

19. TIPOS DE ARGUMENTOS EM CASOS DIFÍCEIS NUMA CORTE CONSTITUCIONAL

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Renato do Espírito Santo Rodrigues

Palavras-chave: Argumentação jurídica; casos difíceis; corte constitucional

A pesquisa originou-se do interesse pelo papel da teoria da argumentação na construção de julgados do Tribunal Constitucional brasileiro nos chamados casos difíceis. Cogita-se, então, tomando por base a teoria da argumentação desenvolvida por Robert Alexy, verificar os tipos de argumentos mais utilizados ou mais decisivos na fundamentação de casos difíceis no STF, adotando-se como corte temporal o período iniciado a partir da renovação massiva da sua composição na primeira década do século XXI até o ano de 2017. Com efeito, no período de 2002 a 2009, observou-se uma renovação superior a 60% (sessenta por cento) na composição do STF, ao passo que no decênio imediatamente anterior (1992 a 2002), a taxa de renovação não ultrapassara o percentual de 30% (trinta por cento). Pode-se dizer que, em outubro de 2009, com a posse do Ministro Dias Toffoli, estabilizou-se a composição majoritária da Corte, que persiste até os dias de hoje.

Estabelecer o objeto da pesquisa passa por, previamente, tentar consolidar um conceito de “caso difícil”, com fundamento nas contribuições doutrinárias mais conhecidas. Assim é que, para os positivistas, em tais casos haveria uma autorização implícita para que o julgador “criasse” uma regra de Direito voltada ao caso concreto (KELSEN, p.249), concepção da qual divergiu Ronald Dworkin, ao preconizar que em nenhuma hipótese estaria o juiz autorizado a tanto, eis que lhe caberia, com base em princípios, “revelar” a regra jurídica pertinente, ainda que ausente a expressa previsão no direito positivo (DWORKIN, p.81). Robert Alexy, por sua vez, ainda que concordando com a ideia de que os casos difíceis caracterizam-se pela insuficiência do direito positivo para a sua solução – o que levaria o julgador a buscar recursos nos argumentos morais, éticos e pragmáticos (ALEXY, 2010, p.24) -, discordou de Dworkin quanto à necessária existência de uma única resposta “correta”. MacCormick, por seu turno (MACCORMICK, p.197), vislumbrou que casos difíceis teriam origem em problemas de interpretação, relevância, prova ou de qualificação (enquadramento legal), abordagem a propósito da qual se aproximou Aulis Aarnio, ao avistar nos casos difíceis uma situação de incerteza quanto às premissas fáticas e normativas disponíveis (AARNIO, p.1). Manuel Atienza, por outro lado, entende que “casos difíceis” são aqueles em que se configura uma profunda divergência de soluções possíveis, dada uma necessária contraposição de princípios ou valores aplicáveis, a qual, no entanto, não inviabiliza o encontro de um ponto de equilíbrio (ATIENZA, 1989, p.99). Para Cláudia Toledo, por fim, em artigo recentemente apresentado, e ainda não publicado, “casos difíceis” são aqueles em que o intérprete ou aplicador da Lei se depara com uma antinomia, uma lacuna ou ambiguidade legal (TOLEDO, p.2). Entende-se que, à exceção da proposta positivista, por seu caráter eminentemente decisionista, todas as demais aqui veiculadas têm sua parcela de razão, na medida em que desvelam algum aspecto particularmente distintivo dos “casos difíceis”, quando contrapostos aos chamados “casos fáceis”. De todo modo, vislumbra-se útil, para efeito do presente trabalho, operar com a seguinte proposta de definição : caso difícil é aquele em que se constata uma incerteza quanto às premissas fáticas e/ou jurídicas, estas últimas decorrentes de uma ambiguidade, antinomia ou lacuna legal, situação que leva a um maior esforço argumentativo do intérprete ou julgador, não raro em direção a argumentos extrajurídicos (por exemplo, morais, éticos ou pragmáticos), de modo a viabilizar uma ponderação de princípios jurídicos, a qual resultará em pelo menos uma resposta correta, isto é, racionalmente fundamentada.

Assim é que, vislumbrada a incerteza empírica e normativa como característica própria dos casos difíceis, pretende-se selecioná-los na jurisprudência do STF a partir de dois parâmetros: a) os precedentes das súmulas vinculantes; b) os acórdãos publicados em processos que tramitaram no STF nos quais se realizaram audiências públicas. Ambos os critérios são tributários de elementos dos próprios dispositivos legais nos quais estão previstos. As súmulas vinculantes, consoante o art. 103-A da Constituição, terão por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca dos quais haja controvérsia atual e relevante – vale dizer, incerteza normativa. Já as audiências públicas podem, em tese, ser fontes de informações ou esclarecimentos a respeito de circunstâncias de fato – conforme previsto, por exemplo, no art. 9º, § 6º da Lei nº 9868/99. Afigura-se, portanto, que os parâmetros eleitos possuem, em tese, potencial de registros de casos difíceis, a ser confirmado caso a caso.

De posse do elenco de casos selecionados, trata-se de analisá-los tendo em mente a classificação dos argumentos desenvolvida por Robert Alexy: cânones de interpretação (semântico, histórico, teleológico, sistemático); argumentos dogmáticos; precedentes; formas de argumentos jurídicos especiais e elementos extrajurídicos (ALEXY, 2017, p.223). Desperta a atenção, nessa seara, a possibilidade de verificar eventual (ais) argumento (s) mais utilizado (s) e/ou mais decisivo (s) na fundamentação de casos difíceis, assim como examinar se a argumentação varia de acordo com o tema abordado (por exemplo, direitos fundamentais, administração pública, separação de poderes, meio ambiente, sistema tributário). Vislumbra-se como hipótese que, via de regra, os temas de direitos fundamentais acabam desvelando uma argumentação eminentemente principiológica, enquanto que em outras áreas a argumentação empírica (meio ambiente, por exemplo) ou consequencialista (separação de poderes) é que seria decisiva. Avista-se, ainda, a possibilidade de verificar, especificamente na jurisprudência do STF, uma tese formulada por Alexy: inexistindo material autoritativo específico ou sendo o material disponível prenhe de contradição ou ambiguidade (o que costuma ocorrer nos casos difíceis), o julgador acabaria se voltando para a argumentação prática geral (ALEXY, 2010, p.24). Advirta-se, porém, que a perspectiva da pesquisa é meramente a de contexto de justificação e não de contexto de descobrimento, nos sentidos apresentados por Reichenbach e empregados na teoria da argumentação jurídica por Atienza: contexto de descoberta como “*actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría*” e contexto de justificação, como “*el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez*” (apud ATIENZA, 2004). Com efeito, a preocupação da pesquisa não se direcionará ao modo como os juízes chegam às suas decisões, senão à maneira como as justificam.

O marco teórico adotado, portanto, parte da premissa alexyana de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, eis que apresentam características em comum: ambos têm por objeto questões sobre o que é permitido, ordenado ou proibido; e comungam de uma pretensão de correção, expressa na tríade asserção de correção, garantia de fundamentabilidade e expectativa de aceitação. Diferenciam-se na medida em que o discurso jurídico apresenta limitações próprias, decorrentes da institucionalização de seus argumentos - lei, jurisprudência e da dogmática (ALEXY, 2017, p.205). Não obstante, situações haveria em que o direito positivo não é suficiente para decidir um caso.

Dado o marco teórico acima explicitado, cogita-se desdobrar a pesquisa em duas seções: a primeira, de natureza teórica, com uma revisão da definição de argumento, da tipologia de argumentos formulada por Alexy e da definição de “casos difíceis”; a segunda seção, mediante pesquisa empírica do tipo qualitativo, sobre uma base de julgados do STF no período de 2009 a 2017, selecionados a partir dos critérios de identificação de casos difíceis propostos na seção teórica, vale dizer, incerteza a respeito das premissas normativas e empíricas. Para tanto, serão analisadas as ações já decididas pelo plenário do STF, no recorte temporal acima indicado (ou seja, entre outubro de 2009 e dezembro de 2017), em que houve designação de audiências

públicas (<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realiza>), bem como os precedentes que deram origem às súmulas vinculantes (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf). A seguir, proceder-se-á a um exame analítico dos julgados, mediante preenchimento de tabela-modelo, com discriminação das teses esgrimidas e dos argumentos que lhes serviram de suporte. Elaborar-se-á, por fim, quadro-resumo com demonstração da utilização dos argumentos mais frequentes em função dos diferentes temas abordados nos julgados. Por ocasião da comunicação oral, serão mencionados os resultados parciais da pesquisa.

Referências Bibliográficas

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht, Holland: D.Reidel Publishing Company, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Principais elementos da dupla natureza do Direito. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan/abr. 2010, p.09-30.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación. Universidad Externado de Colombia*. ISBN: 978-958-710-514-8 E-BOOK, 1997.

_____. *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica (Derecho & Argumentación n° 2) (Spanish Edition)*. Lima: Palestra Editores, 2004. Edição do Kindle.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos avançados do IEA/USP*, vol.3, n.7, São Paulo, set./dez.1989, pp.4-19.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6a ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003. Versão e-book para kindle.

TOLEDO, Cláudia. *Tragic cases: no correct answer?* No prelo.