

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

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

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

CASOS DIFÍCEIS NUMA CORTE CONSTITUCIONAL

HARD CASES IN A CONSTITUTIONAL COURT

Renato do Espírito Santo Rodrigues ¹
Cláudia Toledo ²

Resumo

O presente artigo propõe-se a estabelecer os elementos necessários para o conceito de caso difícil, bem como constatar como podem ser solucionados, tomando sempre como parâmetro a busca pela maior racionalidade possível. Para tanto, será revisitada a bibliografia pertinente de importantes autores de distintas correntes teóricas. Ato contínuo, serão examinados dois casos extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, oportunidade em que se aplicarão os critérios extraídos do conceito proposto para caso difícil.

Palavras-chave: Casos difíceis, Argumentação jurídica, Corte constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The current article intends to establish not only the necessary elements for the concept of hard case, but also verify how they can be solved, always taking as a parameter the search for the answer the most rational as possible. In accordance with this goal, relevant bibliography of important authors of distinct theoretical streams will be revised. Afterwards, two examples of Brazilian Constitutional Court will be examined, in order to apply the criteria taken from the proposed concept.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hard cases, Legal reasoning, Constitutional court

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil. Advogado.

² Professora Associada da Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil. Doutorado pela UFMG. Pós-Doutorado pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel, Alemanha.

Introdução

O que pode haver de comum entre um *habeas corpus* que discute o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos e um recurso extraordinário que versa sobre a influência do campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia sobre a saúde humana, além do fato de que foram julgados pelo mesmo pleno do Supremo Tribunal Federal? Haveria nexos de ligação entre casos de temática tão diferenciada? A resposta contida neste artigo é positiva. Ambos podem ser considerados “casos difíceis”.

Casos difíceis, ou *hard cases*, são velhos conhecidos dos tribunais. A seu propósito, muito já se escreveu, tanto na jurisprudência quanto na dogmática. Casos difíceis despertam interesse e até paixões por parte do grande público leigo. Nenhum juiz ou advogado desconhece a sua existência. Casos difíceis povoam sonhos ou pesadelos. Todavia, até hoje não se logrou detectar um conceito de contornos mais precisos, muito menos uma resposta clara à pergunta: o que fazer diante de um caso difícil? Subsiste até os nossos dias uma dificuldade analítica, empírica e normativa em relação aos casos difíceis: empírica, porque se carece de critérios seguros para a sua descrição, tais como aparecem no dia a dia forense; analítica, porque lhes falta uma solidez conceitual e sistemática; e normativa, porque não está claro o que se deve fazer para enfrentá-los.

No presente artigo, não obstante a ousadia da tarefa aqui proposta, apresentar-se-á um conceito de caso difícil que contemple os seus elementos necessários, a partir de certas contribuições doutrinárias; ato contínuo, buscar-se-á propor uma metodologia que facilite a resolução desses casos no âmbito judicial. Para alcançar esses objetivos, lançar-se-á mão de sucinta revisão bibliográfica. Por fim, serão analisados os discursos de justificação de dois casos julgados no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a título de confronto com o conceito apresentado. Com isso, espera-se contribuir de alguma forma para o melhor conhecimento do tema. Preliminarmente, porém, será necessária breve incursão no panorama histórico da discussão doutrinária sobre o tema, mediante menção às suas principais manifestações.

Evolução conceitual

As primeiras revoluções liberais da segunda metade do século XVIII e início do século XIX trouxeram consigo a promessa de universalização e concretização dos direitos fundamentais. Dito movimento, que veio acompanhado da positivação desses direitos, implicou para os novos Estados democráticos que daí surgiram, por outro lado, a obrigação de garanti-los ou implementá-los. Dita obrigação consubstanciou-se em muitos ordenamentos jurídicos na formalização do princípio formal da inafastabilidade da jurisdição. Ao Estado-Juiz, portanto, seria defeso escusar-se de decidir em qualquer caso que lhe fosse submetido.

Ocorre que nem sempre é fácil decidir um caso posto em juízo. Em certas ocasiões, o próprio legislador, ordinário ou constitucional, deixa certa margem de discricionariedade ao aplicador. Outras vezes, a indeterminação da norma não é intencional. Assim é que, a partir de uma posição inicial de certeza a respeito da infalibilidade e completude das legislações reformadas sob o influxo das revoluções liberais, doutrina e a jurisprudência evoluíram ao longo dos anos para chegar à conclusão de que, muitas vezes, os ordenamentos jurídicos são omissos, contraditórios e vagos. Como proceder, então, nesses casos?

Várias tentativas de responder a essa pergunta foram feitas na doutrina jurídica a partir da primeira metade do século XX, a começar por Kelsen, no capítulo oitavo de sua *Teoria Pura do Direito*. Naquela oportunidade, o jurista de Viena insurgiu-se contra a pretensão da possibilidade de haver, sempre, *uma única resposta correta* para todo caso. À doutrina caberia demonstrar as interpretações possíveis *dentro da moldura do direito*, mas nunca indicar aquela que pretensamente seria “correta”. Essa tarefa, prossegue Kelsen, estaria cometida àqueles que realizam a interpretação autêntica – vale dizer, o legislador e o juiz, os quais, cada um a seu modo, com maior ou menor discricionariedade, exerceriam não apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade. E ao indivíduo comum, não integrante da comunidade jurídica, restaria escolher a interpretação da norma que estaria a regular a sua conduta, mas desta feita por sua conta e risco, eis que essa interpretação não vincularia o órgão jurídico, que poderia, inclusive, considerá-la delituosa (KELSEN, 1998, p.247-250).

Segundo Dworkin, casos difíceis ocorrem quando inexistem uma clara regra jurídica a partir da qual seja possível fundamentá-los. De acordo com os positivistas, prossegue Dworkin, o juiz teria, então, uma discricionariedade para decidí-los num sentido ou no outro. É justamente em face dessa concepção que se levanta Dworkin. Para ele, cabe ao juiz “descobrir” os direitos que as partes processuais possuem, não “inventá-los” retrospectivamente (DWORKIN, p.81). Para tanto, deve, à maneira do juiz “Hércules”, lançar mão de todos os recursos cognitivos disponíveis – Constituição, leis, precedentes, concepções morais vigentes na comunidade política por ele integrada, etc... Enfim, ao juiz deve ser possível, sempre, encontrar o bom direito, não criá-lo a partir de uma moldura constituída por normas em tese aplicáveis. Para Dworkin, então, haveria, sim, uma única resposta “correta”, mesmo naqueles casos em que as leis e os precedentes não possibilitassem encontrar de plano uma norma claramente aplicável.

Alexy concorda de certa forma com Dworkin quanto à origem dos casos difíceis: eles ocorrem quando as leis, os precedentes e a dogmática não são capazes de determinar a resposta a uma questão jurídica. Nesses casos, diz Alexy, são necessárias valorações adicionais, as quais não se realizam no campo da argumentação prática geral (ALEXY, 2010, p.24). Todavia, diferentemente do que fora preconizado por Dworkin, nem sempre seria possível uma “única” resposta correta, embora sempre seja possível “ao menos” uma resposta correta e isso porque a tarefa do juiz “Hércules” somente poderia se dar sob os auspícios de uma condição ideal do discurso – ou seja, sem coação ou limitações de tempo. Nestas condições, poderia funcionar como ideia regulativa, embora utópica. E, avançando um pouco mais no terreno que vislumbrou propício para o deslinde de casos difíceis, Alexy resgatou a proposta de Habermas de classificação dos argumentos da razão prática: os argumentos pragmáticos, éticos e morais (ALEXY, 2010, p.25).

Mas o que poderia significar mais precisamente a relativa indeterminação do Direito, passível de ocasionar a insuficiência das leis e dos precedentes e, ainda, da dogmática, para a fundamentação dos casos difíceis? Para boa parte da doutrina, isso ocorre quando as leis e os precedentes são omissos na regulamentação do caso concreto; ou ainda quando as normas disponíveis não são suficientemente claras, ou são contraditórias: na primeira hipótese, poderia o intérprete ou julgador buscar uma solução na analogia; cuidando-se de falta de clareza, caberia recorrer aos métodos hermenêuticos (interpretação semântica, histórica, sistemática, teleológica); por fim, surgindo

contradição entre normas, tocaria ao juiz buscar remédio nos critérios de solução de antinomias (no caso de regras – critério cronológico, da especialidade ou hierárquico) ou na máxima da proporcionalidade - quando se tratar de colisão de princípios (TOLEDO, 2017).

Até este ponto, a resposta daqueles que se propuseram a examinar o tema limitou-se a vislumbrar a origem dos casos difíceis numa aparente perplexidade normativa. Sim, porque afirmar que um caso é difícil equivaleria a dizer, em última instância, que para justificá-lo não teria o jurista uma norma legal ou um precedente imediatamente à mão – como nas omissões, contradições ou ambiguidades do direito positivo. Esse conceito, todavia, deixava à margem uma outra série de casos em que a dificuldade residiria não nessa perplexidade normativa, mas sim em problemas relacionados ao material empírico a ser manejado pelo julgador. Veja-se, por exemplo, a situação do juiz que se deparasse com um caso em que os peritos por ele nomeados divergissem profundamente a respeito de uma determinada questão de fato. Ou um caso em que se fizesse presente uma questão situada nas fronteiras do conhecimento científico. Aqui, visivelmente a dificuldade teria origem em problemas de prova e ninguém em sã consciência poderia negar que esse juiz estivesse frente a frente com um caso difícil.

Outra resposta possível, a propósito das situações que dão origem aos casos difíceis, e que estaria mais atenta à ordem de problemas *retro* suscitada, seria a classificação proposta por MacCormick: casos difíceis têm origem em incertezas a respeito das premissas normativas e empíricas. A incerteza quanto às premissas normativas envolve problemas de interpretação e relevância; já a incerteza quanto às premissas empíricas diz respeito a problemas de prova ou de qualificação. Nos problemas de interpretação, não há dúvida quanto à norma a ser aplicada, mas sim quanto à melhor interpretação – o que pressupõe a existência de mais de uma interpretação razoável. Nos problemas de relevância, questiona-se se realmente há uma norma aplicável ao caso. Os problemas de prova, por óbvio, estão relacionados ao estabelecimento da premissa menor da justificação dedutiva, ou seja, a (in) certeza quanto aos fatos a serem apreciados. Por fim, nos problemas de qualificação, os fatos são conhecidos, mas há dúvida quanto ao seu enquadramento normativo. Consectário lógico dessa classificação seria o fato de que os métodos de resolução de casos difíceis poderiam variar, conforme a natureza do problema posto a desate.

Por fim, afigura-se útil registrar o posicionamento de Atienza a propósito dos casos difíceis: para ele, nessa hipótese, a racionalidade estrita já não seria suficiente para alcançar uma solução. Ao juiz ou intérprete caberia buscar num critério mais amplo, a razoabilidade, de modo a alcançar um ponto de equilíbrio entre exigências contrapostas, as quais podem representar valores ou princípios (ATIENZA, p.97).

Do exposto não é difícil concluir que existe mais de uma acepção para a expressão “caso difícil”. O mesmo pode ser dito, também, em relação às propostas metodológicas preconizadas para a sua solução, que variam do uso de um poder discricionário pelo juiz até o manejo de um determinado procedimento discursivo que, ao final, pode resultar em uma única resposta correta (não é demais repetir, aquela racionalmente fundamentada) até uma pluralidade de respostas corretas, envolvendo necessariamente, ou não, uma determinada ponderação de direitos. E existem até mesmo autores que vislumbram uma outra categoria – a dos casos trágicos, representada por aqueles em que não haveria sequer a possibilidade de alguma resposta correta, dada a essencialidade e a inderrotabilidade dos valores envolvidos. É o que pensa, por exemplo, Lariguet (LARIGUET, p.110).

Por um conceito de caso difícil

Sem a pretensão de criar algo totalmente novo sob o ângulo analítico, propõe-se aqui tentar unificar coerentemente aspectos que os principais autores já citados entenderam mais relevantes no tocante aos casos difíceis. Para esse efeito, reputa-se deixar desde já assentado o conceito trabalhado no presente artigo – inicialmente, no âmbito teórico; a seguir, sob o prisma prático, a partir do exame de casos.

Assim, entende-se que casos difíceis são aqueles em que o intérprete ou julgador se depara com incerteza a respeito das premissas normativas e/ou empíricas; nesses casos, será necessário desenvolver um esforço argumentativo maior na justificação das premissas que implicará, muitas vezes, lançar mão da ponderação de princípios, de argumentos empíricos e de argumentos da argumentação prática geral, dada a frequente insuficiência do discurso jurídico – leis, precedentes e dogmática. Por contraste, casos fáceis são aqueles em que as premissas são colhidas no direito positivo vigente

(legislação, nos países da *civil law*; precedentes, naqueles que adotam a *common law*); além disso, não há dúvida na justificação de tais premissas.

Veja-se que o conceito acima enunciado implicitamente sugere que o silogismo está presente em toda aplicação do direito. Silogismos são esquemas argumentativos em que é possível derivar inferências lógicas a partir de determinadas premissas. Na justificação interna, trata-se de explicitar todas as premissas e confirmar a correção formal da inferência. Fundamentar as premissas, por sua vez, é tarefa da justificação externa. Para sustentar premissas é necessário apresentar razões, argumentos. Quando tais argumentos são institucionalizados, estamos no terreno da argumentação jurídica.

Falar em incerteza a respeito das premissas normativas significa contemplar hipóteses de lacuna, contradição ou vagueza das normas. E acrescentaríamos: quando o entendimento a respeito de certa norma se modifica numa determinada sociedade. São incertezas a respeito da premissa maior do silogismo. Já a incerteza sobre as premissas empíricas corresponde aos tradicionais problemas de produção da prova, de insuficiência do conhecimento científico ou, ainda, quando os fatos são conhecidos, mas impera controvérsia a propósito de seu melhor enquadramento legal. Aqui a problemática dos casos difíceis está conectada à premissa menor do silogismo.

Falar em incerteza a respeito das premissas – normativas ou empíricas - significa, também, a possibilidade de mais de uma resposta “correta” para o caso difícil, isto é, uma resposta que levante uma pretensão de correção. Toda proposta de decisão jurídica levanta essa pretensão de correção. Isso decorre da natureza em comum de que desfrutam o discurso jurídico e o discurso prático geral. A pretensão de correção, de acordo com Alexy, implica: *a)* asserção de correção, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto ao procedimento adotado; *b)* garantia de fundamentabilidade, isto é, caso questionado, o falante deverá ser capaz de expor suas razões; *c)* por fim, uma expectativa de aceitação. Assim, num caso difícil haverá a possibilidade de mais de uma resposta racionalmente fundamentada, que gozará de uma razoável expectativa de aceitação por parte da comunidade jurídica.

Obviamente, a possibilidade de mais de uma resposta correta para um caso difícil deverá ser avaliada à luz das condições ligadas ao tempo e ao espaço. Um caso pode ser

difícil para um certo tribunal num determinado contexto histórico e não o ser em outro. Do mesmo modo, diferentes tribunais constitucionais podem ter diferentes visões a respeito do que seja um caso difícil.

Segundo Alexy, premissas do discurso jurídico podem ser enunciados do direito positivo, enunciados empíricos ou outros tipos de enunciados. Para sustentar um enunciado empírico, pode ser necessário recorrer a métodos científicos, regras de presunção racional ou de ônus da prova. Enunciados do direito positivo, por sua vez, dependem da demonstração da sua validade perante um determinado ordenamento jurídico. Todavia, nem sempre é suficiente lançar mão de tais premissas e argumentos. Pode ser necessário interpretar os enunciados do direito positivo através dos cânones hermenêuticos – argumento histórico, genético, sistemático, teleológico.

Não raro, todavia, subsistirá ainda a incerteza normativa, seja porque não há consenso sobre o número de cânones na dogmática, seja porque diferentes cânones costumam levar a resultados diversos. Uma das razões para que isso ocorra é a imprecisão dos termos utilizados no direito positivo. Bem por isso, o intérprete ou julgador frequentemente deve buscar apoio em outras fontes. Precedentes e dogmática são ótimos candidatos a esse papel: tanto quanto a legislação, desfrutam da condição de argumentos institucionalizados, que são construídos ao longo do tempo por uma comunidade de intérpretes e julgadores.

Casos difíceis, portanto, podem se resolver no âmbito do discurso jurídico, desde que predomine inicialmente uma situação de incerteza a respeito das premissas normativas ou empíricas. Mas, e quando os argumentos institucionalizados não bastam para espantar a incerteza a respeito das premissas normativas? E quando os elementos empíricos carreados para os autos também não proporcionam um assentamento seguro das premissas menores do silogismo jurídico? Aqui se chega ao limiar das possibilidades do discurso jurídico. Nesse ponto, resta ao julgador, diz Alexy, recorrer aos argumentos do discurso prático geral.

Veja-se que, no afã de justificar premissas, seja no âmbito do discurso jurídico, seja no plano do discurso geral prático, o intérprete ou julgador acaba desenvolvendo um maior esforço argumentativo. Esse esforço será tanto maior quanto mais implicar o

afastamento dos paradigmas do direito positivo até então praticados. Imagine-se, por exemplo, um julgado que venha a concretizar um *overruling* da jurisprudência dominante. Ou, ainda, uma decisão que venha a conferir uma interpretação restritiva conforme a Constituição a determinado dispositivo legal. Nessas condições, não é incomum que os julgados sejam extensos e que os julgadores se esforcem em fundamentar exaustivamente as decisões.

Cortes constitucionais costumam deparar-se com questões relativas a direitos fundamentais, bens coletivos e conflitos entre poderes e entes federativos. Por força desse perfil, não é raro tenham que sopesar os princípios envolvidos. É comum, então, que os casos difíceis resolvidos no plano constitucional sejam bons exemplos da aplicação da máxima da proporcionalidade.

Do exposto, conclui-se que o elemento central do conceito de caso difícil é a incerteza a propósito das premissas normativas (lacunas, omissões, contradições, ambiguidades) e das premissas empíricas (insuficiência dos elementos fáticos ou dificuldade em classificá-los). Isso leva a um maior esforço argumentativo, muitas vezes em direção a argumentos empíricos e argumentos práticos gerais.

A partir do conceito aqui proposto, chega-se a uma proposta de superação da dificuldade normativa em relação aos casos difíceis, apontada na introdução ao presente artigo, que deve guardar pertinência com o núcleo do conceito aqui esboçado, ou seja, a incerteza a respeito das premissas normativas e empíricas. Quanto às primeiras, há que se lançar mão prioritariamente dos argumentos tradicionais do discurso jurídico: material legislativo (em sentido amplo), cânones hermenêuticos, precedentes, dogmática. Constatada a insuficiência desses recursos, deve o intérprete ou julgador voltar-se para os argumentos do discurso prático geral, inclusive utilizando a máxima da proporcionalidade. No plano das premissas empíricas, deve-se buscar apoio no conhecimento teórico disponível, através de peritos e manifestações de pessoas com vivência na área pesquisada. Quanto a este último ponto, especificamente, será possível constatar no próximo tópico como os tribunais o têm enfrentado.

Casuística

Entende-se que uma proposta conceitual para os casos difíceis não pode prescindir da observação do que normalmente ocorre nos tribunais. Afinal, é lá que eles aparecem e ganham a atenção de intérpretes e julgadores. Nessa ordem de ideias, buscou-se detectar na legislação brasileira exemplos de normas que pudessem indicar possíveis casos difíceis, independentemente da opinião que este ou aquele julgador, doutrinador ou mesmo leigo, tivesse sobre o tema.

Tome-se, por exemplo, o disposto no art. 103-A da Constituição brasileira de 1988, que trata das súmulas vinculantes. Ali consta que o Supremo Tribunal Federal poderá aprovar súmulas de jurisprudência com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. Note-se que, a princípio, as súmulas vinculantes têm por objetivo dirimir eventuais controvérsias a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas – vale dizer, quando existe alguma *incerteza normativa*. E essa controvérsia, além de atual, deve ser tal que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Aqui teríamos em tese, portanto, uma boa fonte de pesquisa sobre potenciais casos difíceis.

Propõe-se, ainda, que a pesquisa sobre casos difíceis na jurisprudência pode tomar por base o disposto no art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99, que trata do processamento das ações declaratórias de constitucionalidade/inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Assim é que, caso o relator entenda que há necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos ou fixar data para, *em audiência pública*, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Nesses casos, a fonte de dúvidas do tribunal já não seria a interpretação, validade ou eficácia de normas, senão a própria matéria de fato relevante para o deslinde do feito. É dizer: estaríamos diante de potenciais *incertezas a respeito das premissas empíricas*. Aqui também o parâmetro legislativo serviria tão somente como indicador de possíveis casos difíceis, a serem examinados caso a caso.

Tomemos, por exemplo, o julgamento dos recursos e do processo de *Habeas Corpus* que serviram de precedentes para a edição, em 16 de dezembro de 2009, da Súmula Vinculante nº 25 do STF, cujo teor é o seguinte: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”. Trata-se dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e 466.343, além do HC 87.585. Pode-se dizer que, até aquela data, a jurisprudência dos tribunais brasileiros admitia majoritariamente a prisão civil do devedor-fiduciante, nos casos em que o bem financiado não era encontrado, como forma de compeli-lo a pagar a dívida. Do mesmo modo, era pacífico que cabia a prisão civil do depositário judicial, quando se constatava que o bem depositado havia se extraviado. Para esse último caso, o STF tinha até uma súmula persuasiva (nº 619: “*A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*”). Fundavam-se esses entendimentos em permissivo constitucional estampado no art. 5º, inciso LXVII da Carta de 1988: “*Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

Ocorre que, àquela altura, se instalara controvérsia no Supremo, já há alguns anos, a propósito dos efeitos da incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual previa como única exceção para a vedação da prisão civil por dívida a obrigação alimentícia, ficando implicitamente vedada, assim, a constrição individual do depositário infiel. Três correntes disputavam a preferência da dogmática constitucionalista: *a)* a tese do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; *b)* a tese da equiparação dos tratados internacionais (fossem quais fossem) à legislação infraconstitucional; e *c)* a tese da natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. A tese que gozava de maior prestígio no STF, há algumas décadas, era aquela que preconizava a equiparação dos tratados internacionais à legislação infraconstitucional de direito interno, sendo que eventuais conflitos deveriam ser solucionados à luz dos critérios normalmente utilizados pela hermenêutica – especialidade e temporalidade.

A par dessa polêmica havia outra, a propósito da natureza do depósito nos contratos garantidos por alienação fiduciária. Para certa corrente, tratava-se, primeiramente, de pura ficção jurídica, porquanto em momento algum o credor transferia

a posse do bem financiado ao devedor e, em segundo lugar, porque a ameaça da prisão civil do devedor era meio completamente desproporcional em relação ao fim que se dizia proteger. Para outros, todavia, cuidava-se de prestigiar o ato jurídico perfeito (a alienação fiduciária propriamente dita), sob pena de acarretar insegurança jurídica para os credores, com repercussão negativa na oferta dessa modalidade de financiamento no mercado e consequente prejuízo para os menos favorecidos, que perderiam o acesso a certos bens (principalmente, veículos) em virtude de restrições cadastrais.

Do exposto não é difícil concluir que a questão suscitada nos dois recursos extraordinários apontados, bem como no HC 87.585, envolvia *dupla incerteza a respeito das premissas normativas*: primeiro, quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, frente à Constituição e à legislação infraconstitucional; e o segundo, quanto à desproporcionalidade da medida constritiva. Sem dúvida alguma, estava em julgamento a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, que envolviam notável conflito de princípios constitucionais: de um lado, o princípio da dignidade humana e a vedação da prisão civil; do outro, a garantia do ato jurídico perfeito e da livre iniciativa. Para decidi-lo, os Ministros do STF lançaram mão de farta argumentação dogmática e principiológica, além da referência a dispositivos legais e constitucionais e precedentes, sem falar nos recursos aos tradicionais cânones de interpretação (argumentos sistemáticos, históricos e de direito comparado). Aqui, o caso difícil resolveu-se no âmbito da argumentação eminentemente jurídica.

Tome-se agora o que restou decidido no Recurso Extraordinário nº 627.189, julgado em junho de 2016, versando constitucionalidade de regulamento de agência reguladora sobre padrões mínimos de influência do campo eletromagnético a serem observados na instalação de linhas elétricas de transmissão. Nesse julgamento, estavam em jogo o princípio da precaução, que assume especial relevância em matéria ambiental, e o princípio da legalidade, por força do qual ganharia predominância o parâmetro eleito pela autarquia federal investida de sua competência regulamentadora. Nesse caso, assumiram especial relevo os dados empíricos colhidos na audiência pública designada pelo relator. Por certo que se discutia a norma aplicável, mas a incerteza tinha origem nitidamente nos elementos fáticos, no conhecimento científico disponível. Nesse plano, os argumentos extrajurídicos não podiam mesmo deixar de ganhar destaque. Tanto argumentos técnicos quanto argumentos econômicos foram abundantemente esgrimidos

pelas correntes que se formaram no decorrer do julgamento e o estado de incerteza acabou por se refletir no placar da votação: seis votos a favor da constitucionalidade da legislação da agência reguladora; quatro, a favor da manutenção da decisão do tribunal estadual, que adotara um parâmetro mais rigoroso; e uma abstenção. Pode-se dizer, também, que a máxima da proporcionalidade assumiu importante papel na ponderação de princípios.

Ainda sobre os casos em que impera incerteza a respeito das premissas empíricas, afigura-se interessante anotar que a legislação processual vem procurando incorporar métodos ampliativos do debate, de modo a enriquecê-lo. É o caso, por exemplo, da previsão de realização de audiências públicas e de oitiva dos “amigos da Corte” – *amici curiae* -, a par dos recursos tradicionais de coleta de prova pericial. Assim, não apenas as partes processuais e os especialistas teriam assento na discussão, mas também os atores relevantes em determinada comunidade de interesses específicos.

Conclusão

Viu-se, ao longo do presente trabalho, que o conceito de caso difícil varia muito na bibliografia pertinente. Pode-se dizer que vigora certa imprecisão empírica, analítica e normativa. Por outro lado, cada um dos conceitos compulsados colocou em relevo determinado aspecto importante dos casos difíceis. Por esse motivo, optou-se por propor um conceito que unificasse os elementos considerados necessários para a definição aqui proposta. Nessa linha, entendeu-se que o elemento essencial ao conceito de caso difícil é a incerteza a respeito das premissas normativas e empíricas. Essa dificuldade atrairia um maior ônus argumentativo para o intérprete ou julgador, com o conseqüente recurso a uma variedade de tipos de argumentos, muitas vezes além dos limites da argumentação jurídica, com frequente utilização da máxima da proporcionalidade.

O conceito proposto para casos difíceis apresenta as seguintes vantagens: sintetiza a origem da ambigüidade, contradição, lacuna ou defasagem legislativa (incerteza sobre as premissas normativas); ressalta outra causa de casos difíceis, facilmente observável na prática (incerteza sobre as premissas empíricas); e substitui a vaga noção de razoabilidade pelo recurso ao conceito mais preciso de argumentação prática geral, sem perder de vista a importância do silogismo jurídico para as decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em: 05 Abr. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8041>.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Sobre lo razonable en el Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, n.27, setembro-dezembro de 1989.

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

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

LARIGUET, Guillermo. *Conflictos trágico genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica*, in , in ISONOMÍA: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho, nr.24/abril de 2006, p.93-113.

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?* . XXVIII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Lisboa, 2017, p.01-12.
file:///C:/Users/toled/Google%20Drive/Documentos/Publica%C3%A7%C3%B5es/IVR%20-%20Anais/2017/Hard%20Cases,%20Rationality%20and%20Transformation%20of%20the%20Legal%20Order.pdf