

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Robison Tramontina; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-128-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

Este GT - apresenta-se como um interessante espaço para a discussão dos assuntos nele elencados, tais como o tema da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do

Realismo jurídico, o que significa dizer que o mesmo abre-se com um leque de possibilidades para questões clássicas inerente à Justiça, comportando debates sobre tema e autores de nomeada, e nos trazem questões a partir das quais as práticas jurídicas vem sendo alimentadas em busca das soluções de suas necessidades práticas cotidianas. E é por isso mesmo, que nós enquanto operadores do Direito e da Justiça e do Ensino Jurídico, temos muito interesse nesses debates. Enfim, não é por outras razões que esse GT é sempre um dos mais concorridos, e com muitos enfoques sobre esses assuntos... Dito isso, cabe de imediato ressaltar que não por acaso o mesmo reuniu e contou com a presença de 19 trabalhos muito interessantes e que estiveram fundamentados em autores como John Rawls, Robert Alexy, Axel Honneth e Amartia Sen, dentre outros. Assim como trazendo temas clássicos dentre os quais vale citar, "a interpretação do Direito e a decisão jurídica", "a lógica do razoável como método de interpretação", "aspectos constitucionais da educação", "o meio ambiente como um Direito fundamental" e as "discussões dos Ministros do STF a respeito das questões relacionadas as pessoas Autistas". Sobre esse importante tema, dentre outras coisas, foi defendido a realização de diagnósticos precoces, a atualização das normas jurídicas existentes, a concretização de políticas públicas efetivas, o cuidado para que não sejam prejudicados em filas de espera e de modo muito significativo avanços dos aspectos constitucionais da educação para essas pessoas. Por derradeiro, pode-se dizer a partir das justificativas que levaram a realização desse Conpedi virtual, estão as necessidades

**CONSTRANGIMENTOS ARGUMENTATIVOS E CASOS DIFÍCEIS EM NEIL
MACCORMICK: REDEFININDO O PAPEL DA MORALIDADE E DA RETÓRICA
NA DECISÃO JUDICIAL**

**ARGUMENTATIVE CONSTRAINTS AND HARD CASES IN NEIL
MACCORMICK: REDEFINING THE ROLE OF MORALITY AND RHETORIC IN
JUDICIAL DECISION-MAKING**

Patrick Luiz Martins Freitas Silva ¹

Resumo

O artigo analisa a evolução do conceito de "caso difícil" na teoria da argumentação jurídica, com foco na obra de Neil MacCormick. Inicialmente, casos difíceis eram identificados por problemas nas premissas normativas ou fáticas que impediam a aplicação dedutiva simples da norma ao fato. No entanto, a publicação de *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) introduziu uma inflexão teórica importante: mesmo quando a estrutura lógico-dedutiva é suficiente, constrangimentos argumentativos — sistêmicos, políticos e morais — podem redefinir a dificuldade de um caso. A partir dessa perspectiva, o artigo propõe que a resistência prática a decisões formalmente corretas, mas moralmente ou politicamente insatisfatórias, constitui fator decisivo na caracterização dos casos difíceis contemporâneos. Dividido em três capítulos, o estudo discute: (i) a concepção inicial de MacCormick sobre casos difíceis; (ii) a reinterpretação da dificuldade a partir dos constrangimentos argumentativos; e (iii) a análise de um caso emblemático — a ADO 26 no Supremo Tribunal Federal — como exemplo da atuação dos constrangimentos morais no processo decisório. Argumenta-se que a lógica dedutiva permanece essencial, mas insuficiente, para explicar a prática judicial moderna, que é permeada por exigências de coerência sistêmica, prudência política e responsividade moral. O trabalho conclui que a teoria da argumentação deve reconhecer a relevância desses constrangimentos não apenas na resolução, mas também na própria definição dos casos difíceis, integrando a sensibilidade prática como elemento estruturante da racionalidade jurídica.

sufficient, argumentative constraints — systemic, political, and moral — can redefine the difficulty of a case. From this perspective, the article proposes that practical resistance to formally correct but morally or politically unsatisfactory decisions constitutes a decisive factor in the contemporary characterization of hard cases. Divided into three chapters, the study discusses: (i) MacCormick's initial conception of hard cases; (ii) the reinterpretation of difficulty based on argumentative constraints; and (iii) the analysis of a paradigmatic case — the Brazilian Supreme Court's judgment in ADO 26 — as an example of the role of moral constraints in judicial decision-making. It is argued that while deductive logic remains essential, it is insufficient to fully explain modern judicial practice, which is permeated by demands for systemic coherence, political prudence, and moral responsiveness. The study concludes that argumentation theory must recognize the relevance of these constraints not only in resolving cases but also in defining them, integrating practical sensitivity as a structuring element of legal rationality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hard cases, Argumentative constraints, Neil maccormick, Judicial decision-making, Argumentation theory

Introdução

Em *Rhetoric and the Rule of Law*, Neil MacCormick apresenta duas concepções principais do que se entende por “casos difíceis” (*hard cases*): (i) casos em que a aplicação da lei impacta de modo severo indivíduos cuja situação desperta simpatia, e (ii) casos em que surgem dificuldades interpretativas porque há argumentos sólidos sustentando interpretações rivais da norma¹.

Embora essas duas categorias não sejam mutuamente excludentes — afinal, é possível que casos que provocam simpatia coincidam com disputas interpretativas genuínas —, o aspecto que mais chama a atenção neste estudo é o modo como se produzem os juízos sobre esses casos. Em especial, interessa investigar como se articulam as justificativas que legitimam a adoção de posturas antidedutivas pelos juízes, a pretexto de reformular a interpretação de normas ou relativizar sua autoridade, em resposta à carga emocional ou moral que o caso suscita.

Em muitas situações, a identificação de um caso como “difícil” está menos associada a ambiguidades linguísticas, lacunas normativas ou zonas de incerteza² intrínsecas ao direito, e mais relacionada à disposição dos julgadores em evitar um resultado percebido como injusto ou socialmente inaceitável. Trata-se, portanto, de uma inflexão interpretativa motivada não pelas características objetivas da norma, mas pela resistência subjetiva dos atores jurídicos em aplicar, de modo estritamente dedutivo, uma solução considerada insatisfatória. Casos de extrema injustiça — ou percebidos como tais — frequentemente desencadeiam manobras argumentativas que visam legitimar, sob o manto da interpretação, a superação de uma resposta normativa que seria, de outro modo, obrigatória.

Nos três capítulos que se seguem, empreendo uma análise mais aprofundada desse fenômeno, buscando compreender o papel que os constrangimentos morais desempenham na construção da ideia de caso difícil. A hipótese central que pretendo validar é a de que, em determinadas situações, a classificação de um caso como difícil não decorre de incertezas objetivas sobre os fatos ou sobre o conteúdo da norma aplicável, mas da dissonância entre o resultado juridicamente imposto pela interpretação dedutiva e aquele que, por razões morais ou pragmáticas, os julgadores desejariam alcançar³.

¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: OUP, 2005, p. 49 e ss.

² HART, Herbert. *O conceito de direito*, 3ª ed. tradução de A Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 159

³ Essa era a conclusão de MacCormick em *Legal reasoning and legal theory* (1978), de que os casos difíceis poderiam ser caracterizados como aqueles que apresentam problemas quanto a suas premissas normativas ou

1. Casos difíceis em razão de problemas quanto às premissas normativas ou fáticas

Em 1978, ao apresentar os fundamentos de uma teoria integradora do direito⁴, Neil MacCormick elaborou um trabalho de grande relevância, no qual um de seus principais objetivos consistia em responder à questão sobre a persistência da função da lógica dedutiva no âmbito da teoria da argumentação jurídica. A resposta, que se tornaria uma das marcas reconhecíveis do pensamento de MacCormick, sustenta que, na maioria dos casos — classificados como casos fáceis (*easy cases*) —, a resolução pode ser alcançada por meio do raciocínio dedutivo. Nesse contexto, a lógica dedutiva conservaria um papel essencial: ela comporia a parcela da estrutura argumentativa que impõe limites ao arbítrio judicial, obrigando os magistrados a decidir em determinados sentidos sempre que as regras jurídicas válidas possam ser claramente identificadas e aplicadas. Assim, a tarefa do julgador, nesses casos, consiste fundamentalmente em reconhecer a regra pertinente e subsumi-la aos fatos do caso concreto, preservando a coerência e a previsibilidade do sistema jurídico⁵.

Esse papel da lógica dedutiva seria delimitado, segundo MacCormick, pela variável da complexidade do caso. Casos fáceis seriam resolvidos predominantemente por meio do raciocínio dedutivo, enquanto tal modelo lógico cederia espaço em situações classificadas como casos difíceis (*hard cases*). A partir dessa distinção, impõem-se três questões centrais para a teoria da argumentação desenvolvida por MacCormick: (i) quais critérios definiriam a dificuldade de um caso; (ii) de que modo a argumentação jurídica deveria ser conduzida diante de casos difíceis; e (iii) se, mesmo nesses casos, seria possível sustentar a existência de uma resposta correta para a decisão judicial. A investigação desses três problemas passa, a partir de então, a estruturar o núcleo da teoria da argumentação de MacCormick, indicando uma

fáticas. No capítulo que segue, apresentarei essa primeira tese. É importante destacar, desde o início, que o próprio autor acaba revisando essa posição em *rhetoric and the rule of law*, em 2005, quanto apresenta a ideia de que a *simpatia* pode ser determinante para caracterizar um caso difícil, tese esta que se aproxima da que quero apresentar neste artigo: a de que os constrangimentos argumentativos, especialmente de ordem moral, determinam casos difíceis.

⁴ A teoria de MacCormick é classificada como integradora porque admite a coexistência do raciocínio silogístico com o argumentativo. Para os chamados casos difíceis, onde há impossibilidade de se enquadrar os elementos estruturais do silogismo, o jurista reconhece que o meio mais apropriado de razoar está na argumentação, apresentando alguns critérios que colocarei adiante. (GUANDALINI JÚNIOR, Walter. Da Subsunção à Argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 54, p. 149-162, fev. 2013.

⁵ Vale aqui uma referência à chamada tese do caso especial. Quaisquer que sejam as restrições aplicáveis ao discurso prático geral, elas também serão válidas para o discurso jurídico, ainda que com o requisito adicional de que **os falantes devem obedecer às leis positivas com as quais operam**. Como MacCormick escreve ao expressar sua concordância com a tese do caso especial, “a argumentação jurídica deve ser entendida como um caso especial do raciocínio prático, e deve, portanto, se conformar às condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de raciocínio prático” (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: OUP, 2005, p. 17

preocupação fundamental com os limites da racionalidade jurídica e com a justificação das decisões judiciais em contextos de incerteza normativa ou interpretativa.

Casos fáceis, na perspectiva de Neil MacCormick, são aqueles em que o resultado jurídico necessário decorre da combinação entre uma premissa normativa e uma premissa fática⁶. A premissa normativa corresponde à norma jurídica aplicável, enquanto a premissa fática refere-se à descrição dos fatos, validamente reconhecidos como enquadrados na hipótese de incidência da norma, segundo o modelo da subsunção⁷. O exemplo paradigmático apresentado por MacCormick é o caso *Daniels v. R. White and Sons and Tarbard*, julgado em 1938. Na ocasião, Daniels, consumidor, adquiriu de Mrs. Tarbard uma garrafa de limonada, cujo consumo provocou danos à saúde de sua esposa. A norma que impunha ao vendedor o dever de indenizar o consumidor pelos danos ocasionados por seus produtos configurava a premissa normativa válida aplicável à situação descrita. A partir do raciocínio dedutivo, a conclusão inevitável seria que Mrs. Tarbard deveria reparar o dano sofrido, evidenciando o funcionamento do raciocínio jurídico em sua forma estritamente dedutiva nos casos classificados como fáceis⁸.

Se a facilidade de um caso podia ser reconhecida pela correspondência dedutiva entre a premissa normativa e a premissa fática, MacCormick sustentava que um caso difícil, por sua vez, seria aquele em que surgisse algum tipo de problema, seja no âmbito das premissas normativas, seja no das premissas fáticas. As dificuldades relativas às premissas normativas poderiam manifestar-se sob a forma de problemas de interpretação — quando a norma fosse ambígua, vaga ou polissêmica — ou de problemas de pertinência — quando houvesse incerteza sobre qual norma seria aplicável ao caso concreto. Por outro lado, os problemas relativos às premissas fáticas poderiam envolver dificuldades de prova — diante da ausência, fragilidade ou contradição das evidências apresentadas — ou de qualificação — quando houvesse dúvida sobre a correta subsunção dos fatos às hipóteses normativas previstas. Assim, a existência de

⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 67

⁷ *Ib idem*

⁸ Importante ressaltar que este caso não é inteiramente descrito como um caso fácil, pois em razão de algumas indeterminações posteriores, MacCormick também o identifica como difícil. Aqui, o que se mostra é a importância do alcance de alguns raciocínios lógicos para descrição do caso e das suas implicações jurídicas. A síntese é melhor nas palavras de MACCORMICK: “o Sr. Daniels comprou da Sra. Tarbard em sua loja uma garrafa de limonada R. White. Quando ele e sua esposa beberam a limonada, sofreram suma sensação de queimaduras e foram hospitalizados. A limonada continha uma grande porção de ácido carbólico. Como ela havia sido comprada genericamente, a venda estava sujeita à condição implícita de que a limonada tivesse qualidade de mercado. Como uma limonada contendo ácido carbólico não tem qualidade de mercado, a Sra. Tarbard estava obrigada a indenizar o Sr. Daniels por quebra de contrato” (*Ib idem*. p. 91)

problemas em qualquer dessas etapas romperia a linearidade do raciocínio dedutivo, configurando a dificuldade do caso.

Os problemas de interpretação, segundo MacCormick, surgem quando uma mesma premissa normativa admite dois ou mais sentidos plausíveis diante de uma mesma premissa fática, isto é, quando uma norma N pode ser interpretada nos sentidos N' ou N'' , sem que haja uma solução imediata e incontroversa. No contexto do direito brasileiro, exemplos ilustrativos dessa dificuldade interpretativa podem ser encontrados na definição do alcance dos termos "raça" e "família". No conhecido caso *Ellwanger*, discutiu-se se a prática de discriminação contra judeus poderia ser qualificada como crime imprescritível, com fundamento no entendimento de que o termo "raça" incluiria também a procedência nacional ou étnica, e não apenas diferenças baseadas na cor da pele. Analogamente, durante longo período, debateu-se se o conceito constitucional de "família" abrangeria apenas a união entre homem e mulher ou se poderia ser estendido às formações familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo. Nessas situações, os múltiplos sentidos possíveis atribuídos aos termos "raça" e "família" representam justamente os diversos sentidos interpretativos das premissas normativas, dando origem a casos difíceis em razão da ausência de univocidade na aplicação da norma ao fato.

Por problemas de pertinência, MacCormick entende as situações em que não se pode identificar, com segurança, a existência de uma norma N aplicável ao caso C , ou seja, em que se torna incerto se há uma diretriz normativa válida que abranja a premissa fática e permita a dedução de um resultado obrigatório. Trata-se, portanto, de um problema quanto à existência ou adequação da norma, e não apenas quanto ao seu sentido. No direito brasileiro, um exemplo ilustrativo desse tipo de dificuldade foi a controvérsia sobre a necessidade de prévia análise de recursos excepcionais pelas cortes superiores como condição indispensável à execução definitiva das penas privativas de liberdade. Outro exemplo significativo refere-se às greves de servidores públicos, tema em que se discutiu, durante longo tempo, se havia regulação normativa suficiente. A ausência de disciplina legal específica levou o Supremo Tribunal Federal, em emblemático precedente, a conferir efeitos concretistas ao mandado de injunção, suprimindo, assim, a omissão legislativa. Em ambos os casos, o desafio não residia em interpretar a norma existente, mas em aferir se existia, de fato, uma norma válida que pudesse ser aplicada para resolver a controvérsia.

No que tange às premissas fáticas, MacCormick identifica dois tipos principais de problemas: os problemas de prova e os problemas de qualificação. Os problemas de prova surgem quando há uma lacuna na estrutura argumentativa que busca conferir coerência à narrativa dos fatos relevantes. Trata-se, nesse caso, da insuficiência das inferências disponíveis

para fundamentar, de modo satisfatório, a conclusão sobre a veracidade de uma premissa fática. Em outras palavras, a dificuldade reside na fragilidade ou inexistência de elementos probatórios capazes de sustentar, com o grau de certeza exigido, a configuração dos fatos que embasam a decisão.

Por sua vez, os problemas de qualificação referem-se à dificuldade de determinar, no mundo dos fatos, as características que permitam enquadrá-los adequadamente nas categorias jurídicas pertinentes. Embora esse tipo de problema se aproxime, em certa medida, dos desafios interpretativos, a distinção fundamental reside no objeto da dificuldade: não se trata aqui da vagueza ou da ambiguidade da linguagem normativa, mas da identificação, nos fatos concretos, das qualidades necessárias para que eles sejam reconhecidos como integrantes de uma determinada categoria jurídica. A qualificação, portanto, exige um juízo sobre a natureza do fato em relação ao sistema jurídico, operando uma ponte entre o mundo da experiência e a linguagem do direito⁹.

Com base nessa distinção entre casos fáceis e difíceis — definida em função da possibilidade ou impossibilidade de um enquadramento silogístico direto —, MacCormick propõe que os casos difíceis sejam submetidos a um roteiro decisório específico, orientado por princípios que assegurem a racionalidade e a legitimidade da decisão. Tais princípios compreendem a universalidade, a consistência, a coerência normativa, a coerência narrativa e o controle das consequências¹⁰. Sua teoria da argumentação, nesse sentido, desloca o foco da simples aplicação mecânica da lógica dedutiva para a formulação criteriosa de premissas decisórias que possam justificar suficientemente a decisão judicial em contextos de incerteza ou controvérsia interpretativa. Em casos difíceis, a tarefa do julgador não se limita a subsumir fatos a normas, mas exige a construção argumentativa de fundamentos que respeitem a integridade do sistema jurídico e atendam a exigências de racionalidade prática.

É importante reconhecer, neste ponto, que o papel da argumentação jurídica adquire especial relevo na resolução dos casos difíceis, nos quais o juiz deve recorrer aos critérios delineados por MacCormick para a formulação de uma resposta satisfatória aos problemas identificados. Assim, pode-se afirmar que, nesse primeiro momento, surgem constrangimentos de natureza argumentativa que atuam como limites e diretrizes para a elaboração da decisão. Esses constrangimentos se manifestam, por exemplo, na exigência de controle da

⁹ O que percebo, a partir dessa constatação sobre a linguagem do direito e a indeterminação conceitual de alguns fenômenos práticos, é que os problemas de qualificação são o que tradicionalmente se chamam de problemas quanto à natureza jurídica: a posição que algo ocupa ou seus atributos para fins de uma leitura a partir do direito.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. *A razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 128 e ss.

universalidade dos argumentos, na fiscalização da consistência interna da decisão, na supervisão da coerência normativa e narrativa, e na consideração das consequências práticas advindas dos argumentos e dos resultados propostos pelas partes ou pelo próprio julgador.

Importante notar, contudo, que os constrangimentos argumentativos, embora relevantes para orientar a decisão em casos difíceis, não constituem, em si mesmos, elementos definidores do que seja um caso difícil. Antes, eles funcionam como agulhões destinados a intimidar e moderar a formulação de respostas judiciais, impondo padrões de racionalidade prática e discursiva nos contextos em que problemas de ordem normativa ou fática afastam a possibilidade de uma solução puramente lógico-dedutiva.

2. Casos difíceis definidos em razão dos constrangimentos argumentativos

Ocorre que, não raras vezes, mesmo casos que poderiam ser resolvidos mediante a aplicação de roteiros lógico-dedutivos sofrem inflexões em seu percurso decisório, em razão da atuação dos constrangimentos argumentativos, que curvam o trajeto inicialmente previsível da decisão. Em 2005, com a publicação de *Rhetoric and the Rule of Law*, Neil MacCormick introduz novos contornos à sua concepção de casos fáceis e difíceis¹¹. Observa que as décadas que antecederam a obra testemunharam mudanças relevantes nessa distinção, em grande parte sob a influência do pensamento de Ronald Dworkin. Enquanto na publicação de 1978 a dificuldade de um caso era caracterizada principalmente pela presença de problemas nas premissas normativas ou fáticas, agora a variante determinante passaria a residir na natureza dos argumentos apresentados pelas partes. Um caso difícil seria aquele em que as partes — ou aqueles que falam em seu nome — conseguem formular interpretações ou entendimentos rivais da norma, dotados de força argumentativa suficiente para persuadir o julgador e colocar em dúvida a aplicação imediata de uma solução dedutiva¹².

É certo que MacCormick, mesmo em *Rhetoric and the Rule of Law*, não abandona as distinções anteriormente traçadas entre casos fáceis e difíceis, reiterando ao longo do texto a importância dos problemas de interpretação, pertinência, prova e qualificação dos fatos. Contudo, observa-se uma ênfase crescente na aceitação do papel da persuasão argumentativa como elemento capaz de incutir dúvida no processo decisório, mesmo em situações nas quais o enquadramento dedutivo pareceria, à primeira vista, possível. Paralelamente, emerge também a preocupação com as múltiplas avaliações que, a partir dessa maior abertura argumentativa,

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: OUP, 2005

¹² *Ib Idem*, p. 50

podem ser feitas sobre a qualidade das leis, classificando-as como boas ou más a partir de critérios de justiça, adequação ou funcionalidade.

MacCormick esclarece que os textos legais, independentemente de seu tipo, podem possuir graus variados de abertura ou vagueza, mas adverte que essas características não se manifestam de modo absoluto ou invariável. O grau de indeterminação textual depende do contexto e dos fins a que se destina a interpretação. Considerações de justiça material, equidade ou finalidade social podem, em certas circunstâncias, justificar a adoção de interpretações novas — ousadas no sentido de inovadoras — ou o desenvolvimento de sentidos já existentes a partir de princípios tradicionais aplicados a novos contextos e finalidades. A argumentação jurídica, nesse modelo, revela-se como atividade criativa e responsiva, na qual a interpretação não apenas descobre o direito, mas também o adapta às exigências morais e práticas do tempo presente.¹³

Este é precisamente o ponto que merece especial atenção: o que se observa, não raras vezes, é que conceitos jurídicos aparentemente consolidados podem, ao longo do tempo, ser objeto de reconsiderações, não em virtude de sua natureza ambígua ou vaga, mas em razão da força persuasiva dos argumentos apresentados e dos fins que se pretende alcançar por meio da jurisdição — ou ainda dos resultados que se deseja evitar. A reconfiguração interpretativa, nesse sentido, não decorre exclusivamente de deficiências estruturais dos textos normativos, mas da dinâmica argumentativa que permeia o processo judicial.

Como exemplo ilustrativo, recorro a situação já mencionada envolvendo a existência ou não, no direito brasileiro, de norma que condicione a execução de prisões definitivas à prévia análise exauriente dos recursos excepcionais pelas cortes superiores. Embora persistam dúvidas quanto à matéria — sobretudo em razão da ausência de reconhecimento sistemático da força vinculante de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal —, o debate é profundamente atravessado por constrangimentos argumentativos. Esses constrangimentos, derivados de preocupações com princípios constitucionais como a presunção de inocência, a duração razoável do processo e a segurança jurídica, atuam como forças capazes de fortalecer ou fragilizar certas posições interpretativas adotadas pela corte, moldando, assim, a orientação das decisões para além da mera aplicação dedutiva de normas pré-existentes.

¹³ Sobre este ponto, um importante questionamento é feito pelo autor: “-o que aconteceria se a justiça ou outro valor se opusessem a um significado mais óbvio das previsões dos documentos normativos?” MacCormick responde que não existiriam razões para problematizar as leis. Assim como provar os fatos pode ou não tornar uma questão mais simples, e uma vez provados, podem surgir novos problemas de classificação. Neste sentido, o que vale é a avaliação se novos argumentos possuem ou não razão para ocasionarem uma reavaliação das situações estabelecidas.

Ainda que, sob um critério estritamente lógico-dedutivo, se possa alcançar uma conclusão razoavelmente segura — considerando a existência de dispositivos legais que definem o conceito de trânsito em julgado —, as consequências práticas da decisão judicial acabam inevitavelmente submetidas a uma avaliação de natureza política e prudencial. Não se trata, portanto, apenas de reconhecer um problema de pertinência normativa, mas de enfrentar inflexões argumentativas que surgem a partir de considerações extratextuais, como a percepção das injustiças que poderiam decorrer da execução provisória das decisões de segunda instância ou, inversamente, dos riscos à segurança pública e à efetividade da justiça penal gerados pelas prolongadas esperas até o pronunciamento definitivo das cortes superiores. A decisão judicial, nesse cenário, não se reduz à aplicação automática da norma, mas é tensionada por juízos sobre as consequências sociais, políticas e morais dos caminhos interpretativos possíveis.

Outro exemplo recorrente de caso difícil, cuja complexidade decorre da atuação de constrangimentos argumentativos, refere-se às análises de tipicidade material no âmbito do direito penal¹⁴. A aplicação do princípio da insignificância ilustra bem essa dinâmica. À primeira vista, a controvérsia poderia ser classificada como um problema de pertinência normativa: seria necessário determinar se existe, ou não, uma norma proibitiva aplicável, por exemplo, à prática de um furto de pequeno valor. Em termos estritamente dedutivos, a tipicidade formal — o enquadramento do fato na descrição legal da norma penal — conduziria, de maneira lógica, à configuração do delito.

Contudo, para evitar resultados considerados manifestamente injustos ou desproporcionais, consolidou-se uma jurisprudência que reconhece que práticas com ínfimo potencial lesivo ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora não devem ensejar a aplicação da pena. A lógica dedutiva, nesse contexto, cede espaço a constrangimentos sistêmicos mais amplos, que impõem uma reavaliação do critério de tipicidade à luz da função e da finalidade do direito penal. Assim, ainda que o critério formal permita uma subsunção imediata do fato à norma, a resistência a resultados percebidos como injustos configura um aguilhão argumentativo que transforma o problema em um caso difícil, tensionando a racionalidade estrita em favor de exigências materiais de justiça.

¹⁴ Uma definição válida dessa teoria em direito penal, é a de Francisco de Assis Toledo, para o qual: “Na construção originária de Beling (1906), o tipo tinha uma significação puramente formal, meramente seletiva, não implicando, ainda, um juízo de valor sobre o comportamento que apresentasse suas características. Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131)

MacCormick chega a apontar que essa problemática se conecta à crença na chamada completude do ordenamento jurídico¹⁵ — a ideia, profundamente enraizada em concepções formalistas, de que seria possível encontrar respostas para todas as controvérsias jurídicas em um sistema legislativo exaustivo, racionalmente organizado e livre de lacunas ou contradições. Em outros termos: supõe-se que a lógica dedutiva, a partir das normas existentes, bastaria para oferecer soluções satisfatórias a todas as situações da vida prática. No entanto, MacCormick evidencia a limitação dessa crença. O ordenamento jurídico, por mais abrangente que se pretenda, é incapaz de antecipar todas as variáveis factuais e morais que surgem na dinâmica social, e, além disso, a construção de um conjunto normativo que abarque todas as possibilidades e ainda mantenha consistência lógica, justiça material e aceitação política generalizada revela-se humanamente impossível. Assim, a insuficiência da lógica dedutiva como único método decisório não decorre apenas de deficiências técnicas ou ocasionais do legislador, mas é uma consequência estrutural da complexidade das relações humanas e da pluralidade de valores em disputa.

Such a view would depict law as capable of generating certain and correct answers in nearly all cases, though sometimes only after difficult arguments and agonizing debates on what the law really says about some particular issue. (...) Despite the totality of judicial and legislative attempts to secure internal consistency, the existing authoritative sources of law in any legal system will almost certainly contain some explicitly contradictory elements, and many further elements which can by rival interpretations yield contradictory pairs.¹⁶

Essa crítica à possibilidade de um sistema interpretativo absolutamente completo e coerente abre espaço para uma compreensão mais realista e sensível da prática judicial, na qual as decisões são moldadas não apenas pela lógica interna do direito, mas também pelas reações

¹⁵ Valem as palavras de Maria Berenice Dias, ao tratar do mito da completude no direito de família, especificamente sobre o tema da indefinição conceitual do termo “família”: “Pretende o direito, em tese, abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de modelos preestabelecidos de relações jurídicas relevantes a sustentar o mito da completude do ordenamento. Entretanto, a realidade social é dinâmica e multifacetada. Ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A realidade sempre antecede ao Direito, os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. A existência de lacunas no direito é decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso sub judice não previsto pela ordem jurídica.” (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27)

¹⁶ Tradução livre: Essa visão retrataria o direito como capaz de gerar respostas certas e corretas em quase todos os casos, embora às vezes apenas após discussões difíceis e debates agonizantes sobre o que o direito realmente diz sobre alguma questão em particular. (...) Apesar da totalidade das tentativas judiciais e legislativas para garantir consistência interna, as fontes de direito existentes em qualquer sistema jurídico quase certamente conterão alguns elementos explicitamente contraditórios, e muitos outros elementos que podem, por interpretações rivais, produzir pares contraditórios. (MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the Rule of Law, Oxford: OUP, 2005, p. 52-53)

humanas diante das insuficiências do ordenamento. É nesse contexto que se insere a hipótese que ora se defende: em muitos casos classificados como difíceis, a dificuldade não decorre exclusivamente de ambiguidades linguísticas, lacunas normativas ou problemas probatórios, mas da dissonância entre o resultado que seria obtido por meio da interpretação dedutiva estrita e aquele que, por imperativos morais ou pragmáticos, os julgadores desejariam alcançar. O sentimento de injustiça, a repulsa diante de consequências percebidas como socialmente intoleráveis, e a aspiração a resultados mais equitativos operam como forças subterrâneas que tensionam o percurso interpretativo, conduzindo a inflexões argumentativas que, embora revestidas de juridicidade, expressam, em seu núcleo, reações morais à inadequação dos resultados formais.¹⁷

A defesa da lógica dedutiva, em MacCormick, deve ser compreendida não como a afirmação da completude da ordem jurídica positiva, mas como o reconhecimento da ubiquidade da "lógica aplicada" no raciocínio jurídico. Trata-se de uma concepção que se desenvolve de modo análogo à prática da vida cotidiana: mesmo no campo jurídico, as deduções legais integram uma vasta teia de argumentos práticos, em que o silogismo, a justificação legal e o respeito às normas constituem elementos estruturais indispensáveis à manutenção do Estado de Direito. A dedução, portanto, não é apresentada como um método exclusivo ou absoluto, capaz de reduzir toda argumentação jurídica à aplicação mecânica de normas completas e livres de contradições. Antes, ela é concebida como uma parte intrínseca do raciocínio prático-jurídico, inserida em um ambiente argumentativo mais amplo e permeado por considerações retóricas, morais e pragmáticas. Em última análise, o que confere aceitabilidade a um argumento jurídico não é apenas a correção formal de sua estrutura dedutiva, mas, sobretudo, a qualidade e a razoabilidade das premissas em que se funda.

O que proponho chamar de inclusão dos constrangimentos argumentativos na definição dos casos difíceis refere-se precisamente à flexão que a retórica imprime ao raciocínio prático. Trata-se do reconhecimento de que a argumentação jurídica, especialmente em contextos de alta complexidade, não apenas aplica normas a fatos de maneira dedutiva, mas é continuamente tensionada por considerações práticas, retóricas e axiológicas. Como expressa MacCormick: "Hence whoever makes such an argument has to stand ready to defend and justify the premisses, using for this purpose the varieties of rhetorical or practical argument."¹⁸ A necessidade de

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165

¹⁸ Tradução livre: "(...) quem produz tal argumento tem que estar pronto para defender e justificar as premissas, usando para isso as variedades de argumentos retóricos ou práticos (para esquivar-se dos constrangimentos)". MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: OUP, 2005, p. 76

justificação das premissas, no âmbito do raciocínio prático jurídico, pode emergir de duas ordens distintas de dificuldades. A primeira diz respeito à ausência de clareza nas próprias premissas, seja em razão da vagueza, da ambiguidade ou da incompletude dos textos normativos aplicáveis. A segunda, mais sutil, refere-se à circunstância em que, ainda que as premissas sejam formalmente claras, a sua aplicação conduz a um resultado que gera desconforto moral, político ou social. Nesse segundo caso, a exigência de justificação não decorre de um defeito estrutural do ordenamento jurídico, mas da resistência prática a aceitar os efeitos que a aplicação dedutiva da norma produziria. Assim, a necessidade de justificar as premissas emerge tanto da incerteza semântica quanto da inadequação valorativa dos resultados normativos possíveis.

Os constrangimentos argumentativos, nesse sentido, podem ser classificados em pelo menos três ordens distintas: (i) constrangimentos de ordem sistêmica, (ii) constrangimentos de ordem política e (iii) constrangimentos de ordem moral.

Os constrangimentos sistêmicos ocorrem quando os atores do processo — juízes, advogados, partes — conseguem estruturar argumentos que evidenciam contradições internas no próprio ordenamento jurídico, tornando insustentáveis, à luz da coerência do sistema, certas conclusões que, isoladamente, poderiam parecer dedutivamente corretas. Trata-se de uma pressão interna à lógica do direito, que força a reavaliação de premissas ou a harmonização de interpretações para evitar rupturas na integridade do sistema normativo.

Os constrangimentos políticos, por sua vez, dizem respeito à influência de mecanismos de poder externo sobre a prática judicial. Eles se manifestam, por exemplo, em alegações de usurpação de funções constitucionais por parte do Judiciário, em acusações de ativismo judicial ou em pressões públicas oriundas de outros poderes estatais ou de grandes setores da sociedade, exigindo que a decisão judicial se ajuste a determinados limites institucionais.

Por fim, os constrangimentos morais consistem na resistência que surge a partir da percepção de que determinados argumentos, interpretações ou resultados colidem frontalmente com uma ordem de valores compartilhada, um ethos coletivo ou uma estrutura ideológica dominante. Partindo da pressuposição de um "auditório" — real ou ideal —, esses constrangimentos operam para denunciar decisões que, embora tecnicamente plausíveis, seriam moralmente inaceitáveis à luz das concepções vigentes de justiça, dignidade, igualdade ou outros valores fundamentais.

3. Um caso difícil em razão dos constrangimentos argumentativos morais

Em *El derecho como argumentación*, Manuel Atienza sustenta que toda justificação jurídica possui inevitavelmente um caráter moral, e que a argumentação jurídica só adquire pleno sentido quando incorpora um mínimo de objetivismo moral¹⁹. Em outras palavras, a aplicação da lei que desconsidera completamente qualquer conteúdo mínimo de justiça não pode ser considerada legítima. O objetivismo moral, nesse contexto, apresenta-se como uma corrente que se opõe às escolas céticas ou emotivistas no campo da filosofia moral. Enquanto para os céticos e emotivistas²⁰ — como defendido por autores do positivismo jurídico radical ou do emotivismo ético — é impossível à razão humana acessar conteúdos morais objetivos, reduzindo a moralidade a expressões de preferências, sentimentos ou escolhas sociais contingentes, para a perspectiva objetivista há, ao contrário, a possibilidade de se reconhecer a existência de princípios morais mínimos, cognoscíveis e vinculantes²¹. Assim, para Atienza, a prática jurídica exige que a justificação das decisões judiciais seja orientada não apenas pela lógica formal ou pela autoridade normativa, mas também pela incorporação de exigências mínimas de justiça substancial.

Independentemente das diferentes formas pelas quais a moralidade é apreendida no campo dos direitos, argumentos morais surgem com frequência no processo de construção jurídica, seja de modo explícito — pela formulação aberta de premissas de justiça, dignidade ou equidade destinadas a persuadir a decisão —, seja de maneira implícita, atravessando os discursos dos interlocutores por meio de consensos tácitos ou impondo limites silenciosos às possibilidades interpretativas. O que se pretende evidenciar com a definição dos constrangimentos argumentativos de ordem moral é que, muitas vezes, a possibilidade de que uma decisão judicial produza efeitos contrários à moralidade de um determinado auditório²² — entendido como o conjunto de valores compartilhados e preservados por um grupo social

¹⁹ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006, p. 246.

²⁰ A tese emotivista defende que “não existe e não pode existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem” (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001, p. 43)

²¹ Importante ressaltar, neste ponto, a tese de Thomas Bustamante, que associa esse retorno da moral para o campo jurídico no âmbito do paradigma do pós-positivismo jurídico, que pode ser considerado como uma criativa síntese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, visto que, embora não aceite a ideia de valores morais objetivos, eternos, universais e imutáveis como condicionantes de validade do ordenamento jurídico, não prescinde de certo grau de moralidade como fator de justificação do direito, pois este, em essência, “apresenta uma disposição à correção moral” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 168)

²² PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação. A nova retórica*. Martins Fontes: São Paulo, 2005

específico — atua como força que impele os julgadores a reavaliar suas posições. Em tais situações, observa-se uma inflexão antidedutiva, na medida em que a necessidade de preservar a adesão social, a legitimidade institucional ou a própria consciência moral do julgador prevalece sobre a aplicação estrita da lógica dedutiva a partir das normas vigentes.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) pelo Supremo Tribunal Federal constitui um exemplo paradigmático da atuação dos constrangimentos argumentativos de ordem moral na caracterização dos casos difíceis. Mesmo diante da existência de diretrizes hermenêuticas consolidadas no direito penal brasileiro — notadamente a vedação da interpretação extensiva e da analogia *in malam partem* —, a ausência de tipificação penal específica para práticas de discriminação motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero gerava resultados normativamente desconfortáveis. A legislação penal vigente, ao definir os âmbitos de incidência dos crimes de preconceito, restringia-se à proteção contra discriminações fundadas em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e a conclusão inicial, segundo uma leitura estritamente dedutiva, era de que o silêncio do legislador afastava a possibilidade de incriminação da homofobia e da transfobia, impedindo a incidência de sanções penais nesses casos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, sensível à lacuna normativa e aos imperativos de proteção da dignidade humana, posicionou-se no sentido de interpretar o conceito de "raça" de maneira ampliada, de modo a abranger, para fins penais, as discriminações motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero LGBTQIA+. Essa decisão, embora tensionasse os limites tradicionais da interpretação penal, refletiu um constrangimento argumentativo de ordem moral: o repúdio social e institucional aos efeitos excludentes e discriminatórios que a omissão legislativa provocava. Assim, a dificuldade do caso não residia apenas em problemas normativos ou fáticos, mas na inadmissibilidade moral do resultado que adviria da aplicação literal e dedutiva da legislação existente.

Havia, no caso da ADO 26, uma tensão intrínseca entre dois raciocínios logicamente incompatíveis: de um lado, a constatação de que o legislador permanecera omissos ao não criminalizar expressamente a transfobia e a homofobia²³; de outro, a interpretação de que o crime de racismo já conteria, em si, a proibição e a sanção para essas práticas discriminatórias.

²³ A omissão na criminalização da homofobia é tese comum nos tribunais. Em 2006, a câmara dos deputados chegou a ser palco de discussões de um projeto de lei que criminalizava as discriminações contra grupos de minorias lgbt, mas que foi arquivado após manifestações de grupos protestantes que reivindicavam resistência contra a criminalização. Por esses diversos fatores que limitam a produção legislativa, tais políticas não foram adotadas pelo Congresso. A omissão do legislador é que deu ensejo ao manejo da ação de inconstitucionalidade, com o objetivo de concretização do direito fundamental de proteção.

Essa contradição, contudo, não impediu o Supremo Tribunal Federal de reconhecer a incidência da legislação penal antirracismo nesses casos, justamente em razão da atuação simultânea de constrangimentos argumentativos de ordem sistêmica e de ordem moral.

Do ponto de vista sistêmico, uma postura estritamente conservadora, pautada em critérios formalistas de interpretação penal, teria produzido graves implicações para a ordem jurídica: em primeiro lugar, teria negado a própria função concretizadora do STF no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo quanto aos mandados constitucionais mínimos de criminalização; em segundo lugar, teria reforçado a ideia de que a proteção penal contra atos que atentam contra a dignidade de minorias seria matéria inteiramente discricionária do legislador, enfraquecendo o compromisso constitucional com a igualdade e a dignidade humanas.

Sob a perspectiva moral, a adoção de uma interpretação formalista teria enviado uma mensagem institucional clara: de que a homofobia e a transfobia, no Brasil, não seriam práticas criminalmente reprováveis, legitimando, ainda que indiretamente, a violência e a discriminação contra a população LGBTQIA+. Assim, o julgamento ilustra de maneira exemplar como constrangimentos sistêmicos e morais podem operar simultaneamente, conduzindo o tribunal a afastar a aplicação rígida da lógica dedutiva para evitar resultados normativamente e moralmente inaceitáveis.

Talvez a implicação moral tenha sido, dentre todas, a mais problemática no julgamento da ADO 26. No contexto brasileiro, atos transfóbicos e homofóbicos representam não apenas ofensas individuais, mas manifestações estruturais de uma cultura patriarcal profundamente enraizada. As ações estatais destinadas à proteção da população LGBTQIA+ ainda são escassas e, em grande medida, insuficientes para sinalizar uma transformação cultural efetiva no sentido da promoção e proteção da dignidade dessa minoria. Nesse cenário, a mensagem pública emitida por uma decisão judicial que deixasse de reconhecer como crime o atentado à dignidade moral de indivíduos LGBTQIA+ poderia gerar efeitos perversos, reforçando práticas de discriminação, violência e exclusão social — efeitos que, sob qualquer perspectiva de responsabilidade institucional, deveriam ser evitados.

Assim, mesmo que no plano hermenêutico tradicional as opções interpretativas disponíveis não comportassem, de maneira ortodoxa, a extensão da legislação antirracismo à proteção contra a homofobia e a transfobia, a lógica da responsividade — elemento integrante da estrutura de legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal — impunha a necessidade de adotar uma postura o mais concretizadora possível. A decisão do tribunal, portanto, não apenas solucionou uma lacuna normativa, mas reafirmou o compromisso da

jurisdição constitucional com a proteção de valores fundamentais, demonstrando como constrangimentos morais e sistêmicos podem forçar a superação de limites dedutivos tradicionais em prol da preservação da dignidade humana.

Ainda que os pressupostos da lógica dedutiva, particularmente rigorosos no âmbito do direito penal, pudessem apontar para a conclusão de que a omissão legislativa acarretaria a inexistência de tipificação penal da homofobia e da transfobia, essa solução se revelaria insatisfatória diante das exigências sociais e institucionais envolvidas. A resposta jurídica estritamente dedutiva ao problema social enfrentado colidiria frontalmente com as expectativas de um auditório — composto não apenas pelas minorias diretamente afetadas, mas pela sociedade civil comprometida com a proteção da dignidade humana — que aguarda dos poderes públicos uma posição clara e afirmativa de combate à discriminação. Nesse contexto, a manutenção da lógica dedutiva pura produziria resultados incompatíveis com as expectativas jurídicas, morais e políticas que o caso, em sua gravidade, suscitava. O descompasso entre o resultado dedutivo e o resultado esperado impôs, portanto, uma inflexão no percurso decisório, orientada pela necessidade de preservar a integridade dos valores constitucionais e a legitimidade do sistema jurídico perante a sociedade.

Considerações finais

Neste trabalho me propus a uma discussão sobre o lugar dos constrangimentos argumentativos na definição dos casos difíceis: se seriam determinantes para a sua classificação ou meros contingentes presentes na sua resolução. Procurei defender que, no atual estágio da teoria da argumentação, constrangimentos argumentativos podem funcionar tanto como elementos considerados na formulação das decisões, quando problemas de ordem normativa ou fática se apresentassem, quanto fatores que influenciam na desestabilização dos raciocínios dedutivos, quando conseguissem canalizar argumentos que trouxessem certo caráter de sensibilidade às decisões.

No primeiro capítulo, apresentei os pressupostos do primeiro raciocínio. A defesa de MacCormick de que a maioria dos raciocínios jurídicos são lógico dedutivos, e que os casos difíceis é que demandam um esforço argumentativo de acordo com critérios não dedutivos. Na linha do que o autor apresenta em 1978, um caso difícil é definido em razão de problemas nas premissas normativas ou fáticas. Neste primeiro momento, o lugar da teoria da argumentação é contingente, na medida em que reivindicam a fundamentação segundo os critérios da

universalidade, da não contradição, e da análise dos resultados, enrijecendo a natureza dos raciocínios que podem ser utilizados pelos juízes.

É com a publicação de 2005 que é possível apreender uma possível revisão dessa definição, quando MacCormick percebe que a sensibilidade ou as situações de extrema injustiça podem determinar um caso como sendo considerado um caso difícil. E esta é a linha que me alio no restante do trabalho: mesmo quando a lógica dedutiva dá conta da formulação de respostas aos problemas que aparecem para o direito, alguns constrangimentos argumentativos podem aparecer, flexionando o uso do silogismo como raciocínio puro para as decisões. Quer dizer, sob o ponto de vista do silogismo, um caso pode ser considerado fácil, mas questões de ordem sistêmica, política ou moral, podem se impor contra as decisões e forçarem uma revisão das premissas.

É por esta razão que apresento uma possível classificação para os constrangimentos argumentativos: i. de ordem sistêmica; ii. de ordem política, e iii. de ordem moral. Os constrangimentos argumentativos de ordem sistêmica são aqueles em que os atores de um processo conseguem canalizar argumentos que tornam contraditórias certas conclusões tiradas de um mesmo ordenamento jurídico; os constrangimentos argumentativos de ordem política dizem respeito à pressão dos mecanismos de poder político de influenciarem nas decisões judiciais, apontando pressões como as de usurpação de poderes; por fim, os constrangimentos morais são aqueles que, ao pressuporem um auditório, identificam os argumentos ou os resultados como contrários a uma ordem de valores ou de ideologias. Neste trabalho, propus-me a discutir o papel dos constrangimentos argumentativos na definição dos casos difíceis: se seriam meros elementos contingentes, presentes apenas na sua resolução, ou se poderiam, em determinadas circunstâncias, ser determinantes para a sua própria caracterização. Procurei sustentar que, no atual estágio da teoria da argumentação jurídica, os constrangimentos argumentativos podem atuar de modo duplo: tanto como critérios relevantes na formulação das decisões — nos casos em que problemas de ordem normativa ou fática se apresentam — quanto como fatores de desestabilização dos raciocínios dedutivos, quando conseguem introduzir elementos de sensibilidade que tensionam a aplicação estrita da lógica jurídica.

No primeiro capítulo, apresentei os pressupostos do modelo inicial de MacCormick, segundo o qual a maioria dos raciocínios jurídicos é predominantemente lógico-dedutiva, reservando-se à teoria da argumentação um papel mais contingente nos casos difíceis. De acordo com sua formulação de 1978, os casos difíceis seriam definidos essencialmente pela presença de problemas nas premissas normativas ou nas premissas fáticas. Nesse momento, o papel da argumentação seria o de reforçar a racionalidade do processo decisório, reclamando a

fundamentação a partir dos critérios da universalidade, da consistência lógica e da análise das consequências práticas, mas sem romper a estrutura básica do raciocínio dedutivo.

Com a publicação de *Rhetoric and the Rule of Law* em 2005, entretanto, percebe-se uma revisão relevante dessa concepção. MacCormick passa a reconhecer que a sensibilidade prática e a percepção de situações de extrema injustiça podem, por si sós, qualificar um caso como difícil. É nessa linha que me filio no restante da investigação: mesmo quando a estrutura lógica dedutiva permitir a formulação de uma resposta juridicamente válida, constrangimentos argumentativos de diversas ordens podem emergir, impondo flexões ao uso do silogismo como método exclusivo de decisão. Em outras palavras, sob a ótica puramente silogística, um caso poderia ser considerado fácil; todavia, constrangimentos de ordem sistêmica, política ou moral podem se sobrepor à linearidade lógica e forçar a revisão das premissas ou a adaptação das conclusões.

Com base nessa compreensão, propus uma classificação dos constrangimentos argumentativos em três categorias principais: (i) constrangimentos sistêmicos, que ocorrem quando atores do processo conseguem demonstrar a existência de contradições internas no próprio ordenamento jurídico, tornando insustentáveis certas conclusões formais; (ii) constrangimentos políticos, que decorrem de pressões externas relacionadas à divisão de poderes ou a demandas de contenção institucional do Judiciário; e (iii) constrangimentos morais, que emergem da resistência de um auditório — real ou ideal — a aceitar decisões que colidam com valores fundamentais de justiça, igualdade e dignidade.

Esses constrangimentos, portanto, não apenas acompanham os casos difíceis, mas podem ser decisivos para a sua própria configuração, evidenciando que, na prática jurídica contemporânea, a racionalidade argumentativa não se esgota na subsunção lógica, mas é intrinsecamente permeada por exigências de coerência sistêmica, responsabilidade política e responsividade moral.

Referências Bibliográficas

ATIENZA, Manuel. **A razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. **Da Subsunção à Argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 54, p.

149-162, fev. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734>. Acesso em: 21 de agosto de 2022

HART, Herbert. **O conceito de direito**, 3ª ed. tradução de A Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

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

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**, Oxford: OUP, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**, Oxford: Clarendon, 1978.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001

PERELMAN, C. & OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação. A nova retórica**. Martins Fontes: São Paulo, 2005

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a teoria do direito. Revista Direito GV. V.3, n.21, jul-dez 2007, p. 331-338

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979