poder” virou “poder familiar” no Código Civil de 2002. A expressão “mulher honesta”, que já foi uma elementar de crimes previstos no Código Penal, desapareceu. O *crime* de *adultério* virou “letra morta” e foi revogado expressamente em 2005, muitos anos depois de sua última aplicação em uma decisão judicial. O crime de estupro incorporou o “atentado violento ao pudor”, de modo que, agora, o homem também pode ser vítima de estupro. Tudo isso reforça o que Brandom sustenta como base de seu modelo: para ter um conceito, uma pessoa tem que ter muitos conceitos.

Sendo participantes competentes de uma prática social, conseguimos navegar entre as perspectivas e podemos, hoje, afirmar com segurança que o marido pode sim ser sujeito ativo do estupro, ainda que sequer machuque a esposa que se recuse à prática sexual. Temos também a capacidade de identificar que algumas pessoas ainda pensam da mesma forma que os mestres do Direito Penal do passado, e *agimos* diante disso de uma forma que pode ser expressada por uma atribuição de compromisso *de re*:

Fulano afirma *sobre* o estupro *que* ele não pode ser praticado pelo marido contra a esposa.

Fica clara aqui a distinção entre as perspectivas. Por mais que Fulano ache que o estupro não pode ser praticado pelo marido contra a esposa, ao colocar “o estupro” sob o escopo do *sobre* na locução, deixo claro que, para mim, como árbitro, ele está falando sobre o estupro, que estupro tem um conteúdo conceitual *objetivo* e que Fulano pode pensar o que quiser, dizer o que quiser, mas a violência sexual do marido contra a esposa é, e continuará

⁸⁰⁸ ALEXY; DREIER, 1991, p. 84.

sendo, independentemente dele, um *estupro*. A minha perspectiva como árbitro expressada por esta asserção é hoje um virtual *consenso*: não a opinião de uma comunidade, este ente “mitológico”, segundo Brandom, mas o conteúdo conceitual objetivo que articulo com os demais participantes de prática em uma relação simétrica, expressando-o de forma relativa aos repertórios de compromissos colaterais de cada um, mas de qualquer modo *compartilhado* em sua dimensão objetiva, e que podemos *impor* a Fulano.

A perspectiva do STF neste jogo é a *mesma* da de qualquer outro árbitro. Por mais que o Tribunal tenha autoridade jurídica máxima no direito brasileiro, sua autoridade no jogo linguístico-discursivo de dar e demandar razões é a mesma dos demais participantes. Nem mesmo a comunidade, considerada como um todo (se isso fosse possível), teria um ponto de vista privilegiado. A simetria entre todos os interlocutores é condição essencial para que se possa ter uma prática essencialmente normativa. Assim, o STF pode, como qualquer participante, *identificar* as mudanças sociais e, por conseguinte, as mudanças conceituais.⁸⁰⁹ De certa forma, o STF, fazendo parte do jogo linguístico-discursivo, *participa* dessa mudança, mas em pé de igualdade com todos os demais — talvez com a vantagem de ter uma grande influência sobre um grupo relevante dos participantes da prática linguístico-discursiva: o subconjunto daqueles tecnicamente treinados na prática jurídica. Mas o máximo de sua autoridade reside nessa influência persuasiva: no jogo de dar e demandar razões, uma conclusão prevalece pela *autoridade das razões* do falante, não *em razão da autoridade* de um falante.⁸¹⁰

Logo, ao utilizar o conceito “aborto”, o STF recebe-o com um conteúdo conceitual que não pode ser manipulado com uma tese de redefinição. Uma tese *sobre* uma mudança conceitual somente seria válida se constituísse um compromisso expressivo que explicitasse uma evolução do conceito na prática, mas não como um argumento que se pretende aplicável para provocar um efeito *na* prática. E se o STF e, por extensão, quaisquer juízes, somente podem identificar essas mudanças conceituais, impõe-se a conclusão de que uma tese que veicula uma tentativa de mudar um conceito *não é* um movimento válido no jogo de dar e demandar razões. Não se trata de um erro, mas sim de um movimento *irracional*.

⁸⁰⁹ No mesmo sentido, FARNSWORTH, 2018.

⁸¹⁰ Parafraseando MacCormick em 1978, p. 274.

É claro que é possível utilizar conceitos de forma equivocada. Aliás, a teoria de Brandom é uma forma de construir uma objetividade estrutural de modo que até mesmo *todos* os participantes da prática estejam errados na aplicação de um conceito, como os terráqueos que chamavam de água a substância XYZ da “terra gêmea”. Mas há uma diferença entre utilizar um conceito equivocadamente e *argumentar* em prol da mudança de um conceito.

No já citado caso em que o STF estendeu um benefício que seria aplicável em caso de “cegueira” para quem sofria de “cegueira monocular”, o Reator cometeu um erro na articulação dos conceitos. Como já disse, o Tribunal primeiro *afirmou* que a regra em questão não contemplava os portadores de cegueira monocular, e, ainda assim, estendeu o benefício ao argumento de que quem tinha cegueira monocular sofria limitações comparáveis e até maiores do que as daqueles contemplados na regra. O equívoco é que o Relator considerou que a regra pressupõe uma pessoa “que tem visão nos dois olhos”. No caso de cegueira monocular, a pessoa não teria visão em um dos olhos. O raciocínio supostamente demonstraria que a cegueira monocular seria mais grave que a “cegueira” prevista na regra.

O problema é que a regra define a cegueira como a “acuidade visual inferior a 0.05 no *melhor* olho”. Por utilizar a expressão “melhor olho”, o Relator considerou que haveria “visão nos dois olhos”. Ocorre que a definição de cegueira monocular, de acordo com o Conselho Brasileiro de Oftalmologia, é ter acuidade visual inferior a 0.05 e visão *normal* no outro olho. O simples cotejo entre ambas as definições é suficiente para ver que a premissa da qual o STF parte (de que quem tem cegueira monocular tem visão pior do que a de alguns contemplados pela regra) não se sustenta e que há uma petição de princípio no argumento.⁸¹¹ Mas há ainda outro erro: outra regra prevê o mesmo benefício para quem tem “somatória do campo visual inferior 60° em ambos os olhos”. O STF considerou que quem tem cegueira monocular teria um campo visual inferior a 50%, e por isso também teria visão inferior a outros abrangidos por esta regra. Ocorre que *não é assim* que se calcula o campo

⁸¹¹ Um trecho que mostra bem a dificuldade em articular os conceitos técnicos neste caso é: “O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’”, e “o impetrante desenvolve outro raciocínio. Diz ele que, pelo fato de enxergar por meio de um único órgão, a comparação com o “melhor olho” se torna logicamente inviável. É como dizer: o indivíduo que possui visão monocular padece de maior deficiência do que aquele que sofre limitação em ambos os olhos. Em suma, a falta de visão num olho é mais comprometedora do que a perda parcial de visão nos dois órgãos” (STF, *ROMS 26.071*, 2007).

visual — aqui o desconhecimento do termo técnico, das circunstâncias adequadas de aplicação deste termo, fez com que a Corte argumentasse incorretamente.⁸¹²

Bem diferente é o argumento semântico na ADPF 54. Uma das Ministras classificou a interpretação que seria a *literal*, que resultaria na solução normativa com a punição pelo aborto de anencéfalo, de interpretação *extensiva*, como visto na transcrição acima. A tese é claramente de que o conceito “aborto” *deve ser* lido de forma a *excluir* a “interrupção da gravidez de feto anencéfalo”, introduzindo em suas circunstâncias adequadas de aplicação o fator “viabilidade de vida extrauterina do feto”. Este argumento é *irracional* não porque utiliza um conceito de forma equivocada, mas porque busca a *modificação* de um conceito através de *uma* perspectiva isolada — a da Corte —, o que não é *possível*. De forma mais clara: é *possível* utilizar equivocadamente um conceito, mas *não é possível* pretender alterar um conceito unilateralmente, porque o conteúdo conceitual tem uma dimensão objetiva que decorre da articulação das múltiplas perspectivas simétricas dos participantes da prática. Nesta prática linguístico-discursiva, o STF não ocupa uma posição privilegiada — nenhum julgador ocupa. Por isso, alguém que sustenta que o marido não pode, ainda hoje, ser sujeito ativo do estupro praticado contra a esposa, está *errado*, não conseguiu navegar por uma mudança social relevante nas perspectivas que articulavam os conceitos envolvidos. E também por isso o argumento de redefinição conceitual na ADPF 54 — que, ressalte-se, não prevaleceu no acórdão, pelo menos não expressamente — é irracional: representa um movimento impossível na prática social que articula o conteúdo conceitual.

4.2.3 *A racionalidade possível da decisão*

Afirmar que o argumento semântico utilizado na ADPF 54, com tese de redefinição conceitual, é *irracional*, não quer dizer que decisão está incorreta ou é inválida. Aliás, conquanto não seja relevante, concordo com o mérito da decisão — em verdade, com o *mérito* de quase todas as decisões aqui analisadas —, e a explicitação da racionalidade dos argumentos serve para uma análise crítica da fundamentação, o que deve contribuir para a

⁸¹² “Ora bem, quem tem um olho só, obviamente sofre de grave insuficiência visual. Uma insuficiência igual, na melhor das hipóteses, a 50% (cinquenta por cento) do campo visual de uma pessoa que enxerga pelas duas janelas da alma (como se disse, alhures, dos olhos humanos).” Consultei oftalmologista especialista em retina pela Universidade Federal de São Paulo para confirmar o equívoco do STF neste caso (VALADÃO, 2019).

melhora dos argumentos utilizados pelos juízes. Algo que pode ser incontroversamente apropriado como contribuição relevante para a teoria do direito do realismo jurídico norte-americano e das crítica de Dworkin é que decisões judiciais levam em conta outros fatores que não apenas as regras aplicáveis, de modo que esses fatores devem ser *explicitados* para que se saiba quais as razões que efetivamente *prevalecem* nas decisões.

Na ADPF 54, dizer que o argumento semântico com tese de redefinição conceitual é irracional significa que a conclusão — que a gestante que pratica o aborto de feto anencéfalo não deve ser punida — precisa ser derivada de outros *standards* normativos. E, neste caso, ainda que de forma confusa em um acórdão de mais de 400 páginas, é possível discernir o argumento por exceção implícita, simplificado na Figura 15. Talvez os Ministros do STF que decidiram a ADPF 54 em 2012 *rejeitassem* a atribuição de um compromisso com o argumento por exceção implícita neste caso. Este padrão inferencial é comum, mas, como já ressaltéi desde o primeiro capítulo, a legitimidade da atividade judicante acaba sendo discutida no meio de uma confusão conceitual entre interpretação e construção, entre aplicar o direito e criar direito, e por mais que seja um virtual consenso que os juízes criam direito, os próprios juízes têm como paradigma de uma boa atuação a postura de deferência ao legislador na solução de casos gerais. Independentemente disso, podemos *atribuir* (normativamente) o endosso ao argumento por exceção implícita ao STF na ADPF 54, em nossa atividade de árbitros analisando os compromissos *efetivamente* assumidos. Ao analisar a racionalidade do argumento semântico, conseguimos discernir entre o que os julgadores *dizem* que fazem e o que *efetivamente* fazem. E o que efetivamente fizeram, aqui, foi o que se chamou de derrotabilidade normativa implícita, e se denominou no modelo inferencialista de argumento por exceção implícita como padrão inferencial distinto.

4.3 As teses judiciais de modificação da inferência material

4.3.1 A ADPF 132 e a união estável homoafetiva

A Constituição Federal prevê que a “união estável”, enquanto instituto jurídico, é configurada pela união entre o “homem e a mulher”. O Código Civil de 1916 previa apenas o *casamento* entre homem e mulher como objeto de proteção do Estado, e o de 2002 estendeu

esta proteção à união estável, mas, a exemplo da Constituição — e praticamente reproduzindo seu texto —, restringiu-a aos casais heteroafetivos.⁸¹³

O Judiciário já reconhecia alguns direitos aos casais homoafetivos, como a qualidade de dependente em benefícios previdenciários e o direito de adotar filhos, mas não lhes era estendido o *instituto jurídico* da união estável (o conceito jurídico), com as consequências daí decorrentes. Julgando uma ADPF e uma ADI conjuntamente, o STF decidiu que uma “interpretação sistemática” da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais (como a isonomia) e dos princípios estruturantes da República (como a dignidade da pessoa humana) impunham a conclusão de que a união estável homoafetiva deveria ser reconhecida e protegida pelo direito. Poucos negariam, em verdade, que a situação em 2011, ano do julgamento, era de grave injustiça social neste aspecto. A questão era o argumento que poderia fundamentar o que claramente era uma *extensão* — não havia como validamente pretender “interpretar” a locução “homem e mulher” para incluir a união estável homoafetiva. O enunciado da regra constitucional era bastante específico:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Como a questão foi definida pelo legislador em nível constitucional — embora não se trate de uma norma *tipicamente* constitucional —, um dos Ministros levantou que havia projetos de emenda constitucional no Congresso Nacional estendendo a união estável a casais homoafetivos, mas que não avançavam justamente pela falta de consenso legislativo nesse sentido. Havia, portanto, uma questão de legitimidade da atuação do STF no que os Ministros perceberam como uma “hesitação do legislador”, e eles decidiram que cabia ao STF agir e corrigir o problema.⁸¹⁴ Outro Ministro fez referência aos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, e pelo trecho citado parece que a intenção dos parlamentares era, de fato, de que a união estável somente fosse reconhecida para casais

⁸¹³ Trata-se de um neologismo, mas optei por utilizá-lo ao lado de “homoafetivo”.

⁸¹⁴ Oralmente, o Min. Luiz Fux admitiu que o caso era de “ousadia judicial”, e chegou a dizer que o STF se dispôs a fazer uma “travessia” que o legislador não ousou fazer (STF, *APPF 132*, 2011). Análise esta dimensão da questão em ARAÚJO; OLIVEIRA, 2019.

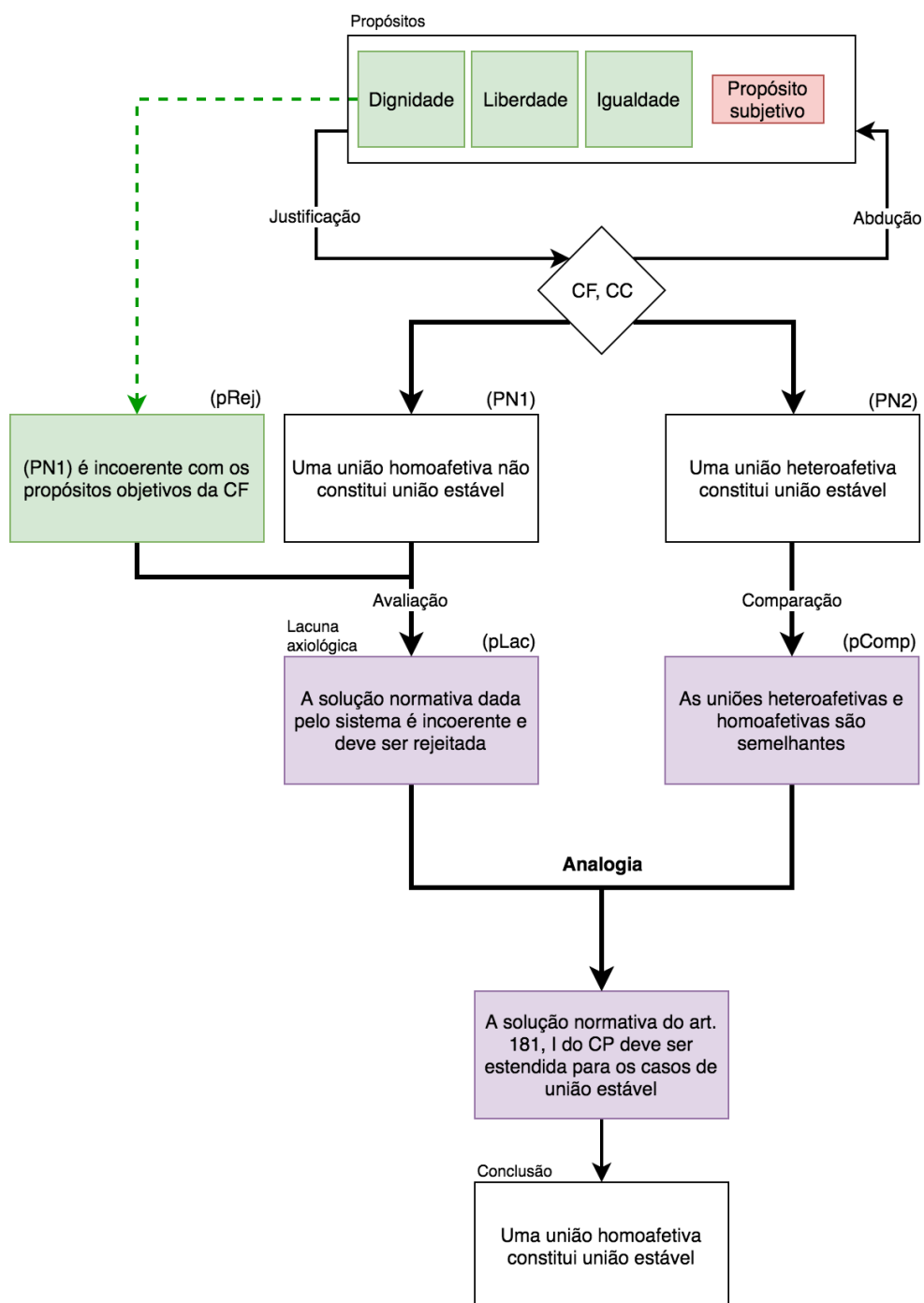
heteroafetivos.⁸¹⁵ Incorporando a teoria da interpretação pelo propósito de Barak, poderíamos definir que este era o propósito *subjetivo* do legislador. O próprio Barak sustenta que, em questões constitucionais, este propósito subjetivo não costuma prevalecer, ganhando proeminência os propósitos objetivos da Constituição⁸¹⁶ — o que o STF constrói, neste caso, como uma coerência sistêmica entre os vários propósitos que se podem extrair do texto constitucional.

Vencida essa questão, não parecia haver dificuldade em construir um argumento por analogia, que seria bastante semelhante ao do TJRS no caso da extensão da escusa absoluta que examinei ao tratar da estrutura inferencial-material do argumento por analogia. A união homoafetiva é semelhante em praticamente todos os aspectos relevantes com uma união heteroafetiva, e um argumento coerentista que adequasse essa comparação dos propósitos constitucionais seria um caminho bastante tranquilo. Incorporando a distinção de Barak entre os propósitos subjetivos e objetivos, e considerando que o propósito subjetivo não prevaleceu no caso, o argumento teria a seguinte representação:

⁸¹⁵ Cf. nota nº 414, p. 127.

⁸¹⁶ BARAK, 2005.

Figura 16 - Mapa argumentativo da ADPF 132 com os argumentos por exceção implícita e por analogia



Esta estrutura é a *mesma* de muitas outras decisões da Corte já exemplificadas aqui: a da extensão da imunidade tributária para os serviços de publicidade, editoração de enciclopédias e importação de maquinário para jornais, a da extensão do benefício da redução do prazo da prescrição da pretensão punitiva pela metade para quem completa 70 anos no curso do processo criminal, a da extensão para o neto de um benefício previdenciário, mesmo ele tendo sido excluído do rol de beneficiários. Mas a falta de clareza

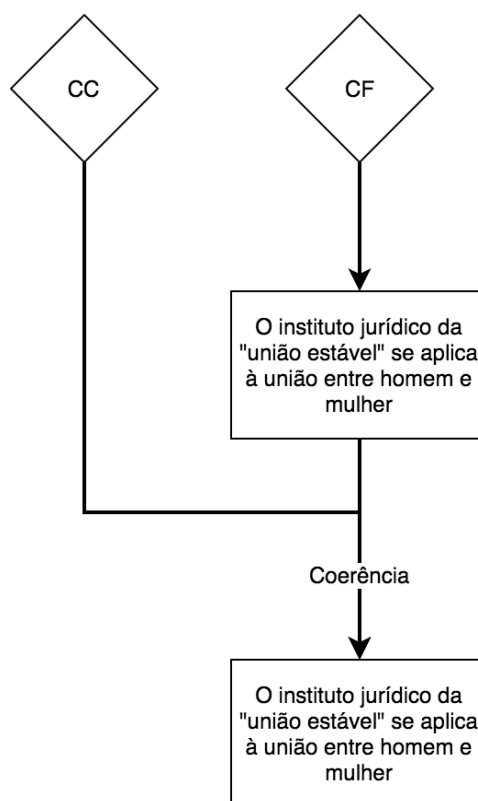
da teoria da argumentação jurídica no que se refere à fundamentação das decisões judiciais parece ter levado o STF a uma argumentação diferente.

O fato de a expressão “homem e mulher” utilizada pelo Código Civil não poder ser *interpretada* de forma a incluir as uniões homoafetivas não representaria nenhum problema para este argumento, que, aliás, pressupõe a definição dos limites do texto, como já visto. O “problema” para o STF também não deveria ser o “perfil aditivo” da decisão, expressão comumente usada por alguns dos Ministros, porque o argumento por analogia sempre resulta em uma extensão, uma ampliação do sistema normativo. Por outro lado, a primeira vez em que o STF, no Plenário, relativizou expressamente a vedação a sua atuação como legislador positivo havia sido em 2007,⁸¹⁷ de modo que, quatro anos depois, não deveria haver necessidade de fundamentação tão incisiva quanto a este ponto além da simples citação deste (e de outros) precedentes.

O “problema” era que a Constituição Federal continha uma norma que reproduzia, quase literalmente, o Código Civil, definindo a união estável de forma restrita para o relacionamento entre o “homem e a mulher”. Havia uma *coerência* entre o CC e a CF neste ponto, o que pode ser representado da seguinte forma para facilitar a visualização do momento em que o STF introduziu o argumento semântico neste caso:

⁸¹⁷ STF, *MI 670*, 2007.

Figura 17 - Esquema inferencial da coerência normativa entre CF e CC na ADPF 132



A relação de coerência aqui é entre uma regra infraconstitucional do CC e uma regra da CF, não entre uma regra e um propósito ou um princípio que justifique essa regra. Ainda assim, não há nada no argumento por analogia que dificulte sua utilização para estender uma regra constitucional — foi o que o STF fez ao estender a imunidade do “papal” destinado à impressão de periódicos ao “leitor de livros digitais”. A questão é que, aqui, a clareza da expressão “homem e mulher” utilizada pela Constituição evidenciava uma lacuna *axiológica*, onde, necessariamente, há a *rejeição* de uma solução normativa através de um argumento coerentista, o que trazia, para o STF, duas dificuldades: a derrota de uma regra constitucional originária (algo que já havia sido feito, mas não de forma tão explícita) e a assunção de uma hierarquia *intraconstitucional*, dois dogmas muito defendidos pela Corte.

O problema do excesso de normas em nossa Constituição é bem conhecido e criticado, e uma regra com o teor do § 3º do art. 226 não deveria fazer parte do conjunto de normas basilares de um ordenamento jurídico, mas o STF em vários precedentes disse não haver hierarquia interna entre as normas constitucionais, bem como que o texto originário

da Constituição não pode ser objeto de controle de constitucionalidade.⁸¹⁸ Não há dificuldade em sustentar uma superioridade axiológica de certas regras constitucionais (e princípios por elas revelados) em relação a outras, mas essa superioridade não é colocada em termos de hierarquia normativa. Por outro lado, o STF tradicionalmente se colocou em um plano inferior, como poder *constituído* que é, ao do poder *constituente* originário, e neste caso a extensão (ou “criação”, ou “adição”) iria de encontro a este dogma.⁸¹⁹ Por isso era problemático para o STF assumir (pRej) e, conseqüentemente, (pLac).

A leitura do inteiro teor do acórdão torna bem clara essa dificuldade argumentativa. Em alguns trechos, os Ministros, que estão unanimemente de acordo com a *solução* — pela extensão da união estável para os casais homoafetivos — discutem como *fundamentar* isso:

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica.⁸²⁰

Para contornar essa dificuldade, pela qual um dos Ministros parecia já cogitar outra denominação para sustentar ser o caso de *outro conceito*, a ideia que prevaleceu foi a seguinte:

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme (...) é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição. (...)

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente (...) da possibilidade de se reconhecer, mas *não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios*, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente (...) que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.⁸²¹

⁸¹⁸ STF, *ADI 815*, 1996, *ADI 4.097*, 2008. Cf. ARAÚJO; OLIVEIRA, 2019. Sobre a inexistência de hierarquia interna a uma Constituição, cf. CANOTILHO, 1993.

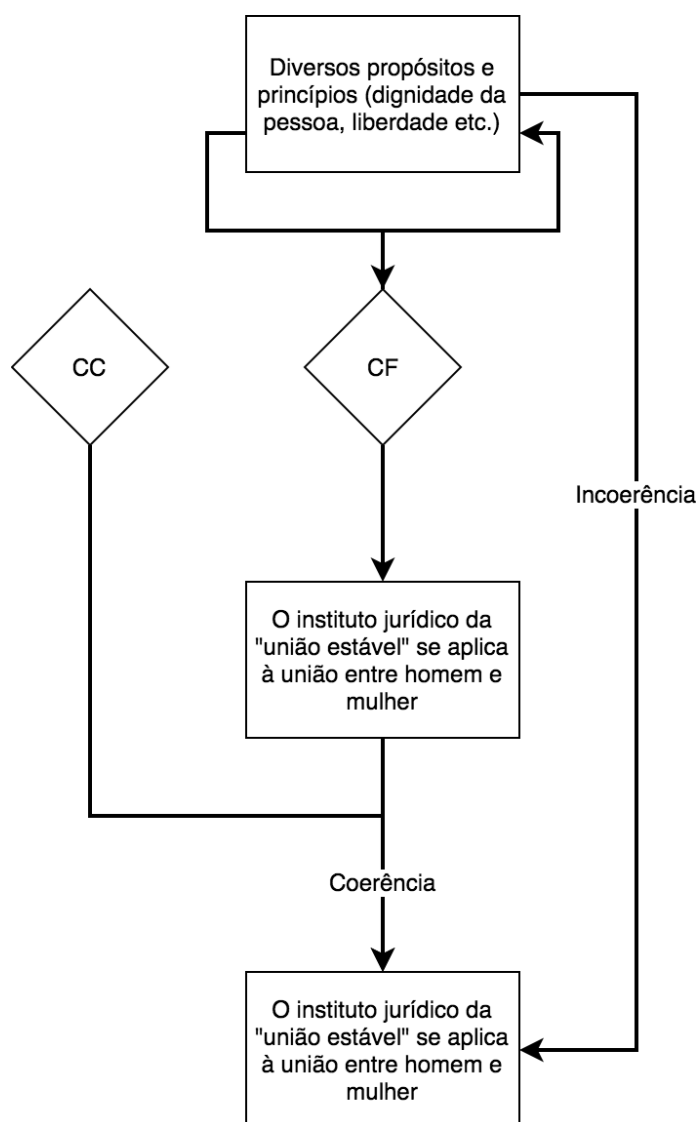
⁸¹⁹ ARAÚJO; OLIVEIRA, 2019.

⁸²⁰ STF, *ADPF 132*, 2011, do voto do Min. Ricardo Lewandowski.

⁸²¹ *Ibidem*, do voto do Min. Gilmar Mendes.

A referência à uma “interpretação conforme extravagante” se deve ao fato de o STF já ter sedimentado que a interpretação conforme é limitada semanticamente pela formulação normativa. A conclusão da Corte foi, então, de que o § 3º do art. 226 da CF não poderia ser “interpretado de modo a impedir este reconhecimento” da união homoafetiva. No dispositivo constou que eles estavam fazendo uma “interpretação conforme a Constituição” apenas do art. 1.723 do Código Civil. A argumentação, neste ponto, pode ser assim representada:

Figura 18 - Esquema inferencial da incoerência argumentada pelo STF na ADPF 132

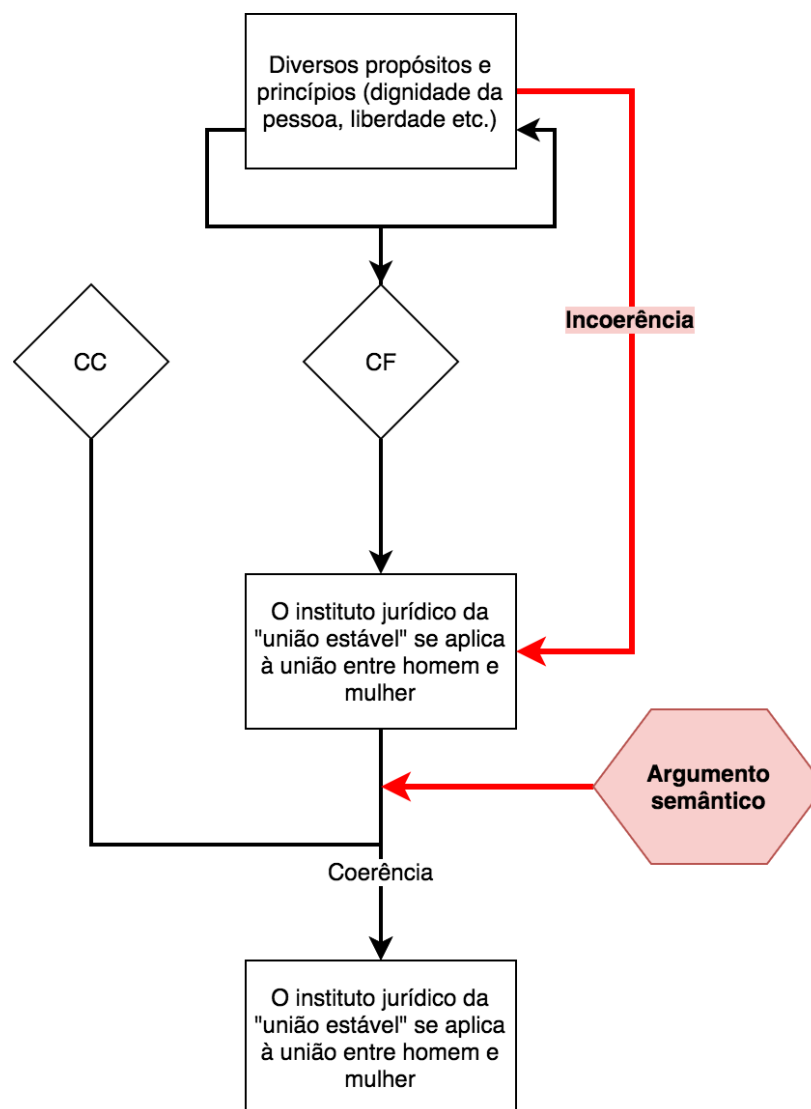


Com esta argumentação, fica evidente uma contradição: não havia como *interpretar* o art. 1.723 de modo a incluir a união estável homoafetiva porque a locução “homem e mulher” não permitia uma articulação conceitual nesse sentido. Por outro lado,

não havia como considerar essa “interpretação” uma extensão coerentista “conforme a Constituição”, porque a própria Constituição continha uma regra com a mesma redação do art. 1.723. Obviamente, a única forma de estender a união estável através de um argumento coerentista era invocando propósitos ou princípios *justificadores* da Constituição, como fica evidente na citação acima — quando o Ministro fala da “possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo”—, mas neste caso ainda seria necessário contornar o fato de que este argumento coerentista resultava em uma *incoerência intraconstitucional*. Se dos propósitos decorria que a união estável homoafetiva deveria ser reconhecida, o § 3º do art. 226 da CF era incoerente com os propósitos constitucionais. Se a solução normativa do art. 1.723 do CC estava sendo *rejeitada*, uma solução normativa do § 3º do art. 226 da CF também estaria sendo rejeitada, já que ele tem o mesmo texto.

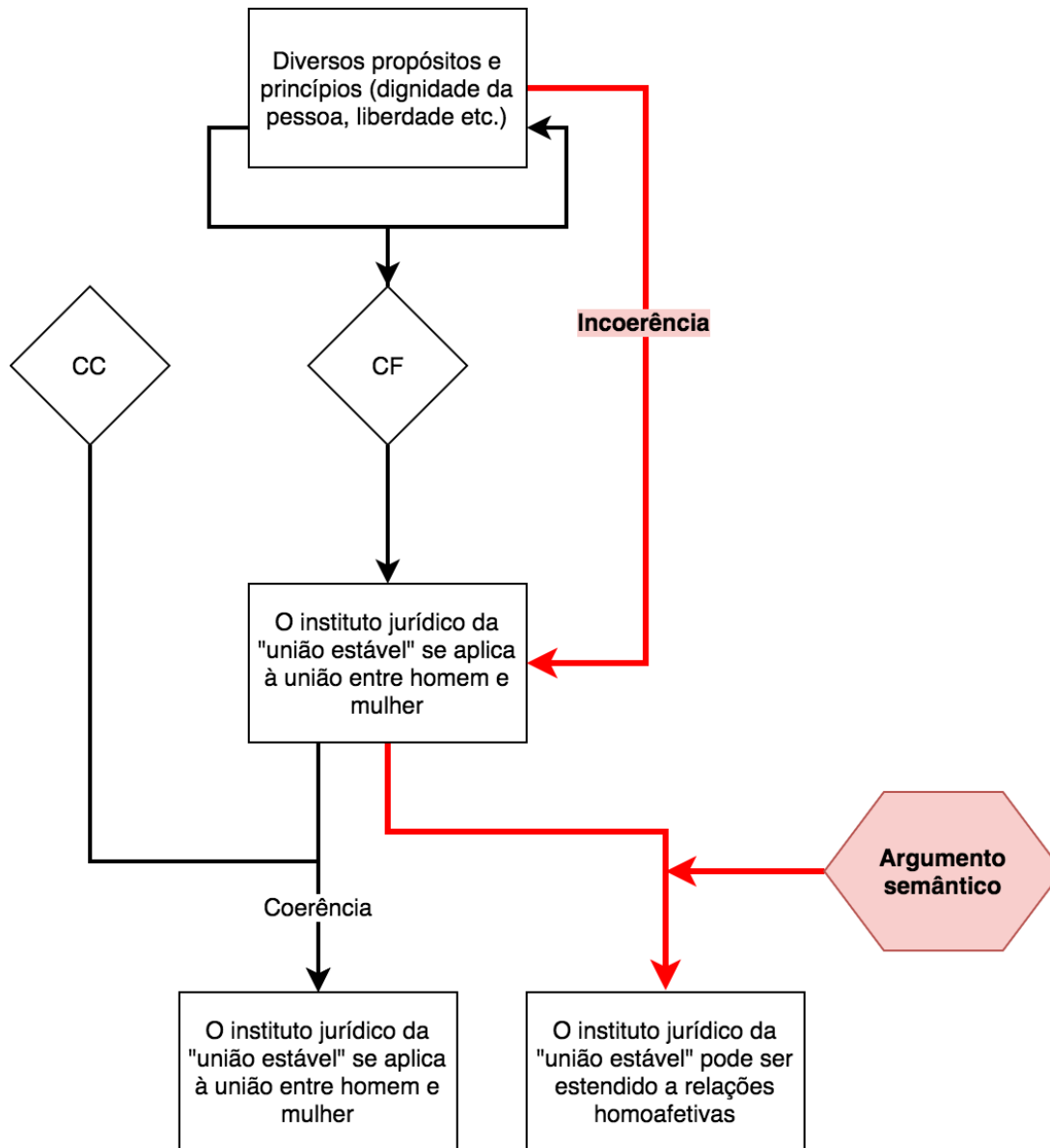
Logo, ao sustentar a incoerência entre o CC e os propósitos da CF, era inevitável concluir pela incoerência entre os propósitos e a própria CF. Por isso a Corte situou o argumento semântico “abaixo” da CF na inferência:

Figura 19 - Esquema inferencial da incoerência entre regras da CF e os propósitos desta, situando o argumento semântico



Para não ter de assumir uma incoerência intraconstitucional, sustentou-se que a regra constitucional “não impedia que” houvesse uma extensão no nível infraconstitucional. Consta da ementa que “A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”. O argumento, portanto, sustenta ser possível a derivação de uma solução normativa da seguinte forma:

Figura 20 - Esquema inferencial do argumento semântico utilizado pelo STF na ADPF 132 para a derivação de solução normativa



Esta tese, paradigmaticamente representada pelo trecho “(...) muito embora o texto constitucional tenha sido *taxativo* ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal⁸²² (...)”, foi a que controlou o resultado. É fácil, com o mapa argumentativo, verificar que é, assim como a da ADPF 54, uma tese sobre a inferência. Mas enquanto aquela dizia respeito às circunstâncias adequadas de aplicação do conceito “aborto”, esta tem relação com as consequências de uso de uma definição envolvendo “homem e mulher”.

⁸²² Ibidem.

Porque, aqui, está em jogo um “princípio” que sequer constou do julgado, mas é uma norma interpretativa utilizada na prática jurídica: *expressio unius exclusio alterius*, ou uma de suas outras expressões em latim.⁸²³

4.3.2 *A impossibilidade de modificação de articulações inferenciais necessárias*

A formulação tradicional desta máxima significa que, quando há a menção explícita de algo em uma definição, isso implica a exclusão do que não é mencionado.⁸²⁴ É algo associado à própria “definição de definição”: ao formular uma definição, o que se pretende, expressivamente, é estabelecer a articulação do conceito de suas circunstâncias de aplicação para as consequências de uso. Foi o que se fez no item anterior ao definir “aborto”. Uma vez formulada a definição, a *exclusão* do conceito daquilo que não faz parte da definição — como a propriedade “viabilidade de vida extrauterina do feto” — segue como consequência lógica.

Mas a máxima *expressio unius* — que é evidentemente *necessária* para que possamos ter *definições* com objetividade conceitual — é objeto de muitas críticas na prática jurídica. É clássica na literatura jurídica brasileira a crítica de Carlos Maximiliano, ex-Ministro do STF, que associa a *expressio unius* ao argumento *a contrario*. Como o argumento *a contrario* é por muitos classificado como um argumento interpretativo,⁸²⁵ e como a distinção entre interpretação e construção é ou desconhecida ou não clara, frequentemente se associa a *expressio unius* à impossibilidade de *estender* uma solução normativa. Pelo que sustentei até aqui, deve ficar fácil de ver que não há relação alguma. O argumento *a contrario* é normalmente estruturado como uma expressão desta máxima: a partir de uma definição, o que não é expressamente incluído é, em regra, excluído, ou o que não é mencionado expressamente foi excluído. Claro que nem sempre se interpreta definições e listas desta forma — é comum que se sustente que determinados róis legais são “meramente exemplificativos”. Mas é padrão que uma definição exclui, em princípio, aquilo que não foi expressamente mencionado, salvo se outra interpretação for possível no contexto. Isso não significa que não seja possível *estender* uma solução normativa. Esta é

⁸²³ Segundo MAXIMILIANO, 2011, outras expressões que exprimiriam o mesmo seriam “*inclusionem unius fit exclusio alterius*” e “*qui de uno dicit, de altero negat*”

⁸²⁴ MUREINIK, 1987.

⁸²⁵ TARELLO, 2013.

exatamente a distinção entre interpretação e construção, e uma conflagração entre as duas leva a, como Maximiliano, concluir que o argumento *a contrario* “extinguiria a analogia e a exegese extensiva”.⁸²⁶ Depois de tudo que sustentei a contradição interna a esta afirmação é evidente: não é possível *estender* (por analogia) algo a não ser que seus limites, excluindo o objeto sobre o qual será aplicada a extensão, sejam definidos. Há um abismo de diferença entre *interpretar* a regra sobre a membresia do Clube de Xadrez para incluir todos os que sabem as regras, mas nunca jogaram uma partida, e *estendê-la* para incluir jogadores de Canastra.⁸²⁷ E não é só no Direito brasileiro que a *expressio unius* é controversa. Mureinik cataloga vários casos do direito estrangeiro em que por vezes se invoca a máxima, em outras ela é rejeitada (pelo menos expressamente), e há casos em que os julgadores advertem que ela deve ser aplicada “com cautela”.⁸²⁸

Pela moldura inferencialista, a “regra” *expressio unius* apenas *explicita* uma dimensão da objetividade conceitual. Os conceitos têm conteúdo objetivo que é articulado pelas circunstâncias adequadas de aplicação e pelas consequências de seu uso, e isso é pode ser *explicitado* através da formulação dessa articulação inferencial. Nesse contexto, a *expressio unius* revela, somente, a objetividade consistente na *normatividade* da atribuição dessa articulação a quem quer que utilize o conceito. É o que Barak diz (intuitivamente) quando sustenta que as palavras, mesmo as vagas, não comportam qualquer interpretação.⁸²⁹ A máxima *expressio unius* apenas explicita esta objetividade linguística.

É essa objetividade que determina quais as consequências de uso de um conceito ou, neste caso, de uma expressão: uma locução definicional que estabelece as circunstâncias de aplicação de um conceito. O § 3º do art. 226 da CF define expressamente as circunstâncias adequadas de aplicação do conceito união estável, e é óbvio que o Constituinte foi, em razão disso, homofóbico. A postulação de um “constituente originário” como uma “entidade” ou, como os americanos denominam, “pais fundadores”, é apenas uma ficção para dar racionalidade a um consenso em torno de um documento normativo. Na prática, alguns dos Deputados que formaram o mitológico “constituente originário” ainda estão entre nós, e atribuir-lhes um caráter de “infalibilidade” seria completamente implausível. Contudo, o

⁸²⁶ MAXIMILIANO, 2011, p. 199.

⁸²⁷ PECZENIK, 1989.

⁸²⁸ MUREINIK, 1987.

⁸²⁹ BARAK, 2005.

STF diz, na ADPF 132, que um raciocínio contrário ao que se sustentava ali “implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico”.⁸³⁰ Ocorre que, se há uma definição, e se essa definição contém as circunstâncias de aplicação, e se não há razão para *interpretar* a definição como incluindo outras circunstâncias, e se há evidências de que a intenção (propósito subjetivo) era efetivamente excluir um determinado grupo, não há alternativa a não ser concluir que o constituinte foi homofóbico — é uma inferência *compromissiva* a partir da atitude de tratar o § 3º do art. 226 da CF *como uma definição*, e a união estável como um *conceito*, que, para ser conceito, precisa ter uma articulação inferencial *objetiva*.

Se há a definição das circunstâncias adequadas de aplicação, segue que pelo menos uma das consequências de aplicação é que há uma *exclusão* do que ficou de fora dessas circunstâncias de aplicação. Das duas, uma: (a) ou é possível *interpretar* a regra constitucional para entender que a união homoafetiva *se inclui* entre as circunstâncias adequadas de aplicação do conceito “união estável”; ou (b) não é possível essa interpretação, e como consequência este conceito, uma *vez utilizado*, exclui as uniões homoafetivas, que estaria, portanto, fora de suas possibilidades semânticas.

A alternativa é, em vez de *utilizar* o conceito, *estendê-lo*, caminho argumentativo que estava aberto para o STF, mas que tinha o “preço” do exercício da jurisdição constitucional sobre o texto originário da CF, já considerado, de forma incontroversa na doutrina e na jurisprudência, intangível nesse sentido. O que o STF preferiu fazer foi, em vez de (a), argumentar que a definição constitucional não tinha por *consequência necessária* impedir que o conceito fosse estendido⁸³¹ e, a partir daí, fazer uma analogia *infraconstitucional* cuja representação omiti da Figura 20 para simplificar, já que o argumento por analogia já foi várias vezes detalhado.

A diferença entre uma extensão em nível constitucional e a que o STF fez, em nível infraconstitucional, deve ficar clara. Pelo argumento que representei na Figura 17,

⁸³⁰ STF, ADPF 132, 2011, p. 42.

⁸³¹ O dispositivo do voto do Relator foi assim sintetizado: “(...) dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável [entre] heteroafetivos”.

acima, fica claro que a solução normativa estendida é derivada do sistema normativo composto pela CF e pelo CC. Ao estender a união estável para as uniões homoafetivas por aquele argumento, o STF estaria estendendo tanto o alcance da regra do CC quanto o da regra da CF. Ao argumentar contra a *expressio unius*, o STF primeiro assume (implicitamente) que *não poderia* fazer a extensão em nível constitucional, depois determina que da regra constitucional *não decorre* a impossibilidade de extensão e, em seguida, faz a extensão, exclusivamente, em nível infraconstitucional. Na ementa, inclusive, consta apenas a interpretação conforme do art. 1.723 do CC.

Se o STF pode ou não pode *estender* o alcance de uma regra constitucional originária, se pode ou não pode *derrotar* uma regra constitucional originária, é uma questão jurídico-política. Em uma análise estritamente da *racionalidade* da fundamentação das decisões judiciais, contudo, *a partir* do momento que o STF assume que o § 3º do art. 226 da CF é “intocável”, *a limitação da extensão decorre necessariamente* da definição constitucional do conceito. É o mesmo raciocínio já exposto na ADPF 54, aqui em outro nível: uma vez utilizado um conceito ou assumido um compromisso, seguem inferencialmente — compromissivamente — compromissos com as circunstâncias adequadas de aplicação e com as consequências necessárias de uso, e essas inferências *não estão à disposição* de um participante da prática isoladamente considerado.

Como resultado, o argumento semântico pretendendo a modificação de inferências consequenciais necessárias decorrentes do uso de conceitos ou compromissos assumidos não é um movimento possível na prática discursiva, de modo que também é irracional, e não apenas um erro argumentativo.

4.3.3 *A racionalidade possível da decisão*

Bloqueada por irracionalidade a possibilidade de um argumento semântico nos moldes do que o STF buscou fazer na APDF 132, resta como caminho possível a argumentação por analogia com exceção implícita na lacuna axiológica. Note-se que, neste ponto, evidencia-se uma inconsistência na ADPF 132, pois a utilização de uma analogia — que foi expressamente reconhecida nos debates — *pressupõe* que a união homoafetiva não estava incluída nas regras. Só se pode estender uma regra para um caso ao qual ela não se aplica. Assim, a analogia *pressupõe* a “atuação” da máxima *expressio unius*. Logo, numa mesma decisão, o STF assumiu um compromisso consequencialmente com a *expressio unius*

ao falar em analogia, e teria assumido um compromisso consequencialmente com a *rejeição da expressio unius* (na forma de uma rejeição de uma inferência necessária) com o argumento semântico, o que não ocorreu em razão da irracionalidade deste.

A questão é que, no caso de irracionalidade, este compromisso consequencial com a rejeição de uma inferência necessária sequer pode ser “*anotado no placar*”. Este caso evidencia porque estes argumentos são *irracionais*, e não meramente *erros*. Num caso de erro, é possível anotar um compromisso no placar e negar-lhe a justificativa, ao mesmo tempo anotando os compromissos que dele decorrem em inferências compromissivas, prerrogativas em inferências permissivas etc. Mas estes argumentos semânticos se situariam na *metalinguagem*, pretendendo *modificar* justamente essa anotação do placar — na ADPF 54, nos compromissos com as circunstâncias adequadas de aplicação, na ADPF 132, com as consequências necessárias de uso. Não há sequer como fazer este registro, pois este tipo de movimento não faz parte da prática. Para prosseguir com a alegoria de Peczenik, é possível anotar como um erro se alguém, novato no Clube de Xadrez, movimentar o bispo na vertical. Mas não há sequer como dar sentido a alguém que, ao ter sua dama capturada, *argumenta* que ela não deve ser retirada do jogo, e a recoloca na posição onde estava. O argumento está em um nível externo ao jogo.

Na ADPF 132, atribui-se ao STF um argumento por analogia com exceção implícita na lacuna axiológica, rejeitando uma solução normativa derivada de regra constitucional originária. Esta não foi a primeira vez que o STF fez algo do tipo,⁸³² mas certamente foi o caso de maior repercussão diante da injustiça social que em 2011 já estava intolerável. Resta saber como adequar o placar, pois havia no repertório do STF compromissos com a inexistência de uma hierarquia normativa internamente à Constituição e com a intangibilidade do texto originário da CF. Com a inconsistência entre a incoerência pressuposta pelo argumento por exceção implícita e esses compromissos colaterais, no mínimo se deve atribuir uma *relativização* desses compromissos.

⁸³² STF, *AgR na Rcl 3.034*, 2006. Analiso este caso em ARAÚJO, 2015.

4.4 As teses judiciais de rejeição das inferências materiais

4.4.1 A ADO 26 e a discriminação por homofobia

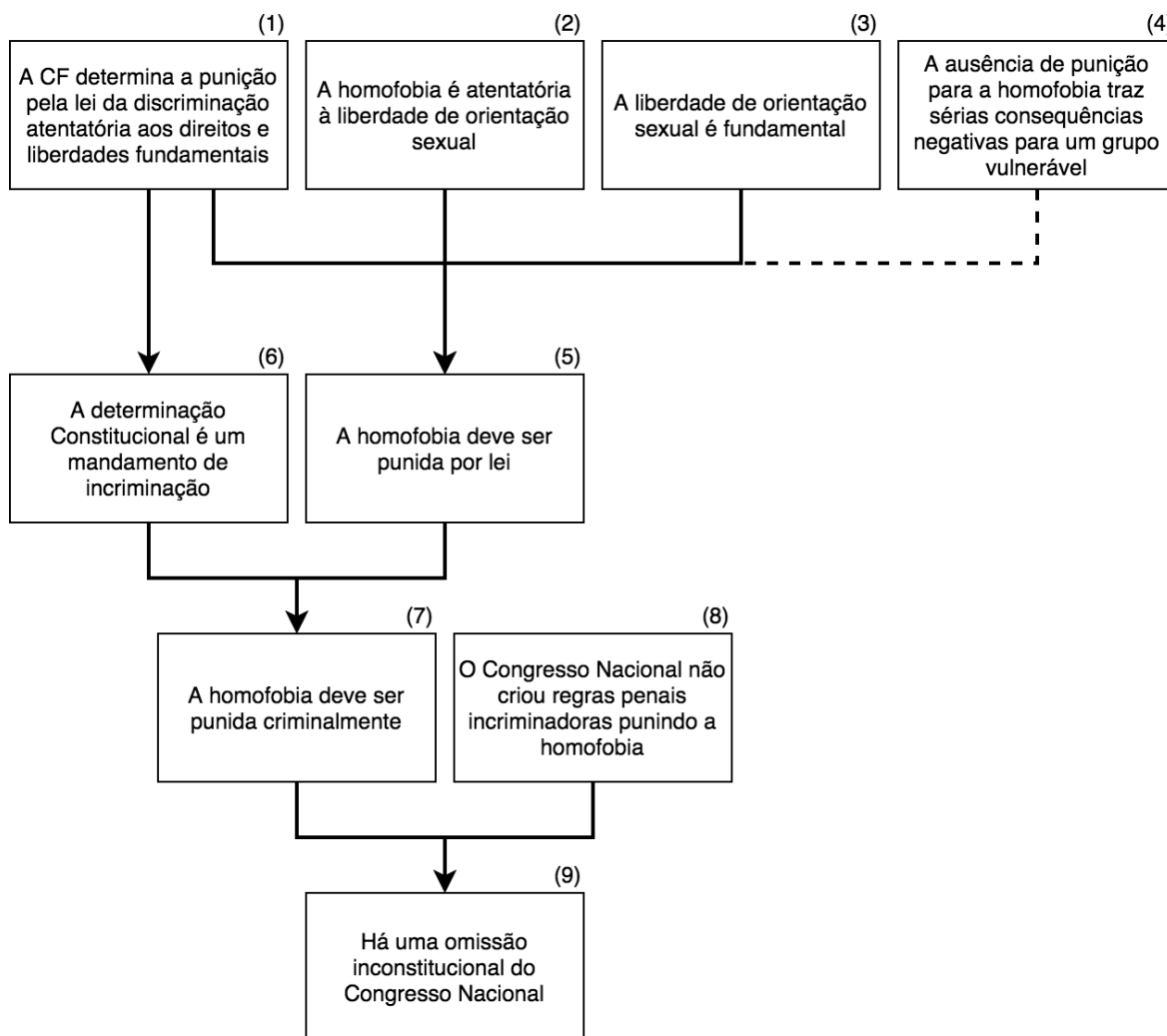
Em 2019, o STF julgou em conjunto a ADO 26 e o MI 4.733.⁸³³ A primeira havia sido proposta em 2013 pelo Partido Popular Socialista; o segundo, em 2012 pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Apesar da precedência cronológica, a ADO 26 foi o *leading case*, e é a ela que dirigirei minhas referências, exceto quando explicitamente indicado. Esta é, sem dúvida, a decisão mais relevante dentre todas as analisadas pela forma como, aqui, o argumento semântico foi *explicitado*.

Em ambas as ações se imputava omissão ao Congresso Nacional em criminalizar condutas discriminatórias em razão da orientação sexual, que os peticionantes denominam de crimes de homofobia e transfobia — doravante, por simplicidade, apenas falarei em homofobia. O argumento tem fundamento no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Para os autores das ações, esta “punição” demandada pela CF teria de ser *criminal*, e a omissão do Congresso Nacional em fazê-lo, levando em conta que o texto constitucional é de 1988, trazia sérias consequências negativas para um grupo vulnerável.

Este primeiro argumento pode ser assim estruturado, com as setas tracejadas representando asserções que são utilizadas na inferência, mas não são necessárias para a derivação da conclusão:

⁸³³ STF, ADO 26, 2019; STF, MI 4.733, 2019.

Figura 21 - Mapa inferencial do argumento 1 do autor da ADO 26



Na linha superior é simples ver que (1), (2) e (3) derivam como conclusão (5), que “a homofobia deve ser punida por lei”, mesmo sem (4), pois o fato de haver uma previsão constitucional mandamental já seria suficiente para configurar um dever de legislar. O fato de a inexistência da lei causar danos a uma série de pessoas que fazem parte de um grupo vulnerável (4) é um “reforço argumentativo”, um mecanismo retórico que é comum não apenas em petições, mas também em decisões judiciais. Na literatura, este padrão argumentativo é identificado como um “argumento por consequências negativas”,⁸³⁴ e sua utilização na adjudicação está frequentemente associada a um argumento por exceção implícita.

⁸³⁴ WALTON; REED; MACAGNO, 2008.

A conclusão (5) não implica, por si só, a necessidade de que a lei *incrimine* as condutas homofóbicas, já que o direito possui diversos mecanismos que caracterizariam uma “punição”. Mas os autores das ações consideram evidente que a “punição” aqui deveria ser de natureza criminal. Esta inferência é representada por (1)→(6), onde (6) é uma especificação do conteúdo de (1) e, portanto, uma *interpretação* da regra constitucional. O Relator da ADO 26 toma (6) como uma inferência “automática”, que sequer é especificamente fundamentada, e no julgamento há um consenso nesse sentido. A formalização acima explicita esta interpretação, que pode aqui ser considerada de óbvia fundamentação, já que a própria CF de fato “criminaliza” o racismo e estabelece que ele é inafiançável.

O termo “criminaliza” foi usado entre aspas porque os mandamentos constitucionais sobre o racismo não seriam suficientes para ensejar diretamente uma punição criminal para uma conduta, classificando-a como crime, já que a CF não *tipifica* a conduta que constituiria “racismo”, ou seja, não descreve as características elementares que esta conduta teria que apresentar para ser crime. Como já foi dito, isso é necessário em razão do princípio da legalidade em matéria penal (art. 1º do CP e art. XXXIX do art. 5º da própria CF). Portanto, um cotejo entre os dispositivos, leva a uma interpretação pelo propósito que conclui que a “punição” que a CF exige é de natureza criminal.

Embora sejam conclusões de inferências, (5) e (6) são, também, razões (premissas) para (7), a conclusão de que a homofobia deve ser punida criminalmente. Apenas neste momento é possível introduzir a premissa (8), a qual, *antes* da conclusão (7) quanto ao dever de legislar em determinado sentido, seria irrelevante na fundamentação.

De (7) e (8) deriva-se (9), que é a conclusão desta parte da argumentação: o Congresso Nacional se omitiu de forma inconstitucional. É possível ver que, ao assumir um compromisso com (9), assume-se consequencialmente um compromisso com as condições adequadas para a asserção desta proposição, particularmente quanto aos conceitos “omissão” e “inconstitucional”: é preciso que se verifique um “vácuo normativo” e um dever constitucional em determinado sentido. É justamente como justificação desses dois aspectos das condições de aplicação de (9) que funcionam (8) e (7), respectivamente.

Por isso é possível determinar que, para assumir um compromisso com uma asserção como (9), premissas como (7) e (8) são assumidas através de inferências

compromissivas. Pode parecer óbvio e pouco relevante, neste momento, acentuar que dizer que alguém se “omitiu” implica em uma inferência compromissiva com a ausência de ação, mas ao final a razão pela qual isso está sendo destacado ficará clara.

Prosseguindo com a argumentação dos autores, uma vez estabelecida (9) como conclusão, há outra linha argumentativa que deve ser destacada. Há leis que criminalizam outras formas de discriminação, em especial a Lei 7.716, de 1989. Esta lei contém uma tipificação de condutas inusitada, pois primeiro define um grupo de elementares essenciais alternativas entre si:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Em seguida, a lei prossegue definindo as condutas que, *em razão de discriminação* nos termos do art. 1º, constituem crime. Utilizemos um deles como exemplo:

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

É evidente que o art. 8º deve ser interpretado em conjunto com o art. 1º. Conquanto isso seja claro, é uma interpretação — neste caso, uma interpretação sistemática — que considera o sistema normativo formado por {1º, 8º} para derivar:

(PN1) Aquele que impede o acesso de alguém a um restaurante em razão de sua raça pratica crime e deve ser punido com reclusão de 1 a 3 anos.

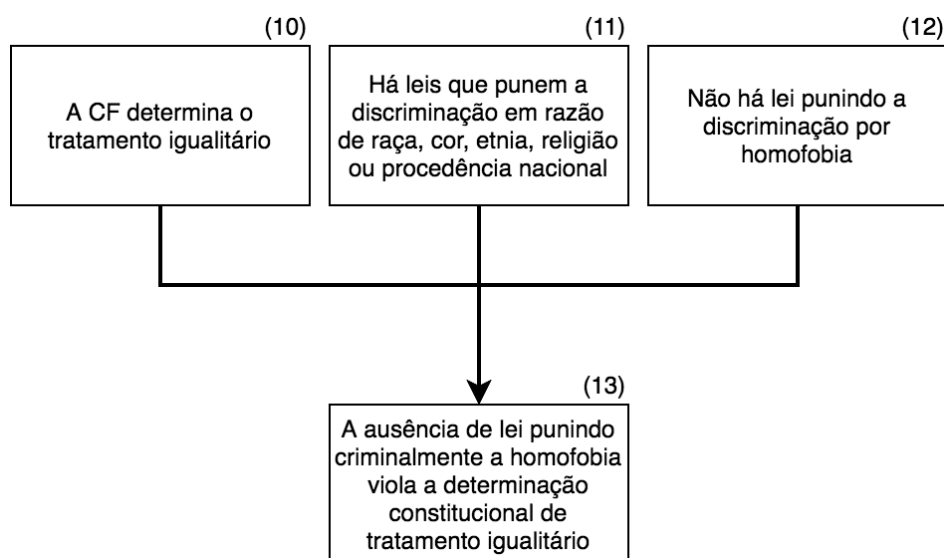
A solução normativa (PN1) é apenas uma que é possível derivar desse sistema normativo limitado. O que é essencial notar é que se tem uma estrutura geral em todas as soluções normativas. Utilizando Et para representar as elementares do tipo específico, temos sempre: ([fator de discriminação] + Et₁ + Et₂ + ... + Et_n). Os fatores de discriminação previstos no art. 1º são raça (r), cor (c), etnia (e), religião (r) ou procedência nacional (p). As elementares dos tipos específicos dependem do tipo penal a ser considerado. No caso do art. 8º, essas elementares são o verbo “impedir” [o acesso] (i), recusar atendimento (a), “restaurante” (s), bares (b), confeitarias (o) e (x) locais semelhantes, desde que esses locais sejam abertos ao público (u). A estrutura geral das soluções normativas do art. 8º seriam,

então, utilizando \vee para representar a disjunção e \wedge a conjunção, uma composição de $(r \vee c \vee e \vee r \vee p) \wedge ((i \vee a) \wedge (s \vee b \vee o \vee x)) \wedge u$.

Todos os crimes da Lei 7.716 funcionam a partir dessa estrutura composicional. Assim, o art. 1º contém elementares alternativas, de modo que pelo menos uma delas deve estar presente em cada interpretação dos vários tipos penais daquele diploma normativo. Entre eles não está a orientação sexual, identidade de gênero ou outra elementar que relacione aqueles crimes à homofobia.

O argumento dos autores das ações era no sentido de que a previsão de crimes em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e a não inclusão da homofobia, constituía uma violação do mandamento constitucional de tratamento igualitário. Este argumento é bem mais simples:

Figura 22 - Mapa inferencial do argumento 2 do autor da ADO 26



A premissa (10) é incontroversa, constituindo interpretação imediata do princípio da igualdade (art. 5º da CF). A premissa (11) é uma constatação empírica, o que Brandom classifica como um *relato observacional*, que não foi detalhado no modelo porque, para os fins desta pesquisa, não são relevantes. Basta notar que esse tipo de relato é um movimento de entrada no jogo de dar e demandar razões, pois é um compromisso não-doxástico (não derivado inferencialmente), mas sua utilização competente, ou seja, com adequada articulação *conceitual*, depende do domínio de sua articulação inferencial a partir de sua entrada. Neste caso, (11) apenas reflete a existência da Lei 7.716.

A premissa (12) é, no mesmo sentido, uma constatação empírica, e vale agora notar que (8), no argumento anterior, também o é: ambas são, na verdade, quase equivalentes, têm praticamente as mesmas articulações inferenciais — (8) apenas veicula mais informações porque deixa claro que o dever de legislar é do Congresso Nacional. Também neste segundo argumento, a omissão do Congresso Nacional é premissa necessária para que se possa concluir que há violação do mandamento constitucional de tratamento igualitário.

O pedido dos autores das ações é de que essa omissão legislativa seja *suprida* pelo STF. Historicamente, o STF sempre entendeu que o provimento do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão implicava, apenas, na declaração do estado de mora do Congresso Nacional, com sua notificação para corrigi-la. A Corte considerava que, em razão do postulado da separação de poderes, não era possível atuar no papel de “legislador positivo”, criando, ela própria, a norma que seria necessária para suprir o vácuo normativo. Mas desde 2007 o entendimento do Tribunal mudou drasticamente, e já se estabeleceu em vários precedentes — incluindo a ADPF 132, discutida no tópico anterior — que há um nível de omissão do Congresso Nacional a partir do qual se considera possível a atuação “legislativa” do STF, que vai ser sempre precária, ficando superada assim que o Congresso venha a efetivamente legislar sobre o assunto. Foi com base neste entendimento consolidado que os autores pediam que o próprio STF resolvesse a mora inconstitucional.

Isso significa que eles buscavam que o STF desse uma *solução normativa* determinando a incriminação de condutas discriminatórias em razão de homofobia. Nesse contexto, é possível perceber que os dois argumentos principais acima destacados são convergentes: um não depende do outro para derivar a conclusão, mas o provimento da ação por qualquer deles pressupunha uma omissão legislativa.

O STF deu provimento às ações acolhendo todos os argumentos acima detalhados, e é a fundamentação da Corte que precisa ser esmiuçada. Em síntese, a argumentação do STF pode ser sintetizada da seguinte forma:⁸³⁵ A Constituição determina

⁸³⁵ O inteiro teor do acórdão da ADO 26 ainda não estava disponível quando da redação final desta tese, em janeiro de 2020. Faço aqui uma síntese dos votos dos Ministros Celso de Mello (Relator), Edson Fachin, Gilmar Mendes, que os disponibilizaram, complementando com as notícias do STF sobre o caso disponíveis online e com os vídeos dos julgados no canal do STF no YouTube. Todas as referências serão ao voto do Relator, exceto quando explicitado em contrário.

a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. As “várias formas de expressão da diversidade sexual humana refletem aspectos fundamentais e estruturantes da identidade de cada pessoa”. Outras formas de discriminação são tipificadas como crime na Lei 7.716, mas não a homofobia. Há, portanto, uma omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar nesse sentido. A homofobia é semelhante às demais formas de discriminação, pois todas são formas de intolerância da diferença e têm por finalidade “submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso ao gozo de bens, serviços e oportunidades”. Não é possível ao STF estender a Lei 7.716 aos casos de homofobia, pois isso configuraria *analogia in malam partem*, vedada pelo art. 1º do CP e art. 5º, XXXIX, da CF. É possível, contudo, dar uma “interpretação atualizada” da lei, fazendo uma “interpretação conforme a Constituição” do conceito de “raça”. O conceito de “raça” sob o viés biológico é obsoleto, e uma interpretação atualizada leva a sua projeção em uma dimensão cultural e sociológica. No racismo e na homofobia há motivação preconceituosa e a finalidade de segregar. Homofobia é, assim, espécie do gênero “racismo”, considerando uma acepção de “racismo social”. Conclui-se pela aplicação dos crimes previstos na Lei 7.716 aos casos de discriminação por homofobia.

No dispositivo, o STF: (I) reconheceu o “estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (II) declarou a “a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União”; (III) determinou a notificação do Congresso Nacional para que corrigisse o estado de mora legislativa; (IV) deu interpretação conforme a Constituição “para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional”, por considerar que “as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo (...) na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”.

4.4.2 *Reconstrução argumentativa*

Em primeiro lugar, ficou claro que o STF considerou que não havia lei incriminando a discriminação por homofobia.⁸³⁶ Em verdade, o Relator chega a dizer que a omissão inconstitucional era um “fato inquestionável”.⁸³⁷ Vale notar que o Relator menciona que a União, em sua defesa, noticia que havia projeto de lei para acrescentar a homofobia ao art. 1º da Lei 7.716, mas não se considerou que isso afastava a inércia legislativa — particularmente porque o projeto de lei tramitava desde 2001.⁸³⁸ Também é expresso que o provimento da ADO dependeria, claro, desta omissão.

Segundo, a partir do mandamento constitucional do art. 5º, XLI, o STF derivou interpretativamente que a CF determina a tipificação como crime dos atos de homofobia.⁸³⁹ Para isso, considerou que a liberdade de expressão da diversidade sexual é uma aspecto fundante e estruturante da identidade de cada pessoa,⁸⁴⁰ o que colocaria a questão em termos de liberdades fundamentais. É uma articulação dos conceitos utilizados no art. 5º, XLI, em inferência interpretativa.

Uma vez fixado que a Constituição determina a tipificação da homofobia como crime e que o Congresso Nacional não cumpriu com este dever, podemos concluir que o STF assumiu um compromisso com (1), (2), (3), (5), (6), (7), (8) e (9) do primeiro argumento dos autores e com (11) e (12) — por ora — do segundo argumento. Para complementar, (4) também foi expressamente assumida em uma passagem isolada.⁸⁴¹

⁸³⁶ “Todas essas premissas que venho de expor autorizam-me a reconhecer a existência, na espécie, de situação de evidente e inconstitucional inércia estatal inteiramente imputável ao Congresso Nacional” (STF, ADO 26, 2019, p. 58). Também na p. 20 do voto do Min. Edson Fachin e p. 22 do voto do Min. Gilmar Mendes.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 52. Também fica claro o compromisso com uma omissão legislativa nas pp. 42-44, 46-48, 149-150. O Relator atribui isso à atuação de parlamentares alinhados a grupos religiosos: “O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais” (p. 142).

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 47-48.

⁸³⁹ “Essa clara omissão normativa, que se acha objetivamente constatada na presente causa, revela-se lesiva ao texto da Carta Política, porque transgressora, por injustificável inação congressual, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, o que torna plenamente justificável a utilização, na espécie, do instrumento processual de que se valeu o Partido Popular Socialista, autor da presente ação direta” (*Ibidem*, p. 58). Também nas p. 42 e 60.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 37.

Em caso de omissão legislativa, pensa-se de imediato em uma *lacuna* normativa. De fato, os vários tipos penais da Lei 7.716 não têm correspondentes no restante da legislação penal que pudessem ser aplicados em caso de discriminação em razão de homofobia. Um ato como o do art. 8º poderia, no máximo, não sem algum esforço argumentativo, ser enquadrado como uma injúria do art. 140 do CP:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Há uma forma qualificada de injúria, mas ali também não há previsão de discriminação por homofobia:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

As lacunas normativas foram definidas tecnicamente em termos de ausência de soluções normativas. Mas estamos, aqui, lidando com o sistema normativo penal, que possui, como já vimos anteriormente, uma regra de fechamento: *nullum crimen sine lege*. Esta regra, positivada tanto no art. 1º do CP quanto no inc. XXXIX do mesmo art. 5º da CF, veda a *extensão* de regras penais incriminadoras — mesmo no caso de lacunas axiológicas. Nesse contexto, é inevitável concluir que há uma solução normativa: ou o ato — por exemplo, impedir um casal composto por dois homens de entrar em um restaurante — não é crime, ou seria uma injúria simples (*caput* do art. 140 do CP), com punição de detenção por no máximo seis meses. Em caso semelhante, em que um casal composto por um homem e uma mulher fossem impedidos de entrar no mesmo restaurante em razão de suas raças, a punição seria de um a três anos de reclusão pela Lei 7.716, art. 8º. Portanto, não havia propriamente uma lacuna normativa, mas *axiológica*. O sistema normativo dava uma solução para todos os casos possíveis, já que, não havendo regra específica, a regra de fechamento é ativada. O problema é que esta solução, no caso da discriminação por homofobia, era a absolvição ou a condenação por um crime muito menos grave, e foi considerada *injusta* em comparação com as dadas para condutas discriminatórias por raça, religião etc.

Na ADO 26, o STF expressamente reafirmou o compromisso (historicamente incontroverso) com a regra *nullum crimen sine lege*. Mencionando o inc. XXXIX do art. 5º, o Relator diz que “há reserva *absoluta* de lei formal em matéria de índole penal”; que “o

Judiciário não pode atuar como legislador positivo”, o que configuraria uma “inadmissível substituição ao congresso nacional”, o que é vedado pela separação de poderes. A conclusão é a de que *não é possível colmatar a lacuna*:⁸⁴²

(...) somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional.⁸⁴³

Isso não significa que o argumento por analogia não seja possível — enquanto um padrão inferencial endossado pelos participantes da prática jurídica —, apenas que há um compromisso, neste caso, que infirma a prerrogativa à conclusão do argumento por analogia, que invariavelmente é pela extensão de uma regra. O argumento por analogia pode ser — e é — utilizado em muitos outros casos criminais (inclusive, como já visto acima, para estender escusas absolutórias), mas, em se tratando de normas penais incriminadoras, não se pode lhes estender o alcance. Trata-se de dogma iluminista que, no Brasil, sequer precisa ser fundamentado como um princípio diante da clara disposição constitucional. Logo, um compromisso que é assumido “por *default*”, e que aqui foi expressamente afirmado, é com a regra de fechamento

(RF) não se admite a extensão do alcance de regras penais incriminadoras.

Por mais que aqui o caso seja uma ação no controle concentrado de constitucionalidade, o que os autores buscavam era uma solução normativa determinando concretamente a punição criminal em caso de discriminação por homofobia. Queriam que a homofobia fosse, pelo STF, incluída no art. 1º da Lei 7.716. Aliás, o autor é expresso nesse sentido, pois requer que o STF *inove* na ordem jurídica *excepcionando o princípio da legalidade*, aqui expresso por (RF). Abstraindo a questão processual, a solução para o caso individual teria que determinar, de forma geral, a punição de quem quer que praticasse as condutas previstas na Lei 7.716 por discriminação em razão de homofobia.

⁸⁴² “Cabe indagar, neste ponto, se se revela viável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da presente ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, (...) superando-se, desse modo, tal como expressamente pretendido pelo [autor da ação], o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”. Entendo que não” (Ibidem, p. 26).

⁸⁴³ Ibidem, p. 29.

Neste estágio da fundamentação, parecem definidas as soluções normativas possíveis, o que faria com que se entrasse no terceiro nível da argumentação, com a derivação de uma solução para o caso individual. Seria necessário, portanto, fazer uma construção jurídica, utilizando um argumento por analogia, de modo que a solução normativa para os casos de raça, cor, etnia etc. fossem *estendidas* para os casos de homofobia. Mas uma solução nesses moldes seria incompatível com (RF). Assim, ao reafirmar um compromisso com (RF) e rejeitar a conclusão de um argumento por analogia, o Relator segue o caminho do argumento semântico.

4.4.3 O argumento semântico com redefinição conceitual

O argumento que prevaleceu no STF foi o de que seria possível fazer uma *interpretação atualizada* do conceito de “raça”. É uma tese de redefinição conceitual, e de acordo com que já foi dito em relação à ADPF 54, este argumento é, também, *irracional*. Mas ele tem detalhes relevantes que precisam ser aprofundados.

O Relator utiliza bastante os termos “racismo” e, mais ao final, “racismo social”, mas na Lei 7.716 os conceitos utilizados são “raça, cor e etnia” — daqui em diante, apenas “raça” para simplificar. A estratégia argumentativa do Relator consistiu em três etapas: primeiro, sustentou que o conceito de raça “sob um viés exclusivamente biológico” seria imprestável, o que justificaria sua interpretação atualizada. Segundo, sustentou que a homofobia deve ser interpretada como uma espécie do gênero “racismo”, nesta acepção de um “racismo social”. Terceiro, justificou que isso seria uma *interpretação* da regra, que resultaria em sua *aplicação direta*, não em uma *extensão* que estaria vedada por (RF). Examinemos essas três etapas do argumento individualmente.

4.4.3.1 A rejeição do conceito “raça”

Dos argumentos do Relator, este é o mais interessante, porque revela uma contradição interna e acaba incorrendo em algo contra o que Brandom sustenta expressamente. Segundo o Relator, “biologicamente” a “raça” não existe, pois seria um conceito meramente *ideológico*. Já estaria provado que não há diferenças biológicas relevantes entre os seres humanos, de modo que o conceito seria um “instrumento de controle ideológico e de dominação política e subjugação social”. Por isso, o conceito é *imprestável*

e deve ser rejeitado.⁸⁴⁴ Uma vez rejeitado, contudo, o Relator propõe uma interpretação atualizada do conceito, afirmando que a raça não depende de similaridade física e “se projeta em uma dimensão cultural e sociológica”.⁸⁴⁵ Ele diz que podem surgir novos grupamentos denominados “raças” e desaparecer antigos, o que serve de fundamento para que, mais à frente, permita classificar a homofobia como racismo.

Logo, ao afirmar que “o vetusto conceito [de raça] não nos serve para a solução do caso”, porque “o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano”, o Relator propõe que a “noção de racismo — para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 — não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, (...) abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero”.⁸⁴⁶ Primeiro ele sustenta que o conceito de “raça” tem (intrinsecamente) um conteúdo negativo, o que demandaria sua *rejeição*. Segundo, que haveria uma dimensão social, ignorando a biológica, para este conceito. A primeira — tese negativa — propõe a rejeição do conceito, e a segunda — tese positiva — a sua redefinição.

Sobre a tese negativa, é útil fazer uma comparação com um exemplo que Brandom dá sobre um conceito igualmente considerado ofensivo: “*boche*”, termo utilizado para se referir a pessoas com ascendência germânica, que seriam mais “bárbaras” que os europeus de maneira geral. O contexto da discussão em que Brandom utiliza este exemplo é no detalhamento de sua semântica inferencialista. Ao desenvolver seu modelo de um vocabulário expressivo, ele comenta uma exigência de Dummet quanto à introdução deste vocabulário, que é feita a partir de um *insight* quanto às regras de introdução e eliminação de conectivos lógicos. Na lógica proposicional, uma regra de introdução da disjunção, por exemplo, implica que alguém comprometido com p ou com q está comprometido com $(p \vee q)$, e uma regra de eliminação implica que alguém comprometido com $(p \vee q)$ está comprometido com p ou q individualmente. Dummet utiliza isso para desenvolver que a expressividade das circunstâncias de aplicação de um conceito e as consequências de uso têm um caráter conservativo no nível da metalinguagem: não é possível que novas

⁸⁴⁴ Ibidem, p. 70-80.

⁸⁴⁵ Ibidem, p. 70.

⁸⁴⁶ Ibidem, p. 80.

inferências, antes não deriváveis, o sejam a partir da introdução da metalinguagem — da mesma forma que o conector da disjunção não amplia o conjunto de razões na lógica proposicional.

No bojo desta discussão há uma crítica de Dummet ao que ele chama de uma concepção ingênua da prática linguística que identifica o significado de um conceito apenas com suas circunstâncias adequadas de aplicação ou condições de verdade, pois isso não permitiria que se desse conta de uma dimensão da prática linguística onde frequentemente somos confrontados com a necessidade de tomar decisões quanto a conceitos alternativos, pois certos *usos* de um conceito devem ser rejeitados como inadequados ou incorretos. Sem considerar as *consequências* de aplicação, não é possível criticar, revisar ou rejeitar conceitos. O que Brandom chama de um problema de *harmonia* entre as circunstâncias e as consequências de aplicação de um conceito pode ocorrer não apenas no nível da metalinguagem (em termos de conservação), mas também no nível das próprias inferências materiais.⁸⁴⁷ É este problema de harmonia que pode *motivar* as mudanças conceituais. Aqui entra a discussão do termo “boche”. Segundo Dummet, as circunstâncias de aplicação do termo são: “alguém [objeto do ato de fala] é de nacionalidade alemã”. As consequências são: “ele é bárbaro e mais inclinado à crueldade que os demais europeus”. Essa articulação inferencial das circunstâncias para as consequências de aplicação é que dá o significado do termo:

Nós devemos considerar as conexões em ambas as direções como suficientemente firmes para que estejam imbricadas no próprio significado da palavra: nenhuma poderia ser “cortada” sem alterar seu significado. Alguém que rejeitasse a palavra o faria porque não quer permitir uma transição das circunstâncias de aplicação do termo para as consequências de fazê-lo.⁸⁴⁸

Isso mostra como conceitos podem ser criticados com base no que acreditamos ser correto ou incorreto. O termo “boche” tem inferências materiais que articulam seu conteúdo, e utilizá-lo é, em parte, endossar essas articulações. Este é apenas um termo dentre vários que associam um conteúdo descritivo (alemão) com um valorativo (bárbaro). A questão é que alguém pode se recusar a *utilizar* o conceito, mas não há como rejeitar o conceito simplesmente. Não é possível negar que há “boche”, o que significaria negar que alemães existem. Por outro lado, não se pode admitir que há “boche” e negar que eles são

⁸⁴⁷ BRANDOM, 1994, p. 123-126.

⁸⁴⁸ DUMMETT, 1973.

cruéis, o que seria “tentar tirar com uma assertiva o que alguém já se comprometeu com outra”.⁸⁴⁹ É possível, portanto, apenas recusar-se a utilizar o conceito, no sentido de que o falante *não endossa* uma inferência que constitui o seu significado.

A questão é que a utilização de *qualquer* conceito ou expressão envolve um compromisso com uma inferência das suas circunstâncias para suas consequências de aplicação. “Pensadores críticos (...) devem examinar seus idiomas para se certificar de que estão preparados para endossar e então defender a adequação das transições inferenciais materiais implícitas nos conceitos que empregam”.⁸⁵⁰ É justamente por isso que na “luta da razão contra o preconceito” é necessário que esses compromissos materiais-inferenciais sejam explícitos, e é isso que o inferencialismo se propõe a fazer com o uso do condicional para representar essas inferências. Esse papel expressivo do vocabulário lógico permite que esses compromissos inferenciais que muitas vezes ficam implícitos sejam expostos e possam ser objeto de críticas e exigências de justificação.

Incorporando esta discussão à análise da ADO 26, o Relator afirma que o conceito de “raça” tem uma “carga negativa” tanto quanto “boche”. O problema é que as circunstâncias de aplicação de um conceito e as consequências de uso não estão à disposição de nenhum falante isoladamente considerado. Nenhum participante da prática pode, individualmente, *modificar* essas inferências, porque elas são *coletivamente* endossadas. É possível recusar-se a usar um termo — por exemplo, em inglês, “*nigger*”,⁸⁵¹ considerado extremamente racista. Mas não é possível negar que este termo (infelizmente) existe.

É duvidoso que o conceito “raça” tenha uma conotação negativa *necessária* como o relator sustenta. A própria afirmação de que “biologicamente raça não existe” parece confundir duas coisas: eventuais diferenças biológicas, em qualquer nível, e a relevância social que tais diferenças *não* devem ter. Para fazer uma comparação com outra discussão relacionada, não há controvérsia de que há diferenças biológicas entre homens e mulheres, tanto que, na maioria dos esportes, eles são separados em categorias distintas pelo gênero. Apenas para usar um exemplo bem simples, o recorde mundial masculino em maratonas é quase 13 minutos mais baixo que o feminino. A questão é que isso não tem a menor

⁸⁴⁹ BRANDOM, 1994, p. 126.

⁸⁵⁰ BRANDOM, 1994, p. 126.

⁸⁵¹ Brandom dá esse exemplo em 1994, p. 126.

relevância fora do contexto esportivo: homens e mulheres que exercem a mesma função ganharem salários diferentes é considerado uma atitude discriminatória, mas separar os maratonistas nas categorias masculina e feminina, não. Isso significa dizer que o conceito “gênero” pode ser utilizado *para discriminar*, mas isso não faz parte, como em “boche”, de suas consequências *necessárias* de aplicação.

Mas mesmo concedendo que o termo “raça” de fato tenha a conotação que o Relator sustentou que possui, há aí uma contradição inescapável: o legislador utiliza esse conceito em diversas regras de nosso ordenamento jurídico, e rejeitá-lo significa rejeitar a possibilidade de instanciação (aplicação) dessas regras. Não apenas no direito penal, mas em outras áreas. A Lei 12.711, de 2012, prevê a reserva de vagas em instituições de ensino superior para autodeclarados “pretos, pardos e indígenas”. A Lei 13.409, de 2016, faz o mesmo em favor das pessoas com “deficiência” — termo para o qual se pode sustentar, na mesma linha, que resulta em estigma social. A Lei 12.288, de 2010, instituiu o “estatuto da igualdade *racial*”, e define a “população negra” como “o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou *raça* usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”. Em todos esses diplomas legais, os conceitos foram utilizados para *beneficiar* um grande número de pessoas, não obstante as mesmas palavras possam ser utilizadas em contextos discriminatórios e ofensivos. Rejeitar esses conceitos levaria à inaplicabilidade de todas essas normas.

Não seria, portanto, sequer plausível rejeitar simplesmente o conceito “raça”. A sustentação quanto à “imprestabilidade” do conceito significa que o Relator, claramente, não endossava eventuais inferências ofensivas ou preconceituosas. Mas como ele prossegue *utilizando* o conceito para justificar a derivação interpretativa de uma solução interpretativa, a única interpretação racional, que superaria essa inconsistência, é considerar essa linha de argumentação um fundamento para justificar a *redefinição conceitual* de modo a incluir a homofobia como “racismo social”, o que ele faz na segunda etapa do argumento.

4.4.3.2 Racismo “social”

Ao “rejeitar” o conceito de raça, na verdade buscando sustentar uma “necessidade” de sua interpretação atualizada, o Relator afirma que o conceito não deve ser compreendido de forma “meramente biológica”, mas “se projeta em uma dimensão cultural

e sociológica”. Seria o “racismo social”. A homofobia se incluiria nesse conceito porque possui motivação preconceituosa e tem por finalidade “submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades”.⁸⁵²

A clareza que a análise inferencialista proporciona permite que se exponha em que realmente consiste o argumento. Dizer que racismo (r) *inclui* homofobia (h) significa assumir um compromisso de substituição envolvendo ambos os termos. Não necessariamente que são idênticos, mas possivelmente em uma relação gênero-espécie. Esses dois tipos de compromissos de substituição já foram vistos: um é simétrico, o outro assimétrico, aplicável aos predicados. Pelo primeiro, o que estaria sendo assumido é uma relação de identidade: racismo = homofobia (r = h). Mas a lei não usa a palavra “racismo”, então a identidade conceitual seria raça = orientação sexual. Um compromisso de substituição assim parece evidentemente implausível, ainda que os conceitos possam ser considerados vagos.

A segunda forma parece ser mais promissora. Em um compromisso de substituição assimétrico, os conceitos “racismo” (R) e “homofobia” (H) funcionariam como predicados, de modo que os compromissos de substituição do segundo seriam um subconjunto próprio dos compromissos de substituição do primeiro: $R_x > H_x$. Parece ser isso que o Relator quer dizer quando afirma que racismo é uma “valoração social negativa”,⁸⁵³ inclusive citando opinião doutrinária que é expressa no sentido de que a homofobia *deve ser* considerada espécie do gênero “racismo”.⁸⁵⁴ O Relator sintetiza seu argumento da seguinte forma:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.⁸⁵⁵

Nesta relação assimétrica, todas as inferências que envolvem “homofobia” envolveriam, também, “racismo”, mas nem todas as que envolvessem “racismo”

⁸⁵² STF, ADO 26, p. 80.

⁸⁵³ Ibidem, p. 85.

⁸⁵⁴ Ibidem, p. 84-85.

⁸⁵⁵ Ibidem, p. 95.

envolveriam homofobia. Ocorre que a lei, como já disse, não fala em “racismo”, mas em “raça” como razão para a discriminação. “Raça” e “racismo” podem estar articulados, mas não necessariamente: como já se viu, o estatuto da igualdade racial fala em “raça” e em “racismo”, sendo este uma atitude discriminatória que utiliza o conceito “raça” como base. O Relator faz essa articulação afirmando que “o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social”.⁸⁵⁶

O argumento do Relator é estruturalmente idêntico a outro já exposto acima, quando se discutiu a possível indeterminação do direito e se deu o exemplo do debate em torno da possibilidade de um presidente com menos de 35 anos.⁸⁵⁷ Há aqui, como lá, uma *substituição* de um termo por outro. O Relator utiliza “raça” duas vezes, mas com dois significados distintos. Primeiro, a “raça” que ele rejeita tem o significado ordinário — que podemos, simplificarmente, associar a características fenotípicas comuns ou à pertinência cultural ou geográfica a um local específico (um “povo”).⁸⁵⁸ Depois, a “raça” que ele utiliza é outra “raça”, considerada em seu aspecto social. Da mesma forma que no argumento quanto ao presidente de menos de 35 anos há a substituição implícita de “35 anos” por “maturidade”, aqui há a substituição de termos que têm a mesma grafia, mas não têm o que Brandom chama de *cotipicalidade léxica* (termos repetíveis, instâncias — tokens — do mesmo tipo, em uma relação tipo-token).

A cotipicalidade léxica não é requisito para que dois termos tenham os mesmos referentes. Aliás, é justamente por isso que há a introdução no vocabulário lógico das cadeias anafóricas. Demonstrativos como “este” e “livro” podem ter os mesmos referentes embora não haja cotipicalidade, de modo que a relação é *token-token*, e não tipo-token. Mas no argumento do Relator na ADO 26 não há sequer cotipicalidade: são dois *tipos*. Em verdade, não há como acusar o Relator, aqui, de ter ocultado este ponto, pois ele começa o argumento *rejeitando* o primeiro tipo para introduzir o segundo. O problema está na *próxima* parte do argumento, em que ele justifica que está fazendo uma *interpretação*.

⁸⁵⁶ Ibidem p. 98-99.

⁸⁵⁷ Item 2.9, p. 98.

⁸⁵⁸ Do dicionário Houaiss.

4.4.3.3 A “interpretação” com aplicação da regra

Como conclusão deste argumento, o Relator sustenta que está, apenas, “interpretando”. No item anterior se disse que ele provavelmente havia endossado um compromisso de substituição assimétrico, e que, mesmo este compromisso, envolvia um conceito sem cotipicalidade com o de raça utilizado pela regra e “rejeitado” pelo relator. Mas ele expressamente afirma um compromisso de substituição simétrico:

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por *meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual*, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar, por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo.

Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva (...), pois, na realidade, *está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo (...)*.⁸⁵⁹

Diversas questões já discutidas acima retornam aqui, especialmente a aparente necessidade dos juízes de justificarem suas decisões com argumentos interpretativos. A possível razão para que o Relator expresse neste ponto que está afirmando uma identidade implausível (“raça” = “orientação sexual”) em vez de uma relação mais plausível (“raça” incluindo um “componente social”, o que leva à inclusão de “homofobia” em “racismo (social)”) é a percepção, justamente, da substituição de um conceito por outro, o que já foi pontuado no item anterior. Uma *interpretação* está limitada semanticamente pelos conceitos utilizados na regra, e uma *substituição* de um desses conceitos por outro mais amplo caracterizaria o que o STF chama de decisão de “perfil aditivo”, e aqui se definiu como uma *extensão* do sistema normativo. Utilizar “racismo social” em vez de “racismo” consiste

⁸⁵⁹ O Relator prossegue afirmando que o STF já teria relativizado o racismo em um precedente, o chamado caso Ellwanger (STF, HC 82.424, 2004). De fato, a decisão é estruturalmente bastante semelhante a esta, mas o caso ali envolve um *judeu*, de modo que não se trata de um precedente no sentido estrito, pois sua aplicação dependeria de um *argumento por analogia* para que aquela conclusão aqui fosse *estendida* aos casos de orientação sexual. De qualquer modo, os argumentos que desenvolvemos aqui se aplicam ao precedente. Por outro lado, o Relator ainda cita que, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, o significado de “racismo” já seria o de “racismo social”. Contudo, se baseia em uma afirmação do Min. Nelson Jobim para tanto, e a própria afirmação deste Ministro é lacônica nesse sentido. Como o próprio Relator dá menos ênfase a este argumento que aos demais aqui detalhados, e diante de sua implausibilidade e falta de fundamentação específica quanto à pertinência, optei por não incluí-lo na análise.

em uma tese de redefinição conceitual. E não há dúvida de que o Relator considera a interpretação limitada ao texto, porque ele é expresso nesse sentido:

A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo, mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição, método este que está sendo adotado para resolver o litígio ora em julgamento⁸⁶⁰ (...).

O Relator cita ainda diversos precedentes para afirmar seu compromisso com a jurisprudência consolidada na Corte, que é no sentido de a interpretação conforme seria admissível apenas se não configurasse “violência contra a expressão literal do texto” e se não alterasse “o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.⁸⁶¹ Há uma mistura entre os limites da interpretação e os limites da adjudicação de maneira geral, com a afirmação de que, no caso, não estariam, ao interpretar, usurpando “as atribuições normativas dos demais Poderes da República”.⁸⁶² Mas os limites da interpretação conforme a Constituição, considerados juridicamente — como na jurisprudência do STF — ou racionalmente — como nesta pesquisa — são os limites do texto. Por isso é possível perceber uma oscilação no voto: por vezes o Relator parece afirmar que este conteúdo conceitual (o racismo social) já estaria presente no texto desde 1988, e em outros momentos sustenta que está fazendo uma interpretação atualizada.

Além das razões já apontadas nos itens anteriores para que se conclua que de fato o argumento semântico utilizado na ADO 26 veiculava uma tese de redefinição conceitual, uma última constatação é eloquente nesse sentido: se não se considerar o argumento do Relator uma tese de redefinição conceitual, sua fundamentação é inconsistente.

⁸⁶⁰ STF, *ADO 26*, p. 100.

⁸⁶¹ STF, *ADPF 132*, 2011. A título de exemplo da jurisprudência consolidada na Corte sobre a questão: “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente” (*ADI 1.344 MC*, 1995); “Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição” (*ADI 3.046*, 2004).

⁸⁶² STF, *ADO 26*, 2019, p. 93.

Ao assumir que há *omissão* legislativa, tanto no início quanto no final de seu voto (no dispositivo), o Relator *necessariamente* se compromete (uma inferência compromissiva) em termos de inferências de substituição com a *distinção* conceitual entre raça e orientação sexual. Se a “raça” da Lei 7.716 *contivesse* o conteúdo social sustentado pelo Relator, não haveria omissão, seria o caso apenas de esclarecer uma eventual dúvida quanto a um conceito vago. Se há omissão, é porque os casos de homofobia *não estão dentro* da Lei 7.716. Logo, afirmar que há omissão legislativa inferencialmente (materialmente) implica a assunção de que a lei não se aplica. E afirmar um compromisso de substituição (r = h) implica necessariamente que a lei se aplicaria ao caso, da mesma forma que de “Benjamin Franklyn inventou as lentes bifocais” se deriva “o inventor das lentes bifocais foi o primeiro ‘carteiro-geral’ dos Estados Unidos”, mesmo que alguns interlocutores não saibam desta relação.

O problema aqui, portanto, não é de *polissemia* do termo “raça”, como o Relator chegou a sustentar de passagem, em meio aos (muitos) argumentos lançados e que aqui foram (necessariamente) resumidos.⁸⁶³ O caso não é problemático porque o termo é “vago”. A vagueza aqui é utilizada como *justificativa para uma atribuição de significado* que a linguagem da regra não comporta. É um expediente argumentativo antigo, que a literatura americana chama de *softening the law*,⁸⁶⁴ e consiste basicamente em “transformar” argumentativamente casos claros de aplicação ou não-aplicação de uma regra legal em casos de “penumbra” para justificar uma decisão “discricionária”. Mas nem este argumento seria possível diante do compromisso com a omissão legislativa: se há omissão, está definido que o caso está *fora* da regra.

O “problema” argumentativo aqui começa a ficar claro: ele está, como diria Raz, entre *aplicar* o direito e *criar* o direito. Para o Relator — e para os juízes de maneira geral —, a interpretação conforme garante que a discussão se cinge à *aplicação*, enquanto

⁸⁶³ A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie, tal como preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (Ibidem, p. 93).

⁸⁶⁴ GREY, 1995. A prática é comentada em Holmes e sua gênese é atribuída a Benjamin Cardozo, particularmente em New York State Court of Appeals, *MacPherson v Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050 N.Y., 1916.

qualquer *inovação* poderia ser considerada uma *analogia*, uma extensão que já se tinha assumido não ser adequado fazer no caso:

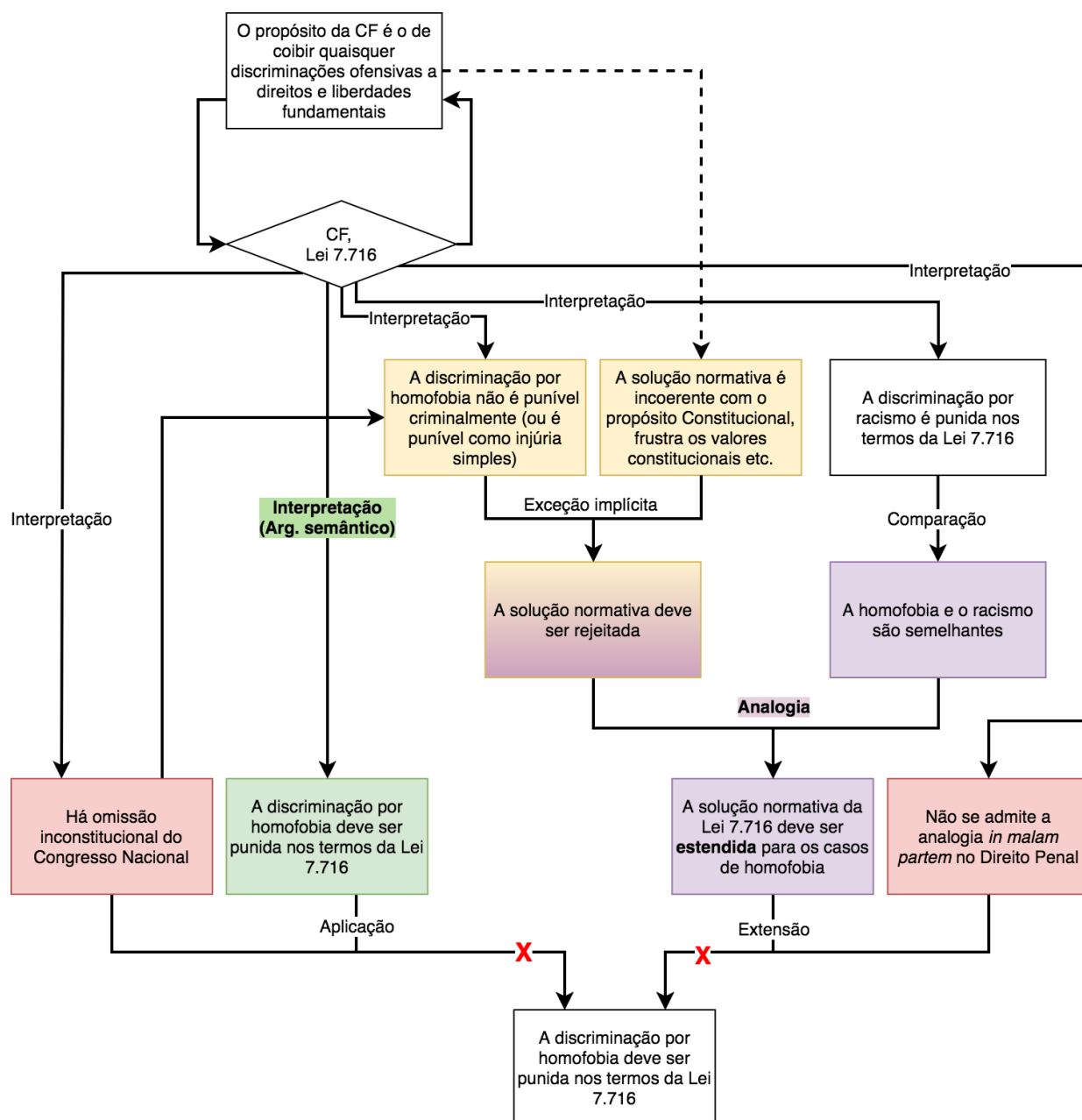
Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei no 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “in malam partem” em matéria penal, (...) O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei no 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.⁸⁶⁵

Há, portanto, *duas inconsistências*: de um lado, o STF assumiu que há uma omissão legislativa. De outro, assume que não está estendendo o sistema normativo, apenas interpretando. E a definição de interpretação (conforme a Constituição) da Corte coincide com a que utilizei nesta pesquisa, está de forma incontroversa restrita aos limites semânticos da formulação normativa. A forma que o Relator encontrou para tentar resolver essa inconsistência é a tese que ele não denomina de *redefinição*, mas que, ao falar em “interpretação atualizada” (Eskridge chamaria de “evolutiva”), é inequivocamente uma redefinição: ou no sentido de considerar que um conceito adquiriu um novo significado com o passar dos anos, ou no sentido de *determinar* essa mudança conceitual.

O resultado desta argumentação é que há dois argumentos *convergentes*, que poderiam derivar uma solução de forma independente um do outro, mas cujas inferências são, ambas, bloqueadas por outros compromissos:

⁸⁶⁵ STF, *ADO 26*, 2019, p. 94-95.

Figura 23 - Mapa argumentativo da ADO 26 com as inconsistências nos dois argumentos convergentes



Em verde temos o argumento semântico no sentido de que a Lei 7.716 deve ser aplicada aos casos de homofobia por um compromisso de substituição com “racismo”. Em amarelo, o argumento por exceção implícita — que pode ser reconstruído a partir da decisão com facilidade, já que talvez o que mais se sustenta ali é a incoerência (evidente) da punição apenas de algumas formas de discriminação. Em roxo, temos o argumento por analogia, estando claro que a premissa de lacuna é conclusão de uma inferência e premissa de outra. Tanto o argumento semântico quanto o argumento por analogia *derivariam*, em princípio, a solução. O argumento semântico, contudo, é bloqueado pelo compromisso com a omissão

constitucional. A analogia, que seria um movimento possível, é, neste caso, bloqueada pela regra de fechamento. Ambos os compromissos que bloqueiam as inferências estão em vermelho. Resta saber como reconstruir esta argumentação para dar racionalidade à decisão.

4.4.4 *A racionalidade do argumento semântico*

De fato, parece ser incontroverso que, entre 1988, ano da promulgação da Constituição, e 2019, ano da decisão da ADO 26, os costumes mudaram bastante, e é possível que isso se reflita nos conceitos que utilizamos linguisticamente. Foi o que aconteceu no já exemplificado caso do estupro pelo marido contra a esposa. Mas aqui é diferente, porque mesmo hoje não parece haver como nem identificar “raça” e “orientação sexual”, nem como considerar “homofobia” um predicado contido em “racismo”, a não ser que utilizemos “racismo” em outra acepção, “racismo (social)”, que tem a mesma grafia mas não cotipicalidade com o primeiro. Considerar um grupo que se identifica por uma orientação sexual como uma “raça” poderia ser feito apenas em um sentido diferente (figurado) de raça, distinto de seu significado ordinário.

Em verdade, em várias partes dos votos dos Ministros fica bastante claro que não há esse compromisso de substituição. Ao mencionar um Relatório das Nações Unidas, o Relator sustenta que ali se estabelecia “a necessidade de os Estados-membros adotarem em sua legislação penal a previsão de que ofensas cometidas por razões ou motivações racistas, xenofóbicas, antissemitas ou homofóbicas”,⁸⁶⁶ utilizando, na mesma frase, dos dois conceitos com conteúdos distintos. O que se considera é que tanto o racismo quanto a homofobia são *semelhantes*, são comportamentos discriminatórios abjetos que merecem punição criminal, e a ausência da homofobia como elementar na Lei 7.716 resulta em uma conjuntura jurídica *injusta*. O Relator sustenta uma “essencial correspondência que reúne, sob a mesma lógica discriminatória, todas as formas de preconceito e intolerância contra os grupos sociais”.⁸⁶⁷ Uma citação utilizada pelo Relator é ainda mais eloquente:

a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças,

⁸⁶⁶ Ibidem, p. 81.

⁸⁶⁷ Ibidem, p. 81.

preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autor.⁸⁶⁸

Em passagem citada na sequência, o Relator assume que “fica evidente que a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m] a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo”.⁸⁶⁹ O que há, portanto, é uma *comparação*, que é na verdade bastante evidente, entre homofobia, de um lado, e outras formas de discriminação, de outro, em especial o racismo — aparentemente pela introdução na literatura que o Relator utiliza como base de sua decisão da expressão “racismo social”. Logo, homofobia e racismo são, na verdade, duas “espécies” do “gênero” que aqui se pode caracterizar, à luz do dispositivo constitucional na raiz da fundamentação, como uma discriminação (D) ofensiva a caracteres essenciais dos seres humanos, como “raça” e “orientação sexual”. Assim, os compromissos de substituição de (R_x) e (H_x) seriam subconjuntos próprios de (D_x), de modo que $D_x > (R_x \cup H_x)$.

Mas essa comparação não servia ao argumento semântico, porque a Lei 7.716 não fala em “discriminação” como gênero, apenas mencionando algumas “espécies”, como “raça”, “religião” etc. Por isso, apesar de claramente fazer uma *comparação* entre racismo e homofobia como duas formas de discriminação, o Relator cita passagens do parecer da Procuradora-Geral da República em trecho de seu voto que é bastante expressivo quanto ao argumento semântico com tese de redefinição conceitual:

“A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero”, vindo a reconhecer, por isso mesmo, que “a prática do racismo abrange atos homofóbicos e transfóbicos”.⁸⁷⁰

Por outro lado, fica claro que não se trata de uma efetiva articulação conceitual, mas de redefinição conceitual, ainda por dois outros motivos: primeiro, outras regras jurídicas onde esses conceitos são utilizados não fizeram parte da fundamentação. Já se viu que o Código Penal prevê punição, como injúria qualificada, para quem ofende a dignidade ou o decoro de alguém com a “utilização de elementos referentes a *raça*, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. Se “raça” *deve ser*

⁸⁶⁸ Ibidem, p. 83.

⁸⁶⁹ Ibidem, p. 83.

⁸⁷⁰ Ibidem, 2019, p. 87.

entendido em uma dimensão social, porque apenas os crimes da Lei 7.716 devem ser aplicados aos casos de homofobia, e não o do art. 140, § 3º do Código Penal?

Segundo, sem nenhuma fundamentação específica, o STF decidiu, no dispositivo,⁸⁷¹ que a Lei 7.716 somente pode ser aplicada aos casos de homofobia *a partir da publicação* da decisão. É uma clara aplicação do princípio da “não-surpresa” que, em matéria penal, é expresso pelo princípio da legalidade: não há crime sem lei *anterior* que o defina. A lei penal *não retroage* para prejudicar, apenas para beneficiar alguém, ainda que já tenha sido condenado com trânsito em julgado.⁸⁷² Ao determinar a não-retroação, o STF reconhece implicitamente que estava, de fato, *inovando*, pretendendo *redefinir* os conceitos em jogo.

Fixando-se que o caso era, de fato, de um argumento semântico com tese de *redefinição conceitual*, aplicam-se aqui as considerações já feitas anteriormente ao tratar do argumento semântico na ADPF 54: ao STF caberia apenas *identificar* uma mudança conceitual, não podendo *promover* esta mudança — pelo menos não neste nível linguístico. Se as circunstâncias adequadas de aplicação dos conceitos em jogo diferem, não é possível pensar racionalmente em um compromisso de substituição.

Mas neste caso, diferentemente da ADPF 54, o argumento semântico *prevaleceu*. Foi este o argumento que controlou o resultado — salvo algumas manifestações que analisarei adiante. A decisão do STF na ADO 26 é *vinculante* para todo o Judiciário brasileiro, que precisará, a partir de sua publicação, aplicar a Lei 7.716 aos casos de discriminação por homofobia. Por outro lado, a decisão foi amplamente comemorada. Em verdade, não é difícil discordar que, se a decisão tiver eficácia no sentido de coibir condutas discriminatórias por homofobia, suas consequências são bastante positivas. Nesta linha, se o que *constitui* normativamente os conceitos são as articulações inferenciais consideradas corretas a partir das *atitudes* dos participantes da prática, a efetividade da decisão do STF e sua ampla aceitação não significam que a tese de redefinição conceitual foi *bem-sucedida*? Não seria possível, por essa perspectiva, dizer que o STF, de fato, *modificou* os conceitos?

⁸⁷¹ Embora o inteiro teor do acórdão ainda não tenha sido disponibilizado, isso consta do dispositivo do voto do Relator, que foi endossado de forma unânime pelos demais Ministros.

⁸⁷² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015.

4.4.5 *É possível endossar argumentos semânticos de redefinição conceitual?*

As normas linguísticas são socialmente instituídas pelas *atitudes* dos participantes da prática jurídica que, diante de performances de seus pares, as julgam como corretas ou incorretas. Esses julgamentos expressam, a partir de cada perspectiva e relativamente a cada repertório de compromissos colaterais, uma objetividade do conteúdo representacional e do conteúdo conceitual que é compartilhada na prática pela competência que temos de navegar entre as diferentes perspectivas. Assim, embora uma palavra tenha um significado diferente “em cada boca”, os compromissos expressivos que explicitam esses significados articulam um conteúdo conceitual que é (objetivamente) compartilhado.

Por essa objetividade estrutural, não seria possível, então, dizer que o STF, de fato, *redefiniu* os conceitos em jogo, já que as atitudes dos participantes da prática revelam uma aceitação da decisão?

Para responder a esta possível objeção ao que foi dito até aqui, é preciso primeiro ressaltar que o endosso, como todos os status deônticos, é compreendido a partir das *atitudes* deônticas de atribuir e assumir compromissos. Essas atitudes deônticas, por sua vez, são entendidas em termos do que é necessário *fazer* para que os demais participantes da prática *considerem* que um compromisso foi assumido por um interlocutor ou, no caso do árbitro, endossado — caso em que o árbitro o atribui ao interlocutor e o assume para si.

Nesse contexto, não basta *expressar* um endosso a um compromisso. É preciso *agir* de uma forma que permita aos demais árbitros atribuir o endosso. Todos somos falantes e árbitros simultaneamente, e todas as nossas *atitudes* são julgadas. A questão deve ser recolocada, então, nesses termos: quais *atitudes* dos participantes da prática jurídica são *necessárias* para que se considere que o argumento semântico utilizado pelo STF na ADO 26 foi endossado?

A resposta é bastante simples: se o argumento semântico da ADO 26 é uma tese que diz respeito aos compromissos de substituição entre “raça” e “orientação sexual”, ou entre “racismo” e “homofobia”, endossar esse argumento é assumir, para si, estes compromissos de substituição. É começar a utilizar esses termos como sinônimos. É considerar como circunstância adequada para o uso de “homofobia” um caso em que alguém foi discriminado pela cor da pele, ou para o uso de “racismo” quando um casal composto

por dois homens tiver sua membresia rejeitada em uma instituição religiosa que considera aquela união incompatível com os dogmas ali professados. É chamar de “homofobia” a negativa de inscrição de um candidato autodeclarado “negro” para a disputa das vagas reservadas para “negros” em um concurso público. É chamar de “racismo” a negativa de acesso de um transgênero a um sanitário público identificado pelo gênero biológico.

Devidamente descritas essas atitudes, podemos ver que, de fato, o argumento semântico não foi endossado. Não houve a assunção generalizada dos compromissos de substituição em questão — nem mesmo a injúria qualificada por “raça” foi contemplada consequencialmente pela decisão do STF.

Mas houve, de alguma forma, uma *aceitação da conclusão* do julgado. Ao decidirem de acordo com a ADO 26, os juízes de instâncias inferiores revelam algum tipo de endosso, aplicando a Lei 7.716 a atos de discriminação por homofobia. Ao agirem conscientes de que suas ações podem ser *enquadradas* na Lei 7.716, os indivíduos sem treinamento técnico-jurídico regulam suas condutas implicitamente endossando de alguma que condutas discriminatórias por homofobia podem ser punidas. Que tipo de endosso essas atitudes representam, então? Há duas possibilidades.

Primeiro, pode ser que o árbitro, diante da decisão do STF, anote um compromisso com as premissas e conclusão da ADO 26, não atribua a justificativa para esta decisão e nem assuma, ele próprio, um compromisso com os fundamentos da decisão, considerando-a injustificada. Mas este mesmo árbitro pode ter assumido um compromisso com a *autoridade jurídica* do STF de, na conformação institucional do Judiciário, determinar aquela conclusão. Assim, o juiz que discorda do STF, mas aplica a decisão da ADO 26, assume que o STF tem autoridade para, na prática, constrangê-lo através de mecanismos institucionais a aplicar a Lei 7.716 aos casos de homofobia. Este juiz vai utilizar a ADO 26 como fundamento *sem internalizar* sua justificação: é o que Brandom classifica como um *deferral*, ou uma “terceirização” da justificação. Embora não concorde com a decisão, no sentido de que discorda de sua fundamentação e não atribui ao STF a justificação para a conclusão, acabará *condenando* criminalmente alguém por ato discriminatório por homofobia, e na *sua* fundamentação transferirá a *responsabilidade* pela justificação para o STF *citando* a ADO 26 como razão autoritativa para sua decisão.

Da mesma forma, um indivíduo sem treinamento jurídico que regula suas ações tendo em mente que é possível a punição criminal de suas condutas discriminatórias por homofobia por enquadramento na Lei 7.716 — que é o efeito que toda incriminação tem por finalidade —, se *não concorda* com a decisão do STF, assume que a Corte tem *autoridade* para determinar indiretamente sua punição. Caso ele *expresse* este compromisso e alguém questione por sua justificativa, ele dirá: “o STF assim determinou na ADO 26”, terceirizando a responsabilidade pela justificação à Corte.

A segunda possibilidade é o juiz ou o indivíduo sem treinamento técnico-jurídico concordarem com a decisão, ou seja, que *atos de discriminação por homofobia devem ser punidos pela Lei 7.716*. Eles agirão, externamente, praticamente da mesma forma que os primeiros, que discordaram da decisão, mas aqui *algo foi internalizado*.

Meu argumento é que, se o argumento semântico na ADO 26 é *irracional*, e se a fundamentação da ADO 26 *precisa* ser racional (por aplicação do princípio de caridade, não se cogita que uma decisão possa ser efetiva sem ser racional), só há uma maneira de resolver as inconsistências internas àquela fundamentação: concluir que o STF *rejeitou* um dos compromissos que, em conflito, bloqueavam as inferências para a conclusão, e que quem concorda com aquela conclusão, da mesma maneira, endossa essa rejeição.

Retomando o mapa argumentativo vemos que, dada a irracionalidade do argumento semântico de redefinição conceitual, rejeitar o compromisso com a omissão inconstitucional não adiantaria. A única linha argumentativa disponível é o argumento por analogia. O que faz com que a única conclusão possível, racionalmente, é a de que o STF rejeitou o compromisso com a impossibilidade de analogia *in malam partem* no direito penal — embora o Relator o tenha expressamente negado.

4.4.6 *O que o Tribunal fez e o que o Tribunal disse que fez*

Já vimos que a *rejeição* de um compromisso anteriormente assumido pode ser expressa, quando é declarada, ou consequencial, quando decorre de outros compromissos assumidos. O STF, na ADPF 132, expressamente rejeitou expressamente um compromisso com o “vetusto dogma” de que o Judiciário não poderia atuar como legislador positivo.⁸⁷³

⁸⁷³ STF, ADPF 132, 2011. A esse respeito cf. ARAÚJO; OLIVEIRA, 2019.

Na ADO 26, embora o Relator tenha expressado um compromisso com o princípio da legalidade em matéria penal que veda a analogia *in malam partem*, e tenha *expressamente rejeitado* a adequação de um argumento por analogia, sua fundamentação somente é racional se considerarmos que a aquele dogma foi *relativizado*, o que significa que sua rejeição expressa é ineficaz, e há pelo menos uma rejeição (implícita) da impossibilidade de relativização que lhe deve ser necessariamente atribuída.

Uma releitura do voto do Relator a partir das considerações feitas até aqui revela que o argumento por analogia está perfeitamente caracterizado. Embora tenha dito que não seria possível colmatar a lacuna normativa na p. 26, fala em colmatação de lacuna nas páginas 6, 42, 50-51, 58 e 65-66. O cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão é definido para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada”.⁸⁷⁴ Considera-se que sustentar contra a conclusão ali defendida seria negar a possibilidade de “[se] proceder à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional”.⁸⁷⁵ Para ele, “a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela senão um gesto de respeito que esta Alta Corte manifesta pela autoridade suprema da Constituição da República”.⁸⁷⁶ Aliás, o argumento semântico é detalhado como uma das “[s]oluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional”.⁸⁷⁷

Essas *atitudes* do Relator é que tornam *ineficaz* sua rejeição à utilização do argumento por analogia. Por outro lado, através de sua *atitude* de assumir determinadas premissas e conclusão, é necessário atribuir-lhe um argumento por analogia.

Em vários momentos do voto fica evidente que o Relator está fazendo um “enquadramento” da homofobia *no* racismo (social), ou seja, há uma *inovação*. Além da determinação de que a Lei 7.716 deve ser aplicada aos casos de homofobia apenas *após a publicação* do acórdão, ele diz que “a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo — e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 — *objetiva fazer preservar* — no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

⁸⁷⁴ STF, ADO 26, 2019, p. 42.

⁸⁷⁵ Ibidem, p. 50.

⁸⁷⁶ Ibidem, p. 51.

⁸⁷⁷ Ibidem, p. 58 e 65.

discriminação (...) — a incolumidade dos direitos da personalidade”.⁸⁷⁸ O argumento semântico é colocado como uma “proposta”: “O que estou a propor (...) limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente”.⁸⁷⁹ Para que não reste dúvida quanto a interpretação que faço do voto:

O Supremo Tribunal Federal, *ao suprir as omissões* inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.⁸⁸⁰

Uma omissão nesses termos somente pode ser *suprida* por uma *extensão*, aqui caracterizada como uma ampliação do sistema normativo. A forma mais comum de fazer uma ampliação é o uso do argumento por analogia.

A estrutura do argumento por analogia pode ser, assim, percebida pelos vários trechos *já citados* do voto, o que pode ser reconstruído da seguinte forma: o Congresso Nacional não cumpriu um dever constitucional de incriminar condutas discriminatórias por homofobia. Como há, no sistema normativo penal, uma regra de fechamento, isso significa que há solução normativa para essas condutas: ou a absolvição ou a condenação pelo crime de injúria simples. Estas soluções normativas são incoerentes com a norma constitucional que determina a incriminação de quaisquer formas de discriminação ofensiva a direitos e liberdades fundamentais. Logo, esta solução deve ser rejeitada (até aqui, o argumento por exceção implícita). Uma vez rejeitada a solução normativa, percebe-se que a homofobia é semelhante (de forma relevante, nesse contexto) a outras formas de discriminação já incriminadas, como o racismo, a xenofobia etc. Logo, a incriminação a estas formas de discriminação (Lei 7.716) deve ser *estendida* (até aqui, o argumento por analogia). Portanto, a Lei 7.716 deve ser aplicada às condutas discriminatórias por homofobia.

⁸⁷⁸ Ibidem, p. 90, grifei.

⁸⁷⁹ Ibidem, p. 95.

⁸⁸⁰ Ibidem, p. 151.

Compondo o julgamento com os demais votos que foram disponibilizados, a analogia fica ainda mais evidente. O Relator do segundo processo, o MI 4.733, que votou logo após o Relator, é expresso que sua conclusão é no sentido de

aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de *estender a tipificação* prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.⁸⁸¹

Mais adiante, ele diz que “ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, *colmatação* por este Supremo Tribunal Federal”, embora sustente que isso deve ser feito “por meio de *interpretação* conforme da legislação de combate à discriminação”.⁸⁸² Ao usar a expressão “legislação de combate à discriminação” para se referir à Lei 7.716, fica evidente que a homofobia foi considerada uma forma de discriminação semelhante às demais, que deve ser estendida. Ao listar os avanços legislativos no combate à discriminação, ele é expresso ao dizer que

Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual.⁸⁸³

E, ao final, conclui:

No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto. [comparação entre os casos]

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso a órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” tolera alguns atos atentatórios à dignidade

⁸⁸¹ STF, *MI 4.733*, 2019, e *ADO 26*, 2019 (o voto faz parte de ambos os processos, que foram julgados conjuntamente), do voto do Min. Edson Fachin, p. 3.

⁸⁸² *Ibidem*, p. 9.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 20.

da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional.⁸⁸⁴

De forma ainda mais *explícita* reconhecendo que o caso era de “colmatação de uma lacuna” por um argumento por analogia, do terceiro voto disponibilizado, temos:

A concretização desse mandado de criminalização constitucional foi buscada na tipificação prevista na Lei 7.716/1989, que se invoca na presente ADO como *parâmetro* para colmatação da lacuna normativa impugnada, apto a fixar a justa medida da punição de atos de homofobia e transfobia.

A partir de uma leitura constitucional da Lei Antirracismo, o que se observa é que o legislador ordinário não logrou concretizar in totum o mandado de criminalização. A colmatação da lacuna normativa buscada na presente ADO visa justamente ao saneamento de uma omissão parcial, tendo em vista que o legislador efetivou uma cláusula integral de proteção social em face de práticas discriminatórias de todo gênero, o que poderia ser diretamente extraído do art. 5º, XLI, da Constituição.

(...) o sentido constitucional atribuído à norma clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas.⁸⁸⁵

Neste terceiro voto, apesar dessa sustentação, o Ministro adere ao argumento semântico do Relator.⁸⁸⁶ De todos, é o único que utiliza a expressão *lacuna axiológica*,⁸⁸⁷ embora a confunda com lacuna normativa em algumas partes do texto. Do cotejo desses três votos textualmente disponibilizados com os demais, lidos na sessão de julgamento embora ainda não publicados, a conclusão que se impõe, em nossa atividade como árbitros analisando a *performance* do STF na ADO 26, é que a fundamentação, ao fim e ao cabo, lançou mão de argumento por analogia em caso de lacuna axiológica (utilizando, neste ponto, um argumento por exceção implícita), e relativizou o compromisso com o princípio da legalidade em matéria penal — fez-se uma analogia *in malam partem*, conquanto na tentativa de corrigir uma situação claramente injusta.

Aqui o que o STF assumiu *consequencialmente*, em inferência compromissiva, foi o *padrão inferencial* que caracteriza o argumento por analogia. Ao assumir

⁸⁸⁴ Ibidem, p. 20. No mesmo sentido o voto do Min. Gilmar Mendes, p. 7.

⁸⁸⁵ STF, ADO 26, 2019, do voto do Min. Gilmar Mendes, p. 17-18.

⁸⁸⁶ Ibidem, p. 20.

⁸⁸⁷ Ibidem, p. 22.

explicitamente compromissos com premissas e conclusão típicas deste padrão argumentativo, o compromisso com o argumento por analogia é (normativamente) atribuído à Corte. A inferência material, simplesmente, não pode ser “rejeitada”. E este compromisso é incompatível com a assunção da vedação à analogia *in malam partem*, daí a necessidade de ajustar o placar com a *rejeição* (também consequencial) deste compromisso — não uma rejeição integral, claro, mas uma rejeição da impossibilidade de sua relativização.

Portanto, ainda que o STF tenha expressado um compromisso com a impossibilidade de relativização do princípio da legalidade em matéria penal, e tenha declarado que estava a interpretar uma regra para “simplesmente” aplicá-la a um caso concreto, o que *efetivamente ocorreu* foi a utilização de um argumento por analogia para tentar corrigir uma situação de grave injustiça social, estendendo a incriminação de outras formas de discriminação para os casos de homofobia, com a inescapável relativização do princípio da legalidade em matéria penal.

4.5 Definindo e redefinindo conceitos jurídicos abertos

4.5.1 Reestruturando o ceticismo quanto à interpretação judicial

Em uma primeira abordagem, o ceticismo quanto à interpretação jurídica foi caracterizado como uma tese que buscava, a partir de uma natural indeterminação da linguagem ordinária na qual as formulações de regras são necessariamente feitas, sustentar a impossibilidade de objetividade na atividade interpretativa feita pelos juízes. Essa questão é normalmente caracterizada em termos de *indeterminação do direito*. A ameaça que essas teses representam é simples de notar: é essencial para a *normatividade* das regras jurídicas (e dos conceitos jurídicos e não-jurídicos nelas articulados) que sua instanciação em casos individuais possa ser racionalmente justificada.

Este desafio cético foi respondido, até aqui, com a análise de decisões, aplicando a moldura inferencialista, onde o que estava em jogo eram conceitos como “periódico”, “repouso noturno”, “cônjuge”, “companheiro”, “aborto”, “homem”, “mulher”, “raça”. Nenhum desses pode ser considerado, estritamente, um conceito *jurídico*. Ao falar em conceitos jurídicos normalmente pensamos em algo como “preço vil”, “boa-fé contratual objetiva”, “função social da propriedade” ou, como Brandom exemplifica, “razoabilidade

comercial”, “condição contratual injustificada”.⁸⁸⁸ Nenhum participante da prática jurídica, no Brasil ou nos Estados Unidos, consideraria que esses termos têm um significado *determinado* que *controla* todos as suas aplicações futuras.

Recolocando o ceticismo agora quanto à possibilidade de aplicação *determinada* de conceitos jurídicos, a objeção parece ganhar mais força. Porque se o STF, enquanto Corte Constitucional, não tem uma posição privilegiada na prática linguística — e por isso não pode *redefinir* conceitos como “aborto” e “raça” —, é inquestionável que ocupa uma posição extremamente privilegiada na prática *jurídica*. Aliás, qualquer juiz ocupa uma posição proeminente no sentido de que suas decisões são, mesmo na primeira instância, potencialmente capazes de *definir* (ou *redefinir*) um conceito jurídico. Nesse contexto, se o desafio cético é colocado de forma que essa indeterminação semântica dos conceitos jurídicos impede que eles funcionem como uma justificação *normativa* das decisões judiciais — no sentido de que, de alguma forma, sua aplicação a um caso era *determinada* antes da decisão e se impôs ao julgador normativamente —, seríamos obrigados a “adotar uma forma de realismo jurídico quanto a essas decisões que seria indistinguível de um niilismo jurídico”.⁸⁸⁹ Porque a distinção elementar entre exercer uma autoridade normativa fundamentada na lei e simplesmente exercer *poder* em nome da lei, que é intuitiva para qualquer participante da prática jurídica modernamente, depende da possibilidade de distinguirmos aplicações *racionalmente justificadas* de uma regra jurídica em virtude do *significado dos conceitos* nela utilizados das não justificadas — julgar quais são corretas e quais são incorretas.⁸⁹⁰

A questão fundamental é, portanto, reconstruída por Brandom como: que noção de *determinação do conteúdo conceitual* é necessária para que, no caso de conceitos jurídicos — e, por extensão, termos vagos no nível de “condição análoga à de escravo”⁸⁹¹ —, possamos julgar interpretações corretas e incorretas.

⁸⁸⁸ BRANDOM, 2013, p. 22.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ O art. 149 do Código Penal previa como crime, em redação anterior a uma alteração legislativa em 2003, simplesmente, “[r]educir alguém a condição análoga à de escravo”.

A resposta, segundo o próprio Brandom, é que pensamos nessa determinação de conteúdo de uma forma incorreta — que, na verdade, sequer é plausível. A forma preponderante na filosofia da linguagem, desde Frege, de pensar em um conteúdo semântico determinado, é em termos de “limites bem definidos” — justamente o que falta aos conceitos jurídicos. O que podemos fazer é pensar, no modelo inferencialista, novamente na *inferência*: o que pode servir como razão a favor ou contra decisões que aplicam conceitos jurídicos? A resposta é óbvia para qualquer participante da prática: os precedentes.

Mesmo na tradição jurídica brasileira, onde apenas um seletivo grupo de decisões tem a posição processual privilegiada de “precedente” no sentido de *vincular* as decisões judiciais posteriores, o *precedente* em sentido mais flexível é parte integrante e indissociável de nossa forma de decidir casos individuais redefinindo conceitos jurídicos. Para que não pareça que se trata de uma suplementação do modelo exclusivamente para conceitos jurídicos, tomemos como ilustração um caso recente e incontroverso de redefinição de um conceito não-jurídico: o de “livro”.

Em 2017, o STF decidiu que o livro *digital* é “livro”, de modo que a ele se aplica a imunidade tributária prevista há décadas pelas várias Constituições, inclusive a de 1988, para “livros, jornais, periódicos”. Nesta decisão, o Relator começa fazendo uma síntese do contexto histórico que levou à primeira previsão desta imunidade na Constituição de 1946 (um argumento interpretativo histórico, aqui classificado como “pelo propósito”), e segue analisando *todas* as decisões judiciais do STF, desde 1967, em que a regra foi interpretada ou estendida. Já mencionei várias dessas decisões, valendo resgatar apenas que em 1967 ela não foi aplicada às listas telefônicas (que não seriam “livros”), em 1975 foi aplicada às revistas técnicas (“periódicos”), em 1987 foi aplicada às listas telefônicas (“periódicos”), em 2001 às apostilas (“livros”), em 2004 aos álbuns de figurinhas (“livros”) e, finalmente, em 2017, com certo atraso, aos livros digitais.

Há uma diferença, contudo, entre esses casos: revistas técnicas, listas telefônicas, apostilas e álbuns de figurinhas, de uma maneira ou de outra, “sempre” estiveram por aí. Os livros digitais, contudo, são uma evolução tecnológica que, exceto em obras de ficção científica, não eram sequer cogitados quando nossa última Constituição, de 1988, foi promulgada. Por outro lado, por mais que “livro” seja tão difícil de definir como “jogo”,

clássica alegoria utilizada por Wittgenstein,⁸⁹² conseguimos aplicar este conceito. Sabemos tranquilamente dizer que um jogo de tabuleiro que eventualmente seja criado em 2020 é um “jogo”, por mais que não sejamos capazes de formular as condições necessárias e suficientes para que algo seja classificado como um “jogo”. Da mesma forma, ainda que não consigamos definir o que é livro desta forma “definitiva”, é *evidente* para nós que livro digital é “livro”.

Nesse contexto, é inegável que o conceito de “livro” *mudou* em algum momento entre 1988 e 2017. Isso já foi, de certa forma abordado: é óbvio que conceitos podem mudar com o tempo, e até já se deu uma forma de descrever socialmente esta mudança. Não bastaria, então, ao STF, invocar esta (óbvia) mudança conceitual e decidir o caso da imunidade do livro digital sem invocar precedentes desde 1967? Por que a Corte parece ter considerado necessário, para decidir o caso do livro digital em 2017, *reconstruir* um histórico de precedentes de mais de 60 anos, quando os livros digitais sequer eram cogitados? E mais: em *todos* os precedentes citados, essa *reconstrução* do histórico de precedentes está presente, com maior ou menor quantidade de decisões citadas e de detalhes de cada decisão.

O que se ilustrou com este caso é algo que ocorre de maneira geral na prática judicial de fundamentar decisões — aqui, no Brasil, não apenas em sistemas mais próximos da *common law*. Isso revela uma dimensão do caráter social da instituição de normas linguísticas do modelo inferencialista que até agora não foi evidenciada e, no que se refere aos conceitos jurídicos, precisa ser detalhada para que se possa dar uma descrição completa da objetividade estrutural de Brandom: o caráter *diacrônico* dessa instituição social perspectivo-dependente do conteúdo conceitual.

Para entender isso, é necessário perceber que o modelo de “limites bem definidos” para a aplicação dos conceitos não é utilizável fora do contexto de uma linguagem *ideal*. A argumentação jurídica, como a argumentação em muitos domínios, raramente é formalmente válida,⁸⁹³ de modo que a correção das inferências deve ser entendida em termos de condições materiais de adequação — as inferências materiais diretas de uma premissa para uma conclusão e os padrões de inferência material onde várias premissas articulam uma conclusão em um argumento não formalmente válido.

⁸⁹² WITTGENSTEIN, 2009, §562 e ss.

⁸⁹³ BRANDOM, 2013, p. 20.

Isso significa que a argumentação jurídica *necessariamente* tem um aspecto que é muitas vezes ignorado: suas premissas e conclusões — em suma, as *razões* jurídicas — são em regra derrotáveis. Isso significa que inferências materiais — inclusive as que articulam os conceitos jurídicos — são em geral *não-monotônicas*:⁸⁹⁴ uma inferência correta pode se tornar incorreta se novas premissas forem adicionadas.⁸⁹⁵ Desta forma, a tese de indeterminação do direito assume a forma de uma tese de indeterminação do *resultado* da adjudicação porque inferências corretas que articulam uma determinada conclusão podem (sempre) ser eventualmente infirmadas por considerações adicionais — e recolocadas de pé como corretas por ainda outras considerações adicionais:

Na medida em que não é definido pelos conteúdos dos conceitos jurídicos o que conta como razões a favor ou contra decisões articuladas pelo uso desses conceitos, e que premissas adicionais infirmariam ou reforçariam essas inferências, essa indeterminação retiraria das decisões judiciais em questão o tipo de autoridade normatividade que só pode ser derivada de aplicações de conceitos jurídicos como sujeitas a julgamentos apropriadamente constrictos quanto à correção das razões a favor ou contra sua aplicação. A indeterminação semântica que mais interessa, portanto, seria aquela relativa à complexa rede de relações inferenciais não-monotônicas e de incompatibilidade que articulam os conteúdos dos conceitos jurídicos.⁸⁹⁶

O ponto de Brandom é que isso só representaria um problema para a objetividade da aplicação de conceitos jurídicos — e por conseguinte da interpretação judicial — se pensarmos na instituição das normas conceituais e em sua aplicação como dois momentos distintos, sequenciais: primeiro se determinam os conteúdos ou significados dos conceitos, depois se examina quais aplicações desses conceitos são corretas ou incorretas a partir dos significados estabelecidos. Foi contra este modelo, que somente faria sentido em uma linguagem ideal, que Quine se insurgiu.⁸⁹⁷ Desde sua crítica ficou claro ser necessário desistir do mito de expressões com significado intrínseco, o que demanda a adoção de um modelo em que há a instituição dessas normas pelo uso, o que foi incorporado por Wittgenstein nas considerações sobre seguir regras nas Investigações Filosóficas e por Brandom com a teoria da instituição do conteúdo conceitual a partir das atitudes deônticas dos participantes da prática. Assim, “não se pode dar sentido à noção de instituição de

⁸⁹⁴ MAKINSON, 2005. De forma mais específica, cf. ALCHOURRÓN; GÄRDENFORS; MAKINSON, 1985; ALCHOURRÓN; MAKINSON, 1982

⁸⁹⁵ BRANDOM, 2013, p. 21.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 23.

normas conceituais de forma dissociada da noção de aplicá-las, e vice versa. Instituição e aplicação são concepções reciprocamente dependentes, e processos reciprocamente dependentes”.⁸⁹⁸

Isso não significa, claro, que basta tomar como ponto de partida, na aplicação dos conceitos jurídicos, o que os juízes fizeram no passado. Perceber os precedentes desta forma seria criticável, primeiro, por constituir uma versão da falácia naturalista⁸⁹⁹ e, segundo, por não resistir às considerações de Wittgenstein sobre o regresso ao infinito, já que o precedente seria, aqui, uma “regra de interpretação”. Também não é possível considerar os precedentes em termos de *disposições* dos juízes para aplicar um entendimento já consolidado. Seguir por este caminho esbarraria novamente em Wittgenstein, desta vez nas considerações sobre a linguagem privada: não haveria como julgar uma aplicação de um conceito como correta ou incorreta. Em síntese,

Teorias regularistas, que invocam regularidades de fato ou disposições, falham em instituir normas que genuinamente constriam. Teorias regularistas, que invocam regras explícitas ou princípios, algo que pode ser dito em oposição ao que somente é feito, acabam sendo circulares por falharem em perceber que o argumento contra o regresso das interpretações faz com que um conhecimento normativo dependa de um saber-fazer normativo.⁹⁰⁰

Logo, o modelo de condições necessárias e suficientes não pode ser adotado. Resta buscar, na mesma linha do que se fez até aqui, essa normatividade primária da instituição social das normas conceituais, incorporando esse aspecto diacrônico, histórico, da constituição do significado dos conceitos jurídicos.

4.5.2 *A redefinição de conceitos jurídicos*

Brandom incorpora essa dimensão diacrônica da prática social em seus trabalhos mais recentes, atribuindo o *insight* a Hegel. De forma simplificada, a ideia-base é de uma estrutura de *autoridade e responsabilidade* recíprocas, algo já familiar ao modelo aqui descrito. O ponto é que essa estrutura é colocada em termos hegelianos de um *reconhecimento mútuo*: a atitude normativa fundamental aqui seria a do *reconhecimento*, de

⁸⁹⁸ Ibidem, p. 23.

⁸⁹⁹ SELLARS, 1997, 2007

⁹⁰⁰ BRANDOM, 2013, 24.

modo que *reconhecer* alguém é tratá-lo na prática como um sujeito normativo, capaz de assumir responsabilidades e exercer autoridade. É uma postura do árbitro de tratar o outro como um jogador competente. Os *status* normativos são *sociais*: o mundo “não veio com eles”. Assim, é necessário que nós ajamos, tratemos os demais como responsáveis e dotados de autoridade *para que* nós possamos ter autoridade e responsabilidade.⁹⁰¹

Portanto, o que é necessário e suficiente para que sejamos sujeitos normativos é que sejamos *reconhecidos* pelos demais como sujeitos normativos por aqueles que reconhecemos como sujeitos normativos. Essa *reciprocidade* das atitudes de reconhecimento é o caráter essencial. Brandom ilustra esta questão com um exemplo, também, de jogadores de xadrez. Pensemos em um *status* normativo: ser um *bom* jogador de xadrez. O modelo recíproco de reconhecimento orienta que, para saber se alguém é um bom jogador de xadrez, olhemos para aqueles que *ele considera* bons jogadores de xadrez. O candidato a “bom jogador” tem completa autoridade sobre suas próprias atitudes, portanto sobre quem ele reconhece como bom jogador. Mas, ao reconhecer um determinado conjunto de jogadores como “bons”, ele confere a eles uma *autoridade*: a de constituí-lo, reciprocamente, como um bom jogador de xadrez, reconhecendo-o como tal ou não. Desta forma, o candidato a bom jogador de xadrez pode tornar o seu “status” de bom jogador mais fácil, reconhecendo como “bons jogadores” qualquer um que saiba pelo menos movimentar as peças de forma correta, pois assim não vai ser difícil ser reconhecido de volta. Se ele somente reconhece jogadores de xadrez com um nível considerável de perícia no jogo como “bons”, tornará mais difícil para si próprio receber o *status* de volta, mas, se o conseguir, esse *status* é consideravelmente mais valioso. O mesmo vale para “bom escritor”, “bom filósofo”. “Ninguém pode se constituir como bom jogador de xadrez sem a cooperação daqueles que ele reconhece como tendo aquele status.”⁹⁰²

Nesta linha, cada um pode assumir um compromisso ou invocar uma justificativa. Mas em que *consiste* esse compromisso e essa justificativa depende dos demais que ele torna *responsáveis* ao reconhecê-los nesse sentido. O *conteúdo* do compromisso não está à disposição de quem assume o compromisso da mesma forma que assumir ou não o compromisso pode estar. Porque a *autoridade* quanto ao conteúdo foi cedida para aqueles que o agente reconheceu, dando o direito de considerá-lo responsável. “Assim, depende de

⁹⁰¹ Ibidem, p. 28.

⁹⁰² Ibidem.

mim agir ou não restituindo a propriedade a seu antigo dono. Mas não depende de mim se o que eu fiz conta ou não como uma performance completa de minhas obrigações de acordo com um contrato.”⁹⁰³ A *divisão social do trabalho* aqui entre aqueles que mutuamente se reconhecem e são reconhecidos garante que o *status* normativo não é, e não pode ser, determinado pelas atitudes isoladas de uma pessoa.

O caráter diacrônico dessa instituição eminentemente social e perspectivodependente das normas conceituais é evidenciado pelo fato de que esse “diálogo” é histórico, e isso, no caso de decisões judiciais, é ainda mais acentuado. A comunidade que institui as normas conceituais toma a forma de uma *tradição* que dá conta da dimensão histórica do uso de conceitos. Cada juiz “herda”, de certa forma, os conceitos jurídicos, e sua decisão será, de certa forma, *herdada* pelos que se seguirem. Esse desenvolvimento de conceitos jurídicos é, assim, “explícito, semiconsciente, e institucionalizado”,⁹⁰⁴ em uma estrutura diacrônica de responsabilidade e autoridade.

Os juízes, assim, são responsáveis *pela* lei e *perante* a lei. Esta relação, pelo modelo estrutural de reconhecimento recíproco, é *simétrica*. A redefinição de conceitos jurídicos ocorre em uma sequência de decisões que decidem aplicar ou não aplicar um conceito a casos particulares. Ao selecionar precedentes e especificar racionalmente as características do caso concreto que tornam aqueles precedentes pertinentes, o juiz redefine (no sentido de refinar, especificar) o conteúdo dos conceitos jurídicos envolvidos, e cria um precedente e uma argumentação racional em relação à qual futuros juízes terão uma pelo menos potencial responsabilidade — e assim o juiz que toma a decisão exerce uma autoridade.

Neste modelo, cada juiz em cada ponto da sequência é responsável em relação aos precedentes e tem autoridade em relação aos casos futuros. O precedente faz parte da *justificação* da decisão, é uma razão como as outras utilizadas, e desta forma o juiz que o utiliza recebe, com ele, o conteúdo conceitual articulado de forma *objetiva*.⁹⁰⁵ É nesse sentido que o juiz é responsável diante do precedente. Por isso a questão continua sendo colocada em termos de *racionalidade*. Se um julgador cita um precedente em uma decisão

⁹⁰³ Ibidem, p. 30.

⁹⁰⁴ Ibidem, p. 32.

⁹⁰⁵ Ibidem, p. 32.

para aplicar um conceito jurídico, este precedente somente *justifica* aquela decisão em certa medida: não basta invocar o precedente, é preciso que haja uma articulação *material* que não está, e não poderia estar, à disposição de um julgador (ou um Tribunal) individualmente. Se o STF invocar um precedente em que o conceito jurídico “estado de necessidade” foi aplicado no caso de alguém que praticou um crime de lesão corporal a terceiro buscando fugir de um incêndio, é preciso que haja uma relação entre o *caso* ali decidido e o caso individual para o qual o precedente foi invocado como fundamento. Mas se o STF está diante de um caso individual em que alguém praticou um homicídio porque *achava* que havia um incêndio — havia uma fumaça vindo da cozinha —, a utilização do precedente como razão depende de *outras razões*.

Assim, ao listar os precedentes que articularam historicamente os conceitos “livro” e “periódico” para decidir quanto à imunidade do livro eletrônico em 2017, o STF fez uma reconstrução *racional* de uma linha argumentativa que historicamente definiu e redefiniu conceitos à medida que situações foram se apresentando, *reconhecendo* esses precedentes como autoritativos e situando a decisão de 2017 nessa sequência, como mais um ponto no desenvolvimento desses conceitos. Essa reconstrução

é racional na medida em que há uma obrigação de que as aplicações anteriores [do conceito] que são incorporadas pela argumentação como precedentes e relevantes devem se adequar ao novo compromisso que é a decisão que está sendo tomada. A argumentação é um relato delineando os limites da autoridade do conteúdo conceitual associado com um termo jurídico, determinado pelas atitudes que consistem nas decisões e argumentações dos juízes anteriores, em relação às quais o juiz atual é responsável, no sentido de que o *conteúdo* define os parâmetros para um julgamento normativo da correção da decisão do juiz atual.⁹⁰⁶

Contudo, a partir de 2017, onde que o STF exerceu sua autoridade em relação aos futuros julgamentos, esta decisão vai ser julgada como correta ou incorreta. O modelo de reconhecimento recíproco faz com que os juízes do futuro analisem as decisões do passado e tomem uma atitude de considerá-las ou não um precedente, porque

o juiz atual, ao exercer a autoridade de sua decisão, implicitamente “peticiona” por reconhecimento, e para isso ela deve ser reconhecida [como precedente] por futuros juízes. Se a autoridade do precedente é reconhecida, então a decisão tem autoridade real (um *status* normativo foi instituído por essas atitudes)⁹⁰⁷ (...). Ao reconhecer e invocar a autoridade

⁹⁰⁶ Ibidem, 32-33.

⁹⁰⁷ Ibidem, p. 33.

de um *precedente*, o juiz está implicitamente reconhecendo a autoridade também dos juízes do futuro, que administram essa autoridade [ao] julgar se aquele novo compromisso foi apropriadamente integrado aos compromissos anteriores, e decidir, com base nisso, se reconhecem ou não aquela decisão como autoritativa, como [capaz de] normativamente constringer futuros compromissos aos quais ela deve ser integrada.⁹⁰⁸

Este processo histórico de aplicar conteúdos conceituais tomados em sua objetividade em razão dessa estrutura de reconhecimento mútuo diacrônico é o processo que *determina* o conteúdo desses conceitos, o que leva à necessidade de uma nova noção do que é para algo ser *determinado*, que não pode ser a propriedade de poder ser expressamente formulado em termos de condições necessárias ou suficientes, ou de que todas as suas aplicações futuras sejam de antemão definidas. É preciso que haja uma abertura para que livros digitais sejam imunizados sem que o Congresso Nacional precise promulgar uma emenda constitucional. É preciso que “estupro”, um conceito jurídico legalmente definido, possa evoluir com a sociedade para que o marido passe a ser responsabilizado pelo ato praticado contra a esposa.

Portanto, a determinação como “limites bem definidos” de aplicação deve ser entendida como conjuntos de inferências materialmente corretas e de inferências materialmente incompatíveis, necessariamente derrotáveis, mas que, ainda assim, objetivas. Em vez de uma concepção ontológica em que o significado precisa ser “descoberto”, temos uma concepção inferencialista em que o significado é construído, e isso não significa abrir mão da normatividade e da objetividade — apenas de uma ideia de normatividade que a associa à possibilidade de formulação de definições exaustivas, de condições adequadas e suficientes, de regras de interpretação.

Nesse sentido, a reconstrução argumentativa diacrônica em consideração às instâncias anteriores de aplicação dos conceitos *expressa*, do ponto de vista do juiz que profere uma nova decisão nesta cadeia, o conjunto de compromissos que, em cotejo com o repertório de compromissos colaterais do juiz, constituem as *normas conceituais* que governam aquela decisão pela articulação (que não depende da *vontade* do juiz) material dos conteúdos conceituais espalhados por estes conjuntos que se relacionam. Prospectivamente, a decisão se insere na sequência de determinação do conceito, e o processo continua.

⁹⁰⁸ Ibidem, p. 33.

Por este ponto de vista, normas conceituais nunca são completamente determinadas no [sentido de Kant e Frege], já que há sempre espaço para desenvolver essa determinação. As normas conceituais também não são completamente indeterminadas, já que boa parte das aplicações atuais devem ser endossadas como corretas por julgamentos que potencialmente criarão outros precedentes. Toda a determinação que o conteúdo tem é o produto dessa atividade.⁹⁰⁹

Logo, o desafio cético, mesmo nesta reconstrução direcionada aos conceitos jurídicos “abertos”, somente faz sentido através de uma moldura que, pelo menos desde a crítica de Quine, passando por Wittgenstein e por Brandom, já se estabeleceu como inadequada. Nesse sentido, os conceitos jurídicos não são mais nem menos determinados que quaisquer outros. à pergunta “nós fazemos nossos conceitos ou os encontramos?”, Brandom responderia “ambos”.⁹¹⁰ O juiz “encontra uma regra” no que ele herda, e espera que seus sucessores reconheçam sua decisão como correta.⁹¹¹ Os argumentos céticos contra a objetividade da interpretação jurídica, assim, resultam de uma má compreensão das questões filosóficas na base do problema.

Se uma visão sustenta que o direito é o que o juiz considera que é direito — paradigmaticamente representada pela famosa frase do realismo jurídico americano em que Frank diz que até o café da manhã de um juiz é relevante para determinar o resultado de um julgamento — , e a outra acha que o papel do juiz não é “criar direito”, mas apenas identificar o que o direito é, a resposta só pode estar, “aristotelicamente”, entre esses extremos. A primeira vê somente a autoridade do juiz, e a segunda, apenas a sua responsabilidade. Mas autoridade e responsabilidade na constituição conceitual são dois lados da mesma moeda.⁹¹²

4.6 Qual o placar ao final? (Uma crítica de racionalidade)

Ao incorporar a filosofia da linguagem na tradição do pragmatismo norte-americano através da teoria de Brandom, é possível perceber que a filosofia do Direito, em

⁹⁰⁹ Ibidem, p. 36. Brandom define a concepção de Kant como *Verstand*, em oposição à *Vernunft* de Hegel.

⁹¹⁰ Ele atribui esta resposta, contudo, a Hegel em BRANDOM, 2013, 2019.

⁹¹¹ “(...) telling the retrospective rationalizing story that discerns a norm is the form of reason’s march through history. Traditions are lived forwards, but understood backwards. The posture of discursive traditions going forward is shaped by backward-facing understandings. The intricate interplay of assertions of authority and acknowledgements of responsibility displaying the structure of reciprocal recognition is the process by which contingent normative attitudes (decisions) institute genuine, determinately contentful norms” (BRANDOM, 2013, p. 37-38).

⁹¹² Ibidem, p. 38.

muitos pontos, já intuía algumas das conclusões a que se chega quanto à objetividade dos conceitos.⁹¹³ E embora eu tenha usado o inferencialismo tanto para evidenciar a articulação argumentativa nas decisões analisadas como para fundamentar os limites dos argumentos interpretativos, a conclusão — de que a interpretação jurídica é racionalmente limitada pelo conteúdo das formulações normativas — não *depende* do inferencialismo, mas apenas da assunção da normatividade do significado semântico. Se somente é possível seguir regras socialmente, é preciso pressupor que a normatividade é externa ao agente — e isso se aplica aos juízes como a qualquer participante da prática jurídica. O inferencialismo foi eleito como *caminho* para a descrição dessa objetividade pelo poder expressivo da teoria quando aplicada à fundamentação das decisões judiciais e pela forma como Brandom incorpora (e evita) os principais problemas que, na filosofia da linguagem, enfrentamos ao tratar da normatividade do significado. Neste aspecto, a busca aqui de dar um relato objetivo da interpretação contra o ceticismo espelha a tentativa de Brandom de vencer os desafios céticos mais relevantes, de Quine, Kripke e outros.

Na base da presente pesquisa está a assunção de que, ao fim e ao cabo, a *existência* de limites à atividade interpretativa é uma questão absoluta: ou há limites, restando-nos descobrir uma maneira de descrevê-los de forma satisfatória, ou não há limites, e aí o ceticismo é o destino inevitável e toda a produção jurídica que tenta dar racionalidade à prática jurídica deve, ao fim e ao cabo, resultar no reconhecimento de um voluntarismo radical. Mas, como participantes da prática, acreditamos que os juízes não podem tudo, e utilizei o inferencialismo como forma de chegar a um relato coerente de *como* podemos julgar as decisões judiciais como corretas ou incorretas em relação ao uso de argumentos interpretativos.

Neste caminho, ficou evidente que os Tribunais têm grandes dificuldades em decidir fora da moldura tradicional da interpretação jurídica. Frequentemente, fazem o heterodoxo, mas tentam passá-lo por ortodoxo. Ficam espremidos entre o que o direito

⁹¹³ Por exemplo, em 1988, Schauer já sustentava que nem vagueza nem a derrotabilidade normativa implícita impediam que se falasse em uma objetividade a partir das perspectivas dos envolvidos na prática jurídica. “the decisionmakers in the system will perceive those particulars as being members of the same category perceived by the addressees and will be seen as so perceiving by those affected. That is, people perceive pelicans as birds; decisionmakers perceive pelicans as birds; and people know that decisionmakers will perceive pelicans as birds. (...) Thus, predictability comes from the knowledge that if this is a bird a certain result will follow, and from the confidence that what I now perceive to be a bird will be considered a bird by the ultimate decisionmaker” (SCHAUER, 1988, p. 540).

vigente determina e o que é o mais justo a fazer no caso concreto. Como Schauer diz, as regras operam uma “fenomenologia da frustração” no processo de adjudicação.⁹¹⁴ As decisões na ADPF 54, ADPF 132 e ADO 26, as mais esmiuçadas nesta tese, são também as mais bem-intencionadas, o que torna até constrangedor criticá-las. Mas a crítica aqui não é jurídica. Se essas decisões cumprirem as finalidades que acredito que os julgadores tinham ao proferi-las, inegavelmente contribuem, como o Relator da ADO 26 diz, para a construção de uma sociedade mais tolerante, mais humana, *melhor*.

A crítica aqui é de *racionalidade*: não é suficiente que os Tribunais decidam de forma boa, é preciso que estas decisões sejam *validamente* fundamentadas. Argumentos irracionais precisam ser expostos não para que boas decisões sejam *inviabilizadas*, mas para que essas boas decisões sejam proferidas de forma *clara*, para que sejam *boas* decisões acompanhadas de fundamentação *igualmente* boa, válida, com argumentos que podem servir como razão para futuras decisões. Por melhor que seja a decisão na ADO 26, a fundamentação obscura impede uma resposta imediata à pergunta: a injúria qualificada do art. 140, § 3º, do Código Penal, pode ser aplicada em caso de ofensa homofóbicas? Este tipo penal não está na Lei 7.716 e, portanto, não foi contemplado pela decisão do STF. Se a decisão tivesse sido clara, talvez os juízes pudessem decidir casos de injúria homofóbicas referindo-se à ADO 26. Ante a obscuridade, tenho convicção que alguns juízes o farão, e outros não — o que resulta em *insegurança* jurídica.

Por isso é preciso distinguir o que os juízes fazem do que eles dizem fazer, diferenciar questões de determinação semântica do que é o melhor a fazer, o mais justo a fazer, em um caso individual.⁹¹⁵ É essencial delimitar as dimensões linguística e jurídica, o que se buscou com a distinção entre interpretar o que as regras determinam que seja feito e *decidir* o que efetivamente deve ser feito, de acordo com as regras ou *apesar* das regras.

Outro aspecto que a obscuridade da real argumentação da ADO 26 não permite tratar é que o STF, ali, relativizou o princípio da legalidade em matéria penal. Nesse sentido, se a ADO 26 representa um avanço em um sentido, importa em um claro retrocesso em outro. Não há como concluir o que acabará sendo mais relevante, já que o acórdão sequer foi publicado. Mas neste segundo aspecto da decisão, não é relevante que o tipo penal criado

⁹¹⁴ SCHAUER, 2009a, p. 16.

⁹¹⁵ KLATT, 2008, p. 84.

pelo STF seja *justo*. A questão é que, se o STF pode decidir criando um tipo penal, fica aberta a possibilidade de criação de um tipo penal eventualmente *injusto*. Talvez o tempo mostre que o STF é melhor na criação de tipos penais do que o próprio parlamento, mas a relativização de um dogma que existia de forma incontroversa e intransigente desde o iluminismo precisa ser feita à luz do dia: precisa ser decidida de forma clara, no jogo de dar e demandar razões, sujeita a críticas e desafios.

Uma hipótese para explicar a proliferação no uso de argumentos interpretativos é a tentativa dos Tribunais de interferir no “conjunto das consequências jurídicas”, ou seja, uma busca de excluir consequências indesejadas e de inserir consequências não contempladas. Ao julgar a ADPF 54, o “problema” do STF era impedir que gestantes que abortassem feto anencéfalo sofressem punição criminal. Nos demais casos, era incluir um grupo relevante de pessoas em um conceito jurídico e um grupo relevante de condutas em uma regra penal incriminadora. É uma forma de pensar a adjudicação nesses casos difíceis como uma espécie de razão prática em que se buscam argumentos para fundamentar decisões consideradas ideais diante das circunstâncias, *apesar* das regras. O problema é que o caminho encontrado tem sido a tentativa de redefinir conceitos, e não os julgadores não parecem perceber que uma modificação conceitual, caso fosse possível e bem-sucedida, provocaria uma repercussão por todo o sistema normativo.

Ao utilizar o inferencialismo para explicitar esses pontos, acredito que, pelo menos, este objetivo de trazer o implícito para fora, para ser objeto de crítica de racionalidade, foi alcançado. Desta forma, é possível responder que o Direito não é meramente uma atividade quase “mística” de profetizar as conclusões dos Tribunais, mas sim uma prática estruturada, normativa, racional de seguir regras. E que a linguagem dessas regras tem um significado normativo que constrange a todos os participantes da prática — inclusive àqueles que têm a última palavra na interpretação das normas jurídicas.

Resgatando a discussão sobre o regresso ao infinito na interpretação, Wittgenstein disse que deve haver um momento em que se chega ao fundamento, ao alicerce, e se diz que aquilo é, simplesmente, “o que fazemos”.⁹¹⁶ O presente texto é, nesse sentido,

⁹¹⁶ WITTGENSTEIN, 2009, §217.

uma tentativa de explicitar o que implicitamente fazemos, e como o que fazemos limita o que os juízes podem fazer.

5 CONCLUSÃO

Diante do que percebi como uma generalizada conflação entre atividades distintas que podem ser delimitadas na argumentação que constitui a fundamentação das decisões judiciais, primeiro busquei esclarecer o desacordo teórico em relação à interpretação jurídica, mais especificamente no que se refere à possibilidade de uma descrição objetiva da atividade interpretativa dos juízes. Isso depende de uma análise semântica de como a linguagem das regras pode constranger as decisões judiciais, ou seja, da capacidade das regras de servir como razão para a decisão a partir da formulação normativa na linguagem ordinária.

Esta análise semântica foi feita a partir de um modelo pragmático de Robert Brandom, descrito em *Making It Explicit* e em trabalhos posteriores. Descrevi este modelo e introduzi um vocabulário deôntico que foi suplementado por uma pragmática elementar na linha das máximas de implicatura de Grice e do princípio de caridade. Introduzi, ainda, os esquemas argumentativos como forma de agregar poder expressivo para tratar da argumentação complexa na fundamentação de decisões judiciais em casos difíceis.

A partir da ideia fundamental de inferências materialmente válidas no modelo inferencialista, sustentei que os argumentos interpretativos devem ser descritos como padrões de inferência material cuja validade é vinculada à articulação dos conceitos utilizados nas formulações normativas de suas circunstâncias adequadas de aplicação para as consequências necessárias de uso. Esses parâmetros são objetivos de forma estrutural, pela forma como nossa prática é perspectivo-dependente em uma relação simétrica entre os participantes, o que permite expressar os conteúdos conceituais de forma relativa a cada repertório de compromissos colaterais, mas de forma objetiva em razão da necessidade de que todos naveguem pelas múltiplas perspectivas. Assim, o conteúdo conceitual não está à disposição de um participante da prática individualmente considerado.

Portanto, os limites semânticos que foram definidos como critério para distinção entre interpretação e construção através de argumentos jurídico-políticos foram readequados como condição de racionalidade do processo interpretativo. Em seguida, foram abordados três casos julgados pelo STF em 2011, 2012 e 2019, onde foram utilizados argumentos

semânticos com teses de redefinição conceitual, de modificação de inferências necessárias (compromissivas) e de rejeição de um padrão de inferência material. Argumentei que, nos três casos, os argumentos são irracionais, por constituírem movimentos externos à prática.

Como racionalidade possível das decisões, sustentei que na ADPF 54 o STF fez derrotabilidade normativa implícita — utilizando o que defini como um argumento por exceção implícita; na ADPF 132 houve uma extensão de um conceito jurídico em nível constitucional através de um argumento por analogia, o que demanda a relativização de um compromisso histórico da Corte com a inexistência de hierarquia normativa intraconstitucional; na ADO 26 o Tribunal fez analogia *in malam partem*, estendendo regras penais incriminadoras para incluir a discriminação por homofobia como forma de resolver uma situação de grave injustiça social.

Por fim, abordei a questão da redefinição dos conceitos jurídicos abertos a partir de uma suplementação que Brandom fez em sua teoria, incorporando a dimensão diacrônica da articulação social comunicativa na instituição das normas conceituais, sustentando que, mesmo no caso de conceitos com grande abertura semântica, é possível uma descrição objetiva da interpretação como uma inter-relação entre autoridade e responsabilidade aliadas à ideia de inferência material.

Especulei ao final que a proliferação dos argumentos semânticos com teses de redefinição conceitual parece ter relação com os casos em que a regra é clara, mas as soluções normativas são percebidas como claramente injustas, de modo que os Tribunais, a pretexto de “interpretar”, buscam uma modificação no conjunto das consequências jurídicas, de modo a incluir ou excluir consequências em uma avaliação compreensiva dos interesses e fatores em jogo.

Concluí considerando que o inferencialismo fornece ferramentas extremamente úteis para explicitar as articulações inferenciais no bojo da fundamentação das decisões judiciais, permitindo evidenciar razões muitas vezes obscurecidas pela retórica judicial, de modo a tornar a adjudicação explícita, trazendo-a para a luz do dia, para que possam ser demandas razões em sua defesa no jogo democrático, simétrico, de dar e demandar razões.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos. Logic of norms and logic of normative propositions. *Logique et analyse*, v. 12, n. 47, p. 242–268, 1969.

_____. On Law and Logic. *Ratio Juris*, n. 9, p. 331–348, 1996.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. Wien: Springer-Verlag, 1971.

ALCHOURRÓN, Carlos; GÄRDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On The Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions. *The Journal of Symbolic Logic*, v. 50, n. 2, p. 510–530, 1985.

ALCHOURRÓN, Carlos; MAKINSON, David. On The Logic of Theory Change: Contraction Functions and Their Associated Revision Functions. *Theoria*, v. 48, n. 1, p. 14–37, 1982.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham: Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572–581, 2005.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433–449, 2003.

_____. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. *Ratio Juris*, v. 5, n. 2, p. 143–152, 1992.

_____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Doxa*, (151), n. 5, p. 139–151, 1988.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2013.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. London: Routledge, 1991. p. 73–121.

AMATO, Anthony D. Aspects of Deconstruction: the “Easy Case” of the Underaged President. *Northwestern University Law Review*, v. 84, n. 1, p. 250–256, 1990.

ARAÚJO, Jorge Alberto A. de. *Quando a regra é clara, mas claramente injusta: A experiência do Supremo Tribunal Federal com a derrotabilidade das normas jurídicas*.

2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARAÚJO, Jorge Alberto A. de; OLIVEIRA, Walter José Celeste De. O Supremo Tribunal Federal e a superação do judicial self-restraint na jurisdição constitucional. In: BRAGA JÚNIOR, Américo; SIQUEIRA JÚNIOR, Edson Roberto; REIS, João Emílio de Assis (orgs.). *30 Anos de Constituição: Avanços e Promessas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 109–144.

AUDI, Paul. Explanation and Explication. In: DALY, Christopher (org.). *The Palgrave Handbook of Philosophical Methods*. London: Palgrave Macmillan, 2015, p. 208–230.

AUSTIN, J. L. Other Minds. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 20, p. 148–187, 1946.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2019.

AYER, A. J. *Language, Truth and Logic*. London: Penguin, 1971.

AZAR, Moshe. Transforming Ambiguity into Vagueness in Legal Interpretation. In: WAGNER, Anne; WERNER, Wouter; CAO, Deborah (orgs.). *Interpretation, Law and the Construction of Meaning*. Dordrecht: Springer, 2007, p. 121–136.

BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

BARON, Dennis. The Highest Dictionary in the Land? The Supreme Court and Definitions. *Visual Thesaurus*, 2013.

BATISTA, Nilo. *Decisões Criminais Comentadas*. Rio de Janeiro: Liber — Juris, 1976.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Mursia, 1973.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Defeasibility and Legality: A Survey. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer, RATTI, Giovanni Battista (orgs.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 11–38.

BENNET, Philip W. A Defence of Abortion; a Question for Judith Jarvis Thompson. *Philosophical Investigations*, v. 5, n. 2, p. 142–145, 1982.

BIX, Brian. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Universidade de Brasília, 1995.

BOGHOSSIAN, Paul A. Analyticity. In: HALE, Bob; WRIGHT, Crispin; MILLER, Alexander (orgs.). *A Companion to the Philosophy of Language*. Malden: Blackwell, 2017, p. 578–618.

BOGHOSSIAN, Paul A. The Rule-Following Considerations. *Mind*, v. 98, n. 392, p. 507–549, 1989.

BRANDOM, Robert B. A hegelian model of legal concept determination: The normative fine structure of the judges' chain novel. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (orgs.).

Pragmatism, Law, and Language. New York: Routledge, 2013, p. 19–39.

_____. *A Spirit of Trust: A Reading of Hegel's Phenomenology*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

_____. *Articulating Reasons*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

_____. Replies. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 57, n. 1, p. 189–204, 1997.

_____. Some Hegelian Ideas of Note for Contemporary Analytic Philosophy. *Hegel Bulletin*, v. 35, n. 1, p. 1–15, 2014.

_____. *Tales of the Mighty Dead: Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

BREWER, Scott. Indefeasible analogical argument. In: KAPTEIN, Hendrik; VELDEN, Bastiaan van der (orgs.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, p. 33–48.

BROZEK, Bartosz. Analogical Arguments. In: BONGIOVANI, Giorgio *et al.* (orgs.). *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, p. 365–385.

_____. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Cracovia: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2004.

BULYGIN, Eugenio. Creacion y Aplicación del Derecho. In: ATRIA, Fernando (org.). *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 29–44.

_____. Los Jueces ¿Crean Derecho? *Isonomía*, n. 18, p. 7–25, 2003.

_____. Setencia Judicial y Creación del Derecho. v. 124, n. 1966, p. 1307–1315, 1966.

_____. The Objectivity of the Law. In: BERNAL, Carlos *et al.* (org.). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015.,p. 302–310.

_____. True or False Statements in Normative Discourse. In: EGIDI, Rosaria (org.) *In Search of a New Humanism: The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. Dordrecht: Kluwer, 1999, p. 183–191.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. Judicial Scorekeeping. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (orgs.) *The Rules of Inference: Inferentialism in Law and Philosophy*. Milano: Egea, 2009, p. 73–92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOZO, Benjamin. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARROLL, Lewis. Through the Looking Glass. *The Complete Illustrated Works of Lewis*

Carroll. London: Chancellor Press, 1986. .

_____. What the Tortoise said to Achilles. *Mind*, v. 4, n. 14, p. 278–280, 1895.

CHELLAS, Brian F. *Modal Logic: an Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and Legal Indeterminacy. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (orgs.) *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 151–181.

COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. Determinacy Objectivity, and Authority. In: MARMOR, Andrei (org.) *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 203–278.

DAMELE, Giovanni; MACAGNO, Fabrizio. The dialogical force of implicit premises: Presumptions in enthymemes. *Informal Logic*, v. 33, n. 3, p. 361–389, 2013.

DAVIDSON, Donald. *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

_____. The Irreducibility of the Concept of the Self. *Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford: Clarendon Press, 2001a. .

_____. Three Varieties of Knowledge. *Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford: Clarendon Press, 2001b. p. 205–220.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michael; CARLSON, David Gray (orgs.) *Deconstruction and Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 3–67.

DONNELLAN, Keith S. Reference and Definite Descriptions. *The Philosophical Review*, v. 75, n. 3, p. 281–304, 1966.

DUMMETT, Michael. *Frege: Philosophy of Language*. New York: Harper & Row, 1973.

_____. *Origins of Analytical Philosophy*. London: Bloomsbury, 2014

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87–139, 1996

EASTERBROOK, Frank H. Statutes' Domains. *The University of Chicago Law Review*, v. 50, n. 1983, p. 533–552, 1983.

ENDICOTT, Timothy A. O. The Value of Vagueness. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (orgs.) *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ESKRIDGE, William N. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, p. 1479–1555, 1987.

ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P. Statutory Interpretation as Practical Reasoning. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 2, p. 321–384, 1990.

EVANS, Gareth. Identity and Predication. *The Journal of Philosophy*, v. LXXII, n. 13, p. 342–362, 1975.

FARNSWORTH, Lee. Inferentialism, Title VII, and Legal Concepts. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 7, p. 1775–1818, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FISS, Owen M. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 4, p. 739–763, 1982.

FREGE, Gottlob. Begriffsschrift, a Formula Language, Modeled Upon That of Arithmetic, for Pure Thought. In: HEIJENOORT, J. Van (org.) *From Frege to Gödel: A Source Book in Mathematical Logic, 1879-1931*. Cambridge: Harvard University Press, 1967, p. 5–82.

_____. On sense and nominatum. In: MARTINICH, A. P. (org.) *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 186–198.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630–672, 1958.

_____. *The Morality of Law*. London: Yale University Press, 1969.

GARCÍA-CARPINTERO, Manuel. *Language y Pensamiento en Locke. Las Palabras, las ideas y las cosas*. Barcelona: Ariel, 1996

GORDON, Thomas F.; WALTON, Douglas. Legal Reasoning with Argumentation Schemes. *Proceedings of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, p. 137–146, 2009.

GOVIER, Trudy. Analogies and Missing Premises. *Informal Logic*, v. 11, n. 3, p. 141–152, 1989.

GREY, Thomas C. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. *William & Mary Law Review*, v. 37, n. 1, p. 19–45, 1995.

GRICE, H. P. *Studies in the Way of Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

_____. *Meaning*. In: MARTINICH, A. P. (org.) *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996.

GRICE, H. P.; STRAWSON, P. F. In Defense of a Dogma. *The Philosophical Review*, v. 65, n. 2, p. 141–158, 1956.

GUASTINI, Riccardo. Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. (org.) *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 182–192.

_____. *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Puno: Zela, 2018.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *La sintasse del diritto*. Torino: Giappichelli, 2014.

HACKER, Peter M. S. The Linguistic Turn in Analytic Philosophy. In: BEANEY, Michael (org.). *The Oxford Handbook of The History of Analytic Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. Wittgenstein's Legacy: The Principles of the Private Language Arguments. *Philosophical Investigations*, v. 41, n. 2, p. 123–140, 2018.

HAGE, Jaap. A theory of legal reasoning and a logic to match. *Artificial Intelligence and Law*, v. 4, n. 3–4, p. 199–273, 1996.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.

_____. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, p. 171–194, 1949.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HEGLAND, Kenney. Goodbye to deconstruction. *Southern California Law Review*, v. 5, n. 1203–1221, 1985.

HILPINEN, Risto; MCNAMARA, Paul. Deontic logic: A historical survey and introduction. *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. London: College Publications, 2013. p. 3–136.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011.

_____. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457, 1897.

HOOKWAY, Christopher. *Quine*. Cambridge: Polity Press, 1988.

HUNGRIA, Néilson; LACERDA, Romão Côrtes De; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio: Forense, 1983. v. VIII.

JUTHE, André. Analogical argument schemes and complex argumentation. *Informal Logic*, v. 35, n. 3, p. 378–445, 2015.

_____. Argument by Analogy. *Argumentation*, v. 19, n. 1, p. 1–27, 2005.

KELSEN, Hans. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. *Pure Theory of Law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2005.

KLATT, Matthias. *Making the Law Explicit*. Oxford: Hart Publishing, 2008. v. 53.

KRIPKE, Saul. *On Rules and Private Language*. In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1996a.

_____. *Naming and Necessity*. In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1996b.

LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (org.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell, 2004, p. 50–66.

_____. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. *Ethics*, v. 111, n. 2, p. 278–301, 2001.

LEVINSON, Setephen C. *Presumptive Meanings*. Cambridge: MIT Press, 2000.

LEWIS, David. *Convention*. Oxford: Blackwell, 2002.

LOCKE, John. *Of Words*. In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996.

MACAGNO, Fabrizio. Analogy and Redefinition. In: RIBEIRO, H. J. (org.) *Systematic Approaches to Argument by Analogy*. Cham: Springer, 2014, p. 73–90.

_____. Arguments of Interpretation and Argumentation Schemes. In: MANZIN, M.; PUPPO, F.; TOMASI, S. (orgs.) *Studies on argumentation and legal philosophy. Further steps towards a pluralistic approach*. Napoli: Editoriali Scientifica, 2015, p. 51–80.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas; REED, Chris. Argumentation Schemes. History, Classifications, and Computational Applications. *Journal of Logics and their Applications*, v. 4, n. 8, p. 2493–2556, 2017.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas; TINDALE, Christopher. Analogical Arguments: Inferential Structures and Defeasibility Conditions. *Argumentation*, v. 31, n. 2, p. 221–243, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Defeasibility in Law and Logic*. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (orgs.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1995.

_____. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978.

_____. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAKINSON, David. *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*. London: King's College, 2005.

MARANHÃO, Juliano S. A. Coherencia en el derecho: conservadurismo y fidelidad a la base de reglas. *Discusiones*, v. X, p. 179–215, 2011.

_____. Conservative Coherentist Closure of Legal Systems. In: ARASZKIEWICZ, Michael; PLESZKA, Krzysztof (orgs.). *Logic in The Theory and Practice of Lawmaking*. New York: Springer, 2015. p. 115–136.

_____. *Padrões de Racionalidade na Sistematização de Normas*. 2004. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

_____. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012a.

_____. Some Operators for Refinement of Normative Systems. In: VERHEIJ, Bart *et al.* (org.). *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2001: The Fourteenth Annual Conference*. Amsterdam: IOS Press, 2001, p. 103–115.

_____. Defeasibility, Contributory Conditionals and Refinement of Legal Systems. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (orgs.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*². Oxford: Oxford University Press, 2012b, p. 53–76.

MARANHÃO, Juliano S. A.; ARAÚJO, Jorge Alberto A. de. Entimemas e Inferência de Princípios Jurídicos. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 3, n. 2, p. 123–156, 2018.

MARANHÃO, Juliano S. A.; SARTOR, Giovanni. Value assessment and revision in legal interpretation. *Proceedings of the 17th International Conference on Artificial Intelligence and Law, ICAIL 2019*, p. 219–223, 2019.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

_____. Varieties of Vagueness in the Law. In: BONGIOVANI, GIORGIO *et al.* (Org.). *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018. p. 561–580.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCGINN, Colin. *Wittgenstein on Meaning*. Oxford: Basil Blackwell, 1984.

MCGINN, Marie. *The Routledge Guidebook to Wittgenstein's Philosophical Investigations*. New York: Routledge, 2013.

MILLER, Alexander. Rule-Following Skepticism. In: BERNECKER, Sven; PRITCHARD, Duncan (orgs.). *The Routledge Companion to Epistemology*. New York: Routledge, 2011, p. 454–463.

MORESO, J. J.; CHILOVI, Samuele. Interpretive Arguments and the Application of the law. In: BONGIOVANI, Giorgio *et al.* (org.). *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, p. 495–517.

MUREINIK, Etienne. Expressio unius, exclusio alterius? *The South African Law Journal*, v. 104, p. 264–282, 1987.

PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

PELLER, Gary. The Metaphysics of American Law. *California Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1151–1290, 1985.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971.

POMERANTZ, Hart; BRESLIN, S. Regina v. Ojibway. *Criminal Law Quarterly*, v. 8, n. 137, p. 9–11, 1965.

POSNER, Richard A. Judge Posner on Judging, Birthright Citizenship, and Precedent. *Palestra no Loyola Constitutional Law Colloquium*, 2015.

PUFENDORF, Samuel Von. *Of The Law of Nature and Nations*. London: J. Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1729.

PUTNAM, Hilary. Meaning and Reference. *The Journal of Philosophy*, v. 70, n. 19, p. 699–711, 1973.

_____. The Analytic and the Synthetic. *Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Volume 3. Scientific Explanation, Space & Time*. 1962, p. 358–397.

_____. The Meaning of “Meaning”. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers, Volume 2*. New York: Cambridge University Press, 1975, p. 215–271.

QUINE, W. V. O. Two Dogmas of Empiricism. *From a Logical Point of View*. New York: Harper & Row, 1961, p. 20–46.

_____. *Word and Object*. Cambridge: The MIT Press, 2013.

_____. On the Reasons for Indeterminacy of Translation. *Journal of Philosophy*, v. 67, n. 6, p. 178–183, 1970.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Explaining normativity: On rationality and the justification of reason. *Ratio*, v. 12, n. 4, p. 354–379, 1999.

_____. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei (org.) *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235–266.

_____. *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson & Co., 1975.

_____. Reasoning with Rules. *Current Legal Problems*, v. 54, p. 1–18, 2001.

_____. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979.

_____. *The Concept of a Legal System*. New York: Oxford University Press, 1970.

RODRÍGUEZ, Jorge. Lagunas Axiológicas y Relevancia Normativa. *Doxa*, v. 22, p. 349–369, 1999.

RODRÍGUEZ, Jorge; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de

análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa*, v. 2, n. 21, 1998.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michael; CARLSON, David Gray (orgs.). *Deconstruction and Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 152–210.

ROSS, David. *The Right and the Good*. New York: Oxford University Press, 2007.

RUSSELL, Bertrand. On Denoting. *Mind*, v. 14, n. 56, p. 479–493, 1905.

_____. Vagueness. *Australasian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 2, p. 84 – 92, 1923.

RYLE, Gilbert. Abstractions. *Collected Essays 1929-1968*. London: Routledge, 2009a, p. 448–458.

_____. Ordinary Language. *Collected Essays 1929-1968*. London: Routledge, p. 314–331.

_____. *The Concept of Mind*. London: Hutchinson University Library, 1949.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

_____. The Rule of Law as a Law of Rules. *University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 4, p. 1175–1188, 1989.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. *University of Virginia Legal Working Paper Series*, n. 133, 2009a.

_____. Easy Cases. *Southern California Law Review*, v. 58, p. 399–440, 1985.

_____. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509–548, 1988.

_____. On Open Texture of Law. *University of Virginia Legal Working Paper Series*, n. 35, 2011.

_____. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*, v. 51, n. 1, p. 223–240, 1998.

_____. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. Rules, Rationality, and the Significance of Standpoint. *Queen's Law Journal*, v. 35, p. 305–325, 2009b.

_____. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009c.

SEARLE, John R. *A Taxonomy of Illocutionary Acts*. In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996a

_____. *Indirect Speech Acts*. In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996b

_____. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

_____. *What is a Speech Act?* In: MARTINICH, A. P. (org.). *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 1996c

SEGALL, Eric J. The constitution means what the supreme court says it means. *Harvard Law Review Forum*, v. 129, n. 4, p. 176–188, 2016.

SELLARS, Wilfrid. *Empiricism and the Philosophy of Mind*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. *In the Space of Reasons*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. Language, Rules and Behavior. In: SICHA, Jeffrey F. (org.). *Pure Pragmatics and Possible Worlds: The Early Essays of Wilfrid Sellars*. Atascadero: Ridgeview, 1980, p. 209–231.

SHAPIRO, Fred R. The Most-Cited Legal Scholars. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S1, p. 409–426, 2000.

SOLUM, Lawrence B. The fixation thesis: The role of historical fact in original meaning. *Notre Dame Law Review*, v. 91, n. 1, p. 1–78, 2015.

_____. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 95–118, 2010.

SOSA, Ernest. Propositional Attitudes de Dictu and De Re. *The Journal of Philosophy*, v. 67, n. 21, p. 883–896, 1970.

_____. Sosa on Propositional Attitudes De Dicto and De Re: Rejoinder to Hintikka. *The Journal of Philosophy*, v. 68, n. 16, p. 498–501, 1971.

SPANN, Girardeau A. Deconstructing the Legislative Veto. *Minnesota Law Review*, v. 68, p. 473–544, 1984.

STRAUSS, David A. The Supreme Court 2014 Term. Foreword: Does The Constitution Mean What It Says? *Harvard Law Review*, v. 129, n. 1, p. 1–61, 2015.

STRAWSON, P. F. On Referring. *Mind*, v. 59, n. 235, p. 320–344, 1950.

SUNSTEIN, Cass R. Interpreting Statutes in the Regulatory State. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 2, p. 405–508, 1989.

TARELLO, Giovanni. *La Interpretación de la Ley*. Lima: Palestra, 2013.

THOMPSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*, v. 1, n. 1, p. 47–66, 1971.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VALADÃO, Lucas. *Cegueira monocular, campo visual e questões correlatas*. Entrevista concedida a Jorge Alberto A. de Araújo, agosto de 2019.

VECCHI, Diego Dei. Notas introdutorias a La interpretación de la Ley. In: TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Lima: Palestra, 2013.

VOLTAIRE. *Cândido, ou O Otimismo*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

VON WRIGHT, G. H. *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, Anthony (org.). *Logic and Language*. Oxford: Basil Blackwell, 1952.

WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review*, v. 82, n. 3, p. 509–540, 1994.

WALTON, Douglas. An Overview of the Use of Argumentation Schemes in Case Modelling. In: ATKINSON, Katie (org.). *Modelling Legal Cases: Workshop Co-located with the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law*. Barcelona: Huygens, 2009a, p. 77–90.

_____. Argumentation Theory: a Very Short Introduction. In: RAHWAN, Iyad; SIMARI, Guillermo (orgs.). *Argumentation in Artificial Intelligence*. Berlin: Springer, 2009b, p. 1–24.

_____. Similarity, precedent and argument from analogy. *Artificial Intelligence and Law*, v. 18, n. 3, p. 217–246, 2010.

WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio. Enthymemes, Argumentation Schemes, and Topics. *Logique & Analyse*, v. 52, n. 205, p. 39–56, 2009.

WALTON, Douglas; REED, Chris. Argumentation Schemes and Enthymemes. *Synthese*, v. 145, n. 3, p. 339–370, 2005.

WALTON, Douglas; REED, Chris; MACAGNO, Fabrizio. *Argumentation Schemes*. New York: Cambridge University Press, 2008.

WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni; MACAGNO, Fabrizio. An Argumentation Framework for Contested Cases of Statutory Interpretation. *Artificial Intelligence and Law*, v. 24, n. 1, p. 51–91, 2016.

WALUCHOW, Wilfrid J. Defeasibility and Legal Positivism. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (orgs.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 254–267.

WANDERER, Jeremy. *Robert Brandom*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2008.

WERBACH, Kevin. Looking It up: Dictionaries and Statutory Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1437–1454, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *On Certainty*. Oxford: Basil Blackwell, 1975.

_____. *Philosophical Grammar*. Oxford: Basil Blackwell, 1974.

_____. *Philosophical Investigations*. Oxford: Wiley Blackwell, 2009.

_____. *Remarks on the Foundations of Mathematics*. Oxford: Basil Blackwell, 1978.

_____. *The Blue and Brown Books*. Malden: Blackwell, 1958.

_____. *Tractatus Logico-Philosophicus*. London: Kegan Paul, 1922.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal Decision and its Justification. *Logique & Analyse*, v. 14, n. 53–54, p. 409–419, 1971.

_____. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, v. 5, n. 1969, p. 33–46, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZALABARDO, José L. Rules, communities and Judgements. *Crítica: revista hispanoamericana de filosofía*, v. XXI, n. 63, p. 33–58, 1989.

DECISÕES DE CORTES ESTRANGEIRAS

Suprema Corte dos Estados Unidos

United States v. Kirby, 74 U.S. (7 Wall.) 482, 1868.

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 1954.

Roper v. Simmons, 543 US 551, 2005.

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ___, 2015.

Corte de Apelações de Nova York

Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 1889.

Adams v. New Jersey Steamboat Co., 45 N.E. 369 N.Y., 1896.

MacPherson v Buick Motor Co., 111 N.E. 1050 N.Y., 1916.

US District Court for the District of Rhode Island

Dooley v. Parker-Hannifin Corp., 817 F. Supp. 245, 1993.

Suprema Corte do Texas

McKisson v. Sales Affiliates, Inc., 416 S.W.2d 787, 1967.

Rourke v. Garza, 530 S.W.2d 794, 1975.

US District Court for the Southern District of Texas

Dunn v. Penrod Drilling Co., 660 F. Supp. 757, 1987.

Corte Costituzionale della Repubblica Italiana

Sentenza n° 280, 2010.

DECISÕES DE CORTES BRASILEIRAS

Superior Tribunal de Justiça

REsp 1.425.943, 2014.

REsp 1.340.684, 2013.

Resp 1.191.065, 2012.

REsp 1.720.272, 2018.

HC 510.083, 2019.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

ACrim 2131-72.2008.4.03.6005, 2012.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

ACrim 303468-93.2017.8.21.7000, 2018.

ACrim 120856-56.2018.8.21.7000, 2019.

Tribunal de Justiça do Paraná

RESE 244.728-5, 2004.

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

HC 2005.008939-3, 2005.

Tribunal de Alçada da Guanabara

TAGB, ACrim 7.373, 1973.

DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁹¹⁷**União estável homoafetiva**

ADPF 132, 2011.

AgR na Rcl 3.034, 2006.

Aborto de fetos anencéfalos

ADPF 54, 2012.

ADI 3.510, 2008.

⁹¹⁷ Organizadas por tema e ordenadas como aparecem no texto.

Punição criminal da discriminação por homofobia

ADO 26, 2019.

MI 4.733, 2019.

HC 82.424, 2004.

Princípio implícito da presunção de inocência

HC 45.232, 1968.

RE 591.054, 2014.

Fidelidade partidária

MS 26.603, 2007.

MS 26.602, 2007.

MS 26.604, 2007.

Imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão

RMS 17.804, 1967.

RE 77.867, 1975.

RE 87.049, 1978.

RE 87.633, 1979.

RE 102.141, 1985.

RE 104.563, 1986.

RE 101.441, 1987.

RE 174.476, 1997.

RE 183.403, 2001.

RE 221.239, 2004.

RE 202.149, 2011.

RE 330.817, 2017.

“Interpretação corretiva da lei”

ADI 1.105, 2006.

ADI 1.127, 2006.

MI 670, 2007.

Limites da interpretação conforme a Constituição

ADPF 130, 2009.

ADI 1344, 1995.

ADI 1.344 MC, 1995.

ADPF 187, 2011.

ADI 4.274, 2011.

ADI 3.046, 2004.

Ninguém pode ser beneficiado pelo próprio crime

HC 55.901, 1978.

HC 84.525, 2004.

AP 527, 2010.

Inq 2.648, 2008.

Inq 2.105-AgR, 2007.

AP 333, 2007.

Inq 2.295, 2008.

Inq 1.645-ED, 2011.

AP 396, 2010.

Extensão do benefício do art. 115 do CP (redução pela metade do prazo prescricional)

HC 71.811, 1994.

HC 86.320, 2006.

AP 516 ED, 2013.

Tráfico de drogas praticado em “transporte público”

HC 120.624, 2014.

HC 109.411, 2011.

HC 107.274, 2011.

HC 109.538, 2012.

RHC 115.399, 2013.

HC 115.815, 2013.

“Mulas” do tráfico de drogas não integram a organização criminosa

HC 101.265, 2012.

HC 132.459, 2016.

HC 136.736, 2017.

HC 133.480, 2019.

Furto praticado durante o “repouso noturno”

HC 49.722, 1972.

RE 105.329, 1985.

RE 116.997, 1988.

RE 105.329, 1985.

Extensão das hipóteses de concessão de benefícios legais

RE 656.860, 2014.

ROMS 26.071, 2007.

MI 2.140 AgR, 2013.

ADI 1.232, 1998.

Rcl 3.805, 2006.

Rcl 4.374, 2013.

Intangibilidade do texto originário da Constituição na jurisdição constitucional

ADI 815, 1996.

ADI 4.097, 2008.