

ANÁLISE DE ARGUMENTOS EM DECISÕES PENAIS DO STF: OBJETIVOS E METODOLOGIA

ANALYSIS OF ARGUMENTS IN CRIMINAL DECISIONS OF THE STF: OBJECTIVES AND METHODOLOGY

Douglas de Barros Ibarra Papa

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP.

Professor de Direito na Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT e Membro Efetivo do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades–GPRAJ/UnB.

bip.douglas@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9977024545157841>

<https://orcid.org/0000-0001-8621-5931>

RESUMO

Objetivo: o presente artigo apresenta fundamentos normativos e metodológicos para pesquisas empíricas em torno das decisões penais do Supremo Tribunal Federal – STF, notadamente a partir da ideia de representação argumentativa, no intuito de não apenas realçar a argumentação constitucional como ferramenta de legitimação das decisões do tribunal, mas de realçar especialmente caminhos metodológicos para a sua análise, objetivando a busca de padrão racional de decisão no campo penal, sem desconsiderar o modelo de deliberação tradicionalmente desenvolvido na Suprema Corte brasileira. Método: assim, o trabalho parte da hipótese de que a única forma de conferir legitimidade democrática às decisões do STF é associando o exercício da autoridade do tribunal a uma noção de representação, para, através de raciocínio indutivo – por meio do qual se parte de dados particulares, suficientemente constatados, mirando uma verdade geral ou universal – e mediante prática deliberativa da Corte, investir em propostas metodológicas para se alcançar forma ideal de argumentar, especialmente nos casos penais, a fim de que a deliberação neste campo se torne mais transparente e cumpra a sua função social em um contexto democrático. Resultado: busca-se, assim, amplo espaço de aperfeiçoamento institucional do STF em matéria decisória, considerando as especificidades inerentes aos julgamentos criminais.

» **PALAVRAS-CHAVE:** ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DELIBERAÇÃO. DIREITO PENAL. METODOLOGIA.

ABSTRACT

Objective: this article presents normative and methodological foundations for empirical research around the criminal decisions of the Federal Supreme Court (STF), notably based on the idea of argumentative representation, in order not only to highlight constitutional argumentation as a tool for legitimizing the court's decision, but mainly highlight methodological ways for its analysis and evaluation, aiming at the search for a rational standard of decision in the criminal field, without disregarding the deliberation model traditionally developed in the Brazilian Supreme Court. Method: thus, the work starts from the hypothesis that the only way to confer democratic legitimacy to the decisions of the STF is to associate the exercise of the authority of the court to a notion of representation, in order to throughout inductive reasoning through private data, aiming at a general or universal truth, and from deliberative practice of the Court, invest in methodological proposals to achieve an ideal way of arguing, especially in criminal cases, in order to considering that the deliberation in this field becomes more transparent and fulfills its social function in a democratic context. Result: thus, ample space is sought for the institutional improvement of the STF in decision-making matters, considering the specificities inherent to criminal trials.

» **KEYWORDS:** LEGAL ARGUMENT. SUPREME FEDERAL COURT. DELIBERATION. CRIMINAL LAW. METHODOLOGY.

Artigo recebido em 3/2/2023, aprovado em 10/7/2023 e publicado em 30/8/2023.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta fundamentos normativos e metodológicos para pesquisas empíricas em torno das decisões penais do Supremo Tribunal Federal – STF, notadamente com base na ideia de representação argumentativa, no intuito de não apenas realçar a argumentação constitucional como ferramenta de legitimação das decisões do tribunal, mas, especialmente, de acentuar caminhos metodológicos para a sua análise, objetivando a busca de padrão racional de decisão no campo penal, sem desconsiderar o modelo de deliberação tradicionalmente desenvolvido na Suprema Corte brasileira. Assim, o trabalho parte da hipótese de que a única forma de conferir legitimidade democrática às decisões do STF é associando o exercício da autoridade do tribunal a uma noção de representação, para, considerando a prática deliberativa da Corte, investir em propostas metodológicas para se alcançar forma ideal de argumentar, especialmente nos casos penais, a fim de que a deliberação nesse campo se torne mais transparente e cumpra a sua função social em um contexto democrático.

O trabalho realça a existência de precedentes do STF e da Suprema Corte dos Estados Unidos como materiais de trabalho, especialmente em perspectiva comparada, pressupondo a existência em todos eles de desacordos morais razoáveis que os classificam como casos **difíceis**, a justificá-los como objetos de análise, considerando panoramas teóricos que transitam entre a filosofia do direito e a ciência política.

1 REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA: A FONTE DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO STF

O STF nos últimos anos tem adotado continuamente a tese de que as suas decisões expressam a dimensão de direitos fundamentais como princípios objetivos de uma ordem axiológica e de que, como tais, são concebidos como comandos de otimização, demandando o uso, por exemplo, da técnica da proporcionalidade, em consonância com as características factuais e as possibilidades que a realidade e as normas jurídicas lhe proporcionam (BENVINDO, 2014).

A consequência direta dessa forma de raciocínio é que decidir, em matéria constitucional, se assenta muito mais na adoção de metodologia suficientemente flexível, capaz de absorver essa perspectiva axiológica, especialmente por intermédio da aplicação do balanceamento, do que na preocupação de efetiva construção (racional) de direitos que compreenda aquela complexidade (BENVINDO, 2014).

Contudo, muito mais do que entender essa complexidade, que impõe limites à racionalidade jurídica, tornou-se crucial o desenvolvimento de estudos para a construção de modelos que contribuam para a racionalização das decisões, não apenas para desmistificar a tese de que a Suprema Corte sempre lança a **última palavra** em matéria constitucional, mas também para destacar o intercâmbio argumentativo entre os Ministros da Corte, bem como entre o Judiciário e os demais Poderes, visto que dada interpretação conferida a um direito constitucional específico poderá estar sempre sujeita a disputas no processo político.

Assim, se a interação do Poder Judiciário com os demais Poderes é sedimentada por argumentos expostos nas decisões, surgem demandas normativas inafastáveis para pesquisas nesse campo: qual o perfil de decisão ideal para que a sua racionalidade esteja garantida? Atingindo esse ideal regulativo de como construir decisões racionais, é factível algum incremento na performance deliberativa da Suprema Corte?

A preocupação com a construção argumentativa das decisões foi e continua sendo preocupação dos Ministros do STF; afinal, “tribunais são mais legítimos quando suas decisões são mais bem argumentadas e seu processo decisório é distinto daquele usado em outros órgãos colegiados, como o poder legislativo” (SILVA, 2021, p. 30).

Embora essa relação entre qualidade da decisão e legitimidade do controle judicial de constitucionalidade não pareça tão evidente, alguns Ministros da Corte a reconheceram, conforme aponta a pesquisa realizada por Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2021, p. 31), que, de forma apropriada, transcreveu parte das respostas dadas pelos Magistrados:

Quanto mais convincente for o pensamento do tribunal, maior será a legitimidade da decisão (ministro C)

A legitimidade do Executivo é dada pelo voto, a legitimidade do Legislativo é dada pelo voto popular também, a legitimidade do Judiciário é dada pela fundamentação, pela razão (ministro F)

Eu acho que a legitimidade no nosso sistema não tem outra forma de se acentuar senão pela qualidade do julgamento (ministro D)

Quanto mais solidamente fundamentada uma decisão, mais legítima (ministro H).

Desse entendimento, extrai-se, portanto, que a análise da argumentação conferida pelo Tribunal como fonte da sua legitimação é pressuposto necessário para a busca de modelo racional de decisão no campo pretendido.

Em outras palavras, como afirma André Rufino do Vale:

[...] os argumentos e/ou os discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais constituem um dos aspectos cruciais de legitimação de sua atividade institucional, na medida em que levam consigo as razões justificadoras dessa atividade e de seus resultados decisórios, e assim se submetem constantemente à (re)avaliação de diversos auditórios ou audiências presentes na esfera pública de uma comunidade democrática. Nesse sentido, não seria demasiado afirmar que as práticas argumentativas dos Tribunais Constitucionais podem representar uma espécie de “sismógrafo” do quantum de democracia presente no exercício de sua jurisdição constitucional (VALE, 2015, p. 38).

Nesse sentido, consolidou-se a tese da representação argumentativa, atrelada à afirmação da importância dos direitos constitucionais e de sua proteção por um corpo decisório formado por membros não eleitos.

Segundo Robert Alexy, a única forma de conferir legitimidade democrática a tal corpo é associando o exercício da autoridade do tribunal a uma noção de representação, que não se ancora em qualquer forma de interação com os representados, senão na qualidade da produção argumentativa. Porém, para o jurista alemão, não basta que os argumentos esgrimidos pela Corte sejam populares; “*a sufficient number of people must, at least in the long run, accept these arguments for reasons of correctness*” “ao menos a longo prazo, um número suficiente de pessoas deve aceitá-los com base em sua correção” (ALEXY, 2005, tradução nossa).

Dessa forma, a busca por modelo de argumentação racional com base em critérios objetivos deve partir de casos em que o julgamento sobre a intensidade da interferência pode ser apoiado por argumentos que são reconhecidos como bons ou, pelo menos, plausíveis por todos aqueles que aceitam a normatividade da Constituição. Porém, a mera existência de argumentos bons ou plausíveis pode até ser suficiente para a deliberação do tribunal ou para uma reflexão sobre a qualidade dos argumentos, mas não para sedimentar a ideia de representação argumentativa (ALEXY, 2005).

Para avançar na ideia de representação argumentativa, é necessário que o tribunal não apenas afirme que seus argumentos são os argumentos do povo. Um suficiente número de pessoas deve, pelo menos a longo prazo, aceitar esses argumentos para razões de acerto. Isso mostra que existem duas condições fundamentais para a verdadeira representação argumentativa: i) a existência de argumentos sólidos ou corretos, e ii) a existência de pessoas racionais, isto é, pessoas que são capazes e estão dispostas a aceitar argumentos pela razão de que eles são sólidos ou corretos. Assim, o controle de constitucionalidade só pode ser bem-sucedido se os argumentos apresentados pelo tribunal constitucional forem válidos e se apenas um número suficiente de membros da comunidade for capaz e estiver disposto a exercer suas capacidades racionais para avaliá-los (ALEXY, 2005).

Mas como garantir que os argumentos, por vezes nebulosos, eruditos, extensos, dúbios, retóricos, pouco acessíveis à compreensão do povo possam ser suscetíveis a um escrutínio social mínimo? O contexto de deliberação (votos escritos e orais, debates em plenário) garante essa suscetibilidade dos argumentos? Ou apenas os torna, institucionalmente, ainda mais obscuros?

Nesse contexto, a análise do desenho deliberativo tradicionalmente capitaneado pelo STF é ponto sensível para validarmos ou não a tese da representação argumentativa, considerando a experiência brasileira. Ou as amarras institucionais existentes podem garantir uma performance ótima na ponderação de todos os argumentos envolvidos no julgamento, ou, por meio delas, é possível verificar patologias e disfuncionalidades, sobre as quais é preciso produzir conhecimento, apresentando, normativamente, caminhos possíveis para melhor qualidade argumentativa das interações entre os julgadores (intrainstitucional), e entre o Judiciário e os demais Poderes (interinstitucional).

2 O MODELO *SERIATIM* DE DELIBERAÇÃO E OS DÉFICITS DE RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA

Deliberação é forma de argumentação (subtipo), que remete a processo de submissão de razões ao escrutínio público, estando o agente disposto a se manter aberto a outras razões, que poderão ou não alterar as suas preferências, crenças ou ações, a depender do poder de convencimento subjacente à interlocução, o que pressupõe sempre a tentativa de persuadir argumentativamente o interlocutor (VALE, 2015)¹.

Assim, deliberação pressupõe real **troca de argumentos**, que não deve ser confundida com simples **exposição de argumentos**. Isto é, Tribunal no qual os argumentos são aduzidos apenas para

justificar um voto (somente como exigência de fundamentação) não se destina a fomentar debate. Pressupõe também ideia de **colegialidade**: disposição para trabalhar em equipe, ausência de hierarquia entre os juízes, capacidade de ouvir os argumentos dos colegas e estar aberto a ser convencido por eles, cooperar no processo decisório, manter o respeito mútuo entre os julgadores e, quando possível, tentar falar como grupo, como instituição, e não como soma de indivíduos (SILVA, 2021)².

Nessa perspectiva, no âmbito dos julgamentos dos tribunais superiores, é certo que o objetivo não é apenas publicar as ordens e as decisões. É fundamental que os tribunais publiquem justificativas plausíveis para os argumentos que são adotados, a fim de ser respeitados pela comunidade. Resumidamente, essa expectativa deliberativa dos tribunais pode ser vista em dois sentidos: i) os tribunais devem oferecer razões públicas como reflexo das nossas próprias razões para determinada ação, isto é, o nosso próprio ponto de vista moral; e ii) como os tribunais são instituições colegiadas, essas razões são alcançadas por meio de processo interno de deliberação, guiado pelas normas decisórias adotadas por cada tribunal e materializado individualmente, com base na publicação de uma opinião – de apenas um magistrado –, ou coletivamente, com a publicação de várias opiniões. Seja como for, as opiniões que são publicadas são esquematizadas dentro de uma estrutura normativa específica, regida por cada tribunal (FEREJOHN; PASQUINO, 2002).

A Suprema Corte do Brasil adota tradicionalmente o formato de publicação de todos os votos proferidos pelos ministros, por meio do tradicional modelo *seriatim*, em que os julgadores levam os seus votos redigidos para as sessões de julgamento dos casos mais polêmicos, sendo lidos sequencialmente, não existindo opinião propriamente dita da Corte, fundamentação decisória única, mas somente argumentos e fundamentos individuais. O processo de tomada de decisão no STF é então puramente agregativo. Cada ministro escreve sua própria opinião, que posteriormente é publicada com as demais, ainda que o julgamento tenha sido por unanimidade. São apenas onze opiniões agregadas³.

A prática, contudo, tem revelado, entre outras, duas grandes patologias e disfuncionalidades: i) a dificuldade de identificar argumentos e fundamentos vinculantes; e ii) a ausência de transparência de deliberação, inviabilizando controle social sobre qualidade e racionalidade do argumento.

Isso demonstra que, para além do aspecto democrático envolvido, visto que as razões justificadas e apresentadas pelos ministros não eleitos têm o condão de fornecer justificativas democráticas indiretas para determinadas ações públicas, na linha do que já denominou de representação argumentativa, há componente formal nesse contexto deliberativo que precisa ser mais bem estudado à luz da experiência brasileira.

Esse destaque torna-se imprescindível, uma vez que a **forma** pela qual a fundamentação é apresentada nas decisões permite que a comunidade jurídica e o cidadão comum antecipem os seus juízos de valor acerca da matéria decidida, antecipando as suas pré-compreensões sobre casos futuros, sem perder de vista uma clara contribuição para que a sociedade opine, inclusive, com base nas prováveis consequências da decisão, o que gera, por via reflexa, o aperfeiçoamento do Estado de Direito à luz da experiência (FEREJOHN; PASQUINO, 2002).

Assim, estudar o processo decisório do STF exige compreensão mais precisa de **como** os ministros votam, e não apenas a complexidade sobre **o que** votam. Isso porque, a leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, de coerência ou até a dificuldade de encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função. A própria diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (opinião dos ministros expressa nos votos, a qual não produz efeitos na solução de casos futuros) e a devida identificação se a opinião é do ministro ou do tribunal como um todo, se os precedentes citados somente alicerçam a linha argumentativa do voto ou se os argumentos contrários são devidamente enfrentados na decisão são, por exemplo, pautas de pesquisas teóricas e empíricas que podem trazer diagnósticos salutares quando se busca o aperfeiçoamento do padrão decisório do tribunal (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009)⁴.

Nesse contexto, o desafio deste ensaio é apresentar caminhos para melhor elucidação desse aspecto formal e, principalmente, oferecer propostas que sejam passíveis de implementação pelo tribunal, para que, ainda que no contexto do modelo *seriatim*, possa existir forma ideal ou razoável de argumentar, especialmente nos casos penais, a fim de que a deliberação se torne mais transparente e cumpra a sua função social em um contexto democrático.

3 CAMINHOS METODOLÓGICOS PARA ANÁLISE DE DECISÕES PENAIS NO STF: A BUSCA POR UM MODELO DE ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

A par dos diferentes caminhos metodológicos a ser definidos, acredita-se que é irrenunciável, em qualquer estudo sobre a compreensão da prática decisória de juízes e cortes, análise pragmática e exploratória das decisões (*ser*)⁵, para depois avançar para perspectiva normativa, imaginativa, sinalizando ideal regulativo de como argumentar em determinadas matérias no âmbito da jurisdição constitucional (*dever ser*), a fim de que algum modelo de aperfeiçoamento institucional seja definido e apresentado.

Um dos primeiros passos para a pesquisa é a definição do objeto de análise. Nesse ponto, a eleição de decisões que tratam de temas sensíveis, polêmicos, **difíceis** que chamam mais a atenção do público, seja pela complexidade, seja pelo impacto moral e social das causas que são julgadas, como as que envolvem reforma política, financiamento partidário, aborto, pesquisa em células-tronco, casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, drogas, entre outras, tendem a revelar dados mais substanciais daquilo que se está a investigar.

Virgílio Afonso da Silva adota esse critério, muito embora reconheça as dificuldades metodológicas na sua delimitação. Isso porque, em geral a delimitação baseia-se mais na intuição do que em critérios objetivos. Ela não coincide com nenhuma outra distinção objetivamente definível, como aquelas entre controle abstrato e concreto, decisões unânimes e não unânimes, decisões de plenário e decisões de turma. Ainda assim, o professor do Largo de São Francisco destaca que o critério não é de todo despropositado (SILVA, 2015)⁶.

Dada a reconhecida dificuldade da delimitação do objeto de análise, uma hipótese está em analisar decisões que partem de um desacordo moral razoável presente na sociedade. Afinal, deve-se à própria função de uma corte constitucional zelar pelo cumprimento da Constituição no julgamento de casos relevantes, marcados pela complexidade do desacordo entre as posições antagônicas assumidas com base em interpretações possíveis, sem perder de vista que, nos casos em que haja desacordo relevante, é maior o ônus argumentativo dos agentes envolvidos, a permitir ambiente exploratório mais rico em termos de interações argumentativas e não argumentativas (CORDEIRO, 2018).

O caso Ellwanger (HC 82.424/RS) bem como outras demandas penais que apareceram no STF representam, por excelência, esse pano de fundo, como a decisão sobre fetos anencefálicos (ADPF 54/DF) e o recente julgado que criminalizou a homotransfobia (ADO 26/DF). Outras ações em curso, ainda sem julgamento, evidenciam casos penais emblemáticos, como a que busca a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal (RE 635.659/SP) e a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação (ADPF 442/DF), de modo que pesquisas que tencionam aperfeiçoamento da prática decisória do STF em matéria penal se tornaram fundamentais, considerando as demandas que foram recentemente julgadas e as que estão por vir. Aliás, as diversas classes processuais utilizadas para que todas essas demandas chegassem ao STF podem consubstanciar variáveis instigantes em futuras pesquisas nessa área.

Para além disso, recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos, de maioria conservadora, derrubou, por seis votos a três, o direito ao aborto legal no país, revertendo precedentes consagrados em *Roe contra Wade*, de 1973, e em *Planned Parenthood contra Casey*, de 1992⁷. Assim, enquanto no Brasil e em outros países, como a Índia⁸, por exemplo, as demandas caminham para a descriminalização de algumas formas de aborto; nos Estados Unidos, a Corte Constitucional decidiu criminalizar, revertendo precedentes que existiam sobre o assunto. Eis um ponto de inflexão que, igualmente, pode surtir efeitos salutares em pesquisas que busquem traçar perspectiva comparada, com base em argumentos que foram utilizados em cada tribunal, sem desconsiderar as singularidades dos sistemas jurídicos envolvidos.

No ponto, é importante destacar a decisão proferida na ADO 26/DF, que criminalizou a homotransfobia. Ao contrário das demais ações, foi a primeira vez que o STF criminalizou uma conduta. Surgem perguntas de pesquisa importantes neste cenário: i) o ônus argumentativo do tribunal em decisão que criminaliza conduta é o mesmo daquele em que há descriminalização? ii) há algum ponto de contato entre a experiência da Suprema Corte americana quanto à recente criminalização do aborto e a estrutura argumentativa do julgamento da ADO 26/DF? iii) apesar dos diferentes sistemas jurídicos envolvidos, seria factível pesquisa de viés pragmático, empírico, que pautasse perspectiva comparada entre as duas Supremas Cortes, com base nesses recentes julgamentos?

Nos Estados Unidos, Lee Epstein e Gary King, ambos professores de ciência política, deram-se conta de lacuna no campo da pesquisa em direito e realizaram pesquisa exaustiva nos principais periódicos jurídicos daquele país para desvendar o estado da arte da pesquisa empírica em direito. Os autores identificaram as características básicas da pesquisa empírica aplicada ao direito, quais sejam: a existência de uma pergunta de pesquisa, a formulação de teorias/hipóteses de pesquisa e suas implicações observáveis; identificação de teorias rivais à hipótese preferida; técnicas de medição e avaliação de dados; procedimentos de seleção da população que fará parte da investigação. Concluíram que as regras de inferência, amplamente discutidas nas ciências exatas e sociais, são frequentemente ignoradas no direito, sendo comum a substituição das regras de inferência por técnicas de persuasão de um dado argumento. Segundo os autores, a correta aplicação das regras de inferência leva à construção da verdade, ao passo que as técnicas de persuasão, ensinadas nas faculdades de direito, levam a uma versão da verdade (EPSTEIN; KING, 2002)⁹.

Por outro lado, as citadas “técnicas de persuasão” ganham, na verdade, dimensão mais amplificada no âmbito das teorias da argumentação jurídica. Para Neil Maccormick, a argumentação jurídica importa, entre outras razões, porque ela é chave para a possibilidade de um Estado de Direito genuinamente objetivo, mediado pelos julgamentos fundamentados das cortes, com a possibilidade de delinear o caráter de argumentos genuinamente persuasivos (mas não demonstrativos) no contexto jurídico (MACCORMICK, 2008).

O jurista inglês, ao longo de uma das suas principais obras, desenvolveu critérios que permitem avaliar a racionalidade de uma decisão judicial do ponto de vista argumentativo, tendo como pano de fundo o ideal político do Estado Democrático de Direito: consistência, coerência, consequencialismo e universalizabilidade. Uma das ideias mais inovadoras do autor é o estudo da argumentação nos casos **difíceis**. Segundo o autor, quando o silogismo se esgota, é necessária uma espécie distinta de justificação. Enquanto autores mais antigos afirmavam que uma decisão de um caso **difícil** é de ampla discricionariedade, Neil Maccormick defende que há série de requisitos aos quais a decisão de caso difícil deve obedecer para ser considerada adequadamente justificada (MACCORMICK, 2008)¹⁰.

Sob diferentes perspectivas, Manuel Atienza defende que, para abarcar adequadamente a dimensão argumentativa do direito, teríamos de considerar os componentes formais, materiais e pragmáticos que existem em toda argumentação. Apenas a partir disso seria possível estabelecer as condições para se abordar as três grandes questões que tal enfoque suscita: i) como analisar uma argumentação jurídica; ii) como avaliá-la; e iii) como argumentar no direito (ATIENZA, 2017, p. 99)¹¹. Tais operações costumam ocorrer de forma concomitante, muito embora o jusfilósofo espanhol tenha separado em momentos diversos para fins metodológicos. É dizer, primeiramente, procede-se à análise e à avaliação de argumentos, após propõe-se uma solução (um ideal regulativo) para o problema apresentado e, por fim, comprova-se a solidez do caminho argumentativo utilizado, sujeitando-o a contra-argumentos plausíveis.

Tem-se, pois, substancial panorama teórico ofertado, principalmente pela filosofia do direito, que pode servir como anteparo às investidas metodológicas dos professores Lee Epstein e Gary King.

Após a definição do objeto de análise, seria possível aproximação desses dois aportes metodológicos, a fim de averiguar se existe complementação recíproca ou se eles se excluem, parcial ou totalmente. Este pode ser um caminho metodológico importante a quem desejar pesquisar com cientificidade a prática decisória do STF, que considere essa imbricação entre o direito e a ciência política.

Particularmente no âmbito penal, é preciso partir desse pressuposto, isto é, para se alcançar o nível normativo da pesquisa – propondo avaliação dos argumentos deduzidos e apontando diretrizes de como o tribunal deveria argumentar nos casos **difíceis** – é fundamental definir, primeiramente, caminhos metodológicos que sejam aptos, inteligíveis e que garantam a transparência dos dados em investigação.

A estratégia é salutar, visto que, após a análise propriamente dita dos dados obtidos, novos horizontes investigativos podem surgir para um enfrentamento mais criativo e responsivo em torno da dogmática jurídico-penal. O caminho inverso não apenas pode comprometer a plausibilidade das teses jurídicas a serem defendidas, mas, igualmente, inviabilizar justificativa idônea do porquê os casos selecionados são **representativos**, **exemplificativos** ou **chaves** para a abordagem que se pretende apresentar.

CONCLUSÃO

A ausência de standards interpretativos e de argumentação é sintoma de aparente e antiga disfuncionalidade da prática decisória do STF, potencializada, em grande medida, pelo modelo de deliberação que é desenvolvido.

Nesse contexto, partindo da tese de que os argumentos e/ou os discursos produzidos pelos tribunais constitucionais constituem um dos aspectos cruciais de legitimação de sua atividade institucional, o presente artigo buscou oferecer subsídios teóricos para pesquisas em torno da prática decisória do STF, apresentando caminhos metodológicos aptos para a análise de decisões no campo penal, destinadas à construção de balizas razoáveis de como argumentar em casos que trazem em seu bojo desacordos morais razoáveis. Isso porque, acredita-se que a decisão para ser racional necessita entender a complexidade inerente à ponderação a ser realizada e também adotar método estruturado de argumentação jurídica, a fim de que seja diferenciado o discurso normativo do discurso político. Assim, crê-se que os subsídios apresentados podem contribuir para a produção de pesquisas nesse campo.

Além disso, os aportes apresentados podem contribuir, em última análise, com amplo espaço de aperfeiçoamento institucional, especialmente em período em que há significativa aproximação do tribunal com a sociedade, o que tem permitido que decisão final sobre assuntos importantes tenham ou não ampla aceitação social.

Deu-se especial destaque para pertinência dos aportes apresentados para a análise de decisões que têm remodelado a política criminal originalmente prevista pelo legislador, partindo da premissa de que a atividade legislativa penal, embora seja tradicionalmente reservada ao âmbito de discussão política, vem sendo judicializada.

Compreender esse movimento e analisá-lo numa chave crítica, por meio de metodologia apropriada, tende a ser importante contribuição, por exemplo, para as discussões atuais sobre o uso do sistema penal como instrumento de condução política no Brasil.

NOTAS

- ¹ É um tipo de debate crítico que se desenvolve de modo coletivo no âmbito do órgão colegiado, caracterizado pelo desenvolvimento intersubjetivo e interativo do discurso argumentativo entre os magistrados, com base em razões de ordem jurídica ou extrajurídica envolvidas na discussão de determinado caso, nos quais sobressaem os aspectos discursivos dialéticos e retóricos, o que ocorre com maior ênfase nas sessões de julgamento, mas que também pode acontecer em outras diversas ocasiões em que se produza essa interação argumentativa no interior da Corte.
- ² No mesmo sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, v. 11, n. 3, p. 557-584, oct. 2013. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>. Acesso em: 3 jan. 2023. Nessa linha, tem-se o que se denominou de deliberação interna, destinada à persuasão e à fundamentação, pilares de uma atividade que se volta para o próprio grupo de julgadores. FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe. *Texas Law Review*, Austin, Texas: University of Texas School of Law, v. 82, p. 1671-1704, 2004.
- ³ Duas mudanças recentes alteraram esse formato deliberativo: i) a prática cada vez mais difundida de as decisões estabelecerem teses, que em alguma medida podem desempenhar um papel semelhante ao que a “opinião da corte” desempenha em tribunais de alguns países; e ii) a ampliação do julgamento virtual, no qual há ainda menos interação entre ministras e ministros, uma outra forma de definição de pauta e, sobretudo, a mitigação completa da sequência predefinida para a manifestação dos ministros. Nesse sentido, ver SILVA, Virgílio Afonso. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. In: *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.
- ⁴ A propósito, em relação aos precedentes, releve-se que muitas Cortes constitucionais encarregadas de operar o controle de constitucionalidade tem a responsabilidade de tomar em conta as decisões passadas e futuras dos tribunais inferiores e eleger e justificar seu curso de ação. Assim, uma Corte deliberativa está limitada em ambos os sentidos: deve ter em conta o que o sistema jurídico produziu previamente, assim como comunicar suas decisões de uma maneira que preserve um elo histórico coerente. Isto é mais do que uma autoridade coordenadora do poder judicial; é um uso inteligível, persuasivo e manejável da interpretação constitucional, MENDES, Conrado Hubner. Cortes constitucionales y democracia deliberativa. Tradução: Diego Andrés González Medina. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 215-216.
- ⁵ Há quem defina essa metodologia como um levantamento exploratório qualitativo, com base em análise documental – acórdãos – e emprego de raciocínios indutivo e dedutivo, CORDEIRO, Luís Philippe de Campos. *Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório*. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.
- ⁶ Nesse aspecto, ver também SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, [Rio de Janeiro, RJ], v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. O Relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, [Rio de Janeiro, RJ], v. 2, n. 2, p. 648-668, 2016.
- ⁷ Trata-se da decisão do caso legal Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, proferida em 24 de junho de 2022. Decidiu-se manter a proibição do aborto no Mississippi após quinze semanas de gravidez.
- ⁸ A Suprema Corte da Índia decidiu em 29 de setembro de 2022 que a lei do aborto, que permite a interrupção da gravidez até 24 semanas de gestação, deve incluir, também, mulheres solteiras e vítimas de estupro conjugal.
- ⁹ A propósito, segundo os autores, em termos de pesquisa jurídica, é somente a puramente normativa ou teórica aquela que não é empírica. Muitos artigos cujo propósito principal é normativo frequentemente invocam argumentos empíricos para fortalecer seus pontos normativos – como oferecer as implicações empíricas positivas decorrentes da adoção de sua política preferida. E essa demonstração (normativa) pede uma inferência ou afirmação sobre o mundo real. A inferência é o processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos. Esta é a metodologia proposta. Nesse sentido, ver também a tradução da obra citada, cf. EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. Livro eletrônico. (Coleção acadêmica livre).
- ¹⁰ No mesmo sentido, cf. RUBINGER-BETTI, Gabriel; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, ES, v. 18, n. 1, p. 133-164, jan./abr. 2017. Sobre o pensamento de MACCORMICK, ver também MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: *Theory of Legal Science*. Springer Netherlands, p. 235-251, 1984; MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. In: *Acta Jurídica*, v. 174, p. 174-187, 1998; MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

- ¹¹ Do mesmo autor, ver ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una Teoría de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007; ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: J. L. Díez Ripollés, José Luis; DEL PINO, Ana María Prieto; SOTO NAVARRO, Susana (eds.). **La política legislativa penal en Occidente: Una perspectiva comparada**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005; ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006; ATIENZA, Manuel. **Sobre la Jurisprudencia como técnica social: Respuesta a Roberto J. Vernengo: Doxa**, [s.l.], n. 3, p. 297-311, 1986.

BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manuel. Argumentación y Constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una Teoría de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007.
- ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: Díez Ripollés, José Luis; DEL PINO, Ana María Prieto; SOTO NAVARRO, Susana (eds.). **La política legislativa penal en Occidente: Una perspectiva comparada**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Tradução: Claudia Roesler. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 1).
- ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel. Sobre la jurisprudencia como técnica social: Respuesta a Roberto J. Vernengo. **Doxa**, [s. l.], n. 3, p. 297-311, 1986.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, v. 3, n. 4, oct. 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>. Acesso em: 3 jan. 2023.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF. Relatora: ministra Rosa Weber, 24 nov. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=442#>. Acesso em 3 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. [...] Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: ministro Marco Aurélio, 12 abr. 2012. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, [2012?]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 3 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. [...] exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (cf, art. 5º, incisos xli e xlii). Relator: ministro Celso de Mello, 6 out. 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, [6 out. 2020]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 3 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 84.424 -2 Rio Grande do Sul. [...] Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII) [...]. Relator originário: ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: ministro Maurício Corrêa, 17 set. 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 3 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. Relator: ministro Gilmar Mendes, 9 dez. 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 9 mar. 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 3 jul. 2023.

CORDEIRO, Luís Phillipe de Campos. **Cortes Supremas como instituições deliberativas**: da prática decisória ao precedente obrigatório. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Livro eletrônico. (Coleção acadêmica livre).

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. **The University of Chicago Law Review**, Chicago: The University of Chicago, v. 69, n. 1, p. 1–133, 2002.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe. **Texas Law Review**, Austin, Texas: University of Texas School of Law, v. 82, p. 1671–1704, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice. In: SADURSKI, Wojciech (ed.). **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. Den Haag: Kluwer Law International, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: **Theory of Legal Science**. Dordrecht: Springer Netherlands, p. 235–251, 1984.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**. New York: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. In: **Acta Jurídica**, v. 179, p. 174–187, 1998.

MENDES, Conrado Hubner. **Cortes constitucionales y democracia deliberativa**. Tradução: Diego Andrés González Medina. Madrid: Marcial Pons, 2018.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 104, p. 1–21, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/>. Acesso em: 3 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**, v. 505, U.S. 833. [Washington, D.C., 29 out. 1992]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>. Acesso em: 3 jul. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Roe v. Wade**, v. 410, U.S. 113. [Washington, D.C., 22 jan. 1973]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 3 jul. 2023.

RUBINGER-BETTI, Gabriel; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, ES, v. 18, n. 1, p. 133–164, jan./abr. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, v. 11, n. 3, p. 557–584, oct. 2013. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>. Acesso em: 3 jan. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, [Rio de Janeiro, RJ], v. 2, n. 2, p. 648–668, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema: Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 22–56, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/17/14>. Acesso em: 3 jan. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, [Rio de Janeiro, RJ], v. 1, n. 1, p. 180–200, 2015.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 5, n. 1, p. 21–44, jan./jun. 2009.