

48. CASOS TRÁGICOS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS – UMA CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA À JURISPRUDÊNCIA

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Bruno Ribeiro Uchôas

Palavras-chave: Casos trágicos - teoria dos princípios - decisão judicial

Os conceitos de casos fáceis, difíceis e trágicos têm importância para a Teoria do Direito na identificação de soluções para a obscuridade, conflito de normas e lacunas legais, pois o juiz tem o dever de dar respostas fundamentadas para os casos concretos. Contudo, em virtude da complexidade das relações sociais, para alguns deles, faltarão razões institucionalizadas por meio do direito positivo capazes de subsidiar uma solução juridicamente adequada. Para esses casos, o direito positivo não fornecerá respostas precisas ou mesmo não trará sequer qualquer previsão a respeito da questão que é objeto da jurisdição. Esses casos demandam alta carga de argumentação. Argumentos se distinguem de meras afirmações porque são fundados em razões. Quando se diz que essas decisões devem ser justificadas argumentativamente isso significa que o juiz deverá fundamentar o discurso jurídico.

Segundo Manuel Atienza (1989) é necessário estabelecer uma distinção inicial entre casos fáceis (easy cases), casos difíceis (hard cases) e casos trágicos (tragic cases). Os casos fáceis são aqueles cuja resposta decorre imediatamente do direito posto fornecendo aos casos concretos soluções baseadas nas normas existentes. Já os casos difíceis são assim chamados, pois o seu resultado não está tão claro, ou seja, a solução adequada para o caso concreto não é facilmente apreendida do direito posto, já que as normas existentes são insuficientes dadas a sua complexidade. Os casos trágicos, por seu turno, são aqueles que não se pode solucionar sem sacrificar algum valor fundamental seja do ponto de vista jurídico ou moral e para o qual não se extrai do ordenamento jurídico uma resposta correta.

Como se pode observar, esses conceitos têm relevância especial se considerarmos que a atuação judiciária na vida social é cada vez mais intensa, o que demanda soluções mais complexas. Assim sendo, merece especial destaque a existência, nos ordenamentos jurídicos, de casos trágicos. Conforme Atienza (1989) nesses casos a decisão jurídica inevitavelmente incorrerá na afetação de um valor fundamental, assim considerado por sua relevância jurídica. Trata-se, portanto, da total desconsideração de “um bem ou valor jurídico” de maior relevância em detrimento de outro em uma decisão judicial sobre um caso concreto o que se apresenta como uma violação ao ordenamento jurídico.

Atienza (1989) considera que para os casos trágicos não existe nenhuma solução sobre o equilíbrio mínimo, ou seja, capaz de pacificar o conflito jurídico com a menor afetação possível dos interesses em jogo. Para o autor, os casos serão trágicos se os bens e/ou valores envolvidos forem incompatíveis entre si e a escolha de um deles em detrimento do outro sempre representar uma escolha drástica. Se assim ocorre, não há uma forma de encontrar uma solução que não sacrifique o essencial deles. Portanto, o caso trágico se apresenta como um dilema jurídico cuja resposta não é determinável a partir do direito positivo, mas antes se apresenta como afronta a este, pela prevalência de uma solução que contradita um valor ou bem jurídico de substancial relevância, o que faz com que para esses casos não haja uma resposta correta.

Contudo, não se considera tal conceito adequado, tomando-se como base as contribuições da teoria dos princípios, cuja máxima da proporcionalidade, permite encontrar uma resposta correta (racionalmente fundamentada), inclusive para os casos considerados trágicos. Assim sendo, o conceito que se entende como mais adequado para os casos trágicos considera que a característica da “tragédia do caso” é que entram em colisão dois princípios

jurídicos fundamentais para o ordenamento jurídico e um deles é absolutamente preterido, sem que isso signifique ser a resposta incorreta.

A teria dos princípios, por meio da máxima da proporcionalidade, permite evidenciar os elementos argumentativos que estão implícitos no discurso jurídico que fundamenta decisões para essas situações concretas. Para demonstrar tal possibilidade, foi escolhido um *leading case* do Supremo Tribunal Federal. Será examinado o HC 124.306/RJ de relatoria do Ministro Marco Aurélio, especialmente por meio do voto do Ministro Barroso, cujo fundamento foi decisivo para conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre.

Esse caso se apresenta como trágico na medida em que dois princípios jurídicos fundamentais para o ordenamento jurídico, quais sejam, a proteção da vida e a dignidade humana da mulher, estão em colisão e um deles (proteção da vida do feto) é absolutamente preterido. No *leading case* em exame, excepcionou-se uma circunstância fática da incidência de uma norma clara e objetiva considerando a prevalência sobre tal interpretação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (dignidade humana) e sua autonomia (liberdade de fazer escolhas). Portanto, trata-se de um típico caso trágico, no qual houve a total desconsideração de um bem ou valor jurídico de maior relevância (o direito à vida do feto) em detrimento da prevalência de outros princípios no caso concreto (dignidade e liberdade).

Ao contrário do defendido por Atienza (1989), para a solução do *leading case* foi encontrada uma resposta correta pelos ministros do STF (uma vez que o critério de correção da resposta é a racionalidade da sua fundamentação) e a escolha foi realizada com fundamento no direito positivo, nos princípios da dignidade humana e autonomia (art. 1.º e 5.º da CRFB). Para a solução apresentada pelos ministros no HC 124.306/RJ foi utilizada a máxima da proporcionalidade, cujo resultado indicou que a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro é devida, porque, conforme enunciado no voto do ministro Barroso, (i) a criminalização não protege a vida do feto (adequação); (ii) existem meios que protejam igualmente o bem jurídico (feto) que são menos restritivos dos direitos das mulheres e (iii) a tipificação não se apresenta como justificativa a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Sem embargo da conclusão alcançada pela argumentação do voto do ministro Barroso, impende-nos destacar que a utilização da proporcionalidade, com referência à teoria de Alexy (2008), não foi correta. No contexto de seu voto, ao tratar da máxima da proporcionalidade, o ministro trata da adequação de se criminalizar uma determinada conduta, qual seja, a prática do aborto. Contudo, esta competência é conferida no Estado Democrático de Direito ao Poder Legislativo. Cabe ao Poder Judiciário a aplicação do direito positivo. É importante consignar a competência do Poder Judiciário para revisão de atos e omissões dos demais poderes, que sejam inconstitucionais ou ilegais, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos, que integra o princípio da separação de poderes. Além disso, a teoria de Alexy (2008) requer que na aplicação da máxima da proporcionalidade, sejam considerados os princípios em colisão no caso concreto. Os princípios em colisão no caso em análise são aqueles declaradores da dignidade humana (mulher) e da vida (feto).

Desta forma, segundo a teoria de Alexy (2008), ao contrário do afirmado por Atienza (1989), nos casos trágicos, assim como em qualquer caso levado ao Judiciário, é possível e devido encontrar a resposta correta. Afinal, o critério de correção é a racionalidade dos argumentos utilizados na fundamentação da decisão. Na hipótese de lacunas no direito positivo (casos difíceis), a resposta deve ser encontrada no discurso prático geral, do qual o discurso jurídico é um caso especial. No entanto, essa resposta deve ser adequada ao direito positivo, que é a fonte primária do direito no civil law, sistema/ brasileiro.

Conclui-se, assim, que quando se utiliza a teoria dos princípios, os dois problemas do conceito apresentado por Atienza (1989) são solucionados, quais sejam, a existência de uma resposta (1) correta no (2) ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable em el Derecho. Revista Espanola de Derecho Constitucional, ano 9, n. 27, set./dez., p. 93-110, 1989.

ATIENZA, Manuel. Los limites de la interpretación constitucional – de nuevo sobre los casos trágicos. Isonomía, n. 6, abr., p. 07-30, 1997.

ATIENZA, Manuel. As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em 02 mai. 2018.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais - Conteúdo, Princípio da Proporcionalidade e Efetivação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas , v. 27, p. 223-236, 2011.

TOLEDO, Cláudia. Hard Cases, Rationality and Transformation of the Legal Order. In: IVR - XXVIII WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, 2017, Lisboa. Anais... Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017. p. 01-12.