



**Este item** está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

**Você tem o direito de:**

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

**De acordo com os termos seguintes:**

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

**Sem restrições adicionais** — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



**This item** is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

**You are free to:**

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

**Under the following terms:**

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

**No additional restrictions** — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

## RAZÃO E FUNÇÃO JUDICIAL NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

**Alexandre Araújo Costa**

Doutorando e professor de Direito da UnB

### O Caso

No Brasil, o Código Penal define que a prática consentida de aborto é um crime que sujeita a abortante a pena de 1 a 3 anos de reclusão e o eventual executor do aborto a pena de 1 a 4 anos de reclusão. Já a simples retirada de um embrião morto não é um ato ilícito, na medida em que a caracterização do aborto exige a ocorrência de uma intervenção que resulte na morte de um feto vivo. Não há, contudo, nenhuma regra específica acerca dos fetos que estão em desenvolvimento, mas que não têm qualquer possibilidade de permanecer vivos após serem dados à luz.

Entre os fetos cuja vida extra-uterina é inviável, uma situação especialmente gritante é a dos anencéfalos, os quais têm uma má-formação congênita que gera a ausência total ou parcial do encéfalo, uma parte do cérebro sem a qual a vida é impossível. É preciso enfrentar, nesse caso, uma questão relevante: comete aborto um médico que realiza procedimento cirúrgico voltado para retirar do útero de uma gestante um feto anencefálico?

Essa é uma questão jurídica delicada, pois envolve decisões moralmente complexas e emocionalmente desgastantes. É também uma questão socialmente relevante, pois abrange tanto a possibilidade de punição dessa prática cirúrgica quanto o acesso de gestantes de futuros natimortos a esse tipo de procedimento médico. Além disso, trata-se de uma questão jurídica muito difícil, na medida em que envolve conceitos tão relevantes quanto fluidos, tais como *morte, vida e dignidade humana*.

Por fim, essa questão está na ordem do dia porque a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ingressou no STF com uma ação (ADPF n. 54), solicitando a declaração de que

seria inconstitucional considerar como aborto a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos.

O pedido feito nessa é inusual, pois o autor não solicitou que o Tribunal declarasse a inconstitucionalidade de uma norma expressa, mas apenas que declarasse ser inconstitucional uma determinada forma de interpretar o Código Penal. Portanto, essa ação não busca retirar do ordenamento jurídico um dispositivo legal, mas impedir que ele seja aplicado para punir determinadas condutas, mediante a declaração de que é incompatível com o sistema constitucional a interpretação que considera aborto a cirurgia que retira o feto anencefálico do ventre da gestante. Em suma, a referida ação é um pedido para que o STF declare ser inconstitucional considerar o feto anencefálico como *vivo*.

Esse é um julgamento que envolve uma série de questões controvertidas, entre as quais duas merecem ser destacadas. A primeira delas é a definição acerca da possibilidade de o STF, por via interpretativa, criar uma excludente de punibilidade. *Será que, agindo assim, o STF cumpriria a sua função judicial, ou extrapolaria ele suas competências?* A segunda é a de se é possível inferir da constituição a inviabilidade de se tratar o anencéfalo como se fosse um feto vivo. *Será que a interpretação que reconhece no anencéfalo um feto vivo é realmente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro?*

### **Modelo de inferência racional: o juiz como aplicador**

Para enfrentar esses problemas, a primeira coisa a se ter em mente é que uma decisão somente pode ser juridicamente válida quando ela é fundada no ordenamento jurídico positivo. Isso não quer dizer que a letra da lei ofereça soluções simples para todos os casos, pois não se poderia exigir do legislador a capacidade de prever todas as situações e elaborar regras objetivas para cada uma delas. Porém, é preciso que os juízes decidam os processos que lhe são submetidos de acordo com o próprio ordenamento, e não de acordo com suas preferências pessoais.

É claro que, em um caso complicado como o apresentado, cada um de nós tem uma opinião pessoal acerca de como seria justo regular a situação. Todo mundo tem opinião e, em uma democracia, todos têm direito a tê-las e a manifestá-las. Porém, o dever do juiz não é o de julgar conforme sua *opinião*, mas conforme o próprio direito, que não foi por ele elaborado. Portanto, a primeira pergunta a responder é: pode o juiz tomar uma decisão dessa natureza? Pode ele, a pretexto de interpretar o ordenamento jurídico, criar uma nova hipótese de exclusão de punibilidade?

Para responder a essa questão, antes de mais nada, é necessário verificar, no próprio direito, qual é o papel reservado aos juízes. Diz a Constituição da República que os Poderes são independentes e harmônicos e que cabe ao Legislativo legislar sobre direito penal. Portanto, não pode agir o Judiciário como se legislador ele fosse.

Por outro lado, a Constituição atribui diretamente ao Judiciário a função de declarar inconstitucionais as leis que violam o texto constitucional. Assim, cabe ao Judiciário apenas *retirar* do ordenamento normas inconstitucionais, atuando como legislador *negativo* e não como *legislador positivo*. Essa é a posição assentada na jurisprudência do STF e, por isso, não podemos considerar que um Tribunal pode, por via interpretativa, criar uma nova hipótese de exclusão de punibilidade, pois tal competência é expressamente atribuída ao Legislativo, dado que esta é uma matéria específica de direito penal.

Mas será que o STF está correto ao adotar esse tipo de posicionamento? Parece que sim, porque o Judiciário somente pode inferir do ordenamento aquilo que, mediante a *razão*, é possível extrair. Não pode o juiz usar sua *vontade* ou seus valores pessoais, mas apenas a sua racionalidade, com a finalidade de interpretar a norma de maneira objetiva.

Ultrapassar esse limite é recair no mesmo pecado da Suprema Corte dos EUA, que, no julgamento do célebre caso *Roe v. Wade*, considerou inconstitucionais as normas estaduais que vedavam terminantemente a realização do aborto. Segundo a Corte, a Constituição norte-americana garante implicitamente um direito à

privacidade que “é amplo o suficiente para abranger a decisão de uma mulher sobre terminar ou não sua gravidez” e, portanto, não pode um estado federado simplesmente proibir o aborto. Por isso, o Tribunal julgou que seria inconstitucional proibir o aborto até o terceiro mês de gravidez e que, a partir daí, seria constitucional regulação do direito a abortar.

Com isso, a Corte declarou inconstitucional uma norma protetiva do direito à vida dos fetos, sob o fundamento de um direito à privacidade que a Constituição previa apenas de maneira implícita e genérica. Dessa maneira, o Judiciário dos EUA criou uma exceção à norma penal, invadindo o espaço reservado ao legislador, em um ativismo judicial que não encontra amparo na sua constituição.

O mesmo ocorreria no Brasil, caso o STF declarasse inconstitucional a interpretação de que os anencéfalos são seres humanos vivos, pois tal decisão não pode ser extraída racionalmente do texto da Constituição Federal de 1988. Portanto, é vedado ao Judiciário brasileiro adotar esse posicionamento sem recair em um ativismo judiciário que viola a função que lhe é constitucionalmente atribuída.

### **Modelo imperativista: em busca da vontade do legislador originário**

A conclusão do parágrafo anterior não é correta, pois significa uma mistificação do poder do legislador e uma diminuição indevida do papel da Constituição no ordenamento jurídico. Aquilo que está previsto explícita ou implicitamente no ordenamento constitucional deve ser cumprido pelos juízes, que têm o dever de investigar o sentido profundo das palavras do legislador, indo além do sentido superficial do texto.

Mas essa análise não pode ser uma desculpa para encobrir um decisionismo judicial e, portanto, ela precisa ser feita de acordo com critérios objetivos. Isso ocorre porque, em uma democracia representativa, como a nossa, somente os representantes eleitos pelo povo têm legitimidade para inovar no campo legislativo, o que

envolve os Poderes Legislativo e Executivo, mas não o Poder Judiciário.

Ao Judiciário resta apenas aplicar a lei de forma *racional*, pois a sua legitimidade provém justamente da objetividade e da imparcialidade na aplicação da lei. Assim, como é o legislador que determina o conteúdo da lei, na medida em que ele a elabora, ao juiz cabe apenas encontrar na lei o sentido desejado pelo seu autor.

Portanto, se for demonstrado que o legislador constituinte efetivamente julgava incompatível com o texto constitucional considerar *vivos* os anencéfalos, então o Judiciário poderia, sim, tomar a referida decisão, sem extrapolar os limites de sua competência. Mas, de todo modo, cabe ressaltar que a Suprema Corte norte-americana extrapolou os limites em *Roe vs Wade*, pois o sentido original da norma de modo algum sustentava a interpretação feita pelo Tribunal.

### **Modelo historicista originalista: em busca do contexto original da lei**

A Constituição não é fruto de uma vontade única, mas de uma série de consensos sociais. Assim, é uma idealização desmedida e descabida pensar em um sujeito constitucional determinado, que teria uma vontade unívoca. Essa idealização é insustentável e não passa da criação de um fantasma para atribuir a ele a vontade que bem desejarmos. Por isso, não se deve buscar o sentido correto dos seus termos na *pretensa* vontade de quem a elaborou, mas no sentido que tinham essas disposições no momento em que foi elaborado o texto.

Não se trata de uma investigação da vontade subjetiva dos legisladores, mas do significado que esse texto tinha no *contexto* em que foi elaborado, o sentido como ele era efetivamente percebido, na medida em que ele concretizou uma série de compromissos, de alianças, de acordos, pois ocorreu movido pelo ideal democrático de que deve prevalecer o interesse da maioria. Portanto, a Constituição não deve ser vista como obra dos constituintes, mas como obra de

seu tempo, e interpretada como um *fato histórico* e não como um *evento psicológico*, como fruto de uma idealizada *vontade coletiva*.

Assim, é no contexto histórico e na significação social da Constituição da República que se deve buscar o sentido da norma constitucional. E esse contexto, por existir independentemente do julgador, pode ser identificado pela sua **razão** e esclarecido por uma postura científica.

Se esse sentido objetivo puder ser revelado, então o Judiciário poderá tomar a referida decisão. Então, cumpre indagar: qual era o sentido socialmente vigente para a *vida*? O que era vida, no contexto em que a constituição foi feita? A resposta a essas perguntas pode nos levar a uma decisão objetiva e racional para o caso dos anencéfalos.

### **Modelo historicista atualizador: em busca do sentido atual da norma**

Mas por que motivo nos devemos prender ao contexto do momento em que a Constituição foi promulgada? Por que reduzir a interpretação ao momento histórico da elaboração, em vez de usar o sentido vigente no momento de aplicação?

Não podemos perder de vista que a história é processo e que os valores sociais estão em constante modificação. O direito deve cumprir a sua função social dentro de uma sociedade em constante transformação, o que exige de nós que adaptemos as interpretações da norma jurídica ao tempo de sua aplicação, sendo inadmissível permanecer estacionado no tempo da elaboração, o que converteria a atividade jurídica em uma espécie de arqueologia de sentidos mortos.

Atualmente, importa muito pouco o que pensava o legislador constituinte ou os seus contemporâneos de quase vinte anos atrás. O que nos interessa de verdade é o sentido que as suas palavras têm nos dias de hoje. Portanto, a decisão do referido caso somente seria viável se fosse objetivamente comprovado que a interpretação pretensamente inconstitucional seria incompatível a concepção dominante na nossa sociedade atual acerca do que é *vida*.

É claro que é muito fácil para um juiz simplesmente dizer que a concepção dominante é a sua própria, mas isso seria um desvio e não uma aplicação do direito. Então, o juiz precisa fiar-se em critérios objetivos, científicos, para identificar essas posições dominantes, e não em um senso comum jurídico, que mistura as idéias dos julgadores com as idéias da população em geral.

Se não for assim, corre-se um risco imenso de o juiz impor sua ideologia de modo escuso. Porém, garantido que os juízes somente possam fazer uso de argumentos objetivos, então fica preservada a sua função constitucional, que é a de ser um *aplicador racional* da norma e não um *inventor criativo* do direito.

### **Modelo sistemático: o direito como sistema**

É um erro pensar que essa atualização do sentido da norma gera um *risco* de imposição ideológica de sentidos, pois o que ela gera é a *certeza* de que os juízes imporão seus próprios valores, como se fossem o significado correto da lei. Isso ocorre por ser absolutamente impossível evitar que o juiz imponha sua ideologia quando ele resolve fazer a atualização do sentido da norma às situações atuais. Justamente por isso, a norma não deve ser lida conforme as mudanças sociais.

Todo estudante de direito conhece a oposição entre *ser* e *dever-ser* e sabe que o direito é da ordem do *dever-ser*. Portanto, a sua função não é a de descrever a sociedade, e sim a de organizá-la, e cabe ao julgador aplicar a regra ao corpo social, e não adaptá-la a ele a cada momento, criando exceções, extensões ou restrições toda vez que percebe uma tensão entre a realidade que é e o modo como ela deveria ser.

Se a vida é *juridicamente* garantida, então precisamos supor que existe um conceito *jurídico* de vida. Existe, talvez, um conceito dominante de vida no senso comum, mas não é esse conceito que vincula a interpretação *jurídica* das normas *jurídicas*. Se as pessoas normalmente entendem uma determinada coisa por *responsabilidade*, *competência*, *culpa*, *contrato*, etc., isso não significa que o sentido comum desses termos seja obrigatório para o



jugador. Pelo contrário: a multiplicidade e a vagueza desses conceitos no senso comum exigem do jurista que trabalhe com conceitos mais precisos, mais objetivos, definidos pela ciência jurídica.

Portanto, se há um sentido a ser usado para a palavra vida, não é o do senso comum flutuante dos leigos, mas aquele que pode ser inferido da própria sistemática do direito, da produção constante de normas pelas autoridades constituídas. Então, um juiz que atribua um determinado sentido histórico à palavra “vida”, com o objetivo de declarar inconstitucional um dispositivo do Código Penal, inverte os pólos e ultrapassa sua própria função. Isso porque o conceito jurídico não é dado apenas na Constituição da República, mas no conjunto do direito como um todo, que não cabe ao juiz negar nem criar, e sim aplicar.

O direito é um sistema e deve ser interpretado como tal. Assim, as normas acerca da vida devem ser levadas em conta para se descobrir o conceito jurídico de vida, para somente então aplicá-lo. Logo, deve ser dada prevalência para a interpretação sistêmica, o que significa que o conceito de vida deve ser buscado no próprio ordenamento jurídico. Se houver elementos suficientes para extrair esse sentido do texto constitucional, então as normas inferiores podem ser declaradas inválidas quando colidirem com esse sentido. Porém, se não há um sentido constitucional determinado, devemos entender que a fixação desse sentido é atribuída ao legislador, pois estamos em uma democracia.

Então, diversamente do que poderia parecer a princípio, considerar as definições legais de vida, para fins de concretização da constituição, é levar a sério o sistema democrático e não inverter a ordem constitucional. E onde essa definição pode ser encontrada? Esse conceito pode ser descoberto justamente na resolução do Conselho Federal de Medicina, que, utilizando sua autoridade legal de regulamentar a profissão do médico, determina que o anencéfalo deve ser considerado natimorto. Se ele é tecnicamente um natimorto, isso significa que, juridicamente, ele não morre após o parto, mas ele já nasce morto, por não ter funções cerebrais.

Logo, uma interpretação técnica deveria considerar o anencéfalo juridicamente não vivo, independentemente do modo como as pessoas em geral compreenderiam essa situação. Portanto, o feto anencefálico não pode ser considerado vivo para o direito, o que dá razão aos impetrantes da referida ação no STF.

### **Modelo sistêmico constitucionalista: a Constituição levada a sério**

Todavia, essa argumentação pretensamente sistemática é descabida, na medida em que ela inverte a hierarquia do direito. Interpretar o conceito constitucional de vida de acordo com uma diretriz do Conselho de Medicina é uma inversão completa, pois devemos buscar o conceito de vida na própria Constituição, para inclusive verificar se a definição do CFM é compatível com a ordem constitucional. Portanto, é preciso buscar no sistema constitucional o sentido do direito à vida, para com ele medir a validade das leis inferiores. Fazer o contrário é realizar uma interpretação da constituição segundo a lei, e não uma interpretação das leis conforme a constituição.

Se a Constituição da República usa esse termo, então ele deve ter um sentido correto. Esse sentido não é o desejado pelo legislador, nem o dominante na sociedade na época da elaboração, nem o dominante na sociedade atual. Tal sentido é o que pode ser depreendido diretamente do texto constitucional, que pode não ser completamente claro, mas que também não é totalmente aberto.

Assim, é preciso ao menos questionar se o sentido pretendido é um dos possíveis dentro das possibilidades semânticas do texto constitucional. Além disso, é preciso ter em mente que a resolução do presente caso não é apenas uma aplicação do direito à vida. A Constituição é um sistema de princípios que se completam e se tensionam, e uma adequada percepção do caso exige a identificação da tensão existente entre *direito à vida* e *direito à dignidade*.

É claro que o feto é vivo, e ele é protegido pelo direito. Tentar considerar não-vivo o anencéfalo é apenas um malabarismo jurídico, que tenta esconder embaixo do tapete as origens da própria

argumentação. Sejam claros: o anencéfalo tem vida intra-uterina, embora seja inviável a sua vida extra-uterina. Não se discute a presença da vida, mas a viabilidade da vida em um momento posterior. Logo, o anencéfalo é sim protegido pela garantia da vida.

Ocorre porém, que existe no caso um outro princípio em jogo, que é o da dignidade da gestante. Carregar dentro de si, por vários meses, um feto que se sabe inviável, é submetê-la a um tratamento desumano, emocionalmente desgastante em níveis inaceitáveis, causador de traumas irreversíveis. Portanto, fere a dignidade da mãe exigir dela esse tipo de comportamento. Assim, o que devemos discutir não é uma definição abstrata do direito à vida, mas o modo como ele pode ser articulado, dentro da própria sistemática constitucional, com o direito à dignidade.

Com isso, teremos uma argumentação mais transparente, mais sincera e mais democrática. E também uma argumentação juridicamente mais adequada, pois não se tratará de estabelecer uma preferência pessoal, um conceito pessoal de vida, mas de buscar o equilíbrio adequado entre os princípios constitucionais em jogo. E essa decisão é fruto da razão do juiz, e não apenas de sua vontade.

Nesse sentido, cabe avaliar o caso alemão, em que ocorreu uma situação inversa ao do americano. Até 1974, o aborto era terminantemente proibido e sua prática era considerada crime. Nesse ano, a Alemanha Ocidental promulgou uma lei que deixava de punir penalmente o aborto nos casos de interrupção da gravidez antes da 14<sup>a</sup> semana. O argumento da Corte foi o de que não era possível garantir, ao mesmo tempo, a proteção constitucional da vida de alguém que está por nascer e da liberdade da mulher optar livremente pelo aborto.

A segurança da existência humana contra intervenções do Estado seria incompleta se não abrangesse também o passo anterior à “vida completa”, a vida pré-natal. [...] Se o embrião fosse considerado uma parte do organismo materno, a interrupção da gravidez permaneceria na área da decisão privada de uma pessoa sobre

sua própria vida, a qual o legislador é proibido de invadir. [...] Todavia, desde que aquele que está para nascer é um ser humano independente que se encontra sob a proteção da constituição, há uma dimensão social na interrupção da gravidez que torna a intervenção estatal possível e necessária.

Portanto, existe a necessidade de identificar os princípios constitucionais em tensão (no caso, o direito à vida do feto e o direito à liberdade e à dignidade da mulher) e, mediante procedimentos racionais adequados, ponderar os princípios em jogo, para encontrar um equilíbrio que possibilite resolver a questão de forma adequada ao sistema constitucional.

### **Modelo formalista: a textura aberta do direito**

Novamente caímos em uma armadilha. Tentamos ser radicalmente democráticos e, com isso, terminamos por negar a possibilidade de um Judiciário que cumpra o seu papel constitucionalmente definido — contradizendo, assim, as bases do sistema democrático.

Se a Constituição define termos vagos e atribui o julgamento de inconstitucionalidade ao STF, então é preciso supor que o Tribunal pode concretizar o sentido das normas. Esse é o papel tradicional da jurisprudência, que não é apenas o de *declarar o existente*, mas o de completar as lacunas e concretizar as previsões abstratas da lei. E isso ocorre justamente porque as expressões *direito à vida* e *direito à dignidade* somente podem ganhar concretude na sua concretização judicial, não existindo um sentido a priori a ser encontrado pela razão dos juízes.

Portanto, é impossível que os juízes atuem apenas racionalmente. Equivocada, então, é a postura de definir o juiz como um mero aplicador, como um agente cognitivo sem qualquer função política. Tem razão Kelsen, quando afirma que a aplicação do direito não é uma aplicação científica do direito, mas a tomada de uma decisão política. Para ele, a razão (e, portanto, a ciência do direito)

somente é capaz de definir uma moldura de significações possíveis, a ser preenchida por um ato de vontade do aplicador do direito (que é político e não científico).

Assim, a razão mostra a moldura, mas não mostra como ela deve ser preenchida. Logo, as decisões jurídicas não são frutos apenas da razão, mas também da vontade, cabendo aos juízes, por determinação constitucional, cumprir essa função concretizadora. Dessa forma, cabe ao judiciário tomar esse tipo de decisão, mas deve ser revista a velha idéia de que os juízes devem se limitar ao exercício da função de legisladores negativos, pois essa é uma idealização abstrata e incompatível com a realidade da prática judicial.

### **Modelo intersubjetivo: direito e argumentação**

Essa postura kelseniana, porém, conduz ao absurdo de aceitar como jurídica a criação judicial de normas, convertendo o juiz em um ator meramente político. Por mais que a norma tenha uma textura aberta, o juiz não pode preencher esse vazio do modo como lhe aprouver. Assim, embora seja verdade que a razão fixe as molduras das escolhas, é falso que a razão seja impotente nas questões valorativas, pois embora a razão não identifique *conteúdos* corretos, existem *formas* racionalmente corretas de argumentar, que podem conduzir a soluções juridicamente corretas. Logo, não se pode afirmar que uma decisão é ontologicamente boa, mas que ela é correta quando tomada de acordo com certos métodos.

Apesar de tais métodos não serem lógico-formais, o que levaria a uma quimérica certeza objetiva, eles são capazes de lidar com os valores sociais utilizando uma certa racionalidade. Para diferenciar essa *racionalidade material* da *racionalidade formal* e dedutiva da lógica, falamos normalmente de razoabilidade em vez de racionalidade. Assim, uma decisão ou é racional ou não (critério binário) de acordo com critérios lógico-formais, mas pode ser mais ou menos razoável, a depender da forma como argumenta o julgador.

Assim, o juiz deve constituir seu discurso de fundamentação utilizando na base referências ao direito e oferecendo uma

interpretação da norma que seja plausível para a sociedade como um todo. Não se trata de fazer uma pesquisa social e pretender que nela se encontre o sentido objetivamente correto da palavra “vida”, mas o de elaborar uma argumentação consistente, capaz de convencer a sociedade por meio da solidez dos argumentos. E essa solidez vem do fato de existirem modos corretos e modos incorretos de argumentar. Não se trata, portanto, de simplesmente *descobrir a verdade*, mas de justificar adequadamente a posição defendida, de forma que uma posição *tecnicamente* justificada é considerada *juridicamente correta*.

Quem fixa esses padrões? A dogmática jurídica, que é a ciência do direito e que congrega em si a experiência jurídica, os princípios consolidados na história constitucional e jurídica de um país. Essa é uma construção social e coletiva e, portanto, os seus critérios não são subjetivos, e sim intersubjetivos. São eles que definem quando uma argumentação jurídica, em especial uma ponderação de valores, é bem construída. Portanto, tais critérios independem da vontade dos juízes, a quem cabe utilizar de sua racionalidade para identificá-los e aplicá-los aos casos concretos. Logo, a dogmática jurídica constitui o padrão correto de análise do caso.

Assim, a razão mostra as molduras, mas a razoabilidade nos faz escolher a mais sólida das argumentações propostas, a mais capaz de dar um sentido completo e adequado ao sistema constitucional, que gerem menos conflito com a história e com os critérios dogmáticos. Essa é a interpretação que deve ser a preferida. Portanto, a razão, ainda que expandida para a razoabilidade, ainda é o critério adequado para orientar a ação de julgar, pois, se ela não é capaz de conduzir à verdade objetiva e universal, ela ao menos é capaz de excluir os argumentos irracionais e os desarrazoados.

### **Modelo analítico**

Admitir essa postura argumentativa não é ingenuidade demais? Na base dessa postura se encontra um esquecimento do fato de que as palavras são essencialmente abertas e a ficção de que elas

têm sentidos a serem descobertos. Tenta-se abandonar o projeto ingênuo da fixação racional dos conteúdos dos textos jurídicos, mas cai-se em outra armadilha, que é a de controlar racionalmente os procedimentos de argumentação utilizados.

Com isso somente se sai da frigideira para se cair no fogo, de uma postura ingênua quanto aos conteúdos para uma postura ingênua quanto às formas. As palavras são abertas, pois elas não têm um sentido para além daquele que nelas pomos. O Supremo decidirá o que quiser, pois cada termo é redefinido a cada vez que é usado, e sua decisão terá a força da sua autoridade, como tiveram as referidas decisões da Suprema Corte Norte-Americana e do Tribunal Constitucional Alemão.

A justificação social é sempre feita *a posteriori*:: não é por ser válida que uma decisão é aceita, mas torna-se válida justamente na medida em que é aceita como correta. E como, na prática, os critérios de correção utilizados são aqueles fixados pela dogmática jurídica, é preciso que adequemos estrategicamente os nossos discursos para eles persuadirem o julgador, mesmo que nós mesmos saibamos que nossas palavras são no fundo cascas vazias. Então, não há critério último para a decisão e a razão somente serve para calcular que tipo de argumento deve ser usado para sustentar a decisão que desejamos que seja tomada.

Essa postura, entretanto, oferece critérios de como argumentar com os tribunais, mas não oferece aos julgadores um critério de como decidir. Então, como deveria decidir o STF no caso dos anencéfalos? Do modo como os juízes quisessem? Sim. Pois se trata de uma manifestação política, justificada politicamente, embora com o uso do linguajar jurídico. Afinal, o direito não é um sistema de conteúdos definidos, mas apenas uma linguagem definida, na qual é preciso se traduzir os conteúdos que se deseja, quando se pretende organizar a aplicação do poder do Estado. Portanto, a decisão é uma questão de vontade e a razão é usada apenas para a justificação estratégica, em busca de garantir uma aceitação social da decisão.

## **Multiplicidade de modelos**

Mas será que essa redução da razão a um uso meramente estratégico é a melhor das opções possíveis? Não seria mais adequado estimular a criação de uma dogmática que conduzisse a decisões mais justas? Ou do respeito ao contexto histórico da criação da norma? Ou de conferir força normativa à vontade do legislador? Cada um desses modelos de pensamento conduz a soluções diferentes, ou ao menos a modos diversos de sustentar uma mesma decisão. Há, portanto, uma série de perspectivas que podem servir como base para o enfrentamento dos casos jurídicos.

Qual delas é a correta?

Nenhuma. Mas isso pouco importa, pois a busca da certeza é apenas uma fuga do mundo. A realidade exata, as descrições precisas, as fundamentações racionais, toda essa busca por universais, por pontos fixos de apoio, por métodos que conduzam à verdade objetiva e à interpretação correta, tudo isso implica uma negação do caráter contingente da realidade humana e dos nossos modos historicamente construídos de conferir sentido a nossa experiência. Tudo isso é uma fuga da história para o terreno idealista das verdades permanentes e universais.

Queremos estar seguros de que decidimos juridicamente sobre a vida dos outros mediante critérios objetivos, técnicos, preestabelecidos, pois tudo isso retira de nós a responsabilidade pelas conseqüências das nossas decisões. E construímos essa segurança mediante o estabelecimento da crença de que existe um sentido objetivo a ser buscado e de que há métodos racionais capazes de esclarecer objetivamente esses significados. Essa ilusão de segurança, porém, é apenas um mito que utilizamos para evitar nossa própria angústia frente às incertezas do mundo.

Mas como agir perante um mundo no qual não há certezas? Para muitos, a admissão de um relativismo radical é errada porque ela nos levaria a uma espécie de imobilismo, na medida em que a ausência de critérios causaria uma paralisia na nossa capacidade de agir. Porém, essa crença de que o relativismo conduz fatalmente à



inércia não passa de um reflexo do racionalismo moderno, que somente sabe agir com base em uma certeza racional.

Ocorre, contudo, que a relatividade das respostas e a incerteza essencial não significam que devemos nos abster de responder às demandas postas pela realidade. A incerteza não significa indiferença. A relatividade não implica inatividade. E o desafio contemporâneo não é somente o de agir sem certezas, mas o de agir sem a necessidade de tê-las, superando a angústia da morte de deus e adotando perspectivas teóricas que admitam clara e levemente a contingência do mundo e a relatividade dos valores.

A armadilha em que caem os caçadores de verdades absolutas não está nas respostas oferecidas, mas na própria pergunta que os move. Qual é a resposta certa? Qual é a interpretação objetivamente verdadeira? Esses questionamentos são viciados porque pressupõem que apenas a Verdade é um critério válido para orientar o agir no mundo. Essa procura fetichista pela Verdade não é uma maneira de o homem se alienar da responsabilidade sobre os seus próprios atos, pois ao encararmos a Verdade como sendo algo objetivo, retiramos dos nossos ombros toda a responsabilidade sobre as conseqüências de sua aplicação.

Ocorre, porém, que a escolha dos critérios de verdade, especialmente dos critérios de interpretação, é um exercício de liberdade. Não há critério objetivo para escolher entre um historicismo originalista, um sociologismo atualizador ou uma teoria sistemática. Cada um desses modelos tem seus pressupostos, e aderir a eles é uma questão de engajamento e de escolha. Cada uma dessas perspectivas envolve um projeto político (pois define uma função política para os juízes, para os legisladores, para as leis, etc.) e o que nos leva a nos engajar nesses projetos é o fato de compartilharmos os valores e os objetivos que os constituem.

Como esses valores são relativos, adotar um modelo é um ato de liberdade cuja responsabilidade cabe a cada um. Assim, na base de nossos critérios de verdade e correção, não está a evidência objetiva de sua veracidade, mas o nosso livre engajamento a um certo modo de perceber a realidade e de agir no mundo.