



TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A PRÁTICA DISCURSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Metodologias Analíticas e Estudo de Casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF)

THEORIES OF LEGAL ARGUMENTATION AND THE DISCURSIVE PRACTICE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Analytical Methodologies and Case Studies (AC 4.070/DF and ADI 5526/DF)

Teresinha Inês Teles Pires

Doutora em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (2016). Estudos de doutoramento na American University Washington College of Law (2013-2014). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1994). Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás (1989). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1988). Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (desde 1996). Membro associado do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (2016).

Resumo

O presente artigo tem a intenção de expor, em linhas gerais, os fundamentos e as metodologias da argumentação jurídica, cujo propósito consiste em sedimentar um modelo racional de interpretação das leis, capaz de combater o decisionismo e a arbitrariedade judiciais. Em um breve estudo das teorias de Robert Alexy, Neil MacCormick e Klaus Günther, serão esboçados os aspectos convergentes e divergentes de suas premissas e as questões relacionadas à justificação objetiva das decisões jurídicas. Na parte final, serão analisadas, à luz dos critérios lançados pelas mencionadas teorias, duas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de aperfeiçoar as principais razões adotadas pelos juízes e problematizar os acertos e desacertos argumentativos que podem ser extraídos dos seus votos.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Justificação de decisões. Estudo de casos.

Abstract

This article intends to expose, in general lines, the grounds and methodologies of legal argumentation, whose purpose is to establish a rational model of interpretation of laws capable of combating judicial decisionism and arbitrariness. In a brief study of the theories of Robert Alexy, Neil MacCormick, and Klaus Günther, it will be outlined the convergent and divergent aspects of their premises and issues related to the objective justification of legal decisions. In the final part, in the light of the criteria set forth by the aforementioned theories, two lawsuits judged by the Federal Supreme Court will be analyzed, with the purpose of perfecting the main reasons adopted by the judges and problematizing the correct answers and argumentative mistakes that can be extracted from their votes.

Keywords: Legal argumentation. Decisions justification. Case Studies.

1 INTRODUÇÃO

As questões relacionadas às estratégias de argumentação jurídica apresentam-se como uma intrincada problemática de caráter interpretativo. A partir dos padrões de análise constitucional introduzidos pelas doutrinas pós-positivistas¹, a compreensão das leis, particularmente, no juízo de aplicação, passou a incorporar exigências derivadas dos princípios e valores morais subsumidos ao sistema normativo, bem como das circunstâncias empíricas dos casos concretos.

Os principais autores que se debruçam na busca de um modelo discursivo íntegro, adequado para justificar as normas e decisões, na seara do direito, estabelecem importante diálogo entre si, mas apresentam, também, antagonismos que

¹ Em linhas gerais, a doutrina pós-positivista conduziu à resignificação do conceito do direito, com a superação da dicotomia anterior entre jusnaturalismo e positivismo. Em contraposição ao dogmatismo racionalista do direito natural e ao formalismo do positivismo jurídico, o pós-positivismo preocupou-se com a formulação sistemática de regras de interpretação jurídica, haja vista a insuficiência dos métodos tradicionais, sustentados na pura literalidade do texto legislativo. Para o aprofundamento sobre o tema, consulte-se, dentre outros autores, DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge/Massachussets: Harvard University Press, 1977/1978; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na modernidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

precisam ser debatidos, com o propósito de melhor delinear as premissas do raciocínio jurídico. Diante da divergência, e até colisão, entre as várias razões justificadoras das decisões, especialmente, no tocante à harmonização entre os poderes instituídos, qual é o papel da argumentação jurídica? Há, ainda, espaço investigativo para afirmar que a prática do direito não pode perder de vista sua vinculação a critérios objetivos de análise e formação do juízo, que reduzam o âmbito de arbitrariedade no julgamento dos casos concretos?

Diante de tais indagações, esse trabalho apresentará algumas das teses mais representativas do estudo da especificidade do raciocínio jurídico, em sua relação com o raciocínio moral, e suas respostas na configuração de um procedimento de argumentação que sustente metodologias consistentes para a legitimação das decisões jurídicas. O enfoque será crítico, no sentido de se explicitar, também, as ineficiências de cada uma das teorias, de modo a se pensar nos novos passos a serem dados pelas teses da argumentação jurídica. Além disso, pretende-se refletir, através do estudo de casos específicos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da forma em que se desenvolve a argumentação dos operadores do direito no processo de concretização normativa, ou seja, quais os padrões e incoerências observáveis no julgamento de determinados casos.

Escolheu-se discutir, inicialmente, (i) a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, tendo em vista as diversas dimensões desenvolvidas pelo autor, no tocante ao assunto, sedimentadas na relação entre o discurso da razão prática em geral e o discurso jurídico; (ii) em seguida, serão explicitados os critérios apresentados por Neil MacCormick para direcionar a justificação das decisões judiciais, cuja abordagem compatibiliza o reconhecimento da tese positivista da validade das leis com os requisitos da coerência e da consistência sistêmica; (iii) serão estudadas, ainda, a distinção feita por Klaus Günther entre fundamentação e aplicação do sistema normativo e sua concepção sobre o princípio da coerência no âmbito da concretização das leis; (iiii) por fim, propõe-se analisar dois casos julgados, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais se verifica uma mudança de posicionamento em matéria de interpretação constitucional, com o objetivo de, em um viés crítico, sopesar a aplicabilidade das teorias discutidas neste trabalho à prática argumentativa judicial.

2. O DISCURSO DA RAZÃO PRÁTICA EM GERAL E O DISCURSO JURÍDICO: A TESE DE ROBERT ALEXY DO CASO ESPECIAL

A teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy, considerada teoria padrão no debate contemporâneo sobre a justificação racional das decisões normativas², propõe a tese de que o discurso jurídico é uma especificação do discurso prático em geral, por conter, em seus propósitos, a pretensão de se alcançar um juízo de correção. Trata-se de um “caso especial”, na visão do autor, considerando que o discurso jurídico está limitado às diversas pré-compreensões do Direito, tais como a lei, os precedentes e a dogmática. Esta seria, aliás, a principal característica do discurso jurídico, em comparação ao discurso prático em geral, sua necessária vinculação ao direito vigente. Não basta, portanto, fundamentar a racionalidade dos enunciados jurídicos, com base nos princípios e regras da razão prática, havendo-se, também, que justificar sua correspondência ao ordenamento vigente (ALEXY, 2011a, p. 31, 210-12).

De início, ressalta clara a compreensão no sentido de que, para Alexy, não se pode prescindir das regras da razão prática (discurso moral) na fundamentação do discurso jurídico. Para facilitar o entendimento do leitor, esclareça-se que Alexy procura demonstrar a veracidade de sua tese do “caso especial”, da seguinte maneira: i) constata que as regras gerais da razão prática, embora necessárias, não definem quais as melhores premissas das quais deve partir o raciocínio jurídico, o que, em princípio, se mostra insatisfatório, no tocante ao juízo de correção das decisões; ii) a racionalidade do discurso jurídico está limitada pela racionalidade do sistema legislativo; iii) a justificação do discurso jurídico submete-se ao princípio geral da universalização (igualdade formal); iiiii) as regras especiais do discurso jurídico dependem das regras do discurso geral, consolidando-as em seu processo de diferenciação; iiiiii) o caráter racional da argumentação jurídica impõe que se estabeleçam regras internas para o seu desenvolvimento (ALEXY, 2011a, p. 279-5).

A preocupação de Alexy em diferenciar a moral e o direito é um passo significativo na resposta à indagação central trazida pelas teorias argumentativas, que tentam traçar critérios que orientem a fundamentação correta das decisões dos operadores do direito. Alexy aponta uma vinculação necessária entre o discurso da moral e o do direito, mas sua investigação concentra-se na caracterização da especificidade do direito, chamando a atenção para sua dimensão institucional. A partir

² Conforme destaca Manuel Atienza: “Dentre as diversas teorias que surgiram nestes últimos anos, duas – elaboradas por Neil MacCormick e por Robert Alexy – são, na minha opinião, as que têm maior interesse e talvez também as que foram mais discutidas e alcançaram maior difusão” (ATIENZA, 2014, p. 132).

daí, torna-se possível delinear padrões de raciocínio jurídico, peculiares à funcionalidade da prática decisório-interpretativa (ALEXY, 2011a, p. 200 e 281).

Por certo, Alexy reforça, com uma contribuição irrecusável, a tese de que não se pode renunciar ao delineamento de critérios de argumentação jurídica, pois, se isso não fosse possível, o alcance da prática judicial seria, em muito, reduzido. Não se poderia, por exemplo, por em questão o aspecto da justiça e da racionalidade das leis. A lacuna, derivada do perfil vago de enunciação de várias leis, não poderia ser preenchida pelo exercício interpretativo dos juízes. Alexy se esforça na afirmação da indispensabilidade de um discurso jurídico racional, para a solução mais adequada dos casos jurídicos. Inicialmente, indica critérios de análise normativa, para as decisões judiciais; em seguida, recorre às valorações, para os casos em que aqueles critérios não forem suficientes; e, por fim, tenta indicar elementos capazes de fundamentar essas mesmas valorações, que seriam, em síntese, a consideração das normas jurídicas existentes no sistema e as discussões precedentes a respeito do seu conteúdo (ALEXY, 2011, p. 23-7, 39-40 e 286).

Alexy elabora, assim, uma vertente marcadamente racionalista de sustentação das decisões jurídicas. O problema é que, embora a tese do “caso especial” possa auxiliar a estabelecer padrões objetivos de interpretação jurídica, nem sempre é capaz de resolver, do ponto de vista metodológico, as divergências que surgem em contextos nos quais não se obtém um consenso. Uma coisa é demonstrar que as regras do discurso jurídico pressupõem as regras do discurso prático em geral; outra coisa é demonstrar que isso confere a desejada solidez às decisões proferidas nas ações judiciais.

O autor deixa, ainda, em aberto alguns paradoxos da argumentação. Por exemplo, sua conhecida técnica do sopesamento e da otimização, aplicável na hipótese de colisão de normas, princípios ou valores, não garante o acerto das decisões³. Muitas vezes, ela até amplifica as possibilidades discursivas, de modo que enunciados antagônicos se revelem, igualmente, justificáveis. Certamente, Alexy não

³ Segundo Alexy, nas situações de colisão, o princípio da proporcionalidade impõe que sejam ponderados todos os interesses envolvidos no caso concreto, a fim de assegurar o reconhecimento de todos na maior medida possível. Nesse sentido, nenhum dos direitos reclamados, nenhum dos valores afirmados pelas partes divergentes, recebe aceitação total, mas cada um deles é assegurado no grau máximo, ou seja, sob a ótica da “otimização (cf. ALEXY, 2011b, p. 91-102 e 116-120). Em tal hipótese, decisões divergentes são aceitáveis como sendo, ambas, compatíveis, com as regras de raciocínio jurídico (ALEXY, 2011a, p. 117-8); vale dizer, dois enunciados antagônicos podem ser, igualmente, válidos e a escolha por um deles deve atender à importância a ser concedida aos direitos, eventualmente, colidentes entre si.

fala em certezas, e sim em critérios de correção, os quais não estancam as “inseguranças jurídicas”, sendo que uma decisão tem sempre estatuto provisório. Mas isso não quer dizer que as respostas possam ser igualmente sustentáveis, o que reduziria, bastante, o alcance das regras de argumentação.

Com a tese do “caso especial”, Alexy pretende limitar as possibilidades discursivas da prática do direito, sendo esse o motivo pelo qual a racionalidade prática, em sentido amplo, não é adequada, pois a resposta depende das premissas que são adotadas (diferentes premissas levam a diferentes resultados). Desse modo, o autor sustenta a potencialidade da técnica do sopesamento e do princípio da otimização como estratégias suficientes para a refutação do decisionismo, cético em sua essência (ALEXY, 2011, p. 165). No entanto, ao atribuir aos seus critérios de correção margem larga de argumentação corre o risco de legitimar uma amplitude discursiva quase equiparada à que destaca nos juízos práticos em geral. Em outros termos, o método do sopesamento não se mostra eficaz na perspectiva de estreitar padrões analíticos de correção jurídica. Se, muitas vezes, mais de uma solução se mostra racionalmente aceitável, a teoria de Alexy, como questiona Manuel Atienza, deveria fornecer alguma noção de “razoabilidade” que justificasse a escolha por uma ou outra das possíveis interpretações (ATIENZA, 2014, p. 247), e não, apenas, considerar divergentes decisões como sendo igualmente válidas.

Essas dificuldades não retiram a importância da teoria de Alexy, que coloca o Direito em face da necessidade de construção de uma perspectiva sistemática, em seu procedimento de concretização das leis. É notável a importância do parâmetro introduzido por Alexy da limitação das possibilidades discursivas do Direito, a fim de que as decisões sejam as mais corretas e justas possíveis. A argumentação jurídica está limitada às categorias da dogmática jurídica, dos precedentes e das próprias leis (ALEXY, 2011a, p. 284-5). No caso dos precedentes, por exemplo, para que uma decisão resulte na reversão de um entendimento anterior, é preciso que esteja suportada em circunstâncias novas, sob pena de ser questionável sua validade. A prescritividade de regras racionais de argumentação e as restrições impostas pelo sistema afastam o Direito do relativismo decisionista. Não se pode dizer, portanto, que uma teoria sistêmica acerca do ato de interpretar não tenha valor; ao contrário, é o ponto de origem da confiabilidade dos procedimentos das instituições jurídicas. Mas não é ponto de chegada.

Não só os defensores da existência de uma única resposta correta, na linha de Dworkin⁴, mas também os que não aceitam tal tese, como Alexy, intencionam estabelecer estratégias, as mais adequadas possíveis, para se chegar a um juízo de correção jurídica. Tais autores acreditam ser possível defender padrões objetivos de argumentação jurídica. Concordam, ainda, com a ideia de que não existem padrões metajurídicos apropriados para conduzir a prática interpretativa. Todavia, para avançar no aprofundamento de garantias da estabilização e da coerência do Direito, é preciso assentar análises jurídicas mais abrangentes, que refutem, de modo mais aprofundado, as teses relativistas e que indiquem parâmetros para se justificar a escolha por uma das decisões possíveis, em cada caso sob julgamento.

3. A CONCEPÇÃO DE MACCORMICK DA PRÁTICA ARGUMENTATIVA JUDICIAL

Outro autor paradigmático na esfera das teorias da argumentação jurídica é Neil MacCormick, que, assim como Alexy, defende a necessidade da justificação das decisões jurídicas, propiciando avanços essenciais no estabelecimento de uma tipologia normativa de argumentação, em sua diferenciação dos moldes da argumentação teórica. Alexy, como se viu na seção anterior, destaca-se por sua visão sistemática, e por enfatizar a perspectiva procedimental e universalizante do discurso prático. MacCormick dedica-se, mais diretamente, aos problemas imanentes à prática jurídica, sobretudo, à argumentação judicial, consubstanciada na análise dos casos concretos (ATIENZA, 2014, p. 8, 173 e 187). Além disso, ao não se apoiar em padrões elásticos como os do sopesamento e da otimização, como faz Alexy, atribui maior espaço ao método da razoabilidade das decisões.

Por tratar-se de jurista originário de um país anglo-saxão, MacCormick segue critérios próprios do sistema da *common law*, não se preocupando com a precedência das estruturas da razão prática em geral na composição do discurso jurídico. Porém, reconhece a dimensão normativa do direito, portanto, sua relação com as regras do raciocínio prático. Em um viés pós-positivista, pressupondo-se a existência de valores inseridos no ordenamento jurídico, o autor defende que o processo de justificação legal não dispensa a operacionalidade de padrões morais de análise. Destaca, porém, que na resolução das disputas judiciais é preciso considerar a especificidade dos padrões

⁴ Sobre a tese de Dworkin da existência de uma única resposta correta para cada caso jurídico, consulte-se, de sua autoria, *Law's Empire*, 1986, p. 245-9;

metodológicos das normas jurídicas. Quer dizer, uma argumentação puramente moral e uma argumentação legal, que se estruture também moralmente, não resultam nas mesmas respostas (MACCORMICK, 2005, p. 21).

MacCormick afirma que a lógica dedutiva, aplicada por meio do método da subsunção (fatos/normas), tem papel importante na análise jurídica, mas é insuficiente para justificar a maioria das decisões judiciais, pois quase todos os textos legislativos possuem certo grau de vagueza e admitem mais de uma interpretação. Assim, argumentos adicionais são necessários para a resolução adequada das questões apresentadas, como os argumentos de princípios, a analogia e a consideração dos fins visados pela lei (MACCORMICK, 2006, p. 67, 86-7 e 302-3).

Em linhas gerais, os pressupostos do conceito do Direito, na forma pensada por MacCormick, são os mesmos assumidos por Alexy. Para ambos, o direito está vinculado, em sua essência, às normas institucionais. Igualmente, para ambos, as leis nem sempre são suficientemente claras, devendo ser interpretadas através de argumentos sustentáveis. Não sendo suficiente o argumento dedutivo, em caso de obscuridade do texto legislativo, a argumentação passa a ocupar papel primordial na justificação das decisões (MACCORMICK, 2005, ch. 9, p. 6, 9 e 16).

No juízo de aplicação, ao perceberem que as regras aplicáveis ao caso, em questão, não são claras, ao ponto de tornarem prescindível o apelo às estratégias interpretativas, os juízes, utilizando-se do método sistemático, irão apurar o raciocínio jurídico em busca, primeiramente, da existência de outras regras, ou decisões prévias, que possam ser utilizadas, analogicamente, na regulamentação dos fatos em análise. Em seguida, os juízes devem buscar os “*princípios gerais*” (“*general principles*”), sob cuja normatividade as circunstâncias do caso se enquadrem. De qualquer jeito, impõe-se a compatibilidade da decisão com o conjunto das regras estabelecidas (MACCORMICK, 1978, p. 110).

Nessa visão, MacCormick defende que a validade das leis não se esgota na faticidade institucional de sua promulgação. Por tal razão, elas podem ser revistas por meio das decisões judiciais. O que é o mesmo que dizer que o direito, como instituição social, e a teoria da argumentação jurídica se mesclam na prática jurisdicional, através de uma “*interpretação construtiva*” (“*constructive interpretation*”) do conteúdo das leis. MacCormick admite, com suporte no método sistemático de interpretação, que as leis possuem um âmbito de normatividade aberto à penetração de elementos discursivos

capazes de levar à modificação do seu significado, em consideração a fatores externos ao teste puro, esboçado em seu comando literal (BUSTAMANTE, 2010, p. 711 e 719).

Observa-se que, na abordagem sistemática, a mais abrangente, os três fatores de avaliação principais são a consistência, a coerência, e a analogia, todos eles relacionados às regras positivadas, como um todo, e aos princípios gerais. O argumento da consistência advém da categoria lógica da não contradição. O argumento da coerência, menos simplista, pressupõe a noção de que determinadas normas jurídicas, se tomadas em conjunto, possuem sentido em sua integralidade. Assim, um grupo de regras jurídicas pode ter consistência, entre si, e não ser coerente, na esfera de sua aplicação conjunta a um caso jurídico. A analogia é importante no aperfeiçoamento da compreensão da lei, por meio da extensão do seu conteúdo a novos fatos não regulamentados (MACCORMICK, 2005, cap. 10, p. 3-4 e 40).

O problema do conflito de normas e princípios também é objeto de reflexão por parte de MacCormick, e, igualmente, a dificuldade de se definir, dentre várias decisões possíveis para um caso jurídico, qual delas deve ser escolhida. Não escapa ao autor, assim como a Alexy, que, muitas vezes, a decisão pode se direcionar a favor de uma parte ou da parte contrária, com base em argumentos distintos. MacCormick não trabalha com os princípios de Alexy da otimização e ponderação das normas jurídicas. Procura, diferentemente, estabelecer uma teoria dos princípios, na qualidade de estratégia interpretativa, segundo a qual eles teriam a função de racionalizar e justificar as regras jurídicas, no juízo de aplicação. Para MacCormick, a normatividade dos princípios não se equipara à das regras, tal como concebido por Dworkin e Alexy, pois são, em suas palavras, “normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema” (MACCORMICK, 2006, p. 198).

No julgamento dos casos, aduz MacCormick, os juízes desenvolvem argumentos de princípios, argumentos analógicos, consequencialistas⁵, e exame dos precedentes judiciais, a fim de justificar a aplicação da lei, no sentido de determinar sua melhor interpretação no contexto do sistema e da coerência jurídicas. Em alguns

⁵ Ressalte-se que o padrão teleológico, formulado por MacCormick, segundo o qual se deve dar a devida ênfase aos efeitos concretos (consequências) de uma decisão judicial, não tem sua dimensão restrita às partes e ao caso particular em questão, mas alcança, em acréscimo, a preocupação com os consectários interpretativos da decisão, sob o enfoque da doutrina dos precedentes. Em outros termos, o argumento consequencialista coloca aos juízes o dever de sopesar o “*estatuto normativo*” (“*normative status*”) da decisão e as consequências da “*ratio decidendi*” adotada no julgamento dos casos futuros (SPAACK, 2007, p. 354-5). Com efeito, a escolha por uma interpretação da lei, em detrimento de outra, produz implicações práticas não somente em relação à acomodação dos fatos envolvidos nos casos em julgamento, mas também na criação de grades analíticas para a utilização dos testes de constitucionalidade, que poderão adquirir, a partir daí, o caráter de padrões universalizáveis.

casos, argumentos de princípios devem sobrepor-se a precedentes, de maneira a que a jurisprudência se caracterize por uma certa maleabilidade, necessária diante de novos casos que tragam circunstâncias diferenciadas, em relação às apresentadas em casos julgados previamente. Tanto princípios quanto precedentes estão sujeitos a permanente aplicação de novos testes argumentativos. Para legitimar uma “decisão inovadora”, por exemplo, tem-se que adicionar aos testes dos princípios fortes raciocínios consequencialistas”. Nunca um juiz pode decidir arbitrariamente, sem suporte em fundamentos legais, ainda que se apoie em consideráveis “razões de justiça”. Em suma, a argumentação jurídica, sedimentada nos testes dos princípios, na analogia e em razões consequencialistas tem, como condição limitante, o texto legislativo. (MACCORMICK, 2006, p. 202, 207-8, 213 e 216).

MacCormick estabelece uma hierarquia entre normas (leis) e princípios, em termos de validade. Entende que as normas, ao contrário dos princípios, têm caráter compulsório. Os princípios, por mais assentados que estejam no sistema e na jurisprudência, podem ou não ser aplicados aos casos particulares (MACCORMICK, 2006, p. 230). Nisso, sua doutrina difere, claramente, das doutrinas de Dworkin e de Alexy, especialmente, o primeiro, cuja crítica ao positivismo jurídico consiste, justamente, na proposição de que princípios e regras são dois padrões, igualmente, vinculantes no juízo de aplicação.

Em primeira análise, pode-se pensar que MacCormick constrói mecanismos de avaliação, capazes de indicar a incidência, ou não, de um princípio, ou da analogia com casos anteriores, no julgamento dos casos particulares. O que se conformaria à intenção de Alexy de reduzir a dimensão discursiva do direito, fornecendo uma fundamentação mais objetiva das decisões judiciais. E MacCormick, efetivamente, preocupa-se, sobremaneira, com as condições limitantes da interpretação das leis por parte dos juízes. Mas, ao conferir aos princípios e à analogia caráter não vinculante, produz, em certos casos, maior âmbito de arbitrariedade judicial, reduzindo o alcance da coerência jurídica. Um juiz pode amparar-se, por exemplo, na analogia, para julgar um novo caso, mas não é obrigado a segui-la, mesmo estando presente o requisito da semelhança. Ademais, como se sustentaria, na visão do autor, a supremacia das normas constitucionais, quando, por exemplo, uma regra legislativa fere um princípio constitucional? Nesse caso, dificilmente se admitiria que um princípio, em sua generalidade, pudesse ser fundamento exclusivo da modificação da lei infraconstitucional. Assim, ao enfraquecer a força vinculante dos princípios,

MaCormick enfraquece, igualmente, a dimensão da racionalidade/razoabilidade das decisões, aumentando as incertezas jurídicas, tal como ocorre com a utilização do método de Alexy do sopesamento dos princípios.

3. A DISTINÇÃO DE GÜNTHER ENTRE JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: O PRINCÍPIO DA COERÊNCIA JURÍDICA

A visão de Alexy e MacCormick produzem alguns paradoxos na prática argumentativa, que dificultam a delimitação dos critérios de correção dos enunciados jurídicos. Os princípios da coerência e da consistência, pouco trabalhados, sobretudo, por Alexy, adicionam razões importantes na limitação da arbitrariedade judicial. No que pese MacCormick defender que a coerência sistêmica é imprescindível, enquanto fator de avaliação na tomada de decisões jurídicas, não sustentou, suficientemente, sua essencialidade na delimitação da razoabilidade das escolhas dos juízes por uma ou outra interpretação das leis. Quanto a tal questão, a teoria da argumentação de Klaus Günther fornece elementos bastante esclarecedores, no tocante aos juízos de correção jurídica.

O ponto de partida de Günther é a diferenciação entre a fundamentação da validade das normas morais, em abstrato, e sua aplicação aos casos concretos. As razões utilizadas para legitimar os critérios de correção, nas duas esferas, não são as mesmas. Em relação à validade das normas, o princípio da universalização é utilizado com suporte nas premissas puras da racionalidade prática; já no juízo de aplicação, é necessário levar em conta as circunstâncias particulares de cada caso (GÜNTHER, 2011, prefácio, p. VIII e IX).⁶

No discurso de validade, pressupõe-se que todas as circunstâncias de uma situação prática são constantes. No discurso de aplicação, as circunstâncias podem ser distintas, em cada caso. Exige-se, na aplicação, que todas as circunstâncias da situação concreta sejam levadas em consideração. Nesse ponto, Günther esclarece que tal argumento não significa refutar a validade da norma, e sim determinar se sua aplicação, em dada situação, é adequada ou não. Ou seja, não se trata, na aplicação,

⁶ Nessas passagens, Günther toma por exemplo o caso clássico discutido por Kant, cuja doutrina considera o ato de mentir como um ato moralmente incorreto, independentemente das circunstâncias. Sendo assim, não se poderia, por exemplo, proteger pessoas perseguidas contra seus perseguidores, ainda que sejam as primeiras inocentes e os segundos cruéis. Para Günther, ao contrário, a situação impõe que se esconda o inocente, tornando o ato de mentir, no caso, moralmente justificável.

de determinar se uma norma é válida ou não. O juízo de correção reside, aqui, na análise da adequação da norma à situação (GÜNTHER, 2000, p. 90 e 93). Uma norma válida, em circunstâncias abstratamente concebidas, pode mostrar-se inadequada, diante de circunstâncias concretas, particulares a contextos fáticos não previstos na norma.

Essa distinção traz consigo referencial importante no aumento da consistência de metodologias argumentativas. Pôde-se ver que Alexy não se preocupa em inserir diferentes padrões sistêmicos, em se tratando de fundamentação da validade das normas ou de sua aplicação aos casos concretos. O procedimento argumentativo é o mesmo, assumindo-se que, nas duas etapas, o discurso segue o esquema da fundamentação das normas. Somente com esse entendimento a tese do “caso especial” se torna demonstrável, na perspectiva de Alexy. (ATIENZA, 2014, p. 243-4).

No mesmo sentido, MacCormick não atribui relevância à diferenciação metodológica formulada por Günther, até porque sua teoria dispensa, igualmente, um discurso racional prévio de fundamentação, inserindo-se, exclusivamente, no juízo de aplicação das normas aos casos concretos. Porém, a visão de MacCormick do princípio da coerência é compatível com a visão de Günther, haja vista sua afirmação de que a decisão quanto à aplicabilidade dos princípios, da analogia, dos precedentes e dos argumentos consequencialistas depende da consideração das circunstâncias particulares dos novos casos. MacCormick legitima, assim, o entendimento de que as normas válidas são aplicáveis, ou não, a um caso concreto, de acordo com a situação apresentada, em sua completude. A interpretação das normas pode, então, variar, caso a caso, e uma decisão anterior pode não se colocar como precedente, vinculante, se o novo caso trazer, consigo, peculiaridades, inclusive, de caráter consequencialista, que imponham tratamento jurídico distinto.

Na seara do direito, os procedimentos argumentativos, na solução dos conflitos interpessoais, como bem lembrado por Atienza, não são lineares. Se é para se buscar uma decisão correta, múltiplos argumentos, relacionados à concretização do texto legislativo, devem ser conjugados, desde o momento em que se define quais as normas aplicáveis ao caso até o momento em que escolhe a melhor interpretação do seu conteúdo normativo (ATIENZA, 2006, p. 259 e 261). Além disso, tal definição exige a avaliação da pertinência de todas as normas, sejam regras, princípios ou precedentes, em tese aplicáveis ao caso, e isso à luz de todas as suas circunstâncias contingentes.

Günther empreende uma crítica às éticas de perfil universalista, as quais prescrevem a desconsideração da situação empírica que envolve o julgamento de uma ação. Em seguida, transpõe essa crítica para o âmbito da análise jurídica. No mesmo passo, defende que, nas duas dimensões, moral e jurídica, o caráter contingente e indefinido das situações particulares não impede o desenvolvimento de metodologias argumentativas de aplicação das normas, tendentes ao alcance de um juízo de correção (GÜNTHER, 2011, p. XV).

Aqui, arrisca-se dizer que Günther não aceita a tese de Alexy do caso especial, já que a especificidade do juízo de aplicação, em sua diferenciação do juízo de fundamentação, se operacionaliza tanto no que concerne às normas morais quanto às normas jurídicas. É verdade que não se pode abdicar das regras da razão prática em geral, no que ambos os autores estão de acordo – divergindo de MacCormick - mas, na aplicação das normas, deve-se buscar, segundo Günther, uma completa análise das circunstâncias, ou seja, das situações contingentes que permeiam as relações humanas. Certamente, a tese de Alexy é um pressuposto primário de toda teoria que tenta explicar a especificidade do Direito em relação à Moral. Por óbvio, o direito positivado limita a argumentação jurídica, o que não se dá na racionalidade prática em geral – juízo de correção moral. De outro lado, trata-se de uma tese que não resolve os problemas de argumentação próprios do juízo de aplicação. Alexy e Günther chegam ao mesmo ponto crucial de análise, o de que as regras da razão prática não são suficientes para edificar uma teoria da argumentação jurídica. Günther, por sua vez, avança ao traçar uma diferença metódica entre justificar uma norma válida e sustentar sua adequação aos casos concretos.

Os múltiplos aspectos do procedimento de aplicação das normas adquirem maior complexidade, quando se pensa que, além do conteúdo semântico das normas e sua associação à coerência sistêmica – recurso aos precedentes e demais fontes do direito – impõe-se, ainda, a incorporação ao ato de interpretar da totalidade dos fatores empíricos do caso jurídico. Günther, assim como Alexy, suporta suas teses argumentativas em uma concepção sistêmica de racionalidade discursiva, vislumbrando a possibilidade de um único juízo de correção, em cada caso, como uma ideia regulativa. Günther, de forma bastante peculiar, substitui o ideal da única decisão correta pela categoria da adequação das normas às situações concretas, para afirmar que, havendo colisão de normas, apenas uma delas é adequada para decidir corretamente o caso. Ainda que não sejam, absolutamente, demonstráveis os critérios

de adequabilidade das normas, há que se escolher uma, dentre as que se mostrem incompatíveis entre si em uma dada situação, a fim de solucionar a demanda jurídica (GÜNTHER, 2000, p. 93 e 97). Günther consegue escapar, com isso, das instabilidades do princípio da otimização de Alexy, que, na prática, permite a aplicação simultânea de normas colidentes. A metodologia de Günther da adequação da norma parece aproximar-se mais, no tocante à perspectiva de uma única decisão correta, da teoria de Dworkin, que defende a eficácia do critério da razoabilidade na desconstrução da colisão entre normas ou direitos válidos.

4. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A PRÁTICA JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE CASOS (AC 4.070/DF E ADI 5526/DF)

Serão analisadas, nesse tópico, duas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal – Ação Cautelar 4.070/DF e Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.526/DF - nas quais se discutiu o poder da Corte de determinar medidas cautelares que impliquem no afastamento de parlamentares do exercício de suas funções políticas, com vistas à garantia da ordem jurídica e à efetiva aplicação das leis penais. Tentar-se-á pontuar, à luz das teorias de Alexy, MacCormick e Günther, os padrões de argumentação jurídica utilizados pelos juízes na fundamentação dos seus votos, e as razões, coerentes ou não, para a modificação da jurisprudência da Corte Constitucional acerca da matéria.

4.1 Ação Cautelar 4.070/DF: breve relato e fundamentos jurídicos

Na primeira ação (AC 4.070/DF), proposta pelo Procurador Geral da República, pleiteou-se o afastamento de Eduardo Consentino Cunha do cargo de Deputado Federal, bem como da função de Presidente da Câmara dos Deputados, sob a alegação de que o mesmo estava utilizando as prerrogativas do seu cargo/função para a prática de condutas criminosas e obtenção de vantagens ilícitas. Acrescenta o Procurador-Geral que o pedido visa, ainda, assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, considerando a existência de dois inquéritos policiais já instaurados contra o deputado Eduardo Cunha.

O pedido envolve a necessidade de se fundamentar a aplicação aos parlamentares das medidas cautelares previstas nos artigos 312 – prisão preventiva -

e 319 – medidas cautelares alternativas à prisão - ambos do Código de Processo Penal, particularmente, a medida prevista no último artigo, em seu inciso VI, consubstanciada na suspensão do exercício de função pública em face de evidências de sua utilização para a prática de crime. Por conseguinte, a ação exigiu, ainda, uma leitura interpretativa do disposto nos artigos 53, § 2º, e 55, § 2º, da Constituição Federal. A primeira norma impede a prisão dos parlamentares, “salvo em flagrante de crime inafiançável”, e determina, em acréscimo, que, no caso de prisão, a decisão deve se submeter à chancela da respectiva casa legislativa. A segunda norma determina que a Congresso decidirá sobre a cassação definitiva do mandato, quando o parlamentar sofrer condenação criminal.

Como explicado pelo Ministro Teori Zavascki, relator da ação, as novas medidas cautelares, introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11, têm por escopo criar meios alternativos, aplicáveis em caráter preferencial, que possam ser adotadas no lugar do recurso à medida extrema da prisão preventiva, com o alcance das mesmas finalidades em matéria de garantia da persecução penal. Explica o relator, para fundamentar seu voto no sentido da procedência da ação, que as medidas cautelares são aplicáveis aos parlamentares, sem necessidade de submissão da decisão judicial à aquiescência do Congresso Nacional. Isso porque, a seu ver, no contexto do processo penal, somente em duas hipóteses a CF confere ao legislativo o poder de sobrepor-se às decisões judiciais proferidas em desfavor de seus membros: em caso de decretação da prisão ou em caso de condenação criminal com trânsito em julgado. (ZAVASCKY, AC 4.070 p. 12 e 15). Quer dizer, a decisão, seguida pelos demais ministros, firmou posição no sentido de uma interpretação restritiva das imunidades processuais concedidas, na Constituição, aos legisladores, na seara penal.

Esclareça-se que as imunidades podem ser concebidas em sentido material (CF, art. 53, *caput*), cuja caracterização exige que a conduta apurada possua conexão ao exercício das funções legislativas, bem como em sentido formal (art. 53, § 2º, e 55, § 2º), relacionada à necessidade de submissão das decisões judiciais à aprovação do Congresso Nacional. No julgamento da AC 4.070, a questão discutida diz respeito às imunidades formais, sendo que os ministros chegaram à conclusão de que seria dispensável a remessa do processo ao Congresso, ou seja, considerou-se que a competência do poder judiciário na aplicação das cautelares do artigo 319 do CPP não representa ingerência na esfera de atribuições do poder legislativo. Nas palavras do

ministro Luiz Fux, as cautelares são tutelas de urgência, previstas no estatuto processual penal, a fim de dissipar os riscos à instrução probatória (FUX, AC 4.070).

Entendeu-se, com base no princípio da “inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e no princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), que o afastamento cautelar dos parlamentares do exercício do cargo, para elucidar investigações penais, encontra justificativa no controle jurisdicional de excessos praticados por membros de todos os poderes, valendo-se das prerrogativas de suas funções públicas, com o intuito de obter vantagens ilícitas. No caso da AC 4.070, as evidências colhidas no processo foram fortes o bastante para demonstrar que o deputado Eduardo Cunha atuava com intenção explícita de proteger interesses de empresas privadas, em troca do recebimento de propina, bem como com intuito de ocultar suas práticas ilícitas, prevalecendo-se, inclusive, de sua condição de Presidente da Câmara dos Deputados. Restou claro, assim, sua capacidade de obstruir as investigações, já em andamento – inquéritos, comissões parlamentares e ações penais – por diversos meios, tais como a intimidação de testemunhas e a coação de empresários, dando sequência, também, à prática de novas infrações penais.

É certo que na AC 4.070, a decisão foi tomada levando-se em conta a robusta comprovação das condutas ilegais do deputado Eduardo, e a excepcionalidade do contexto político, em face da possibilidade de que o investigado, sendo Presidente da Câmara dos Deputados, pudesse assumir a Presidência da República na iminência do *impeachment* da então presidente Dilma Roussef (cf. Teori, AC 4.070, p. 66-67). Não obstante, resultou pacificada, na votação unânime do caso, que os juízes podem, no exercício da *judicial review*, determinar o afastamento dos parlamentares dos seus cargos, que lhes foram outorgados por representação popular, nos termos concebidos pelo artigo 319 do CPP, sem que a decisão seja submetida ao crivo final do poder legislativo.

4.2. ADI 5526/DF: breve relato e fundamentos jurídicos

A ação foi proposta pelo Partido Progressista (PP), o Partido Social Cristão (PSC) e o Solidariedade (SD), com o propósito de pleitear que fosse declarado, por interpretação conforme a Constituição, que a aplicação das medidas previstas nos artigos 312 e 319 do CPP aos membros do Congresso Nacional, protegidos por “imunidades formais”, “deve ser submetida, no prazo de 24 horas, à deliberação da

respectiva Casa legislativa, nas hipóteses em que for determinado o afastamento do exercício das funções parlamentares.

Na visão dos autores da ação, a decisão proferida na AC 4.070/DF afirmou a possibilidade do afastamento cautelar de parlamentares do exercício dos seus mandatos, o que não está previsto, expressamente, na Constituição Federal. Assim, tratando-se de uma inovação jurisprudencial, há que se estabelecer uma interpretação das respectivas normas à luz da sistemática constitucional. Os autores defendem que as cautelares do artigo 319 (CPP) são tutelas substitutivas da prisão preventiva, pois possuem a mesma finalidade desta, a de preservar a produção de provas no processo penal. Sendo assim, devem receber o mesmo tratamento, na hipótese de implicarem o afastamento do cargo de parlamentares eleitos pelo voto popular. Se, no caso da prisão, a decisão deve ser submetida à aprovação do Congresso Nacional, o mesmo deve ser feito, na visão dos autores da ação, quando se aplica a medida do artigo 319, VI – suspensão do cargo - ou seja, o Tribunal competente deverá remeter os autos à respectiva Casa legislativa, conforme determina a Constituição.

O ministro relator, Edson Fachin, iniciou seu voto – pela improcedência da ação – afirmando a existência de precedente do STF, estabelecido no julgamento da AC 4.070/DF, qual seja, o de que é possível afastar, por medida judicial, em situações excepcionais, parlamentares do exercício de suas funções. Também definiu este precedente que as imunidades formais conferidas aos parlamentares estão circunscritas às hipóteses expressas na Constituição, impondo-se sejam interpretadas restritivamente. Para Fachin, a posição defendida na inicial da ADI 5526, de que qualquer medida judicial de afastamento de parlamentar de suas funções deva ser submetida ao Congresso Nacional, não merece acolhimento (FACHIN, ADI 5526, p. 2).

Em síntese, segundo o relator, na esteira do mencionado precedente, a imunidade formal prevista no artigo 55, § 2º, da Constituição só se aplica quando encerrada a prestação jurisdicional, quando então caberá ao Congresso decidir sobre a cassação definitiva do mandato; em relação à imunidade prevista no artigo 53, § 2º, aplicável quando ainda em curso as investigações criminais, a competência do legislativo para manifestar-se sobre decisão judicial só se legitima no caso de decretação de prisão em flagrante por crime inafiançável (FACHIN, ADI 5526, p. 6).

Como explicado por Fachin, a sistemática constitucional, implementada pela CF/1988, tem por finalidade evitar, ao máximo, a prisão provisória, a qual somente é admissível nas hipóteses do artigo 312 do CPP, cabendo ao próprio juiz natural do

processo relaxar a prisão em flagrante, nos casos em que não se configurar nenhuma de tais hipóteses. Nesse sentido, a regra do artigo 53, § 2º - submissão da decisão ao poder legislativo – é um “juízo político”, e não “técnico-jurídico”, sendo que o último incumbe ao Supremo Tribunal e diz respeito à legalidade formal do flagrante e da incidência dos requisitos da prisão preventiva. A analogia entre as duas situações não se configura. Confere-se ao legislativo a faculdade de relaxar a prisão em flagrante de seus membros, a partir de uma avaliação política; de outro lado, não se lhe confere o poder de revisar medidas cautelares diversas da prisão, impostas judicialmente, o que importaria em uma extensão inadequada do conteúdo normativo da imunidade instituída pelo constituinte (FACHIN, ADI 5526, p. 17-19).

Esse entendimento foi endossado pelo ministro Celso de Mello, ao destacar a total ausência de similitude entre a regra prescrita no artigo 53, § 2º, da CF e a imposição das medidas do artigo 319 do CPP aos parlamentares, já que estas não resultam na privação da liberdade. São medidas substitutivas exatamente por serem de distinta natureza jurídica (CELSO DE MELLO, ADI 5526, p. 24). Na mesma direção, o ministro Luiz Fux, seguindo o voto de Fachin, enfatizou constituírem exceções as duas imunidades concedidas aos parlamentares no âmbito processual penal – relaxar a prisão e suspender a ação penal.

No que concerne aos votos majoritários, saliente-se, primeiro, o voto da ministra Carmen Lúcia, fundamentado no princípio da separação dos poderes. Em sua compreensão, as medidas cautelares do artigo 319 do CPP são aplicáveis aos parlamentares. Todavia, na hipótese de implicarem o afastamento do mandato, a decisão deve ser submetida à respectiva casa legislativa, ao teor do artigo 53, § 2º, da CF, sob pena de representar ingerência do poder judiciário nas competências conferidas pela representação popular (CARMEN LÚCIA, ADI 5526). O ministro Tofolli já havia, em seu voto, defendido a mesma interpretação, ao arguir que a norma do artigo 53, § 2º, da CF tem por finalidade proteger o exercício do mandato, daí porque toda decisão que determine o afastamento do cargo de um parlamentar, mesmo sendo acautelatória, há de se submeter à apreciação do poder legislativo (ADI 5526, TOFOLLI).

O voto do ministro Alexandre de Moraes centralizou-se em uma revisão do significado das imunidades parlamentares nas cartas constitucionais brasileiras, desde o período imperial, denotando tratar-se de uma garantia essencial à harmonia entre os poderes institucionais. Enfatizou-se que a CF/1988 reafirma tal importância, ao permitir

a prisão dos parlamentares em uma única hipótese, a de prisão por crime inafiançável, sendo-lhes inaplicável a prisão preventiva do artigo 312 do CPP. Para Alexandre de Moraes, afastamentos cautelares de parlamentares, por pura decisão judicial, teriam que ser, expressamente, autorizados pela Constituição, presumindo-se, aqui, a equiparação entre a prisão e as cautelas substitutivas introduzidas pelo artigo 319 do CPP (ADI 5526, MORAES, p. 20-1).

4.3. Metodologias de análise utilizadas no julgamento da AC 4.070/DF e da ADI 5526/DF: posicionamento pessoal sobre a decisão

Assumindo-se as melhores metodologias formuladas pelos autores discutidos nas sessões anteriores, em matéria de argumentação jurídica, é razoável defender que a tese esboçada na inicial da ADI 5526, de que a prisão preventiva (art. 312 do CPP) e as medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP) possuem a mesma natureza jurídica, não se coaduna com a integridade do texto constitucional. Diante da ausência de regra expressa, no referente às imunidades formais, que inclua a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, não há razão para legitimar o argumento de que a dispensa da manifestação do Congresso viola a harmonia entre os poderes institucionais.

Iniciando a análise com a menção ao voto do ministro Teori, na AC 4.070/DF, observa-se que o argumento em prol da interpretação restritiva do artigo 53, § 2º, se sustentou no método sistemático, levando-se em consideração a relação dos dispositivos legais envolvidos (do CPP e da CF) com os princípios da jurisdicionalidade e da isonomia e, ainda, as circunstâncias excepcionais do caso julgado. Além disso, aplicou-se o método teleológico, ao se compreender que a intenção do legislador constituinte foi delimitar, expressamente, as restritas hipóteses das inviolabilidades processuais penais conferidas aos legisladores.

Vê-se, aí, a utilização, por parte do ministro, das estratégias de argumentação de MacCormick, segundo as quais, em caso de dúvidas acerca do significado do texto legislativo, deve-se compor uma interpretação integrativa do conjunto normativo, em que argumentos de consistência, coerência, analógicos e consequencialistas interagem na busca de um juízo de correção jurídica. Ademais, seguiu-se a diretiva de Günther, qual seja, a de que, no juízo de aplicação, os critérios do raciocínio prático são distintos, por envolverem a abordagem de todas as regras e circunstâncias particulares

do caso concreto. O ministro Teori não se afastou, igualmente, da premissa de Alexy de que a racionalidade da argumentação jurídica está delimitada pela racionalidade da legislação, enfatizando-se que o exercício do mandato dos parlamentares está sujeito, conforme impõe o texto constitucional, ao controle do STF, “em situações de excepcionalidade, em que existam riscos concretos de quebra da respeitabilidade das instituições” (ZAVASCKY, AC 4.070, p. 72).

Na ADI 5526/DF, o voto do ministro Fachin centralizou-se na definição das premissas adequadas para conduzir o raciocínio jurídico, atendendo o pressuposto de Alexy da insuficiência das regras da razão prática em geral na argumentação jurídica. Partiu-se do ponto de vista de que, em caso de crime comum, não se pode desconsiderar o conceito de imunidades materiais, densificado pela dogmática jurídica, pelo qual os parlamentares são invioláveis, exclusivamente, no que concerne à proteção de sua livre manifestação de opiniões. Assim, a finalidade normativa das imunidades formais (CF, art. 53, §§ 2º e 3º, e art. 55, § 2º) estaria sedimentada, também, e tão somente, nas hipóteses de crime praticado pelos parlamentares, após sua diplomação, cuja conduta se refira à liberdade de expressão no exercício do mandato, e não se estenderia aos crimes comuns, praticados com intenção de obter vantagens ilícitas.

A diferenciação da argumentação jurídica, em relação à da moral, como se sabe, reside na limitação da primeira ao ordenamento jurídico vigente, que, para Alexy, engloba as leis, a dogmática, os precedentes. Nesse sentido, o ministro Fachin enfatizou tanto o significado dogmático do conceito de imunidades quanto as decisões anteriores do STF sobre a matéria, em especial a decisão da AC 4.070, na qual já se estabeleceu uma interpretação conforme a Constituição, para declarar que, fora das hipóteses previstas nos seus dispositivos próprios, não há que se submeter a decisão judicial à revisão por parte do Congresso (FACHIN, ADI 5526, p. 2 e 7). Em tal visão, não havendo similaridade entre a prisão e o afastamento cautelar disposto no CPP (art. 319, VI), o precedente firmado na AC 4.070 não fere o princípio da separação dos poderes, não se justificando, portanto, sua modificação.

Na esteira de Günther, Fachin ressalta que as inviolabilidades, materiais ou formais, não podem ser compreendidas fora do contexto normativo, como um todo, e dos requisitos dos princípios republicano e da igualdade. A prática de crime comum por parte de parlamentar, muitas vezes de forma reiterada, importa em desvio de conduta no cumprimento do mandato, o que configura situação fática que desconfigura os fins

visados pela lei das imunidades (FACHIN, ADI 5526, p. 10-11). Em outros termos, a consideração de todas as normas aplicáveis ao caso e de todas as circunstâncias da situação demonstram a coerência da interpretação restritiva do artigo 53, § 2º, para que a submissão da cautelar à apreciação final do Congresso apenas ocorra na hipótese específica da prisão em flagrante.

De outro lado, os ministros Tófolli e Alexandre de Moraes, favoráveis à procedência do pedido dos autores, utilizaram o método teleológico para apontar que a preocupação do constituinte não foi, apenas, proteger o direito de ir e vir dos parlamentares, mas também preservar o exercício dos seus mandatos, tendo em vista terem sido eles escolhidos pelo povo. Não seria necessário, nas palavras de Moraes, que a Constituição particularizasse todas as hipóteses de vedações “de prisões, detenções ou subtrações ao exercício da atuação parlamentar”, até porque a legislação infraconstitucional poderia, como de fato o fez, criar novas possibilidades de “afastamentos provisórios dos parlamentares” (ADI 5526, MORAES, p. 20).

Esse posicionamento, no que diz respeito ao *telos* da regra contida na CF, art. 53, § 2º, contrasta com aquele firmado pelo ministro Teori, na AC 4.070/DF,⁷ e leva a crer que não existe nenhum grau de abstração, ou vagueza, no texto interpretado, isto é, que o constituinte teria evidenciado, claramente, seu intento de proteger o exercício do mandato parlamentar em face de quaisquer medidas de afastamento provisório. No entanto, à luz da doutrina de MacCormick, (i) não sendo possível extrair da literalidade da lei seu conteúdo normativo, surge, efetivamente, um problema de interpretação, a exigir argumentos sistêmicos e consequencialistas; ademais, (ii) em relação à teleologia da lei, é preciso associar os fins por ela previstos às consequências da decisão interpretativa, no aspecto da coerência dos precedentes judiciais, em consideração a novos casos análogos que possam se apresentar.

No caso da ADI 5526, se há divergência interpretativa sobre a real intenção do constituinte, quanto ao disposto no art. 53, § 2º, é indubitável que a decisão majoritária abre margem para que deputados estaduais reivindiquem estarem, também, sob o manto das mesmas imunidades, haja vista a regra do art. 27, § 1º, da CF, segundo o

⁷ Para Teori, como dito antes, ao contrário do entendimento de Moraes, a intenção do constituinte foi discriminar, taxativamente, as imunidades formais dos parlamentares, não se permitindo, até porque são elas exceções ao princípio da igualdade, que alcancem outras medidas ou atos processuais cautelares, necessários às investigações criminais.

qual, e aqui, em um texto expresso e claro, as regras relativas às inviolabilidades e imunidades são aplicáveis aos parlamentares das Assembléias Legislativas.⁸

A decisão, na AC 4.070, foi unânime, como já dito, sendo que todos os ministros reforçaram o entendimento de que o mandato político, outorgado pelo povo, não afasta o princípio da responsabilidade e qualquer espécie de controle judicial sobre a eventual prática de ilícitos penais por parte do parlamentar. Por certo, a excepcionalidade do caso (Eduardo Cunha) foi um dos parâmetros da decisão, não podendo a medida cautelar ser aplicada cotidianamente, quando se dá o afastamento do cargo, mas, apenas, diante de “fatos graves”, não solucionados pelo próprio poder legislativo (cf. MENDES, AC 4.070).

A conexão entre os princípios da responsabilidade/jurisdicionalidade e os dispositivos constitucionais afetos às imunidades parlamentares, indicou (AC 4.070) ser legítima a competência do STF para definir, autonomamente, em que casos é cabível o afastamento cautelar dos parlamentares. Desse modo, concebeu-se que o poder judiciário pode, com fundamento no princípio da coerência jurídica, em sentido amplo, tal como defendido por Günther, alcançar um juízo de correção/adequação racional, em cada caso sob julgamento, sem que isso fosse questionado como sendo uma violação ao paradigma da independência dos poderes. Qual seria, então, a razão pela qual na ADI 5526 o mesmo posicionamento foi revertido?

Os argumentos desenvolvidos pelos ministros que acompanharam o voto majoritário, não são consistentes o bastante para justificar a rejeição da competência do STF para decidir sobre o cabimento das cautelares substitutivas à prisão, bem como delimitar o critério da “extrema excepcionalidade”, utilizado no julgamento da AC 4.070. Teria sido um julgamento mais compatível com as metodologias da argumentação jurídica declarar, por exemplo, que o STF pode aplicar as medidas do artigo 319 do CPP, inclusive, o afastamento provisório do cargo, desde que configurada a situação de excepcionalidade. E que, nessa hipótese, não é razoável submeter a decisão ao

⁸ Está sendo apreciada, nas (ADIs) 5823, 5824 e 5825, propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a possibilidade da extensão das imunidades formais previstas no artigo 53, § 2º, da CF aos membros das Assembléias Legislativas. Após a decisão proferida pelo STF na ADI 5526, a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro determinou, através da Resolução 577/2017, a soltura de três deputados, antes, presos, preventivamente, por decisão do TRF da 2ª Região. O julgamento das (ADIs) teve início na sessão de 06/12/17, tendo sido suspenso em face da ausência dos ministros Lewandowski e Luís Barroso. Votaram a favor da concessão da liminar, ou seja, pela não extensão das imunidades aos deputados estaduais, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Contra, entendendo que a Constituição equipara, em relação à matéria, os deputados federais e estaduais, os ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Celso de Melo.

poder legislativo. *A contrario sensu*, inexistindo circunstâncias extremas, o afastamento, aí sim, deveria ser enviado ao Congresso, para manter ou não a decisão.

O padrão proposto acima pode parecer, à primeira vista, muito aberto, ao ponto de conferir excessivo arbítrio aos juízes, no tocante à caracterização das circunstâncias excepcionais justificadoras da medida. No entanto, ao contrário, trata-se de uma condição limitante do ativismo judicial, eis que, em tal padrão, somente em casos de muita gravidade, como, por exemplo, o da reiteração da conduta criminosa, poder-se-ia concluir pela não exigência de submissão da decisão, que afasta cautelarmente um parlamentar do seu cargo, ao Congresso Nacional.

O STF, se assim tivesse se posicionado, teria a oportunidade de construir, ao longo do tempo, ao julgar novos casos, uma compreensão correta das situações fáticas que poderiam evidenciar hipótese de “extrema excepcionalidade”. O exercício da solidificação de precedentes, por meio da argumentação jurídica, e suas metodologias analíticas, é o que assegura a composição equilibrada do sistema de “pesos e contrapesos”, a equacionar a relação entre os poderes. Nem o empoderamento excessivo do judiciário, nem tampouco o do legislativo. No caso da ADI 5526, o STF não reservou para si a menor parcela de competência, em termos efetivos, na seara do controle da conduta dos parlamentares, em caso de prática de conduta criminosa.

Em suma, acredita-se, especialmente, em face da ausência de disposição constitucional expressa, que a palavra final, quanto ao afastamento cautelar previsto no artigo 319 do CPP, poderia ser dada pelo judiciário, em relação à caracterização, ou não, da excepcionalidade e gravidade dos fatos. Com isso, o próprio STF decidiria, em cada caso, pela submissão ou não de sua decisão aos respectivos Órgãos legislativos.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se que as teorias da argumentação jurídica apresentadas nesse trabalho contribuíram para o desenvolvimento de metodologias capazes de orientar, objetivamente, a prática dos operadores do direito, na justificação de suas decisões. Os resultados alcançados pelos autores estudados não são díspares, constatando-se que suas teses são complementares, com maiores pontos de convergência do que de divergência.

Viu-se que o paradigma da argumentação jurídica adota a perspectiva da racionalidade do discurso do direito, com a preocupação de construir padrões de análise que sedimentem a especificidade do direito em relação aos parâmetros universalizantes da razão prática em geral. Tanto para Alexy, quanto para MacCormick e Günther, o adensamento da problemática do decisionismo exige o estabelecimento de métodos de interpretação próprios do direito, internos, sustentados no caráter vinculante do ordenamento normativo e suas fontes complementares, como os princípios e a jurisprudência.

Observa-se que a argumentação jurídica tem por escopo o alcance de uma decisão correta, ainda que não seja possível determinar, em caráter definitivo, qual a melhor interpretação das leis, em sua aplicação aos casos concretos. Os critérios de argumentação nem sempre oferecem respostas satisfatórias para a solução do problema da colisão de normas, pois, muitas vezes, um mesmo princípio, por exemplo, pode fundamentar posições antagônicas. Isso se evidenciou, claramente, no julgamento da AC 4.070 e da ADI 5526, em que o princípio da separação dos poderes foi razão justificadora das duas posições, seja a que considerou dispensável a submissão da decisão judicial, em questão, ao Congresso Nacional, seja a que adotou o entendimento no sentido da obrigatoriedade dessa submissão.

Nesse quadro, no juízo de aplicação, os princípios, os precedentes, a analogia e os argumentos consequencialistas, como bem afirma MacCormick, são submetidos a permanentes testes de legitimidade, à luz, sobretudo, do padrão da coerência e das circunstâncias particulares dos novos casos. Nesse aspecto, Alexy e MacCormick acentuam a importância de se alcançar o propósito da redução das incertezas jurídicas, embora, na visão dos dois autores, seja possível justificar mais de uma decisão como sendo correta. Tal dificuldade, como se afirmou, é, razoavelmente, superada por Günther, que, ao enunciar critérios distintos para a fundamentação da validade das leis e para a justificação das decisões jurídicas, possibilita maior nível de contenção da arbitrariedade judicial. Günther constrói, com abrangência precisa, o princípio da coerência, no sentido de exigir a integração entre normas e situação, de tal modo que, na hipótese de colisão de normas, haverá, sempre, uma única cuja aplicação é adequada, em se considerando todas as circunstâncias particulares do caso julgado.

Conseguiu-se, nessa direção, desenvolver uma análise de casos – AC 4.070 e ADI 5526 – com a preocupação de se abordar, em um posicionamento pessoal, razões

justificadoras do acerto de uma das teses adotadas pelos ministros do STF, defendendo-se ser ela mais compatível com os métodos de interpretação esboçados no presente texto. Com efeito, os princípios constitucionais – republicano, da igualdade, da jurisdição – constituem o vetor correto para se interpretar, no modelo do discurso e da argumentação jurídica – a norma contida no artigo 53, § 2º, da CF. No que concerne à matéria julgada nas referidas ações, a interpretação restritiva se conforma à sistemática constitucional, levando-se em consideração as situações empíricas que possam ou não justificar o afastamento de parlamentar do exercício do seu mandato.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011a.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011b.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 4.070/DF**. Relator Ministro Teori Zavascky. Julgamento em 05.05.2016. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 02 dec. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5526**. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 11.10.2017. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 02 dec. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. **On MacCormick's Post-Positivism**: Comment on Kaaren Petroski's 'Is Post-Positivism Possible?' (April, 2010). German Law Journal, vol. 12, n. 12, p. 693-727, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1593185> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1593185>.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na modernidade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva de uma argumentação jurídica**. Cadernos de Filosofia Alemã 6, p. 85-102, 2000.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e**

Aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law.** New York: Oxford University Press, 2005. Disponível em <https://ptbr.kobo.com/desktop>.

MACCORMICK, NEIL. **Legal Reasoning and Legal Theory.** Oxford: Oxford University Press, 1978

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** introdução à teoria e metódica

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo:** história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPAACK, Torben, **Guidance and Constraint:** the Action-Guiding Capacity of Neil MacCormick's Theory of Legal Reasoning. *Law and Philosophy*, vo. 26, p. 343-76, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=923450>.

Recebido em 01/01/2018

Aprovado em 31/10/2018

Received in 01/01/2018

Approved in 31/10/2018