

CADERNOS

Dereito
Actual

Número XVII | 2022

Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 17– 2022

Volumen Extraordinario - Abril

ISSN 2340-860X

Cadernos de Derecho Actual
Nº 17. Extraordinario - Abril - 2022

EQUIPO EDITORIAL

Director: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Las Palmas de Gran Canaria*

Secretario: Jose Martínez Fernández. *Universidad Camilo José Cela, Madrid.*

Secretario adjunto: Cristian Carbajales Neira. *Universidad de Navarra.*

Coordinadora del número: Sarah Gonçalves Ribeiro. *Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) Brasil.*

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Casti-blanco**, *Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**,

Universidade de São Paulo, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandro**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal)*, **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil)*. **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil)*, **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil)*, **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil)*, **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España)*, **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama**, *(Universidade Paranaense, Brasil)*, **Salvador Tomás Tomás**, *(Universidad de Murcia)*, **Viviane de Sélos Knoerr**, *(UniCuritiba)*, **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, *(Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **Felipe Chiarello**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **João Relvão Caetano**, *(Universidade Aberta, Portugal)*, **Irene Patricia Nohara**, *(Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie)*, **Ignacio Covarrubias Cuevas**, *(Universidad del Desarrollo, Chile)*, **Enoque Feitosa**, *(Universidade da Paraíba, Brasil)*, **Lorena Freitas**, *(UNIPÊ, Brasil)*, **Sidney Guerra**, *(Universidade do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Maria Teresa Alonso** *(Universidad de Zaragoza, España)*, **Gonzalo Martínez Etxeberria**, *(Universidad de Deusto)*, **Vânia Aieta**, *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Flávio Martins**, *(Damásio Educacional, Brasil)*, **Laura Miraut Martín** *(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*. **Jose Eduardo Cardozo** *(Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)*. **José Barroso Filho** *(Superior Tribunal Militar do Brasil)*. **Angelo Viglianisi Ferraro** *(Università Mediterranea, Italia)*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira** *(Universidade Federal do Maranhão, Brasil)*. **Daniela Serra Castilhos** *(Universidade Portucalense, Portugal)*. **Carlos García Soto** *(Universidad Monteávila, Venezuela)*. **Claudia Gurgel** *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil)*. **João Proença Xavier** *(Universidad de Salamanca)*. **Santiago Trujillo Santana** *(Universidad Fernando Pessoa, Canarias)*. **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes** *(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*. **Jorge Miranda** *(Universidade de Lisboa, Portugal)*. **Nuno Garoupa** *(Texas A&M University School of Law, EEUU)*. **Marco Olivetti** *(Università LUMSA, Italia)*. **Deilton Ribeiro Brasil** *(Universidade de Itaúna-MG, Brasil)*. **Beata Stepień Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia)*. **María Camacho Zegarra** *(Universidad ESAN, Perú)*. **Antonio-Carlos Pereira Menaut** *(Universidad de Santiago de Compostela, España)*. **José Ignacio Martínez Estay** *(Universidad de los Andes, Chile)*. **Valter Moura do Carmo** *(Universidade de Marília, Brasil)*, **Hadassah Santana** *(Universidade Católica de Brasília, Brasil)*. **Leticia Mirelli Faleiro e Silva** *(Universidade de Itaúna, Brasil)*. **Eduardo Leite** *(Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil)*. **Ana Maria**

Davila Lopes (*Universidade de Fortaleza, Brasil*). **Oscar Coronado Rincón** (*Universidad de Sonora, México*). **Erick Urbina Lovón** (*Universidad de Lima, Perú*). **Enrique Varsi Rospigliosi** (*Universidad de San Marcos, Perú*). **Eduardo Vera-Cruz Pinto** (*Universidade de Lisboa, Portugal*). **Marco Antonio Marques da Silva** (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil*). **Diana María Molina Portillo** (*Universidad de Nariño, Colombia*). **Karlos Navarro Medal** (*Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua*). **Lívia Gaigher Campello** (*Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil*). **Enrique Díaz Bravo** (*Universidad Santo Tomás, Chile*). **Alejandro González-Varas Ibáñez** (*Universidad de Zaragoza, España*). **Ignacio Ara Pinilla** (*Universidad de La Laguna*). **Joel Hernández García** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Geison López Barrantes** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*). **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*).

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

- O consequentialismo como ferramenta da moderna hermenêutica jurídica
Marilene Carneiro Matos 08
- Considerações sobre a hermenêutica jurídica da escola da livre investigação em François
Igor Vasconcelos Saldanha 23
- “Crítica da razão ponderativa”: as aporias do sopesamento em tempos de
constitucionalismo contemporâneo
Eduardo de Figueiredo Andrade Paz 38
- Os dilemas estruturantes do direito: a linguagem na hermenêutica jurídica
Adriell Fonsêca Santos & Luiz Felipe Fleury Calaça 53
- Compliance nas forças armadas como evolução do sistema do direito no tocante ao
acoplamento estrutural com o sistema da política e como irritação em relação ao
subsistema do direito castrense
Rodrigo Eduardo de Souza Alves 68
- O racionalismo dogmático kelseniano como paradoxo e abertura para uma análise
multidimensional e complexa do direito contemporâneo
Adilson Cunha Silva, Edson Netto e Guilherme Barcelos 89
- Tabagismo: aplicação da teoria da lógica do razoável no contexto jurídico
contemporâneo
Eduardo Jorge Ausier B. Junior & José G. Mendes Neto 104
- A análise hermenêutica da decisão que equiparou a injúria racial à prática de racismo
pelo Supremo Tribunal Federal
Ana Claudia Sousa de Campos 118
- Interpretação constitucional das cisões normativas sob a perspectiva do realismo
jurídico e do pós-positivismo: imbricações e afastamentos no contexto da crítica de
Streck e Gadamer com sugestionamentos proceduralizados
Edgar Silva de Castro 132
- Transformações do direito público: uma leitura crítica do art. 20 da Lei de Introdução
às normas do Direito Brasileiro e do consequentialismo jurídico no Brasil
Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves 147

O conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa na transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová: repercussão geral nº 1.212.272

Sarah Gonçalves Ribeiro, Simone Camargo & Bruno Molina Meles 161

Hermenêutica Jurídica, Consequencialismo e Modulação de Efeitos em Julgamentos Tributários pelo STF em 2021

Blader Henrique de Lira Soares & Marcos de Lima Roitman 175

Modelos jurídicos de interpretação da Constituição: última palavra e diálogo entre as Cortes e as Legislaturas

Gustavo Fernandes Sales 189

Da hermenêutica à argumentação jurídica: horizontes e dilemas conceituais da interlocução entre judiciário e sociedade no Brasil

Adriana Kinoshita & Rafael Seixas Santos 203

Recensiones de libros

Teoria pura do direito: Resenha crítica ao capítulo VIII da obra do Hans Kelsen

Alessandro Batista Braga 217

O consequencialismo como ferramenta da moderna hermenêutica jurídica

Consequentialism as a tool of modern legal hermeneutics

Marilene Carneiro Matos¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. As correntes consequencialistas e a Teoria da Ponderação do Alexy; 3. A Estabilização do Ato Administrativo inválido no tempo: a Teoria do Fato Consumado; 4. A modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade: da jurisprudência à previsão legislativa; 5. A ponderação como ferramenta de hermenêutica jurídica; 6. O consequencialismo da LINDB; 7. Conclusões Finais; 8; Referências bibliográficas.

Resumo: A teoria romana das nulidades se assentava na premissa de que só havia duas soluções passíveis para atos jurídicos com defeitos: a anulação ab initio, não se admitindo a produção de efeitos. Entretanto, especialmente em Direito Público, onde vige o primado da presunção de legitimidade dos atos administrativos, ao longo do tempo os juristas se viram às voltas com sérios problemas decorrentes dos efeitos produzidos por atos inválidos. A partir da Teoria dos Três Planos Jurídicos desenvolvida no Brasil de forma pioneira por Pontes de Miranda, restou inconteste que tanto os atos jurídicos como as leis têm aptidão para produzir efeitos, ainda que maculados de nulidade. O presente trabalho analisa então o consequencialismo positivado pela LINDB como uma possível ferramenta da moderna hermenêutica capaz de oferecer respostas novas ao antigo problema dos efeitos jurídicos produzidos por atos inválidos.

Palavras-chave: Nulidades dos Atos; LINDB; Consequencialismo.

Abstract: The Roman theory of nullities was based on the premise that there were only two solutions that could be possible for legal acts with defects: the annulment ab initio, not admitting the production of effects. However, especially in public law, where they monitor the primacy of the presumption of legitimacy of administrative acts, over time jurists found themselves in serious trouble stemming from the effects produced by invalid acts. From the Theory of The Three Legal Plans developed in Brazil in a pioneering way by Pontes de Miranda, it was undisputed that both legal acts and laws have the aptitude to produce effects, even if tainted with nullity. The present work analyzes then the consequentialism positive by LINDB as a possible tool of modern hermeneutics capable of offering new answers to the old problem of legal effects produced by null acts.

Keywords: Nullities of the Acts; LINDB; Consequentialism.

1. Introdução

Há muito que o Direito não se contenta com a versão antiga do Juiz como a "boca do Direito", mero aplicador quase autômato das prescrições inscritas nas regras legais. A decisão legislativa expressa por meios das normas não consegue

¹ Advogada especialista em Direito Administrativo. Mestre e Doutoranda em Direito Público pelo IDP. Professora Universitária. Palestrante. Autora de livros Jurídicos.

solucionar a complexidade dos casos concretos, vez que a realidade é bem mais rica do que a prévia visão do legislador pode alcançar, surgindo questões na aplicação prática da lei que demandam algo mais do jurista do que simplesmente subsumir os comandos constantes nas normas às situações em concreto que devem ser decididas.

Exemplo de complexidade que não é passível de ser abarcada completamente pelas previsões normativas, a questão da validade/invalidade de atos administrativos constitui fonte de perplexidade que tem atormentado os estudiosos do tema, às voltas com as diversas soluções que tem sido construídas ao longo do tempo. Isso porque a construção romana clássica da validade dos atos jurídicos seguia um paradigma dicotômico que admitia apenas duas alternativas: ou o ato era válido e produzia todos os efeitos, ou era inválido e deveria ser anulado desde o início, sendo inconcebível que produzisse qualquer efeito. Uma solução simples, mas que não atendia com respostas viáveis os casos complexos.

Influenciada por tal visão simplista, a própria Corte Constitucional brasileira consagrava a solução preconizada pelo Direito Romano quanto às nulidades do ato administrativo, tendo inclusive editado a Súmula 473 em que constava tal entendimento, expresso no conteúdo do Verbete, o qual pregava de modo inconteste que:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, *porque deles não se originam direitos*; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (grifos não originais)².

Ocorre que, especialmente na área do Direito Público, que tem como um de seus primados a presunção de legitimidade e legalidade dos atos estatais, a visão clássica romana entrava em rota de colisão com a realidade cotidiana, que testemunha a produção de efeitos jurídicos por atos eivados de nulidades, enquanto não sobreviesse decisão que os desconstituísse. Tais efeitos às vezes eram produzidos durante longo lapso temporal e, ainda que fosse declarada a invalidade do ato, a modificação que ele havia produzido na realidade poderia ocasionar situações em que se questionava se realmente se atendia o interesse público no seu desfazimento. De igual forma, leis inconstitucionais até que fossem assim declaradas, produziam todos os efeitos na regulação das situações para as quais foram criadas.

Ou seja, quando se trata de Direito Público, atos eivados de vícios produzem sim efeitos que, não raro, perduram por grandes períodos de tempo. De igual modo, leis inconstitucionais, enquanto não sejam assim declaradas, tem o potencial de perdurar por muito tempo, às vezes décadas, criando expectativas, constituindo situações e, porque não admitir, gerando direitos adquiridos.

A partir de tal constatação, diversas teorias têm sido desenvolvidas para dirimir as situações reguladas tanto por leis quanto por atos administrativos maculados de vícios, dentre elas a técnica da ponderação, da qual, por sua vez, deriva o denominado consequencialismo. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a analisar o consequencialismo sob o viés de ferramenta de hermenêutica moderna.

2. As correntes consequencialistas e a Teoria da Ponderação de Alexy

Diante da insuficiência da clássica e dicotômica concepção romana de (in)validade de atos administrativos, vislumbrou-se a necessidade do desenvolvimento de teorias para solucionar o problema de normas e atos

²BRASIL. *Súmula nº 473*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>, acesso em: 23 de out 2021.

administrativos inválidos que perduraram e produziram efeitos, muitas vezes durante considerável lapso temporal.

Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar a Teoria dos três planos jurídicos, desenvolvida de forma pioneira no Brasil por Pontes de Miranda³. Segundo tal doutrina, para que a norma ingresse e surta efeitos no mundo jurídico, basta que sejam cumpridas determinadas exigências formais, a partir das quais a norma adquire existência jurídica. Em um segundo plano, a norma, apesar de atender aos requisitos de existência, não atende aos de validade, vez que contraria disposições de normas superiores, onde temos o plano em que se analisa a validade ou invalidade da norma. Em um terceiro momento, verifica-se que tanto as normas válidas como as inválidas são aptas a produzir efeitos, revestem-se ambas de eficácia. É inegável, então, a aptidão que ostentam as normas inválidas para ingressarem no mundo jurídico e produzirem efeitos.

A construção teórica dos Planos Jurídica parece singela, quase uma obviedade nos tempos atuais, mas significou muito em termos de revisão da teoria do controle normativo, vez que a partir do reconhecimento da invalidade de determinada prescrição normativa, surgem outros problemas ainda mais relevantes. Nesse sentido, depara-se o intérprete com os efeitos que a norma inválida produziu enquanto não foi assim declarada. Em muitas situações, há que se perquirir qual a solução que melhor atende ao interesse público: desconstituir totalmente a norma inválida; anulá-la apenas parcialmente ou convalidá-la.

De forma similar, o problema da invalidade dos atos administrativos viciados que adentraram o ordenamento jurídico e produziram efeitos até serem invalidados também coloca o intérprete em situação de perplexidade acerca de qual solução melhor atenderá ao interesse público, considerando-se que, para alguns, o ato administrativo é considerado como “lei do caso concreto”.

Diante da gravidade do problema ocasionado pelos efeitos produzidos por leis e por atos administrativos inválidos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se debruçado na busca de soluções.

3. A Estabilização do Ato Administrativo inválido no tempo: a Teoria do Fato Consumado

Sendo incontestado, mormente após o desenvolvimento da teoria dos três planos jurídicos, que atos administrativos inválidos têm existência jurídica e produzem efeitos, os problemas advindos de tais efeitos têm movimentado os juristas na direção de construções teóricas que forneçam soluções que melhor atendam ao interesse público.

Nesse sentido, vale trazer à colação um interessante e histórico caso decidido pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha no ano de 1950, que ratificou uma decisão do Tribunal de Berlim, de forma a tornar válida uma pensão concedida a viúva de um servidor público, embora contivesse vícios de legalidade.⁴ A Decisão é considerada um ponto de inflexão, por colocar em evidência a necessidade de sopesar as circunstâncias concretas em casos que a solução mais evidente seria pura e simplesmente invalidar o ato que contém vícios. Nesse sentido, os magistrados da Corte Alemã consideraram diversas circunstâncias concretas para decidir a melhor solução a ser adotada no caso da viúva, vez que ela, diante de uma decisão do Estado sobre a qual não tinha qualquer motivos para duvidar, planejou sua vida, procedendo até mesmo a uma mudança de país de residência. Considerou-

³ MIRANDA, P.D. “Tratado de direito privado”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2012, pp. 61-62.

⁴ MAURER, H. *Elementos de direito administrativo alemão*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, pp. 78-79.

se ainda que a interessada não tinha contribuído ou agido de má-fé para a decisão estatal.

O caso da viúva de Berlim pôs em evidência que nem sempre anular atos inválidos constitui a melhor solução, ante eventuais circunstâncias em concretos, para atendimento do interesse público. Decidiu a Corte por manter o ato ilegítimo, porque desprovido de legalidade, ao argumento de outro valor também albergado pelo texto constitucional, qual seja, a segurança jurídica.

Nesse sentido, em terras brasileiras surgem também no Brasil da década de 50 correntes jurisprudenciais que decidem por estabilizar atos jurídicos eivados de vícios insanáveis, ao argumento de que anulá-los não seria a solução mais acertada tendo em vista valores constitucionais como a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Com efeito, diversas situações construídas ao pálio de atos viciados perduram por um período considerável e constituem efeitos que demandam maiores cuidados por parte do aplicador. Alguns deles não são passíveis de simplesmente serem desconstituídos. Exemplifica tal situação o profissional que conclui com sucesso ensino superior do qual ingressou com liminar, foi aprovado e está exercendo a profissão quando, anos depois, a medida provisória é revogada. Diversas outras situações podem ser mencionadas como remoção de agente de polícia; manutenção de vencimentos assegurado em liminar cassada pela segunda instância; mudança de local de prova de concurso, dentre outras⁵.

Para decidir tais casos, surgiu a construção jurisprudencial e doutrinária denominada teoria do fato consumado. Segundo tal Teoria, a desconstituição de atos inválidos que geraram efeitos e que criaram nos destinatários legítimas expectativas trariam mais prejuízos que benefícios ao interesse público.

“O fato consumado tem sido aplicado com base nos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia, os quais têm sido invocados para sustentar que o particular não deve ser penalizado pela excessiva mora administrativa ou judicial em decidir dada situação que perdurou no tempo, e que lhe trouxe uma forte expectativa de que não mudaria”⁶.

Justamente por reconhecer a importância dos efeitos de atos inválidos, cabe mencionar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Cível Originária nº 79 do Mato Grosso, em que a União solicitou a anulação de títulos de concessão de domínio de terras públicas deferidas para fins de colonização, vez que levada a efeito ignorando a exigência de prévia autorização do Senado Federal, como era estabelecido pelo art. 146, § 2º, da Constituição Federal de 1946. Neste caso, mesmo diante da constatação da inconstitucionalidade, o relator destacou que a questão fora decidida “há mais de meio século”, bem como invocou os Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança para justificar a manutenção do ato. O Relator contou com voto favorável da maioria da Corte⁷.

No tocante a atos administrativos viciados, outra polêmica se situa em relação à assunção e posterior efetivação de substituto como titular de cartório diante do estabelecido pelo § 3º do art. 236 da Constituição, o qual prevê que “o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”⁸.

⁵MATOS, M.C. “Princípio da proteção da confiança legítima: limite ao Estado legislador”, *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2020, p. 44.

⁶MATOS, M.C. *Idem*.

⁷BRASIL. *Ação Cível 79 – MT*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur209877/false>, acesso em: 05 mar. 2022.

⁸BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 01 mar de 2022.

Ocorre que o Conselho Nacional de Justiça tem proferido decisões desconstitutivas de tais serventias, por entender que configuram contradição à exigência constitucional de concurso público. Em outra mão, os interessados têm judicializado a questão, alegando a ocorrência da decadência prevista na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784 de 1999, a qual prevê em seu artigo 54⁹ que a Administração decai do direito de anular atos administrativos com efeitos favoráveis a terceiros, o prazo de cinco anos, salvo comprovada má-fé.

No entanto, nessas hipóteses, em particular, o STF tem entendido pela inaplicabilidade do prazo decadencial da Lei nº 9784 de 1999, por restar configurada “flagrante inconstitucionalidade” nas nomeações desprovidas do processo seletivo público após a Carta de 1988. Tal linha de decisão foi adotada por ocasião do julgamento do MS nº 29.557 do Distrito Federal¹⁰ restando assente que o prazo decadencial de cinco anos para revisão de atos administrativos (art. 54 da Lei nº 9.784/1999 e art. 91, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça) não se aplica a situações inconstitucionais, nas quais ocorreu a delegação de serventia extrajudicial sem a prévia realização do devido concurso público¹¹.

Vê-se que a jurisprudência pátria tem procedido a ponderação de valores para decidir questões com base na Teoria do Fato Consumado. Com efeito, acaso levada às últimas consequências os vícios de atos administrativos e se aplicasse de forma indiscriminada a anulação, outros valores igualmente albergados pelo texto constitucional como a proteção da confiança legítima, a proporcionalidade e a razoabilidade ficariam a descoberto.

Dessa forma, deflui-se que a aplicação da teoria do fato consumado pelas Cortes Superiores leva em conta fatores “extrajurídicos”, de forma a considerar as circunstâncias que circundam os casos concretos que lhes são submetidos, numa espécie de ponderação dos valores constitucionais envolvidos na hipótese em julgamento.

A partir da jurisprudência consolidada no tocante à necessidade de conferir estabilização a atos viciados em algumas hipóteses, o próprio Legislativo prestigiou tal possibilidade mediante a edição da Lei do Processo Administrativo Federal, de nº 9784 de 1999, que no seu artigo 54 estabelece o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para a Administração anular atos de que decorram efeitos favoráveis a terceiros, desde que não hajam concorrido com má-fé para a ocorrência do ato. Vê-se aqui uma ponderação prévia que o próprio legislador faz entre a legalidade estrita e a segurança jurídica.

4. A modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade: da jurisprudência à previsão legislativa

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já admitia a modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade antes mesmo da edição da Lei nº 9868 1999¹², que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Tal possibilidade é levada a efeito a partir da ponderação de valores constitucionais, em que a constitucionalidade das normas é sopesada com outros princípios como a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade.

⁹BRASIL. *Lei nº 9.784 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

¹⁰BRASIL. *MS nº 29.557 - DF*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348054/false>, acesso em: 05 mar. 2022.

¹¹No MS nº 28.273 - DF, o STF decidiu, por unanimidade, que o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999. *In: BRASIL. MS nº 28.273 - DF*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur224678/false>, acesso em: 01 mar. 2022.

¹²BRASIL. *Lei nº 9.898 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm, acesso em: 05 mar 2022.

Importante observar que a ponderação desses valores leva em conta também o impacto da eventual declaração de inconstitucionalidade de dada norma sobre o interesse público, a partir da análise das circunstâncias concretas.

Com efeito, um caso paradigmático que merece menção é o da ADI nº 4.029/DF¹³, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama (Asibama Nacional) em vista da Lei Federal que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), de nº 11.516/2007. Tal norma resultou da conversão da Medida Provisória nº 366/2007, a qual, entretanto, não seguiu o rito previsto pelo § 9º do art. 62 da CF, com a prévia análise da comissão mista de deputados e senadores.

Embora reconhecendo a inconstitucionalidade formal da norma, o relator entendeu que seria atentatório à segurança jurídica admitir-se que toda e qualquer leis originada de MP sem a observância do rito do art. 62, § 9º, da Constituição, desde a EC nº 32/2001, deveriam ser declaradas inconstitucionais e “expurgadas ex tunc” do ordenamento jurídico. No entender do Min. Luiz Fux, relator da matéria seria “inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa”.

Assim, a Corte decidiu por modular os efeitos da declaração, segundo permissivo do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, ao argumento de que a modulação constituía “uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, caput), sob o prisma do princípio da proporcionalidade”.

Hoje, por disposição legal, o STF pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que produza efeitos somente prospectivos, parcialmente prospectivos ou até mesmo que determine data a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade passará a surtir efeitos.

5. A ponderação como ferramenta de hermenêutica jurídica

Após a segunda guerra mundial e a constatação de que a aplicação cega da lei pode levar a verdadeiras atrocidades, da qual o regime nazista que se desenrolou sob estrita autorização legal constitui um dos claros exemplos, ocorreu uma verdadeira mudança de paradigma em relação ao fenômeno jurídico, passando a ser questionamento o entendimento segundo o qual soluções jurídicas sempre poderiam ser estabelecidas a priori, bastante o “enquadramento” ou subsunção da hipótese a normas abstratas.

Neste quadro, surge uma das principais teorias que se propunham a revisar o entendimento do fenômeno jurídico: trata-se da teoria de Theodor Viehweg, apresentada na obra *Tópica e jurisprudência*¹⁴. O cerne da teoria era justamente a necessidade de avaliar as circunstâncias concretas relativas a um caso, antes de proceder-se a aplicação da norma, ou seja, proceder-se a uma análise tópica. Na linha do que já propunha Aristóteles, em seus Tópicos, haveria a necessidade de contraporem-se argumentos, a fim de que os conflitos pudessem ser resolvidos pelo método dialético.

Também contrário ao chamado “abstracionismo jurídico”, que entendia que todas as soluções poderiam ser pensadas de forma prévia e albergadas pelo legislador no texto legal, Chaïm Perelman¹⁵ marcou posição contraposta ao abstracionismo jurídico, defendendo o ponto de vista segundo o qual “nenhuma regra de direito, assim como nenhum valor, é absoluta”. Para o autor, a realidade prática em determinadas circunstâncias assumia um peso maior, ou seja, sempre haveria “situações em que uma regra, seja ela qual for, deverá ser limitada, e em que um

¹³BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029 - DF*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>, acesso em: 05 mar. 2022.

¹⁴VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

¹⁵PERELMAN, C. *Lógica jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2004, pp. 129-130.

valor, qualquer que seja sua importância, deverá ceder diante de considerações preponderantes na ocorrência”.

Posicionou-se de igual modo contrário ao abstracionismo o jurista Luis Recaséns Siches¹⁶, mediante sua teoria que propunha que a lógica do racional fosse substituída pela *Lógica do razoável*. Na sua concepção, não se poderia interpretar o Direito, de forma a extrair consequências a partir das premissas, mas sim, as normas deveriam ser interpretadas à luz da confrontação de seus efeitos com os propósitos que inspiraram o legislador quando de sua elaboração. Nas palavras do autor: “a interpretação do Direito não deve ser a consequência de umas premissas, e sim deve guiar-se pela ponderação de seus efeitos ou resultados”.

Diante de várias críticas que surgiram em face da tópica, diante de possíveis riscos à segurança jurídica, juristas alemães propuseram soluções outras denominadas *métodos concretistas*, os quais pregam que as soluções que devem nortear a análise de casos concretos devem partir do concreto e não do abstrato. Entretanto, diferenciam-se da tópica, uma vez que concebem as leis não como simples pontos de vista (*topoi*), mas como o “limite último da interpretação”¹⁷.

A despeito de terem surgido diversos métodos concretistas, respeitadas as diversas contribuições, o que mais teve relevo doutrinário foi o método da ponderação constitucional, de Robert Alexy¹⁸, a qual promoveu profunda modificação na forma como se entende a aplicação do direito. A partir da ponderação de Alexy, passou-se a considerar um direito a partir da perspectiva de constituir uma verdadeira “ordem objetiva de valores”, o que obrigaria a análise das soluções concretas não só a partir da subsunção de normas, mas necessariamente e de forma adicional, o sopesamento ou ponderação de valores relacionados ao caso.

Nessa linha, a premissa necessária da edição de qualquer norma jurídica é a ponderação de princípios (valores) constitucionais atinentes à hipótese. Tal regra é também aplicável aos atos administrativos, na medida em que eles também constituem normas jurídicas do caso concreto. Entretanto, a ponderação no caso concreto que afaste a aplicação material da norma somente deve ocorrer de forma excepcional, vez que a regra geral é que a Administração Pública se submete às leis.

Expostas as linhas gerais da teoria da ponderação, veremos nos tópicos seguintes o acolhimento da teoria a partir das alterações da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

6. O consequentialismo da LINDB

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sofreu sensíveis alterações em 2018, mediante a inserção de 10 (dez) novos artigos, ao argumento de fomentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação e interpretação do Direito Público. Para o específico objeto deste trabalho as alterações que ora se ressaltam são as do art. 20 e 21, vez que mais diretamente relacionados com a abordagem consequentialista.

Neste prisma, que passaram a permitir de forma expressa a ponderação de valores tanto na elaboração quanto na aplicação de leis. Tais mudanças vieram como resposta aos reclamos da necessidade de segurança jurídica e eficiência por parte dos gestores públicos, considerando o fenômeno denominado “apagão das canetas”, consistente no medo dos agentes públicos de tomarem decisão e sofrerem as

¹⁶*No se puede interpretar el Derecho extrayendo una consecuencia de ciertas premisas; antes bien, las normas deben ser interpretadas a la luz de la confrontación de sus efectos con el propósito que inspiró la elaboración de la norma”. In: SICHES, L.R. Introducción al estudio del derecho, 15º ed., Porrúa, México, 2006, p. 212.*

¹⁷HESSE, K. *A interpretação constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 106.

¹⁸ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1º. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 81 e ss.

consequências de um controle administrativo considerados por muitos como disfuncional¹⁹.

No contexto sobre Controle Disfuncional, Rodrigo Valgas dos Santos aduz que:

“De regra, o exercício do controle externo brasileiro adotou medidas desproporcionais e excessivas que em vez de coibir a violação da norma, efetivamente a fomentam. É exatamente o que alude Hood quando exemplifica que a aplicação de pesadas sanções pela demora na entrega do objeto licitado, acaba por gerar disfunções na medida em que licitantes deixam de participar de licitações com prazo de entrega muito curto, impondo gradativos aumentos de prazo e consequente prejuízo à Administração”²⁰.

Egon Bokmann defende que as alterações foram cruciais para reforçar a segurança jurídica:

“Por conseguinte, a LINDB assumiu papel sobranceiro no trato do Direito Público Brasileiro. Todas as autoridades, órgãos e entidades públicas, sem exceção, subordinam-se a ela e lhe devem aplicação irrestrita, obedientes à sua máxima eficácia. Os artigos da LINDB constituem mandamentos que condicionam a validade dos provimentos administrativos. O exercício das competências administrativas foi funcionalizado em vista do direito público da segurança jurídica”²¹.

A despeito das críticas advindas com as alterações à LINDB objeto da Lei nº 13.655 de 2018²², por aqueles que entendiam que promovia um afrouxamento do controle administrativo, pode-se inferir que as inovações constituíram basicamente o estabelecimento por norma legal das práticas concretistas defendidas pela teoria da ponderação e foram também elogiadas pela corrente que as entendiam necessárias e passíveis de amenizar o “apagão das canetas” e o “Direito Administrativo do Medo”. Nesse sentido, é importante ressaltar que a alteração da LINDB significa muito, vez que se trata de norma que dispõe não só sobre interpretação, mas sobre fontes do direito, por isso sendo considerada como diploma que contém normas de “sobredireito”²³.

Sobre os fundamentos das alterações da LINDB, Carlos Ari Suldfeld, um dos autores da legislação, diz que:

“Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos; falou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, é normal as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o

¹⁹NETO, F.M.D.A. & FREITAS, R.V.D. “O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto”, *Revista Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>, acesso em: 25 out. 2018.

²⁰ SANTOS, R.V.D. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, p. 125.

²¹ MOREIRA, E.B. *A Nova Lei de Introdução: Segurança Reforçada ao Direito Administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

²²BRASIL. *Lei nº 13.655 de 2018*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm, acesso em: 02 mar 2022.

²³MAFFINI, R. & HEINEN, J. “Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, pp. 237-278, set./dez., 2018.

direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos”²⁴.

A análise consequencialista das nulidades vem consagrada na nova LINDB pelo art. 20²⁵, a qual dispôs acerca de uma necessária ponderação acerca dos efeitos práticos de decisões administrativas, para além da análise abstrata de valores, tanto por parte das autoridades administrativas quanto judiciais. No seu parágrafo único, o dispositivo estabelece ainda que a motivação “demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Para espancar possíveis dúvidas sobre o que seriam consequências práticas, O Instituto de Direito Administrativo Brasileiro tentou clarificar o termo mediante a edição de alguns Enunciados que valem a pena ser mencionados:

“Enunciado 4: As ‘consequências práticas’ às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, dentre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes.

Enunciado 5: A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião.

Enunciado 6: A referência a ‘valores jurídicos abstratos’ na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”²⁶.

Ademais do art. 20, o art. 22 também é considerado uma regra que homenageia o consequencialismo, vez que dispõe que “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”²⁷. Mais uma vez, vale a pena socorrer-se dos Enunciados do IBDA²⁸ relacionados ao dispositivo:

“Enunciado 11 - Na expressão ‘dificuldades reais’ constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor.

Enunciado 12 - No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade.

Enunciado 13 - A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do

²⁴SUNDFELD, C.A. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld- chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>, acesso em: 30 mar. 2022.

²⁵BRASIL. *Lei nº 13.655 de 2018*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1, acesso em: 10 mar 2022.

²⁶IBDA. *Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>, acesso em: 30 mar. 2022.

²⁷BRASIL. *Lei nº 13.655 de 2018*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm, acesso em: 02 mar 2022.

²⁸IBDA. *Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>, acesso em: 30 mar. 2022.

controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor”.

Não se pode deixar de reconhecer que tal regra decorre de uma tendência contemporânea do Direito, também expressa na Lei nº 9.868 de 1999 – que regulamenta o processo e julgamento das ADIs e ADCs, a qual permite a modulação da declaração da inconstitucionalidade de normas, tendo em conta razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social²⁹.

Segundo tal linha de raciocínio, se qualquer edição normativa não prescinde da ponderação prévia entre princípios constitucionais, a edição de atos administrativos tampouco poderia prescindir, em toda e qualquer hipótese, de uma avaliação acerca das consequências práticas das medidas adotadas. Nesse sentido, defende Marcondes³⁰ que:

“Vigora, no presente momento histórico, uma concepção concretista do fenômeno jurídico, vale dizer, prevalece o entendimento de que as decisões jurídicas devem partir dos problemas concretos, levando em consideração as particularidades desses problemas”.

Nesse sentido, pode-se apontar a decisão do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferida no julgamento do MS 22.357/DF, em que se decidiu, tendo em conta o peso das circunstâncias práticas apresentadas, por validar 366 (trezentos e sessenta e seis) nomeações de servidores da Infraero, cujas nomeações estavam sendo questionadas ante irregularidades constatadas no processo seletivo. O relator, citando Frederico Marques, concluiu que, no caso, por restar configurada a boa-fé dos contratados, bem como o longo tempo em que estavam na condição de funcionários da Infraero, deveria a segurança jurídica se sobrepor à legalidade estrita.

Nesse sentido, Seabra Facundes já defendia em 1941 que:

“No direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar consequências diversas”³¹.

Importante asseverar que adoção da teoria da ponderação não significa o desprezo às normas prefixadas pelo Direito em toda e qualquer hipótese. Tal entendimento levaria à indesejável insegurança jurídica. Entretanto, conforme defende Marcondes, na seara do Direito Público, a partir do momento em que a norma ingressa no mundo jurídico, algumas circunstâncias concretas alteram as circunstâncias jurídicas que lhe deram sustentação, dentre elas:

- a) o direito atribui à norma estatal uma presunção de validade e, por isso, protege a confiança legítima de quem acreditou em sua correção;
- b) a boa ou má-fé do administrador e do administrado interferem nas razões justificadoras da retirada ou da manutenção da norma;

²⁹Nesse sentido, estabelece o art. 27 que: “o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. In: BRASIL. *Lei nº 9868 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm, acesso em: 03 mar. 2022.

³⁰MARTINS, R.M. “As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativo”, *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, Fórum, Belo Horizonte, 2003.

³¹FAGUNDES, M.S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 70.

c) quanto mais efeitos a norma gera no mundo jurídico, mais peso adquire a estabilização das relações jurídicas, aspecto subjetivo da segurança jurídica”³².

Dessa forma, o art. 20 da nova LINDB constitui regra estabelecida no bojo de um novo entendimento do direito, segundo o qual tanto na elaboração quanto na aplicação de normas jurídicas, é imprescindível proceder-se a prévia análise das consequências práticas da medida a ser adotada. Trata-se da concepção concretista do fenômeno jurídico, que nada mais significa do que o entendimento segundo o qual as decisões jurídicas devem ser tomadas a partir dos problemas em concreto.

O consequentialismo da LINDB tem se espalhado por outros diplomas legais recentes no sistema jurídico brasileiro. Tal é a hipótese do novo tratamento dispensado pela Lei nº 14.133 de 2021³³, que dispõe sobre as licitações e contratações públicas no país, a qual acolhe de forma inequívoca o consequentialismo no tocante ao sistema de nulidades de processos licitatórios e contratos.

Nesse sentido, o artigo 147 do diploma dispõe que, caso se constate irregularidade no procedimento da licitação ou na execução contratual, a declaração de nulidade do contrato somente virá a ser adotada quando se revelar medida de interesse público. Ademais, o dispositivo dispõe expressamente os critérios que deverão ser levados em conta para que se avalie o interesse público na nulidade, tais como impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição do objeto do contrato (inc.I); fechamentos de postos de trabalho³⁴ e custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato³⁵. Ou seja, circunstâncias concretas que circundam o contrato.

Ademais, caso a nulidade seja realmente a alternativa que irá atender ao interesse público, o legislador deu a opção à autoridade administrativa de modular a declaração de nulidade, “com vistas à continuidade da atividade administrativa”, de forma que só tenha eficácia em momento futuro, de forma que se possibilite levar a efeito nova contratação, pelo prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez³⁶.

Segundo a concepção formalista ou legalista acerca das nulidades na esfera administrativa, quaisquer atos e contratos ilegais levariam inevitavelmente a uma única possibilidade: a anulação. Ocorre que, como vimos, em algumas situações, a anulação ou a paralisação da execução contratual não constitui a melhor opção para o atendimento do interesse público. Foi a partir desta constatação que ocorreram as mudanças da LINDB já mencionadas, obrigando o intérprete a avaliar as consequências práticas que advirão da anulação de atos ou contrato. Da mesma forma, o § único do art. 20 estabeleceu o dever de motivar tal decisão, para que fique demonstrada a imperiosidade da medida, além da adequação e proporcionalidade em relação a outras alternativas.

Além da influência do consequentialismo da LINDB no novo normativo das contratações públicas, recentes alterações na Lei de Improbidade Administrativa também demonstram o acolhimento do consequentialismo por parte do Poder Legislativo. Nesse sentido, o art.17-C, incluído na Lei 8.429/92 pela Lei 14.230/21

³²MARTINS, R.M. *Ob. Cit.*, pp. 306-313.

³³BRASIL. *Lei nº 14.133 de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em: 05 mar 2022.

³⁴Segundo o inciso IX da Nova Lei de Licitações). *In: BRASIL. Lei nº 14.133 de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em: 03 mar de 2022.

³⁵Segundo o inciso X da Nova Lei de Licitações. *In: BRASIL. Lei nº 14.133 de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em: 03 mar de 2022.

³⁶Conforme o §2º do artigo 147 da Nova Lei de Licitações. *In: BRASIL. Lei nº 14.133 de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em: 03 mar de 2022.

estabelece que as sentenças proferidas nos processos de improbidade, ademais das disposições do Código de Processo Civil, deverão “considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos (inciso II), bem como os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”³⁷.

Com efeito, uma das críticas que se fazia em relação à Lei de Improbidade na sua forma original era a possibilidade de que gestores respondessem com as pesadas sanções da norma, por condutas enquadradas como atentatórias aos Princípios da Administração Pública, justamente pela abertura interpretativa que valores abstratos como “moralidade”, “eficiência”, dentre outros, possibilitava. A situação de pandemia, neste sentido, pode exemplificar uma consequência prática passível de justificar a compra de um equipamento por um valor, ou mediante um procedimento que em circunstâncias normais não seria justificável.

De igual modo, pode-se tais traços consequencialista tanto na Lei da Liberdade Econômica quanto na Lei Geral das Agências Reguladoras, respectivamente nos artigos 5º e 6º. O que sinaliza uma tendência consequencialista na atuação recente do Poder Legislativo.

Entretanto, as alterações da LINDB foram duramente criticadas, pois na visão de alguns, impactariam negativamente no controle. Entretanto, recente trabalho coordenado por grupo público da FGV Direito SP, apresentado em evento online intitulado “Nova LINDB no TCU: um balanço dos dois primeiros anos”³⁸, demonstra que diversas orientações constantes da alteração normativa foram objetos de assimilação em distintas decisões da Corte de Contas, conforme noticiou em palestra proferida por Carlos Ari Sunfeld, em evento do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo³⁹.

Em se tratando de Controle, há vozes doutrinárias que enxergam nas alterações da LINDB um movimento de restrição da esfera de discricionariedade da instância controladora, que passa a ter que justificar provas e argumentos concretos que a decisão objeto do controle foi emitida em desacordo com o dever de probidade.

“É exatamente esse amplo espaço de atuação do Controlador que a Nova Lei de Introdução visa a coibir. A nova racionalidade decisória vem barrar este tipo de interpretação, porquanto passa a exigir do controlador que demonstre através de provas concretas e consequências práticas que o ato praticado pelo agente público estaria eivado da intenção de ferir a probidade administrativa. Amplia-se assim, o ônus de fundamentação do controlador para as acusações do ato de improbidade baseadas nas alegações genéricas de violação aos Princípios da Administração Pública, tipificadas no artigo 11, da Lei 8429/92”⁴⁰.

³⁷Segundo o Inc. II, do art.17-C, da Lei 14.230, de 2021. In: BRASIL. Lei 14.230 de 2021, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14230-25-outubro-2021-791905-norma-pl.html>, acesso em 03 mar de 2022.

³⁸FGV. *Nova LINDB no TCU*, disponível em: <https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lindb-tcu-balanco-2-primeiros-anos>, acesso em: 28 mar. 2022.

³⁹ SUNDFELD, C.A. “LINDB: análise de risco e consequências na atuação inovadora”, XXXV Congresso de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/2589619a3206-direito-administrativo-e-inovacao-crise-e-solucoes-em-congresso-organizado-pela-aasp-e-ibda>, acesso em: 03 mar. 2022.

⁴⁰ VALIATTI, T.P. *O impacto da Nova Lei de Introdução (Lei nº 13.655 de 2018) na aplicação da LIA: o desestímulo ao Direito Administrativo do Medo*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>, acesso em: 30 mar. 2022.

Pode-se afirmar, então, que a alteração normativa introduzida pela Lei nº 13.655 de 2018 promoveram verdadeira mudança de paradigma na interpretação das normas de atuação dos atores na Administração Pública.

7. Conclusões finais

As alterações impactantes da Lei nº 13.655 de 2018 não configuram verdadeira novidade no sistema jurídico brasileiro, vez que as vozes doutrinárias e jurisprudenciais já pugnavam há tempos pela necessidade de maior racionalidade no controle da atuação administrativa. Com efeito, não é de hoje que se discute, e não é peça de ficção, o fenômeno do apagão das canetas, bem como o Direito Administrativo do Medo. Fala-se de um tipo de controle “disfuncional” que, por colocar o gestor sempre na iminência de sofrer uma sanção por seus múltiplos órgãos, não cumpre o papel para o qual foi criado, mas afasta boas pessoas dos cargos de gestão, deixando apenas os mal-intencionados, ou os “sem noção do perigo que correm”.

Embora não constitua propriamente uma novidade na doutrina e na jurisprudência, as alterações da LINDB acabam por objetivar no texto legal construções teóricas importantes e necessárias, fundamentais como instrumento da moderna hermenêutica. Não se concebe mais que o interprete do Direito não tenha em conta a realidade prática que está analisando, que se apegue a valores abstratos e se esqueça que o sistema jurídico não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para concretizar a justiça e garantir a paz social, para “dar a cada um o que é seu”.

A despeito das duras críticas direcionadas às alterações da LINDB, pois, na visão de alguns, impactariam negativamente no controle, a absorção de suas prescrições na recente jurisprudência do TCU, demonstra que esta alteração normativa efetivamente impactou o Controle da Administração Pública no país e evidentemente irá promover alterações na própria cultura da Administração Pública.

A reboque das alterações da LINDB, presenciamos alterações em diversos outras normas de suma importância na Administração, como a Nova Lei de Licitações e Contratos e as alterações na Lei de Improbidade Administrativa. Desta forma, o Legislativo vem oferecendo à hermenêutica jurídica um instrumental de suma importância para conferir maior segurança jurídica aos gestores e aos cidadãos destinatários das leis e dos atos jurídicos, consistente na autorização agora expressa em norma legal, para que se tenha os olhos voltados para a realidade prática na qual o Direito deve atuar, na consecução da melhor solução para realizar o bem-estar coletivo.

8. Referências bibliográficas

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1º ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madri, 2002.

BRASIL. *Ação Cível nº 79 - MT*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2073053>, acesso em: 20 out de 2021.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029 - DF*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>, acesso em: 18 out 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.655 de 2018*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm, 15 out 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133 de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em: 15 out 2021.

BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 15 out 2021

BRASIL. *Lei nº 9.784 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm, acesso em: 15 out 2021

BRASIL. *Mandado de Segurança nº 23.047-MC*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>, acesso em: 16 out 2021

BRASIL. *Balanço da Nova LINDB*, disponível em: <https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lindb-tcu-balanco-2-primeiros-anos>, acesso em: 20 out 2021.

BRASIL. *Súmula nº 473*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>, acesso em: 15 out 2021

BRASIL. *Lei nº 9.898 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm, acesso em: 15 out 2021.

BRASIL. *MS nº 28.273 - DF*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur224678/false>, acesso em: 15 out 2021.

FAGUNDES, M.S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2005.

HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.

IBDA. *Seminário Promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>, acesso em: 30 mar. 2022.

MAFFINI, R. & HEINEN, J. "Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.277, n.3, pp. 237-278, set/dez., 2018.

MARTINS, R.M. "As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativo", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, Fórum, Belo Horizonte, 2003.

MARTINS, R.M. *Teoria do Ato Administrativo à luz das alterações da LINDB*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

MATOS, M.C. "Princípio da proteção da confiança legítima: limite ao Estado legislador", *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2020.

MOREIRA, E.B. *A Nova Lei de Introdução: Segurança Reforçada ao Direito Administrativo*, Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

MIRANDA, P.D. *Tratado de direito privado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

NOHARA, I.P. *Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

PERELMAN, C. *Lógica jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2004.

SICHES, L.R. *Introducción al estudio del derecho*, 15º ed., Porrúa, México, 2006.

SUNDFELD, C.A. "LINDB: análise de risco e consequências na atuação inovadora", *XXXV Congresso de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA*, disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/2589619a3206-direito-administrativo-e-inovacao-crie-e-solucoes-em-congresso-organizado-pela-aasp-e-ibda>, acesso em: 15 out 2021.

SUNDFELD, C.A. *Chega de axé no direito administrativo*, disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-creche-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>, acesso em: 15 out 2021.

VALIATTI, T.P. *O impacto da Nova Lei de Introdução (Lei nº 13.655 de 2018) na aplicação da LIA: o desestímulo ao Direito Administrativo do Medo*, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>, acesso em: 30 mar. 2022.

VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

Considerações sobre a hermenêutica jurídica da escola da livre investigação em François Géný

Considerations on the legal hermeneutics of the school of free research in François Géný

Igor Vasconcelos Saldanha¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico sobre as escolas hermenêuticas do Direito; 3. A Escola da Livre Investigação; 4. A obra de François Géný; 5. A atualidade de François Géný; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo apresenta como tema a hermenêutica jurídica da Escola da Livre Investigação, com destaque para o pensamento de seu maior defensor: François Géný. Para contextualizar o tema, será apresentado breve histórico sobre algumas das principais escolas hermenêuticas do Direito para em seguida abordar, mais especificamente, a Escola da Livre Investigação. A obra de François Géný terá tópico específico no presente artigo. Serão apresentadas suas principais posições teóricas e elaboradas algumas considerações a seu respeito, com base em estudiosos que analisaram o tema. Busca-se com o presente ensaio relacionar a teoria interpretativa de Géný com discussões contemporâneas para se demonstrar que seu pensamento ainda pode ser encontrado na atualidade.

Palavras-chave: hermenêutica; jurídica; Escola da Livre Investigação; François Geny; discussões contemporâneas.

Abstract: The article presents as theme the juridical hermeneutics of the School of Free Scientific Research, highlighting the thoughts of its greatest defender: François Géný. In order to contextualize the theme, a brief history of some of the main hermeneutical schools of Law will be presented. Then, more specifically, the School of Free Scientific Research will be studied. The work of François Géný will have a specific topic in this article. His main theoretical positions will be presented and also some considerations about it will be elaborated, based on scholars who have analyzed the topic. The present essay seeks to relate Géný's interpretive theory with contemporary speech to demonstrate that his thought can still be found today.

Keywords: hermeneutics; juridical; Free Scientific Research; François Geny; contemporary speech.

1. Introdução

Este estudo tem como tema a hermenêutica jurídica da Escola da Livre Investigação, com especial destaque para o pensamento de seu maior defensor: François Géný.

¹Mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Especialista em Direito Empresarial com concentração em regulação e negócios de petróleo e gás pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral – FDC. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Advogado.

Primeiramente, no intuito de contextualizar o tema, será apresentado breve histórico sobre algumas das principais escolas hermenêuticas do Direito para em seguida abordar, de forma mais específica e aprofundada, a Escola da Livre Investigação.

A obra de François Géný será objeto de tópico específico no presente estudo. Serão apresentadas suas principais posições teóricas e elaboradas algumas considerações a seu respeito, com base em estudiosos que analisaram o tema.

Pretende-se, assim, com o presente ensaio relacionar a teoria interpretativa de jurista francês com discussões contemporâneas para responder a seguinte indagação: o pensamento de François Géný ainda tem aplicabilidade nas atividades dos operadores do Direito na atualidade?

2. Breve histórico sobre as escolas hermenêuticas do direito

Ressalte-se, primeiramente, que não se pretende neste tópico aprofundar cada uma das escolas hermenêuticas citadas, as quais poderiam isoladamente ensejar densos trabalhos acadêmicos específicos, mas sim apresentar uma contextualização de suas ideias principais, com posterior prosseguimento na especificidade do tema proposto.

A interpretação jurídica tem extrema relevância na aplicação das normas e sua evolução caminhou lado a lado com o desenvolvimento do próprio Direito e de sua tarefa de pacificar os conflitos da sociedade. Na medida em que as complexidades sociais e negociais se intensificavam, as ferramentas interpretativas existentes para a aplicação do Direito ao caso concreto foram questionadas. Tal fato ensejou debates e transições entre escolas e movimentos² adeptos de diversas formas de conceber a hermenêutica jurídica.

Lênio Streck consegue resumir com maestria o que ele denomina "Hermenêutica e(m) crise", sustentado a falibilidade histórica das correntes exegéticas na solução da dialética Direito-Sociedade, ressaltando que:

"O enorme fosso ainda existente entre o Direito e a sociedade, que é instituído e instituinte da/dessa crise de paradigmas, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social. Afinal, o establishment jurídico-dogmático brasileiro produz doutrina e jurisprudência para que tipo de país? Para que e para quem o Direito tem servido? Para se ter uma ideia da dimensão do problema, ainda não conseguimos sequer entender que Kelsen não foi um positivista exegético e, sim, um positivista normativista...! Esse hiato e a crise de paradigma do modelo liberal-individualista-normativista retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa"³.

Entre as principais correntes da teoria da interpretação jurídica, a primeira que pode ser mencionada é a Escola da Exegese. Surgida na França no início do século XIX, tinha como base o legalismo, não admitindo outra fonte do Direito senão a lei. Dessa maneira, cumpria ao Poder Judiciário tão somente aplicar a literalidade do que fora estabelecido pelo Poder Legislativo, sem cogitar fator político após a edição formal da lei.

Essa prevalência e força do texto escrito, como se sabe, tinha uma explicação histórica. Naquele momento, havia uma grande desconfiança para com os juízes do *Ancien Régime*, em um período no qual o absolutismo e a centralização do poder eram desvirtuadamente exagerados. Dessa maneira, sob influência da

²SCHOUERI, L.E. *Direito tributário*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, pp. 700 e ss.

³STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11. ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014, p. 16-17.

Revolução Francesa, o movimento exegético procurou alterar esse panorama e se alinhou profundamente ao legalismo.

Na sequência das escolas interpretativas jurídicas, surge a Escola da Livre Investigação como reação ao positivismo e seus postulados. Para essa corrente de pensamento, o Direito seria o resultado de uma criação dos juristas, notadamente dos juízes, na busca por um resultado justo.

Assim, esse movimento criticava o absoluto legalismo estatal, defendendo a existência também de fontes extralegais para a interpretação e aplicação do Direito. Entre tais fontes, encontravam-se o costume (tradições) e a própria Ciência do Direito. A Escola da Livre Investigação será mais amplamente abordada no próximo item deste estudo.

O percurso histórico das teorias da interpretação prossegue com a Escola Histórica, de matriz germânica. Esta sustentava que o intérprete deveria reconstruir o pensamento que embasou a lei. Era necessário perscrutar as circunstâncias em que a lei fora produzida.

A Escola Histórica, além de rejeitar a antecessora Escola Livre do Direito, ao considerar que o Direito seria o resultado de uma evolução cultural da sociedade, também se contrapunha à Escola da Exegese, que defendia uma intensa ruptura com o passado absolutista. Essa diferença pode ser atribuída ao fato de França e Alemanha, berços desses movimentos, terem vivenciado experiências diferentes e estarem em estágios diversos enquanto Estados.

Dessa maneira, segundo o movimento histórico, o Direito não era a mera decisão do legislador, mas da história daquela sociedade. Isso demandava o desenvolvimento de uma Ciência do Direito que examinasse, de forma racional, o fenômeno histórico que constituía o Direito. Advieram, assim, das lições de Savigny, os conhecidos elementos para a interpretação, quais sejam: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático.

A busca de uma sistematização, decorrente dos estudos de Savigny, contribuiu para a ideia de que o aplicador do direito analisaria as normas do sistema e as ordenaria mediante conceitos, concebendo-se um ordenamento harmônico. O sistema era considerado completo ante a possibilidade de sempre se formar um conceito como produto da lógica que partia de outros conceitos sedimentados anteriormente. Não era, portanto, aceitável que o juiz deixasse de decidir.

A teoria denominada de Jurisprudência dos Conceitos surgiu após a Escola Histórica. A teoria denominada de Jurisprudência dos Conceitos surgiu após a Escola Histórica. Nas palavras de Sérgio André Rocha, a Escola de Savigny, entre outras contribuições para o campo da hermenêutica:

“legou à jurisprudência dos conceitos a ideia de sistema, extremamente relevante para o seu desenvolvimento (...), tem-se que a jurisprudência dos conceitos partiu de alguns alicerces lançados pela escola histórica, os quais foram trabalhados por Friedrich Puchta (1798-1846), discípulo de Savigny, para o desenvolvimento de sua genealogia dos conceitos (...). A jurisprudência dos conceitos reflete uma teoria jurídica lógico-racionalista, na medida em que atribui aos conceitos jurídicos a possibilidade de enclausurar o direito, sendo desnecessária qualquer valoração para a compreensão das regras jurídicas, mas sim a sua recondução a conceitos superiores”⁴.

A Jurisprudência dos Conceitos teve repercussão em diversos ramos do Direito, notadamente no Direito Tributário, pois enfatizou o papel da interpretação lógico-sistemática, admitindo a existência de uma relação entre os conceitos e as

⁴ROCHA, S.A. “Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo”, *Lex Humana Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, nº 1, 2009, pp. 77-81.

categorias jurídicas e a realidade econômica e social referentes à norma, sendo prescindível ao intérprete se ocupar com dados empíricos.

É possível, então, conceituar a jurisprudência dos conceitos:

“como uma doutrina formalista, segundo a qual a atividade de interpretação/aplicação do direito dar-se-ia de forma lógico-dedutiva, mediante a subsunção de conceitos inferiores a conceitos superiores. A genealogia dos conceitos implica um sistema jurídico organizado de forma piramidal, de forma que os conceitos inferiores se legitimam na medida em que podem ser reconduzidos subsuntivamente a conceitos superiores, até se chegar ao conceito supremo que, segundo Puchta, procederia da filosofia”⁵.

Posteriormente, no itinerário temporal das teorias da interpretação, sobreveio a Jurisprudência dos Interesses. Para seus defensores, a norma legal era concebida como o resultado de uma “diagonal” de forças dos vários interesses em conflito existentes.

Sua distinção para a Jurisprudência dos Conceitos reside na compreensão de que o Direito é incompleto e que necessita de uma ação de preenchimento de lacunas. Tais lacunas seriam sanadas pelo julgador por meio dos interesses presentes no conflito. Isso não quer dizer que o juiz poderia criar normas segundo seus valores, mas sim que consideraria a totalidade dos interesses envolvidos. Na seara tributária, a Jurisprudência dos Interesses contribuiu para a influência da consideração econômica nesse ramo do Direito.

Por fim, na evolução histórica das principais teorias hermenêuticas do Direito, tem-se a Jurisprudência dos Valores. Esta sustentou uma crítica à importância dos conceitos abstratos na Ciência Jurídica, pois não seria o caso de ordenação e descrição de simples fatos, mas sim de instrumentos de sua valoração. Surge, assim, a relevância dos princípios condutores, que seriam mais ou menos concretizados. Nesse sistema jurídico, construído por meio desses princípios, se demonstraria os valores que fundamentam as normas produzidas. A Jurisprudência dos Valores reclama uma reaproximação entre Ética e Direito, com o objetivo de Justiça. Para tanto, utiliza-se de claro pluralismo metodológico.

Apresentado esse breve histórico sobre as escolas hermenêuticas do Direito, na continuidade do presente estudo será abordada com mais profundidade o pensamento da Escola da Livre Investigação no tópico a seguir.

3. A Escola da Livre Investigação

Como afirmado no item anterior, na sequência das teorias interpretativas jurídicas, surge a Escola da Livre Investigação como reação ao positivismo e seus postulados sustentados pela corrente exegética. Vale repisar o momento histórico do surgimento dessa nova teoria.

A anterior Escola da Exegese havia surgido na França no início do século XIX e tinha como base o legalismo. Essa força do texto escrito tinha razão histórica, pois havia uma grande desconfiança para com os juízes. Assim, sob influência da Revolução Francesa e em reação ao absolutismo, o movimento exegético aprofundou o legalismo.

A separação dos poderes foi consagrada e a legitimação do Direito exigia leis produzidas pela assembleia legislativa representante do povo. Ademais, o código regularia de modo completo e exclusivo um âmbito do ordenamento jurídico. A lei seria suficiente (sem lacunas) e não haveria outra fonte do Direito além da lei.

Era esse o pensamento jurídico que vigorava naquele momento histórico quando sobreveio a Escola da Livre Investigação. Um de seus principais expoentes foi o jurista francês François Génys. Vale registrar as reflexões de José Luis de los

⁵ROCHA, S.A. *Ob. Cit.*, p. 82.

Mozos acerca da teoria da interpretação na obra de Géný, quando sustenta que as preocupações teóricas e práticas do jurista francês, incluindo toda sua obra:

“se nos ofrecen ejemplarmente como un modelo que es preciso imitar, habita cuenta que en Derecho no existen fórmulas mágicas y que sigue siendo tan importante la ciencia como la técnica, los datos que nos ofrece el cada vez más complicado ordenamiento jurídico, (...), en la manera de construir el saber jurídico desde siempre”⁶.

Em razão da relevância de sua obra trataremos dela em tópico específico.

Essa nova corrente, diante das novas relações que surgiram na sociedade, observou que o direito “posto” e cristalizado nos códigos não acompanhara as mudanças ocorridas na sociedade e que, por tal razão, não mais estavam atendendo plena e eficazmente os seus objetivos de pacificação social.

O Professor Miguel Reale discorrendo há décadas sobre Filosofia do Direito e formas de conhecimento jurídico, observa um retorno das cogitações filosófico-jurídicas e, quanto a esse período histórico, afirma que:

“Reconhecido, com efeito, o desajuste entre os sistemas normativos e as correntes subjacentes da vida social, os domínios da Ciência do Direito viram-se agitados por uma nova ‘ventania romântica’, tal como foi qualificado o movimento do ‘direito livre’ (Freies Recht) ou da ‘Libre recherche du droit’, chegando a ser postos em xeque os elementos de certeza indispensáveis à ordem jurídica positiva”⁷.

Ademais, nas palavras de Vinícius de Mattos Magalhães:

“A reação aos exegetistas surge de uma constatação desta falibilidade da Escola do apreço à literalidade da lei. No momento em que os fatos sociais cristalizam a mutabilidade do Direito e demonstram que o método exegético não os acompanha, passa-se a buscar um método que concilie a tradição literal do texto com as possibilidades sociais que seus efeitos podem viabilizar. Desalgema-se o sentido das limitações inerentes à literalidade da lei e da busca incessante pela mens legislatoris, unindo-o, novamente, a uma categoria de destaque, a conferir nova vida à interpretação jurídica. Dá-se início a um movimento que Simone Goyard-Fabre chama de ‘invasão do direito pelo fato’, que em suas palavras pode ser assim descrito: ‘os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência’ levando a autora a afirmar que o Direito ‘assumiu uma fisionomia mais dúctil e flexível’”⁸.

Seus defensores, posicionados contra o exagerado normativismo e literalismo da Escola da Exegese, negavam a existência da plenitude lógica do sistema jurídico, bem como defendiam a função social do Direito e reconheciam que muitas vezes a lei tinha lacunas. “O papel da livre investigação científica seria exatamente oferecer ao intérprete/aplicador do direito instrumental para superar as limitações imanentes ao direito positivo”⁹.

⁶MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 148.

⁷REALE, M. “A filosofia do direito e as formas do conhecimento jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. nº 57, 1962, p. 94.

⁸MAGALHÃES, V.D.M. “O Construtivismo de François Géný e a Metodica Estruturante de Friedrich Müller: há um paralelismo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do Direito?”, *THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 8, n. 2, Fortaleza, 2010, p. 17.

⁹ROCHA, S.A. *Idem*.

Destaque-se que, apesar de livre a investigação, suas conclusões não poderiam ser aleatórias, nem de cunho apenas subjetivista dos julgadores. A livre investigação demandaria bases científicas para sua realização.

Nesse ponto, é necessário fazer uma distinção. A Escola da Livre Investigação deve ser diferenciada da Escola do Direito Livre. Isso porque, a última vai mais além e admite o julgamento contra a lei, se o juiz entender que o legislador agiria de outra forma diante daquele caso concreto que ele não previu que aconteceria daquela forma. De matriz germânica, a escola do direito livre não pode ser confundida com a escola francesa da livre investigação científica.

Seria necessário, para a corrente francesa, diante da necessidade de atualização de instituições jurídicas, aceitar fontes extralegais para o bom funcionamento do sistema. No próximo item serão abordados a obra e o pensamento do principal expoente da Escola da Livre Investigação: François Géný.

4. A Obra de François Géný

François Géný foi um jurista francês nascido em Baccarat, em 17 de dezembro de 1861, onde seu pai residia e trabalhava como inspetor de águas e florestas. Após concluir seus estudos em Nancy, lecionou em diversas áreas do Direito em Alger, Dijon (onde se casou com Antonie Busquet, com quem teve oito filhos) e Nancy. Nesse percurso teve forte ligação com o renomado jurista francês Raymond Saleilles, com quem se encontrou na Faculdade de Direito de Dijon. À época, Saleilles já havia escrito sua importante obra: *Ensaio de uma teoria geral da obrigação após o projeto de Código Civil alemão*.

Sua influência foi tanta que, em 1933, a Academia Americana de Artes e Ciências de Boston elegeu Géný membro honorário estrangeiro. Alguns¹⁰ chegam a afirmar que não houve, desde a redação do Código Civil daquele país, jurista francês cuja obra tenha obtido tamanho reconhecimento, em França e mais ainda no estrangeiro, do que François Géný.

A importância de Géný se deve a sua crítica à Escola da Exegese e ao excessivo legalismo que dominava o Direito no século XIX. Géný capitaneou a Escola da Livre Investigação e produziu como obras marcantes: *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif* (1899) e *Science et Technique em Droit Privé Positif* (1914).

Observa-se que o livro *Méthode d'Interpretation et Sources em Droit Privé Positif* contou com relevante prefácio¹¹ redigido por R. Saleilles. Lá, com a autoridade de ser o mestre de Géný, R. Saleilles explicita que:

“O livro seria, antes de tudo, uma obra de franqueza. Isso porque há quase um século que se vivia em uma mal-entendida ficção que produziu todos os benefícios que pretendia proporcionar, e do qual, há algum tempo, já não se sentia mais do que as suas desvantagens. Finalmente, seria necessário voltar à realidade. A ficção era acreditar, não estritamente falando, que a lei bastava para tudo - todos sabem que não há lei codificada que pode abranger e prover toda a relações jurídicas - mas essa jurisprudência, e também a doutrina, ao interpretar a lei, colocou-se apenas do ponto de vista de uma busca de vontade, e que não que desenham as soluções lógicas que teriam aceitado o legislador; não o legislador moderno, mas o autor mesmo da lei, qualquer que seja o intervalo a ser lançado em bloco entre o passado e o presente”¹².

¹⁰KAYSER, P. “La vie et l’oeuvre de François Geny”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, nº 1, Milão, 1991, p. 53.

¹¹GÉNÝ, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2ª ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1919, p. XIV.

¹²“Ce livre est avant tout une œuvre de franchise. Voici près d'un siècle que nous vivons sur le malentendu d'une fiction qui a produit tous les avantages qu'elle était destinée à procurer, et dont, depuis quelque temps, nous ne sentons plus que les inconvénients. Il faut enfin revenir

Nota-se que as lições de Gény contém muitas antecipações que, com o tempo, iam encontrar um vasto desenvolvimento doutrinário. Assim, seu pensamento jurídico surge como o precursor, não só do renascimento do Direito Natural, mas também do ressurgimento de uma teoria geral do Direito e de uma metodologia ou epistemologias jurídicas¹³.

Para Miguel Reale, "o pensamento jurídico de François Gény, tão renovador e abrangente, repercutiu em múltiplas direções na cultura jurídica brasileira, sobretudo após a Primeira Guerra"¹⁴. Limongi França também destacando a relevância da obra do jurista francês afirma que:

"A maior obra, entretanto, que se escreveu até hoje sobre a matéria foi a daquele em cuja honra esses estudos foram publicados, o eminente François Gény, por sinal o grande restaurador, no direito privado, da concepção clássica do direito natural (...) de profundo significado é a sua contribuição no setor da metodologia da interpretação das fontes, assim como da construção científica do direito"¹⁵.

Todavia, como sustenta José Luis de Los Mozos: "a la hora de evocar al obra de F. Gény, de su importancia y significado, no es suficiente, llevados de un afán clasificatorio, el clasificarle entre los fundadores de la escuela científica francesa, como generalmente suele hacerse, sino que hay de poner de relieve mucho más, si queremos ser fieles con esa memoria histórica"¹⁶.

Gény defendia que o ponto de partida e fonte inicial para o Direito era a Lei, todavia a Lei não seria suficiente para atender e alcançar todos os aspectos juridicamente significativos das relações sociais que se procurava regular. Em suas próprias palavras:

"Que não se creia que a missão do intérprete, assim compreendida, se resume a uma obra puramente mecânica de algumas fórmulas técnicas. É preciso, ao contrário, muita fineza e perspicácia, essencialmente, para transformar uma regra as vezes abstrata e sempre seca, em algo vivo e concreto, onde se possa encontrar a satisfação de interesses diversos da vida jurídica. Como parece maçante e descolorida a fórmula apodítica da lei, à custa das circunstâncias e eventos, tão variados, tão complexos, tão comoventes, aos quais ela tem que se adaptar! Você tem que animar esta fórmula, fazê-la devolver tudo o que ela contém, extrair dela, por assim dizer, colocá-los em circulação na vida, toda justa, toda utilidade prática, da qual é a expressão"¹⁷.

à la réalité. La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout— tout le monde sait qu'il n'est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques — mais que la jurisprudence, et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent" (Tradução Livre). In: GÉNY, F. *Ob. Cit.*, p. XIV.

¹³MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 121.

¹⁴REALE, M. "Gény na Cultura Jurídica Brasileira", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, nº 1, Milão, 1991, p. 351.

¹⁵FRANÇA, R.L. *Hermenêutica Jurídica*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, pp. 89-90.

¹⁶MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 123.

¹⁷Que l'on ne croie pas, d'ailleurs, que la mission de l'interprète, ainsi comprise (et dans une large mesure elle ne peut l'être autrement), se ramène à une mise en œuvre purement mécanique de quelques formules techniques. Il y faut, au contraire, beaucoup de finesse et de perspicacité. — De quoi s'agit-il, en effet ? Essentiellement, de transformer une règle, parfois abstraite et toujours sèche, en un cadre vivant et concret, où puissent trouver leur

Era necessário que o juiz fosse além da Lei e recorresse a outras fontes suplementares do Direito, nos casos em que houvesse omissão ou insuficiência da norma. Raymond Saleilles cunhou a sentença que bem resume o pensamento de Gény é: "pelo Código Civil, mas além do Código Civil"¹⁸.

A professora Mariá Brochado destaca ponto do prefácio da obra *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, de Gény, onde Raymond Saleilles advertia que:

"o propósito daquela obra era substituir o método silogístico e dogmático por um método histórico, pois que aquele deduz dos códigos uma vida fictícia, irreal, e este se apresenta como um método de vida orgânica, interno e não externo, alheio a esta; e sua missão está em vivificar os códigos não por seus conteúdos, mas por elementos da vida ulterior externa (GÉNY, 1925, p. VIII), tais como as orientações científicas mais diversas, a sociologia, a filosofia, etc"¹⁹.

Como fontes suplementares do Direito, o jurista francês admitia²⁰ o costume, a autoridade, a tradição e a livre investigação. Como costume deveria ser considerado aquela fonte antiga e primária de todos os direitos, adotada em todas as sociedades. A autoridade consistiria naquelas opiniões abalizadas de pessoas e entidades de reconhecida competência²¹. A tradição era representada pelos ensinamentos e experiências exitosas dos anteriores mestres juristas. Por fim, a livre investigação seria a busca pelas fontes do direito vivo.

Destaque-se que Gény não incluía a jurisprudência dentre as fontes suplementares para interpretação e aplicação do Direito. Ressalte-se que além de ser originário de país representante do sistema jurídico europeu continental, naquela época as decisões judiciais ainda não eram de amplo e fácil conhecimento para a sociedade.

Ponderava Gény que: i) os defensores da jurisprudência como fonte suplementar do Direito não explicavam em que medida e sob quais condições essa "fonte" deveria se impor ao intérprete; ii) as simples afirmações desses autores contrariavam os princípios incontestáveis da organização constitucional da França; iii) não bastava, para responder a estas objeções, fazer da Jurisprudência uma espécie de fonte consuetudinária, pois as decisões judiciais não constituem verdadeiro costume jurídico, porque não encerram o uso por parte dos interessados e envolvidos diretamente, os quais formam o substrato essencial do costume; iv) se considerarmos a Jurisprudência como um costume "sui generis", espécie independente e bem distinta, as exigências acima indicadas continuariam não satisfeitas; v) sendo ainda considerada a Jurisprudência como "fonte formal", positiva, ela continuaria sujeita a variações e contradições, sem oferecer, nela mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica²².

Contra as citadas ponderações de Gény, o professor Limongi França expressamente se manifestou, apresentado sua refutação no seguinte sentido:

satisfaction les intérêts divers de la vie juridique. Combien paraît terne et décolorée la formule apodictique de la loi, au prix des circonstances et des événements, si variés, si complexes, si mouvants, auxquels elle se doit adapter ! Il faut animer cette formule, lui faire rendre tout ce qu'elle contient, en extraire, pour ainsi dire, pour les mettre en circulation dans la vie, toute l'équité, toute l'utilité pratique, dont elle est l'expression. (*Tradução Livre*). In: GÉNY, F. *Op.cit.*, p. 30.

¹⁸GÉNY, F. *Ob. Cit.*, p. XXV.

¹⁹BROCHADO, M. "Apontamentos sobre Hermenêutica Jurídica", *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13, n.º 100, Jul/Set, Brasília, 2011, p. 259.

²⁰GÉNY, F. *Idem*.

²¹CORBETT, P.E. "The Work and the Influence of François Gény", *The Canadian Bar Review*, vol. XV, n.º. 1, jan. 1937, p. 02.

²²GÉNY, F. *Ob. Cit.*, pp. 44-48.

“Quanto às variações, a que, após um certo período de estabilização e mesmo depois de consolidado o costume judiciário, estaria este sempre sujeito, é de se ponderar que o costume popular nunca o está menos, de modo análogo ao que se passa com a própria legislação, cuja instabilidade, nas últimas décadas, tem assumido o caráter de verdadeira causa de decadência do Direito (Cf. GEORGE RIPERT, *Le Déclin du Droit*, Cap. VI, pg. 155, e segs., Paris, 1949). Portanto, em conclusão, como vemos, nada há que impeça a formação de um verdadeiro costume jurisprudencial, capaz de atingir os caracteres de regra de direito obrigatório”²³.

De outro giro, defendia Gény que o direito positivo incluía duas categorias conceituais. Uma seria aquela representada pelo conjunto de elementos que antecedem a ordem jurídica (situação histórica, geográfica, tradições culturais, moral, religião, capacidade intuitiva do ser humano), ou seja, aquilo que é “dado”. A outra categoria consistiria no conjunto de normas criadas para atender as condições de segurança social de uma comunidade, isto é, aquilo que é “construído”.

Nota-se que “a preocupação de Gény, sempre cioso de preservar o campo do *construit* perante o campo do *donné* – distinção esta ditada por sua preocupação de rigor epistemológico – teve o efeito indireto de pôr termo à persistente sinonímia, sobretudo nos textos de inspiração escolástica, entre Filosofia do Direito e Direito Natural”²⁴. Nas palavras de Miguel Reale:

“Gény, que jamais pretendeu ser filósofo, teve ciência intuitiva desse sucessivo alternar-se de *donnés* e *construits* que, no seu todo, representa o processo interminável da cultura, pois o que ele quer é que o que se tornou história seja respeitado como um dado por quem (legislador ou jurista) esteja construindo novas normas”²⁵.

Destarte, por meio da livre investigação científica, o jurista buscaria alcançar essas duas categorias, responsáveis pela dinâmica do Direito. A investigação é livre porque não se sujeita aos limites do legalismo e é científica porque emprega e utiliza dados fornecidos pela ciência jurídica. Assim, a livre interpretação ensejaria a constante adaptação da ordem jurídica às circunstâncias de cada momento histórico, acompanhando sua evolução, o que não seria possível para uma lei, estaticamente considerada, realizar. Afinal, a interpretação é “un proceso necesariamente variado y rico, dado que la vida social, fluye y cambia, constantemente, nunca queda petrificada por encanto del acto legislativo”²⁶.

Como conclui Gény ao final de seu *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*:

Nossa conclusão tende a afirmar que os elementos puramente formais e lógicos que se oferecem aos juristas no sistema exterior e plástico do direito positivo são insuficientes para satisfazer os objetivos da vida jurídica. De onde resulta a consequência inevitável, que a jurisprudência deve procurar, fora e além de seus elementos, os meios de cumprir sua missão na totalidade²⁷.

²³Aula inaugural do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, pronunciada em 1º de abril de 1970, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de S. Paulo.

²⁴REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 359.

²⁵REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 362.

²⁶MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 132.

²⁷“Notre conclusion tend à affirmer, que les éléments, purement formels et logiques, qui s'offrent aux jurisconsultes dans l'appareil extérieur et plastique du droit positif, sont insuffisants à satisfaire les desiderata de la vie juridique. D'où résulte la conséquence inévitable, que la jurisprudence doit chercher, en dehors et au-dessus de ces éléments, les moyens de remplir toute sa mission” (tradução livre). In: GÉNY, F. *Ob. Cit.*, p. 234.

No ponto, ressalve-se que: “apesar de ter uma marcada influência sociológica, Gény permanece ainda ligado a alguns dos pressupostos fundamentais da teoria tradicional, especialmente à ideia de que a lei é expressão da vontade do legislador”²⁸.

Além disso, para Gény, a livre investigação deveria se orientar por alguns princípios, são eles: a autonomia da vontade, a ordem e interesse público e o justo equilíbrio e harmonização dos interesses particulares. Dessa forma, seria efetivada a função social do Direito, a qual deveria ir além da lei para preencher suas lacunas, mas sem ser contrária à lei.

Como bem afirmou o professor Alexandre Araújo Costa:

“os esforços de Gény caracterizam a busca aristotélica de um meio termo entre flexibilidade e segurança. A segurança é garantida à maneira tradicional, pela subordinação do juiz à lei e pela vinculação da hermenêutica à intenção legislativa. Já a flexibilidade é conquistada mediante uma ampliação da teoria tradicional das fontes, com uma valorização dos costumes, da jurisprudência e da doutrina. É nessa flexibilização da teoria das fontes que Gény abre espaço para que os juízes escapem do fetichismo da lei e busquem em elementos extra-legais, mas nem por isso menos jurídicos, fundamentos para adaptar o significado das normas às necessidades sociais. Com isso, busca ele estabelecer uma nova liberdade para o jurista, mas uma liberdade limitada aos critérios objetivos estabelecidos pela ciência do direito”²⁹.

Ressalte-se que Gény pretendeu superar o legalismo exagerado e sua pretensão de autossuficiência que queria deixar relegada a interpretação a uma mera operação lógica, todavia não questionou a necessária submissão do juiz à lei. Assim, não incentivou quaisquer espécies de subjetivismos judiciais. Gény não denomina:

“essa atividade criadora com o clássico título de equidade, mas chama-a de livre investigação científica: uma investigação livre por não ser submetida à vontade de uma autoridade positivada em uma fonte formal e ‘ao mesmo tempo científica, porque ela não pode encontrar bases sólidas senão nos elementos objetivos que somente a ciência lhe pode revelar’. Assim, o que Gény defende não é a livre criação do direito pelo juiz, pois a livre investigação científica que ele que propõe de forma alguma pode ser vista como uma manifestação subjetiva dos valores do juiz. Para Gény, que tem uma postura marcadamente cientificista, é possível identificar o direito para além das leis escritas, mas sempre dentro dos quadros de uma teoria das fontes construída pela ciência do direito”³⁰.

Assim, conclui-se que o pensamento de Gény ao mesmo tempo que refutava a ideia de que o Código Civil francês representava todo o direito positivo, defendia o respeito à lei escrita, devendo apenas e tão somente em caso de lacunas o intérprete se utilizar da livre investigação científica, esta consistente na aplicação racional de métodos científicos. Por essa razão, como sustenta José Luis de Los Mozos³¹, Gény acabou por alcançar, quase imediatamente, uma fama universal, por escrever a obra que os juristas estavam esperando ler.

José Luis de Los Mozos leciona que:

²⁸COSTA, A.A. “Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica”, *Universidade de Brasília*, Brasília, 2008, p. 273.

²⁹COSTA, A.A. *Ob. Cit.*, p. 275.

³⁰COSTA, A.A. *Ob. Cit.*, p. 276.

³¹MOZOS, J.L.D.L. *Ob.Cit.*, p. 120.

"Bastará que admitamos, junto a las meras normas positivas, la necesidad de una 'dialógica' que haya de explicarlas y, a la larga, completarlas, por más que todo ello deba hacerse conforme a criterios objetivos, para que, de esta manera, nos hayamos puesto en el camino de derrocar al positivismo legalista de su pedestal. Este es el significado fundamental de su obra y el mérito más sobresaliente de F. Géný, del que debemos guardar la suficiente memoria, como el mejor de los elogios que puedan hacerse"³².

O professor Alexandre Araújo Costa, reforçando o legalismo moderado e eclético de Géný, muito bem afirma que:

"Com isso, o método apregoado por Géný, na medida em que se aproxima bastante das teorias tradicionais, é mais importante pelos efeitos que produziu ao criticar as bases da Escola da Exegese, que por seu próprio conteúdo³⁴. Assim, independentemente de suas posições, e talvez mesmo contra suas próprias vontades, Géný abriu a caixa de Pandora, liberando forças maiores que ele poderia controlar e sua obra terminou por marcar o sepultamento da Escola da Exegese na França"³³.

A corrente interpretativa adotada pela Escola da Livre Investigação e o pensamento de Géný ainda ressoam em alguns debates realizados nos tempos atuais. Alguns exemplos disso serão abordados no tópico a seguir.

5. A atualidade de François Géný

Como todos os processos de evolução de pensamento, o avanço das correntes e das escolas de interpretação e aplicação do Direito não ocorre de forma isolada, estanque e segmentada. Por diversas vezes, alguns elementos e características de uma forma de pensamento jurídico, surgida em um determinado momento histórico, retornam aos debates acadêmicos e jurisprudenciais.

No estudo da experiência jurídica brasileira, apesar de não ser possível atribuir o fato totalmente à influência de Géný, ao jurista francês se deve, em boa medida, a relevante revisão realizada na legislação positiva brasileira, quando em 1942, se procedeu à reforma da Lei de Introdução ao Código Civil. O seu artigo 4º passou a apresentar inegável inspiração no pensamento jurídico de Géný ao dispor que: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Nesse sentido, Miguel Reale afirma que:

"em um país, onde imperava desmedido apego ao texto legal, que se entendia capaz de dar resposta a todos os fatos emergentes na vida social, o reconhecimento explícito de lacunas na legislação positiva, tinha uma importância decisiva, sobretudo quando se voltava a reconhecer o costume como fonte geral do Direito. Bastará dizer que o último artigo do Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, declarava revogados os 'usos e costumes concernentes à matéria de Direito Civil', somente admitindo o Direito consuetudinário em matéria não disciplinada pelo Código"³⁴.

Em alguns outros campos do Direito, o legalismo exacerbado ainda prevalece e é criticado por posicionamentos que buscam flexibilizar o "fetichismo da lei". No Direito Penal e no Direito Tributário a exigência de respeito ao princípio da legalidade

³²MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 126.

³³COSTA, A.A. *Ob. Cit.*, p. 277.

³⁴REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 360.

e da tipicidade, por vezes, extrapolam o seu papel de garantia fundamental necessária à proteção do indivíduo, bem como a efetiva manutenção da segurança jurídica e são utilizados, na realidade, para não reconhecer e sim afastar direitos dos cidadãos.

Como visto no item anterior, a obra de Gény não discute, nem coloca em dúvida, a importância da lei, nem a sua primazia como fonte do Direito. O que se põe em dúvida é essa espécie de totalitarismo legalista, espécie de fetichismo legal ou “beatitude da lei” como diria Ortega y Gasset, que leva a afirmações não só exageradas, como também claramente errôneas³⁵.

Rodrigo da Cunha Pereira analisou esse debate no âmbito do Direito de Família. Ele cita, a título exemplificativo, regramentos jurídicos infralegais referentes à adoção e ao concubinato. Para o citado professor:

“Se fetiche traz o sentido de objeto ou pessoa a que se venera e se obedece às cegas, como um enfeitiçamento, é necessário tirar a regra jurídica (lei) desse lugar mágico e a que todos devem subserviência às cegas, como se ela tivesse o poder absoluto de tudo determinar. Interpretar uma lei sem ponderá-la com outras fontes de Direito, como os princípios constitucionais, equidade, doutrina, jurisprudência, e principalmente os costumes, é dar a ela um status de fetiche, é empobrecê-la”³⁶.

No Direito Processual Civil brasileiro as lições de Gény ainda são empregadas, como se verifica do julgamento do Recurso Especial nº. 503073/MG³⁷, ocorrido no Superior Tribunal de Justiça – STJ em 26/06/2003, do qual foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. No acórdão do referido julgamento ficou consignado que:

“Na interpretação das normas processuais o julgador não deve pautar-se por exegese literal e isolada. Em vez disso, partindo do texto da norma, deve orientar-se por uma interpretação não só construtiva, mas também sistemática e teleológica, como magistralmente ensina Alípio Silveira, na esteira dos melhores doutrinadores, entre os quais Recasens Siches, François Geny e Carlos Maximiliano”.

É possível afirmar também que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, mesmo que indiretamente, também reverberou o pensamento de Gény no julgamento³⁸ do Recurso Inominado nº. 20070111316996ACJ, realizado em 19/01/2010 e publicado no Diário da Justiça de 19/02/2010, tendo como relatora designada a juíza Sandra Reves Vasques Tonussi.

No caso foi examinada questão atinente a contratos de adesão de planos de saúde sob a ótica do Direito do Consumidor. Discutia-se a negativa de cobertura de exame considerado essencial para o diagnóstico do paciente. Examinando-se a questão, foi afirmado que:

“Talvez a melhor caracterização de ‘contrato de adesão’, pelo menos em sua dimensão corriqueira, seja a que foi dada por Josserand, considerando como tal aquele ‘cuja economia é preparada por uma

³⁵MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 131.

³⁶PEREIRA, R.D.C. “O perverso fetichismo da lei e suas consequências no direito familiar”, *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, publicado em: set. 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-08/processo-familiar-perverso-fetichismo-lei-consequencias-direito-familiar>, acesso em: 28 dez. 2021.

³⁷BRASIL. *Recurso Especial nº. 503.073/MG*, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201705768&dt_publicacao=06/10/2003, acesso em: 14/03/2022.

³⁸BRASIL. *Recurso Inominado nº. 20070111316996ACJ*, disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>, acesso em: 14/03/2022.

só das partes, limitando-se a outra a entrar na combinação que lhe é oferecida, aprová-la e aderir às suas disposições', e também aquele ajuste que 'exclui qualquer discussão ou regateio, espécie de contrato-regulamento, exteriorizado numa redação prévia e fora de discussão, suscetível de ser aceita por quem quer que se lhe queira submeter, cumprindo as suas cláusulas'"³⁹.

Esclareça-se que a obra de Louis Josserand citada no julgamento foi *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Géný*, publicada em Paris em 1934. Trata-se de obra dedicada ao reconhecimento da importância do pensamento de Géný, composta de três volumes, com oitenta e três contribuições, o primeiro deles relativo à essência do Direito, o segundo e o terceiro consagrados às fontes formais do Direito positivo.

A referida obra se deu por ocasião da celebração do Jubileu Universitário de Géný. Destaque-se que mais da metade das contribuições foram produzidas por autores fora de França, tanto de países de origem romano-germânica quanto daqueles de tradição da *common law*, entre eles Radbruch, Josserand e Ripert.

Vale destacar as palavras de José Luis de Los Mozos, pontuando os méritos de Géný, quando afirma que:

"Pero de todos, seguramente, uno de los méritos más destacados de François Géný, es el de haber sido uno de los iniciadores del camino de retorno a la 'tradicón jurídica', emprendido en un momento en que, por desbordarse la influencia del positivismo legalista, estaba a punto de borrarse definitivamente, o de perderse por una red de senderos que no iban a ninguna parte, aunque hicieran reflexionar al joven profesor de Nancy, profundamente, como la naciente sociología jurídica, o la llamada 'escuela de Derecho libre', pero que nunca les llevo a considerar ni siquiera como el cómodo atajo, para alcanzar el camino perdido de un retorno posible"⁴⁰.

Frise-se, por fim, que aqui não se está a concordar com todas as posições apresentadas nos embates existentes entre legalismo e outras formas de interpretação citados a título exemplificativo nesse item. O que se busca é demonstrar que o debate ainda é bastante atual e que é necessário o devido equilíbrio aos aplicadores do Direito quando se depararem com questões fáticas e relações sociais que não podiam ser previstas quando da elaboração da lei.

6. Conclusão

Pretendeu-se, no presente estudo, abordar as teorias da interpretação e da aplicação do Direito, com destaque para a Escola da Livre Investigação e a obra de seu maior expoente François Géný.

Verificou-se que a interpretação jurídica tem relevância na aplicação das normas e sua evolução caminhou lado a lado com o desenvolvimento do próprio Direito e de sua tarefa de pacificar os conflitos sociais.

Demonstrou-se também que na medida em que as complexidades sociais e negociais se intensificavam, as ferramentas interpretativas existentes para a aplicação do Direito ao caso concreto foram questionadas. Tal fato ensejou debates e transições entre escolas e movimentos adeptos de diversas formas de conceber a hermenêutica jurídica.

Apresentou-se breve histórico sobre as escolas hermenêuticas do Direito, abordando-se com mais profundidade o pensamento da Escola da Livre Investigação. Seus defensores, posicionados contra o exagerado normativismo e literalismo da

³⁹ BRASIL. *Idem*.

⁴⁰ MOZOS, J.L.D.L. *Ob. Cit.*, p. 120.

Escola da Exegese, negavam a existência da plenitude lógica do sistema jurídico, bem como defendiam a função social do Direito e reconheciam que muitas vezes a lei tinha lacunas. Seria necessário, diante da necessidade de atualização de instituições jurídicas, aceitar fontes extralegais para o bom funcionamento do sistema.

A importância de Gény se deve a sua crítica à Escola da Exegese e ao excessivo legalismo que dominava o Direito no século XIX. Gény capitaneou a Escola da Livre Investigação.

O pensamento de Gény ao mesmo tempo que refutava a ideia de que o Código Civil francês representava todo o direito positivo, defendia o respeito a lei escrita, devendo apenas e tão somente em caso de lacunas o intérprete se utilizar da livre investigação científica, esta consistente na aplicação racional de métodos científicos. Foi verificado ao longo do estudo que quem apresentava as questões como Gény não podia ter uma ideia do Direito Natural como simples conceito puro, mas sim como inafastável exigência essencial revelada quando se observa a marcha histórica das realizações jurídicas segundo o valor Justiça.

Assim, o pensamento jurídico de Gény surgiu como um parâmetro adequado que buscou aproximar, sem graves rupturas, o que havia advindo da grande herança jurídica do século XIX com a demanda existente de atender aos valores éticos, sociais e históricos supervenientes.

Conclui-se, portanto, que a corrente interpretativa adotada pela Escola da Livre Investigação e o pensamento de Gény ainda ressoam em alguns debates realizados nos tempos atuais, pois se produziram com indubitável consciência histórica, ao propor o sentido da medida justa que deve existir entre as dimensões do tempo: aquela que mira para trás e a que mira para adiante.

Assim, demonstrou-se que o pensamento de Gény ainda tem aplicabilidade nas atividades dos operadores do Direito na atualidade e que é necessário o devido equilíbrio quando, na função de intérpretes, depararem-se com questões fáticas e relações sociais que não podiam ser previstas quando da elaboração da lei.

7. Referências Bibliográficas

- BROCHADO, M. "Apontamentos sobre Hermenêutica Jurídica", *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, nº100, p. 227-26, jul/set 2011.
- CORBETT, P.E. "The Work and the Influence of François Gény", *The Canadian Bar Review*, vol. XV, nº 1, p. 1 – 9, jan. 1937.
- COSTA, A.A. "Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica", *Universidade de Brasília*, Brasília, 2008.
- FRANÇA, R. L. *Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988.
- GÉNY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Précédé d'une préf. de Raymond Saleilles, 2ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1919.
- KAYSER, P. "La vie et l'oeuvre de François Geny", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 20, Número 1. Dedicado a: François Gény e la scienza giuridica del Novecento, Ed. Giuffrè, Milão, 1991.
- MAGALHÃES, V.D.M. "O Construtivismo de François Gény e a Metodica Estruturante de Friedricho Müller: há um paralelismo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do Direito?", *THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 8, n. 2, Fortaleza, p. 15-26, 2010.
- MOZOS, J.L.D.L. "Alguna Reflexiones a Proposito de la Teoria de la Interpretación em la Obra de François Gény", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, nº 1, Milão, 1991.
- PEREIRA, R.D.C. "O perverso fetichismo da lei e suas consequências no direito familiar", *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, set. 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-08/processo-familiar-perverso-fetichismo-lei-consequencias-direito-familiar>, acesso em: 28 dez. 2021.

- REALE, M. "A filosofia do direito e as formas do conhecimento jurídico". *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 57, p. 90-112, 1962.
- REALE, M. "Gény na Cultura Jurídica Brasileira", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, nº 1, Milão, 1991.
- ROCHA, S.A. "Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo", *Lex Humana Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, nº.1, pp. 77-160, 2009.
- SARMENTO, D. & SOUZA NETO, C.P.D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.
- SCHOUERI, L.E. *Direito tributário*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.

“Crítica da razão ponderativa”: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo

"Critique of balancing reason": the difficulties of weighting principles in times of contemporary constitutionalism

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. O sopesamento entre princípios colidentes; 3. Crítica da razão ponderativa; 4. O direito autônomo enquanto sistema funcionalmente diferenciado; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo a análise de uma das mais difundidas categorias conceituais desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade, sobretudo no que se refere à ponderação como método orientado à resolução de antinomias consistentes na colisão entre princípios – mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Busca-se, com isso, questionar se o tratamento dos princípios jurídicos levado a efeito pelo mestre alemão, nos moldes das premissas por ele levantadas em sua teoria, poderia erigir obstáculos ao controle da legalidade e da constitucionalidade das decisões judiciais, abrindo caminho para o ingresso da racionalidade prática do intérprete-aplicador na produção do discurso de fundamentação da decisão judicial. O foco do trabalho é a discussão sobre a discricionariedade judicial no sopesamento entre princípios colidentes, de modo a pôr em perspectiva a suposta racionalidade do método proposto pela teoria da argumentação alexyana, questionando a legitimidade constitucional de seu emprego na solução dos casos apresentados à apreciação judicial.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Ponderação; Discricionariedade; Constitucionalidade; Estado de Direito; Teoria da Argumentação Jurídica.

Abstract: This article aims to analyze one of the most widespread conceptual categories developed by Robert Alexy's theory of fundamental rights, the maxim of proportionality, especially with regard to weighting as a method aimed at resolving conflicting antinomies between principles - optimization commandments that determine that something is carried out to the greatest extent possible, according to the factual and legal possibilities. It seeks, therefore, to question whether the treatment of legal principles carried out by the German master, according to the premises he raised in his theory, could erect obstacles to the control of the legality and constitutionality of judicial decisions, paving the way for the entry of the judge's practical reasoning in the production of the judicial decision. The focus of this work is the discussion on judicial discretion in weighing conflicting principles, in order to

¹Eduardo de Figueiredo Andrade Paz é doutorando e mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho.

put in perspective the supposed rationality of the method proposed by the theory of legal argumentation, questioning the constitutional legitimacy of its use in the solution of cases presented to the judiciary.

Keywords: Proportionality; Balancing; Discretion; Constitutionality; Rule of Law; Theory of Legal Argumentation.

1. Introdução

Este esboço cuida do papel constitucional daquilo que a doutrina contemporânea, propondo o desenvolvimento de uma teoria substancialista externa ao esquema formalista lógico-aplicativo do positivismo clássico, vem chamando de “princípio da proporcionalidade”, vetor supostamente utilizado para prover o balanceamento de princípios colidentes. Esta teoria teria como principal escopo auxiliar o juiz na realização de distinções qualitativas entre direitos colidentes, de modo a proporcionar maior grau de legitimação a restrições de direitos fundamentais.

Tem-se, contudo, que a proporcionalidade é daquelas categorias que vêm sendo alvo de uma compreensão equivocada, fruto do senso comum teórico jurídico, inclusive por parte da literatura mais especializada. Sarmento, inclusive, ao listar vários fenômenos implicados na ideia de neoconstitucionalismo, trata da ponderação ora como princípio, ora como mecanismo de formulação de raciocínios jurídicos “mais abertos”:

“(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”².

Afirma-se, inclusive, em doutrina, que o “princípio da proporcionalidade” representa um mecanismo de abertura em meio a uma legalidade demasiadamente cerrada. Partindo de premissas de discutível racionalidade, busca-se firmar, através do método e para além do direito positivo, vetores para o manuseio de uma metafísica ordem transitiva de valores, que seria compartilhada por toda a comunidade política³.

Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, estabelece, contudo, a proporcionalidade como uma máxima a ser utilizada como etapa de um método criado para solucionar colisões entre princípios. Cuida-se da máxima da proporcionalidade – que possui natureza de regra, não de princípio⁴.

A distinção supra não é meramente semântica. Como a máxima da proporcionalidade é critério de determinação de pesos em hipóteses de colisão entre princípios, não poderia ser ela mesma um princípio. E mais, o próprio Alexy considera a três máximas parciais da proporcionalidade como regras.

²SARMENTO, D. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp. 95-133, jan./mar. 2009, p. 1.

³COMELLA, V.F. “Mais alla del principio de proporcionalidade”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 46, n. 1, pp. 161-188, maio 2020, p. 4.

⁴ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, 1^o ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011, pp. 557-559.

Em Alexy, princípios são mandamentos de otimização que devem ser cumpridos na maior medida possível – devem ser otimizados. Como poderia, então, o próprio critério que julga a otimização dos princípios ser otimizado?⁵

Entretanto, conforme se demonstrará, a ponderação, bem assim suas três submáximas, não passam de uma tentativa metodológica de racionalizar a jurisprudência dos valores. A partir da virada ontológico-linguística, ficou bastante claro que o *método* se consubstancia no sumo momento da subjetividade do intérprete. Não há qualquer garantia de controle da correção dos processos adjudicativos que se desenvolvem na cerradura da mente do intérprete-aplicador do direito.

O próprio Alexy, no posfácio de 2002 de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, assume que, ao fim e ao cabo, seu método não escapa à discricionariedade do juiz. Pontifica o autor que, diante da impossibilidade da aferição (pelo sujeito juiz) da relação de precedência concreta dos princípios colidentes, há um impasse estrutural no processo de otimização que faz exsurgir para o aplicador uma discricionariedade para agir, também de natureza estrutural.

“Ambas as decisões demonstram, portanto, que há casos em que, com o auxílio da lei do sopesamento, são impostos limites à atividade estatal de forma racional. Com isso, refuta-se a tese de que o sopesamento, no limite, tudo permitiria, em virtude da falta de parâmetros racionais. A lei do sopesamento sobrevive, assim, às objeções de Habermas. Agora é, então, necessário verificar se isso ocorre também em relação às objeções de *Böckenförde*. Para tanto, a lei do sopesamento tem que ser compatível com um grau suficiente de discricionariedade”⁶.

O autor alemão desenvolve uma sofisticada teoria argumentativa para, ao final, render-se à vetustas premissas do positivismo normativista do início do Século XX, que põe na discricionariedade do juiz a tônica da resolução de casos problemáticos que não encontram solução imediata nas normas postas pelo legislador positivo (interpretação como ato de vontade).

Tem-se, desse modo, que o axiologismo assumido por esta teoria acaba enxergando o direito como uma ordem de valores negociáveis, contribuindo para a erosão da força normativa da Constituição, que vai sendo paulatinamente substituída por discursos adjudicadores com pretensão corretiva. É uma análise da ponderação alexyana, fundada na Crítica Hermenêutica do Direito, que se pretende doravante empenhar.

2. O sopesamento entre princípios colidentes

Como salientou o filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, norma é “algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. A norma consiste, assim, em uma proposição prescritiva que implica um juízo hipotético ou categórico de dever-ser, expressando-se na forma de um dos três modais deônticos fundamentais: permissão, proibição e dever.⁷

O ordenamento jurídico, ao fim e ao cabo, é composto por uma pluralidade de normas que, inter-relacionadas de modo mais ou menos coerente e harmônico, formam o edifício do Direito.

Bobbio exclui peremptoriamente a possibilidade da existência de um ordenamento jurídico composto de uma só norma. Com efeito, a definição de

⁵ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, pp. 557-559.

⁶ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 559.

⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 5.

ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo, pressupõe que em sua constituição concorra uma pluralidade de normas⁸.

Muitos são os critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina para classificar as normas jurídicas. Esses critérios, em geral, dizem com sua generalidade, abstração, hierarquia, fundamentalidade etc.

Nesse contexto, aduz Alexy que talvez o critério mais utilizado para classificar as normas jurídicas seja o da generalidade. Nos termos propostos por esse critério, as normas são divididas em regras e princípios, de modo que, enquanto estes são dotados de um grau de generalidade mais acentuado, aquelas são relativamente mais concretas⁹.

O autor alemão não desconhece as contribuições dos diversos modelos classificatórios delineados ao longo da evolução da ciência do direito, embora considere que, em muitos casos, haja uma verdadeira interpenetração conceitual que implica confusão entre categorias, em detrimento de maior clareza e precisão científicas.

Na linha daquilo que propõe sua teoria, as normas se podem distinguir em regras e princípios, e entre ambos existe não apenas uma diferença gradual, como prega a dogmática clássica, mas também uma diferença qualitativa.

Conforme expendido linhas acima, preleciona a doutrina clássica, em lição que comporta algumas variações, que se diz princípio o:

“[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁰.

Norberto Bobbio, em sua teoria do ordenamento jurídico, abraçando os critérios da fundamentalidade e da generalidade, chega a afirmar que princípios jurídicos “são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema”.¹¹

Abandonando esses critérios, Alexy passa à compreensão de que princípios são mandamentos de otimização: normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim é que os princípios permitem vários graus de satisfação, a depender das circunstâncias fáticas, bem assim dos limites jurídicos impostos por outras normas.

As regras, lado outro, são mandamentos definitivos (se não houve o estabelecimento de alguma exceção), normas que determinam que algo seja realizado na exata medida de suas prescrições, é dizer, ou são satisfeitas, ou não. Se uma regra é válida, deve ser obedecida nos precisos limites daquilo que determina. Para Alexy:

“[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹².

Nisso reside, na esteira alexyana, a diferença qualitativa entre princípios e regras: o fato de os princípios, por serem mandamentos de otimização, poderem ser

⁸ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014, pp. 147-148.

⁹ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, pp. 90-92.

¹⁰ LOPES, M.A.R. *Garantias constitucionais do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 55.

¹¹ BOBBIO, N. *Ob. Cit.*, p. 148.

¹² ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 92.

satisfeitos em diversos graus, ao passo que as regras, tendo natureza de mandamento de definição, apenas podem ser satisfeitas, ou não satisfeitas.

Pois bem, conforme demonstrado, segundo a Teoria da Argumentação Jurídica, regras e princípios são estruturalmente diferentes. As primeiras, apresentam-se como mandamentos de definição, enquanto os últimos, como mandamentos de otimização.

Repise-se, o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade. É dizer, duas regras igualmente válidas e contraditórias não podem, em um dado contexto, reger uma mesma situação concreta. Um conflito entre regras apenas se pode solucionar inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso contrário, uma das regras deve ter declarada sua invalidade. Observe-se que, em Alexy, "invalidade" equivale ao que a dogmática jurídica brasileira denomina "ineficácia", é dizer, a regra deve ser afastada, não incidir.

Já os princípios, como sobredito, por se estruturarem como mandamentos de otimização, comportando variados graus de satisfação, devem ter solucionadas eventuais colisões de maneira inteiramente diversa. Dois princípios colidem quando, segundo um deles, um comportamento é proibido e, de acordo com o outro, permitido (ou devido).

Quando dois princípios colidem, não se deve introduzir em qualquer deles uma cláusula de exceção, muito menos declarar sua invalidade. Um deles deve ceder, ou seja, entre os princípios colidentes, em determinadas condições, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada. Mudando as circunstâncias concretas, a relação de precedência também deve mudar.

Seguindo a diretriz teórica em exame, devido ao fato de os princípios se estruturarem como normas *prima facie*, podendo, a depender da realidade empírica apresentada, ceder perante razões mais contundentes, a verificação de seu peso concreto não prescinde da efetivação de um sopesamento.

Nesse ponto, cumpre referir a importante observação feita por Robert Alexy:

"Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza"¹³.

Pois bem, a proporcionalidade é definida como um princípio que sintetiza três máximas parciais ou subprincípios constitutivos, a saber: (a) adequação ou idoneidade técnica; (b) necessidade ou exigência da opção pelo meio menos gravoso e; (c) proporcionalidade *stricto sensu* ou análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados (sopesamento propriamente dito).¹⁴

"Cada paso plantea una pregunta que requiere ser contestada de forma afirmativa para que las cortes puedan concluir que la limitación del derecho bajo examen está justificada. Los tres pasos son: en primer lugar ¿es la restricción una medida idónea para alcanzar, o ayudar a lograr, un objetivo constitucional legítimo? En segundo lugar ¿es esta restricción realmente necesaria? En otros términos, ¿existe alguna medida menos invasiva del derecho que permita alcanzar el mismo objetivo? En tercer lugar, ¿es la carga impuesta al ejercicio

¹³ ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 116-117.

¹⁴ SARLET, I.W. "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 81, p. 325-386, 1 jan., 2005, p. 2.

del derecho proporcional al beneficio que se deriva de ella en términos de la consecución del objetivo constitucional? Si una medida proferida por el gobierno satisface estas tres exigencias (las cuales usualmente son llamadas idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), la medida será convalidada por los jueces"¹⁵.

A adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das consequências jurídicas. Isso importa em dizer que as possibilidades fáticas de um princípio são limitadas pela adequação e pela necessidade, ao passo que as possibilidades jurídicas são limitadas pelas regras e princípios colidentes – proporcionalidade em sentido estrito.

O exemplo a seguir demonstra bem o que foi acima exposto: imagine que o Estado pretenda adotar uma medida M1 para satisfazer uma demanda exigida pelo princípio P1, mas, para isso, seja inevitável intervir negativamente em um princípio P2. A análise da adequação induz à verificação da aptidão da medida M1 para promover o princípio P1.

Se a medida M1 não for apta, ela é proibida. Se for apta, ela é permitida. Passa-se, a seguir, à verificação de sua necessidade, ou seja, se M1, dentre todas as medidas disponíveis, é a que provoca a intervenção menos gravosa em P2.

Assumindo, entretanto, que todas as medidas ao alcance do Estado ofereçam um mesmo grau de intervenção em P2, já que mesmo uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional, é fundamental averiguar a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito), implicando na aferição do equilíbrio entre a intensidade da intervenção em P2 e a importância da satisfação de P1, de modo que esta seja justificada por aquela.

Alexy chega a erigir uma escala de valores que atribui aos princípios colidentes. Essa escala distingue o grau de intervenção operado, conforme o caso, em leve (l), moderado (m) ou sério (s), devendo sempre a interferência no direito ser precedida de uma fundamentação argumentativa séria e correta do ponto de vista dos direitos fundamentais.

O escalonamento proposto por Alexy, embora não pretenda ser uma metrificação precisa da importância dos valores colidentes, acaba tratando princípios jurídicos como se fossem uma categoria passível de ser mensurada matematicamente.

Ora, mesmo em face desse "refinamento" teórico, não descartou, o próprio Alexy, a chance de haver impasses, dada a possibilidade de equivalência entre bens jurídicos e de incertezas empíricas no manejo de princípios em tensão, especialmente diante de embates entre direitos fundamentais.

Compreendido o escopo do sopesamento, as questões divisadas pelos críticos de Alexy foram no sentido de perquirir o que fazer caso os princípios colidentes tenham, em dada circunstância concreta, um peso equivalente, que não permita o teste da proporcionalidade em sentido estrito; e de como proceder face à existência de incertezas cognitivas, isto é, de uma conjuntura em que as circunstâncias empíricas ou normativas fornecidas não permitam aferir a quantificação virtual do peso de cada princípio, seja pela ausência de conhecimento técnico ou científico, seja pela impossibilidade da previsão dos impactos da medida pretendida na própria realidade fática.

Jürgen Habermas, inclusive, objeta que o sopesamento consistiria numa técnica por demais casuística, que seguiria uma "ordem transitiva de valores",

¹⁵ COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 163.

sofrendo pela ausência de parâmetros racionais, operando de modo arbitrário, conduzido por “ordens de precedência e padrões consuetudinários”¹⁶.

Com efeito, frisa o jusfilósofo da Escola de Frankfurt que “Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modelo economicista de fundamentação, proposto por Alexy, não consegue levar a discussão adiante”¹⁷. Diversos são os autores que teceram críticas à técnica do sopesamento, a exemplo de Friedrich Müller, Ernst Böckenförd, Matthias Jestaedt e Karl Hain.

O próprio Alexy declara reconhecer que em alguns casos a ponderação não logra conduzir a uma resposta racional. Seu método não escapa à utilização da discricionariedade pelo juiz, haja vista que, diante da impossibilidade da aferição da relação de precedência concreta dos princípios colidentes, exsurge para o aplicador uma discricionariedade para “escolher” a norma a aplicar.

3. Crítica da razão ponderativa

Cumprir destacar, inicialmente, em função do que esta crítica propõe, as raízes deste controverso instituto chamado “ponderação”. Foi concebida desta forma, a ponderação de valores, na Alemanha do segundo pós-guerra, durante a vigência da lei fundamental de Bonn, de 1949. Sucede que a criação dessa máxima remonta àquilo que se convencionou denominar de jurisprudência dos valores, que encontrou eco no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em face da outorga da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) pelos aliados, no ano de 1949.

“El principio de proporcionalidad, concebido de esta forma, fue desarrollada en Alemania, en vigencia de la ley fundamental de Bonn de 1949. Sin embargo, sus orígenes se remontan al derecho administrativo decimonónico. Las cortes administrativas alemanas, especialmente el *Obertverwaltungsgericht* prusiano, recurrieron de forma constante a análisis de proporcionalidad para limitar los poderes de policía del Estado. A partir de allí, otros países en todo el mundo incorporaron este instrumento dentro de sus prácticas de decisión constitucional. Existen, naturalmente, divergencias en la forma en que este principio ha sido estructurado y aplicado en distintas jurisdicciones. Sin embargo, un marco común ha surgido”¹⁸.

Naquele contexto histórico, esta corrente de pensamento teve por objetivo, através da invocação dos “valores do povo alemão”, tornar operativa uma constituição que fora outorgada sem a participação deste mesmo povo. Criou-se um mecanismo de abertura para uma legalidade demasiadamente cerrada.

Denota-se, com isso, que a jurisprudência dos valores buscou, de maneira pouco racional e irrefletida, encontrar, para além do direito positivo, uma ordem transitiva de valores compartilhada pela comunidade política.

No Brasil e em muitos outros países, a jurisprudência dos valores foi importada de forma acrítica com a popularização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, principalmente sob a forma de uma vulgata da ponderação de valores.

Comella (2020) traz à baila que a proporcionalidade é produto normativo da jurisprudência das cortes e de trabalho doutrinal de acadêmicos e espertos, em particular dos filósofos do direito, que a relacionam a noções básicas de razão prática e justiça.

Ora, a razão prática, como cediço, é produto da mente, da subjetividade particularista de um sujeito aprisionado no paradigma epistemológico da filosofia da

¹⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 319-320.

¹⁷ HABERMAS, J. *Ob. Cit.*, p. 321.

¹⁸ COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 163.

consciência (relação sujeito-objeto). Sempre casuística, a razão prática, locus privilegiado do sujeito da modernidade, é barbárie interior que não se sujeita a constrangimentos externos (é impossível quem garantir a correção – e a lealdade – do uso da razão prática pelo intérprete-juiz).

“Ademais, a escolha do princípio aplicável ‘repristina’ a antiga ‘delegação positivista’, representada pela cisão entre discursos teóricos e raciocínios práticos. Cabe ao intérprete-juiz dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir em face das ‘insuficiências ônticas’. Daí a pergunta: qual é a diferença desses critérios dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é exatamente não ter um critério para definir qual o melhor critério, dir-se-ia, em outras palavras, a ‘ausência/impossibilidade’ de um *Grundmethode*?”¹⁹.

A proporcionalidade, na vertente alexyana, permitiria introduzir certo grau de disciplina intelectual no raciocínio que as cortes desenvolvem ao analisar os limites dos direitos fundamentais. O que ocorre, contudo, é o oposto.

A teoria da argumentação, ao falar em mandamentos de otimização, promove uma abertura interpretativa que apela para a subjetividade do intérprete (metafísica ontoteológica moderna), aumentando, ao invés de diminuir, a discricionariedade do intérprete.

Mais, na medida em que a proporcionalidade apenas é invocada para a resolução dos chamados casos difíceis, cabe ao intérprete hierarquizar e decidir acerca do princípio que deverá prevalecer. Os direitos, aqui, são tratados como valores negociáveis, o que culmina na erosão da força normativa da Constituição, que é substituída por um discurso adjudicador com pretensão de correção.

A máxima da proporcionalidade tem como pressuposto latente a assunção de que princípios têm a estrutura de valores. A limitação de direitos levaria então implícita a ideia de que alguns conflitos podem surgir, havendo a necessidade de se interpretar de maneira holística os distintos valores que a constituição considera legítimos.

A premissa acima desenvolvida suscita um problema fundamental e inescapável: o direito é uma ordem deontológica e não axiológica. Princípios não são valores, princípios são normas, que, como quaisquer outras, são carentes de concretização, em maior ou em menor medida.

Princípios não promovem uma abertura interpretativa no sistema, mas um fechamento. Reintroduzem e reabilitam e institucionalizam a dimensão prática do mundo da vida no interior do direito. Posturas axiologistas – como a que considera que princípios são valores –, fazem soçobrar a Constituição, dando azo a atitudes incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Quando o juiz diz estar decidindo conforme os valores da comunidade política, está, na verdade, manejando sua compreensão subjetiva (verdade representacional) do que sejam os valores dessa comunidade. Não há acesso direto ao mundo, já dizia Kant. Não existe valor como um dado objetivamente apreensível pela razão do sujeito cognoscente (gnosilogismo). Resta, assim, a plenipotenciabilidade do juiz, a autorização para a promoção de extorsões de sentido.²⁰

Ao render-se ao “sopesamento” de princípios (ou valores) colidentes, os juízes necessitam, lançar mão de sua intuição, de seus juízos intuitivos. Isso porque “*no hay una máquina que permita calcular el peso de los diversos derechos e intereses*”. Desta sorte, a aplicação da proporcionalidade, no dizer do autor, requerer “*una teoria que articule este tipo de juicios intuitivos com los pesos*

¹⁹ STRECK, L.L. *Verdade e consenso*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 60.

²⁰ STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

abstractos". E, assim, mais de duzentos anos de teoria do direito são lançados janela afora²¹.

4. O direito autônomo enquanto sistema funcionalmente diferenciado

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann propõe que a sociedade moderna é composta de uma pluralidade de subsistemas sociais autônomos, organizados a partir de critérios funcionais, cada um exercendo um papel específico – uma função. Luhmann enxerga a sociedade como um sistema omniabarcador que se diferencia em vários subsistemas, como o jurídico, o político, o econômico, o científico etc. Antes de começar, porém, a discorrer sobre o objeto deste estudo – o sistema jurídico –, cumpre trazer à baila algumas noções gerais do edifício teórico-sistêmico erigido por Luhmann. Para ele, tudo aquilo que não se traduz em comunicação é tido como ambiente do sistema social. Os sistemas psíquicos, por conseguinte, situam-se fora da sociedade, qualificando-se como usuários das estruturas comunicativas dos sistemas sociais, a eles acoplados estruturalmente por meio da linguagem.

Os sistemas sociais são autopoieticos e resultam da diferença sistema/ambiente. É levando em conta essa distinção que os sistemas sociais levam a efeito, a partir de seus próprios elementos, todas as suas operações. Autopoiese (do grego, auto "próprio", e poiesis "criação") é um termo cunhado pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para descrever a capacidade dos seres vivos de criarem a si mesmos²². Sistema autopoietico é aquele capaz de autoproduzir seus próprios elementos e estruturas a partir de si mesmo. Esse processo conduz à diferenciação do sistema em relação ao seu entorno, conduzindo ao desenvolvimento – com base em um instrumento seletivo autoproduzido (o sentido) – daquilo que Luhmann denomina de autorreferência, isto é, a capacidade do sistema de travar relações consigo mesmo, diferenciando-as daquelas estabelecidas com seu entorno (heterorreferência), permitindo assim seu fechamento operacional. O ambiente apenas funciona "irritando" o sistema, estimulando-o a se autorreproduzir. Daí a necessidade de algo que promova um papel seletivo e regulador de suas operações internas, do código binário, que estabelece um esquematismo de valores do tipo positivo/negativo, orientando todos os processos comunicativos e garantindo a adjudicação das operações do sistema. Esse código binário orienta a seleção dos temas que serão objeto de comunicação pelo sistema. O código binário do sistema jurídico pode ser exprimido como "direito/não-direito". Para contrabalançar a rigidez e a invariabilidade do código binário, o sistema cria programas, cuja finalidade é o estabelecimento de critérios para a correta adjudicação de seus valores. A autorreferência e o fechamento operacional não implicam, de modo algum, em um solipsismo autológico tautologizante da autopoiese do sistema: os sistemas sociais são cognitivamente abertos, capazes de selecionar as irritações do ambiente, que emergem como confrontação entre ordem interna e eventos externos, reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios elementos e operações, estabilizando-se ao final deste processo de "aprendizagem".

Luhmann indica a existência de um tipo especial de estrutura cuja função precípua é aumentar as áreas de contato entre os sistemas funcionais, possibilitando o duplo efeito de inclusão/exclusão, além de selecionar e potencializar as irritações do ambiente que surgem em confrontação com o sistema. A essa estrutura, Luhmann dá o nome de acoplamento estrutural. Os acoplamentos estruturais permitem que os sistemas autorreferenciais se inter-relacionem e convivam entre si, sem que nessa interação se agridam mutuamente. Além disso, filtram irritações e desparadoxam o processo da autopoiese. O acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político, por exemplo, é a constituição.

²¹COMELLA, V.F. *Ob. Cit.*, p. 180.

²²LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*, 1º ed., Vozes, Petrópolis, 2016, p. 54.

O direito moderno é caracterizado por Luhmann como um subsistema autopoiético, autorreferencial, operativamente fechado, cognitivamente aberto e funcionalmente diferenciado do sistema social. Para Luhmann, a função do direito pode ser descrita como a estabilização contrafática de expectativas normativas através da generalização congruente de tais expectativas, nas dimensões temporal, social e material²³. De fato, o sistema jurídico filtra e seleciona determinadas expectativas sociais e as consolida, atribuindo-lhes proteção e segurança em face de desapontamentos. Porém, de pouco serviria a estabilização de determinadas expectativas de comportamento se elas não lograssem atingir certo grau de consenso no meio social. Por esse ângulo, a função do direito engloba também a generalização congruente das expectativas normativas contrafaticamente estabilizadas. O direito assimila, de acordo com critérios próprios, guiado por seu código binário, elementos de seu entorno, atribuindo-lhes forma juridicamente relevante. É dizer, o código binário identifica e seleciona, no ambiente extrajurídico, fatores que condizem com o sentido (sinn) gerado no espaço intrassistêmico do direito, conduzindo, com a orientação de programas decisórios, o enlace entre eles, permitindo a formação de uma rede recursivamente fechada de operações comunicativas, levando a efeito a divisão do mundo em duas metades: direito e não-direito. Tudo aquilo que acontece ou é conforme o direito, ou não é. Assim, o código especifica, de um lado, aquilo que se pode considerar parte do sistema jurídico e, de outro, um verdadeiro espaço não demarcado²⁴.

É papel do próprio sistema jurídico – e não de seu ambiente – lançar mão de seu código binário simbólico direito/não-direito para selecionar, de acordo com o sentido por ele mesmo estabelecido, operações do ambiente e reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios critérios, estruturas e demais elementos. Por isso, as informações são sempre construtos internos do sistema. A negação da autonomia do direito – de sua positividade –, com a corrupção de seu código simbólico (intrusão de outros códigos, combinação de códigos etc.), acarreta sua desdiferenciação e, conseqüentemente, sua subordinação a outros sistemas sociais (assimetrização externa no campo da produção normativa). O direito, nesse esquadro, passa a funcionar casuisticamente, de acordo com os ditames e interesses da economia, da política, da moral, da religião etc.

Para Luhmann, as decisões dos tribunais não são mera aplicação da lei, mas verdadeiros processos de criação do direito. O tribunal, ao proferir uma decisão, não se restringe às disposições expressas da lei. Diversamente, ao decidir, o tribunal cria direito, objetivando vincular o futuro para torná-lo expectável. A teoria dos sistemas atribui a força criativa da jurisprudência à compulsão decisória do Poder Judiciário, isto é, à proibição da denegação da jurisdição – impossibilidade de o juiz pronunciar o non liquet. Mas o papel criativo da jurisprudência não importa em afirmar que o direito possa ser produzido pelos tribunais segundo premissas estranhas ao sistema jurídico. Todo ato de aplicação do direito é também um ato de concretização e, portanto, de criação. O Judiciário, de uma forma geral, ao decidir, precisa “enlaçar” decisões a decisões jurídicas pretéritas.

Os programas do sistema jurídico (normas jurídicas e procedimentos) são estruturas flexíveis que funcionam como complexos de condições de correção para a atribuição de um dos lados da forma do código binário direito/não-direito a terceiros valores não ainda testados pelo sistema. Devido a sua rigidez, o código binário controla a produção da diferenciação no tratamento da comunicação. Sem a verificação e a certificação das diversas conexões interoperativas pelo código binário, o sistema perde sua identidade e sua autodiferenciação em relação ao ambiente. O código binário não pode sofrer modificações ou substituição, haja vista que disso decorreria a dissolução da identidade do sistema. Nessa conjuntura, pode ocorrer uma hierarquização na reprodução operativa dos elementos dos sistemas com

²³ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, 1^o ed., Martins Fontes, São Paulo, 2016, p. 175.

²⁴ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 132.

negação da autopoiese, ocasionando a submissão de um sistema a outro. Fala-se, nesse contexto, em alopoiese (do grego, alôs "outro", e poiesis "criação"). Nessa ordem de ideias, sistema alopoiético é aquele que reproduz seus elementos e estruturas a partir de outro.

A tônica deste problema reside na relação problemática de dependência/independência entre o sistema jurídico e os demais subsistemas que integram a sociedade, que, por sua vez, é caracterizada pela existência de enormes assimetrias – com a presença de indivíduos sobreintegrados e subintegrados –, bem como por um quadro de intensa heterogeneidade estrutural, isto é, de sobreposições, desacoplamento, intrincamento de códigos, tanto entre os sistemas sociais, quanto em seu interior. Nessa conjuntura, ocorre, não raro, uma hierarquização na reprodução operativa dos elementos dos sistemas, ou seja, uma assimetriação externa com negação da autopoiese, ocasionando a submissão de um sistema a outro.

Nas sociedades da dita modernidade periférica, o sistema jurídico se mostra mais ou menos desprovido de estruturas capazes de garantir sua efetiva clausura operacional, permanecendo aberto aos influxos de outros códigos comunicativos, principalmente aos da economia e da política.

Nessa senda, frente à omissão estatal em criar, por meio da legislação, políticas públicas para salvaguardar os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, o problema da alopoiese não se apresenta tanto em termos de incapacidade do sistema jurídico de produzir seus elementos a partir de si mesmo.

Não se trata aqui da obstrução da autorreferência basal do sistema jurídico pela intrusão indevida de outros sistemas sociais, mas, ao contrário, de uma interferência do direito na autopoiese desses sistemas. Nesse esquadro, o sistema jurídico avoca para si o exercício de função eminentemente política, reintroduzindo nos demais sistema parciais da sociedade o produto final de sua autorreprodução.

Além da questão da possibilidade da tomada de decisões autoritárias, precisa ser discutido o déficit de representatividade do Poder Judiciário, cuja atuação não deriva de um consenso democraticamente construído. Some-se a isso o fato de os tribunais não serem órgãos suficientemente aparelhados para a tomada de decisões vinculantes inovadoras da ordem jurídica, podendo sua atuação provocar, face a ausência de capacidades institucionais, efeitos dinâmicos negativos e imprevisíveis. De mais a mais, a reprodução do direito, adotando como suporte operações comunicativas advindas de outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, é fator provocador de forte instabilidade social, ocasionando insegurança jurídica e contribuindo para a ausência de previsibilidade do direito.

Como explicado, a produção alopoiética do direito, enquanto processamento das irritações não mediatizadas advindas dos demais subsistemas sociais que compõem o entorno do direito, faz o sistema operar de acordo com o código específico daqueles, produzindo direito a partir da referência a estes subsistemas que lhe são exteriores. Esse problema tem muito a ver com o tema da discricionariedade judicial, haja vista consubstanciar-se, esta última, num momento crucial em que o direito se abre e assimila, sem qualquer intermediação ou filtro, elementos advindos de seu ambiente. Nega-se, assim, eficácia ao princípio democrático e, em última instância, corroem-se as bases reflexivas do sistema jurídico. Para enfrentar esse dilema, propõe-se aqui a tematização da relação entre os sistemas psíquicos e o sistema do direito. Recorde-se que, embora os sistemas psíquicos se situem no ambiente extrassocial do direito, são eles os usuários qualificados das estruturas comunicativas do sistema social, acoplados estruturalmente que estão pelo medium da linguagem. Na teoria dos sistemas, a comunicação é apreendida como uma forma estruturalmente acoplada à consciência e, portanto, ligada ao seu próprio processo de autopoiese. Sistemas psíquicos e de comunicação – como o sistema social –, embora permaneçam externos uns aos outros, em razão da relação de mútua dependência que há entre eles, devem participar em processos de comunicação. Contudo, essa dependência não implica em abertura recíproca. Como sistemas autopoieticos e operativamente clausurados, os sistemas psíquicos apenas podem

ligar-se a suas próprias operações, é dizer, consciência, pensamentos e ideias apenas podem referir-se uns aos outros. Dessa forma, para que haja comunicação, há de se traduzir os pensamentos e ideais dos sistemas psíquicos de forma que possam irritar o sistema social, bem como as operações comunicativas do sistema social para que irrite os sistemas psíquicos. É aí que a linguagem desempenha um papel decisivo. A linguagem é o acoplamento estrutural capaz de vincular sistema psíquico e sistema social. Em Luhmann, os seres humanos (sistemas psíquicos) são necessários para a compreensão e participação na produção dos fatos que atuam como informação em um contexto comunicativo²⁵.

A dogmática vigente no mainstream da práxis jurídica contemporânea deita raízes profundas nas teses produzidas no seio de uma corrente de pensamento, hoje bastante popular, denominada neoconstitucionalismo (e de seu principal corolário, o neopositivismo. Esta corrente, invocando os "valores do povo", cria mecanismos de abertura para "uma legalidade cerrada", buscando encontrar, para além da legalidade estrita, os valores supostamente compartilhados pela comunidade política, materializando-os sob a forma de decisões judiciais. É de se ressaltar, todavia, que, analisando detidamente o atual estado da arte do direito brasileiro, é impossível não reconhecer que as teses neoconstitucionalistas provocaram algumas distorções na prática jurídica nacional. O neoconstitucionalismo promoveu uma recepção acrítica de postulados da Jurisprudência dos Valores, da Teoria da Argumentação alexyana (na figura da ponderação) e do Realismo Jurídico norte-americano, sob a forma do ativismo judicial, tratando o direito como uma ordem de valores negociáveis (ponderáveis, otimizáveis)²⁶.

Luhmann alerta para o fato de que a valoração, na forma da fórmula do sopesamento faz o Direito pender em direção aos condicionamentos do ambiente. De acordo com essa fórmula, o melhor direito é aquele que satisfaz da melhor maneira possível os interesses em jogo. Dessa forma, o Direito deixa de ter valor intrínseco, cedendo sempre diante do melhor interesse. Assim é que se fomenta o ingresso de argumentos não jurídicos, derivados da razão prática e do sentimento de justiça, no interior do raciocínio jurídico e se escora na subjetividade assujeitadora do intérprete, abrindo espaço para a extorsão do sentido das normas e para a utilização de álibis retóricos e argumentos despistadores de toda sorte.

O sistema jurídico e o sistema psíquico são capazes de irritarem-se mutuamente através de uma estrutura de acoplamento – a linguagem –, medium que propicia o estabelecimento de um vínculo mais ou menos estável (loose coupling) entre consciência e comunicação. Nesse diapasão, o sistema jurídico se torna capaz alimentar-se seletivamente de materiais disponibilizados pela consciência do sistema psíquico, o que deve ser feito observando sua lógica interna autoproduzida. Como visto, nem sempre é assim que ocorre. Há a necessidade, então, da promoção de uma maior pressão seletiva das operações do sistema do direito quanto àquilo que ele se permite interpretar como comunicação juridicamente relevante advinda dos sistemas psíquicos, e é justamente nesse contexto que deve entrar a linguagem.

É a linguagem que permite ao significado do texto jurídico-normativo advindo do sistema político aparecer como um projeto de sentido para a criação da norma pelo tribunal. O sentido emerge no interior da linguagem. É ela o caminho inevitável para o acesso da consciência ao sistema da sociedade, já que se abre a todo sentido, que desde já sempre interpela o homem enquanto consciência capaz de compreensão. Nesse contexto, linguagem, consciência e comunicação estão sempre imbricadas, já que o ambiente sempre se apresenta à consciência na linguagem. Uma recepção crítica da hermenêutica filosófica (não confundir com a hermenêutica clássica, de todo incompatível com a teoria dos sistemas), permite afirmar que a compreensão de todas as coisas só se dá a partir de uma linguagem, de uma tradição, de uma compreensão prévia. Não há essência nas coisas, tampouco

²⁵ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 243.

²⁶ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 67.

estão as coisas disponíveis para a atribuição arbitrária de sentidos fundada na razão. A imersão na tradição propicia ao intérprete o pano de fundo que dá sentido a tudo e que a tudo rodeia. Assim, "a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolver no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto"²⁷.

Importa ressaltar, igualmente, que não há falar em valoração de conceitos jurídicos pelo intérprete. Conceitos jurídico-dogmáticos não são entidades semanticamente vazias, prontas para receber um conteúdo valorativo posto pelo aplicador da norma. Conceitos devem ser empregados segundo o significado usual da linguagem jurídica. O espaço de ação do intérprete na concretização da norma em cuja estrutura repousa um conceito jurídico-dogmático é algo que remete a nexos de realidade e sua intermediação deve ser conduzida pela função pragmática da linguagem, que se orienta pelo seu uso cotidiano dentro da práxis jurídica.

Os conceitos jurídicos, quando presentes, retiram seu sentido do uso reiterado em incontáveis contextos. Só assim é possível utilizá-los como base para decisões em metacontextos similares, ainda que eles não estejam disponíveis para aplicação de forma pronta e acabada, sem a mediação de uma argumentação jurídica concretizadora. Possibilita-se, com isso, a construção de relações entre casos relativamente dessemelhantes. As estruturas de expectativas normativas estruturadas e acumuladas em casos decididos de anteriormente podem ser preservadas, reconfirmadas e cuidadosamente estendidas para novos casos e circunstâncias. Ademais, os conceitos jurídicos fazem parte de um conjunto formado pela teoria e pela dogmática do direito, que são compreendidas como o momento reflexivo da auto-observação do sistema jurídico (são o repositório que o direito utiliza para manter sua própria identidade enquanto direito). Daí não poderem os conceitos jurídicos serem criados e empregados com referência a elementos externos ao próprio sistema do direito. Isso ocasionaria a perda de sua própria identidade.

A partir do momento em que, com fundamento na polissemia dos vocábulos empregados no texto da lei ou na complexidade do caso, passa-se a admitir como natural que o intérprete-aplicador lance mão de suas concepções subjetivas, ou que promova valorativamente o balanceamento dos direitos envolvidos no caso, para que possa, pelos seu senso de equidade, atribuir discricionariamente sentido ao texto jurídico e assim "melhor" decidir, acaba-se mergulhando numa espécie de relativismo particularista que confere à vontade do intérprete a autoridade de pôr o Direito.

Autoriza-se o recurso a pragmatismos, axiologismos e a outras posturas que permitem ao juiz a busca dos elementos componentes de suas razões em outros sistemas da sociedade, como o econômico, o político, o familiar, o da religião etc., negando autonomia ao direito e dissolvendo-o no fluxo geral comunicacional do sistema social.

O sistema passa a produzir suas decisões referindo-se a operações, programas e a outros elementos advindos de outros subsistemas funcionais da sociedade, deixando assim de desempenhar sua função estabilizadora e generalizadora das expectativas normativas da sociedade, com enormes prejuízos para a certeza e previsibilidade do direito. Daí a importância da coerência e da integridade das decisões judiciais que, na linguagem sistêmica, correspondem, grosso modo, à autopoiese e à autorreferência das operações do sistema do direito.

De mais a mais, a reprodução do direito, adotando como suporte operações comunicativas advindas de outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, é fator provocador de forte instabilidade social, ocasionando insegurança jurídica e contribuindo para a ausência de previsibilidade do direito.

O grande desafio talvez a busca de um constrangimento epistemológico da decisão, ou seja, da realização de censuras significativas por meio de uma crítica fundamentada, de modo que se possa distinguir entre decisões constitucionalmente

²⁷ HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, Vozes, Petrópolis, 2006, p. 207.

adequadas e inadequadas, reativando na práxis do sistema jurídico o papel da crítica doutrinária, da teoria do e da dogmática jurídica (ressignificar a importância do momento reflexivo do sistema jurídico na produção de operações seletivas, sobretudo na posituação do direito). A realização do constrangimento epistêmico é tarefa da doutrina. Isso implica seu papel prescritivo sustentado no paradigma democrático e na força normativa da constituição.

5. Considerações Finais

A crença num suposto privilégio cognitivo do juiz, presente no *habitus dogmaticus* do direito contemporâneo, desloca em direção ao julgador a última palavra na atribuição de sentido ao direito, como se a discricionariedade fosse capaz de preencher as lacunas de racionalidade do direito através do recurso a uma metodologia teleologicamente dependente das estruturas psíquicas do sujeito cognoscente.

Surge, assim, uma espécie de subjetivismo assujeitador que reipristina o velho paradigma epistemológico da filosofia da consciência em seu auge, outorgando ao juiz uma nietzscheana vontade de poder (*Wille Zur Macht*), que legitima a kelseniana interpretação como ato de vontade. Soçobra o Estado de Direito e, com ele, os direitos e garantias fundamentais.

Com suporte no breve esboço aqui traçado, não é incoerente sustentar que a proporcionalidade, sobretudo por conta da ponderação, como entendida pela dogmática jurídica contemporânea, consubstancia-se em argumento de natureza performativa que, através do método – sumo momento da subjetividade do intérprete –, é capaz de outorgar capas de sentido e disfarçar argumentos despistadores sob a forma de discursos racionais de adjudicação com pretensão de correção.

O sopesamento de princípios, no instante em que abre ao intérprete-aplicador a faculdade do exercício de juízos discricionários, apostando no privilégio cognitivo do julgador, reipristina o *cogito* do sujeito solipsista da modernidade e, tratando os princípios constitucionais como valores negociáveis, promove a erosão da força normativa da Constituição e contribui para a subversão das próprias bases do Estado Democrático de Direito.

6. Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, 1º ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011.
- BARROSO, L.R. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, Juspodivm, Salvador, 2010.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014.
- COMELLA, V.F. "Mais alla del principio de proporcionalidade", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 46, n. 1, pp. 161-188, maio 2020.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, Vozes, Petrópolis, 2006.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8º ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- LOPES, M.A.R. *Garantias constitucionais do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, 1º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*, 1º ed., Vozes, Petrópolis, 2016.

- SARLET, I.W. "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 81, p. 325-386, 1 jan., 2005.
- SARMENTO, D. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp. 95-133, jan./mar. 2009.
- STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, 1º ed., Editora Letramento, Belo Horizonte, 2020.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.
- STRECK, L.L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.
- STRECK, L.L. *Verdade e consenso*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

Os dilemas estruturantes do direito: a linguagem na hermenêutica jurídica

The structuring dilemmas of law: language in legal hermeneutics

Adriell Fonsêca Santos¹

Luiz Felipe Fleury Calaça²

Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) - Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem dworkiana; 3. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem kelseniana; 4. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem nevesiana; 5. Conclusões finais; 6. Referências.

Resumo: O objetivo deste artigo é trazer uma discussão relevante acerca das perspectivas hermenêuticas encontradas em Dworkin, Kelsen e em Neves para uma possível compreensão do que vem a ser a linguagem jurídica. Nesse sentido, analisa-se os dilemas estruturantes estabelecidos e construídos ao longo do percurso analítico do Direito.

Palavras-chave: Dworkin; Kelsen; Neves; linguagem; Direito.

Abstract: The purpose of this article is to bring a relevant discussion about the hermeneutical perspectives found in Dworkin, Kelsen and Neves for a possible understanding of what legal language is. In this sense, the structuring dilemmas established and constructed along the analytical path of law are analyzed.

Keywords: Dworkin; Kelsen; Neves; Language; Law.

1. Introdução

Será que o Direito está compreendido em seus dilemas de linguagem estabelecidos por meio da hermenêutica? O que se pode compreender por perspectivas jurídicas?

Essas indagações iniciais serão discutidas no primeiro momento de análise e pesquisa por uma visão *Dworkiana*. Onde além das possíveis constatações, por conseguinte, observará a existência e contextos dos direitos fundamentais frente à problemática instaurada.

Em um segundo momento observará a interpretação da norma jurídica e suas significações. Para tanto, a análise será feita na visão *Kelseniana* que demonstra como a norma se estabelece no Direito.

No terceiro momento será analisado o transconstitucionalismo como ferramenta hermenêutica de linguagem contemporânea na visão jurídica *Nevesiana*.

Por fim, a análise da linguagem no contexto jurídico será averiguada para possíveis conclusões. O ordenamento jurídico produz hermenêutica? A linguagem é

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC). E-mail: adriellfonseca700@gmail.com.

² Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). E-mail: lffcalaca@gmail.com.

instrumento decisivo para aplicação do Direito? A linguagem afeta o cenário brasileiro para além de jurídico? Quais as contribuições de Ronald Dworkin, Hans Kelsen e Marcelo Neves para a ciência da hermenêutica jurídica?

2. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem dworkiana

É interessante pensar *a priori* no que move o ser humano em busca de ter a sua afirmação provada, comprovada e estabelecida no âmbito social em que participa. A tentativa de comunicação se estabelece no cenário social, político, econômico e jurídico por meio da linguagem.

A linguagem é alcançada por meio do pensamento que necessariamente precisam se relacionar para que haja uma investigação de determinado objeto. Conforme ensina Vigotsky³, caso se tenha um pensamento e uma linguagem idênticos, se tornará impossível distinguir a relação existente entre eles, e muito menos formar um objeto de investigação.

O pensamento *Vigotskyano*, psicológico e pedagógico, se faz relevante aqui para uma possível compreensão da ideia de linguagem jurídica apresentada por Ronald Dworkin. Para explicar linguagem jurídica, Dworkin se atém aos conceitos de interpretação, os quais julga ser o agulhão semântico produzido pelos problemas que são antes de jurídicos, filosóficos.

Em uma linha de raciocínio simultâneo entre o tipo de linguagem adequada a se usar em determinado momento e os critérios utilizados com o objeto de investigação – aqui critérios estabelecidos e seguidos por determinado grupo –, e esses devendo ser distintos em sua forma de produzir linguagem, assim também fundamenta-se o pensamento *Dworkiano* que prega a demanda de se ter critérios reais e verdadeiros acordado por todos – para ele, em um exemplo, todos advogados em determinado tipo de causa. Segundo Ronald Dworkin:⁴

“E então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som”.

A divergência não pode ser calcada em posições pessoais de pensamento e linguagem que desprezam os critérios estabelecidos para a construção argumentativa – neste caso, em estudo – a argumentação jurídica. Não se trata de perder o direito de discordar, pois existe o contraditório, mas de não poder discordar sem fundamentação provada e comprovada por meio da linguagem.

Não é provar o fato, pois este será investigado,⁵ mas utilizar na argumentação jurídica uma linguagem que já está consolidada por seus usuários.

Outro ponto relevante para a compreensão dos dilemas identificados por Dworkin, perpassa pelo conceito de interpretação,⁶ onde analisa-se os diversos modos interpretativos: científico, artístico, da conversação, e criativo. Para Dworkin, esses modos interpretativos se iniciam por uma prática social que não se limita a um modo/forma, pois cada ser humano interpreta em contextos distintos, e aqui se estabelece o papel do exegeta, compreender o que distingue esses contextos.

A prática social se estabelece por meio do uso da interpretação. As convicções políticas, filosóficas, religiosas, dentre outras, de cada pessoa devem ser

³VIGOTSKY, L.S. *A Construção do Pensamento e da Linguagem*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 2-19.

⁴DWORKIN, R. *O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp. 55-56.

⁵VIGOTSKY, L.S. *Idem*.

⁶DWORKIN, R. *O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp. 60-61.

levadas em consideração nessa prática. Cada pensamento humano é importante. Através do relacionamento se constrói vários sentidos da expressão do pensamento. Contudo, deve-se pautar, primeiramente, como visto, em um raciocínio validado por todos ou maioria no campo jurídico. E, por conseguinte, esse raciocínio compreendido por todos não pode ofuscar a manifestação de pensamento divergente. A linguagem assegura isso. Conforme Dworkin⁷:

“Devem, todos, “falar a mesma língua” em ambos os sentidos da expressão. Mas essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto: deve ser suficientemente densa para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se”.

O pensamento *Dworkiano* define que para solucionar os dilemas instaurados por causa dos modos interpretativos, deve-se buscar uma construção. Construção interpretativa como resultado de análise da linguagem para uma possível compreensão do direito. Inicia-se aqui o processo de interpretação construtiva a partir dela e transformando-a em instrumento adequado à prática social.

Percebe-se, portanto, que as relações jurídicas devem compreender, em sua essência, qual contexto estão inseridas, quais são seus pares, o raciocínio de pensamento e linguagem consagrados pelo direito que podem ser utilizados para possível investigação do objeto que se almeja – nos processos judiciais –, por exemplo, com a possibilidade da aceitação de divergências que promoverão a construção interpretativa por meio do relacionamento social.

O outro lado da hermenêutica de Dworkin se fundamenta na organização da responsabilidade moral e da interpretação como ferramentas de compreensão da linguagem. Sem a moral seria impossível compreender a justiça e o Direito.

O pensamento jurídico se estabelece na moralidade, mas este é independente. Segundo Dworkin, nenhum argumento deve ser debatido ou discutido excluindo outras afirmações existentes, assim entendidas, asserções morais que buscam compreender a verdade da questão. Um fato determinante aqui é a subjetividade humana, entendida por Dworkin como vontade, e é o que baliza o ser humano para escolher. Muitas vezes, no entanto, essa escolha ignora o campo moral, estabelecendo assim um ceticismo⁸:

“A única forma sensata de ceticismo moral é, portanto, um ceticismo interno que dependa, em vez de o desafiar, do caráter de busca da convicção moral. (...) Se considerarmos boas as nossas razões para aceitar uma dessas asserções morais, então, temos também de pensar que estamos em contato com a verdade da questão e que a sua verdade não é um acidente”.

Ao analisar a argumentação e posições morais, Dworkin se dedica a exemplificar o comportamento humano diante de situações de diálogo em que uma afirmação sempre tentará se opor à outra. Alguém sempre está em busca de provar sua verdade ou de demonstrar que a sua posição é a posição correta no discurso.

Interessante notar aqui que as exposições hermenêuticas *Dworkianas* ilustra muito bem a relação processual jurídica, onde as partes, autor e réu, sempre buscam provar quem tem o melhor argumento. O que preocupa o pensamento de Dworkin é que não se pode afirmar uma posição verdadeira sem antes identificar quais são as afirmações verdadeiras e quais são as razões pelas quais fundamentam essas afirmações⁹:

⁷DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 77.

⁸DWORKIN, R. *Justiça para Ouriços*, Almedina, São Paulo, 2011, p. 106.

⁹DWORKIN, R. *Justiça para Ouriços*. Almedina, São Paulo, 2011, p. 108.

“Aquilo que nos preocupa não é se as afirmações podem ser verdadeiras, mas antes quais são as afirmações verdadeiras; não se podemos, mas se temos boas razões para pensar como pensamos. Muitas pessoas e alguns filósofos que insistem nesta questão esperam encontrar um papel de tornassol: um teste do bom argumento moral que não reafirme a questão a que tenat responder pressupondo já alguma teoria moral controversa”.

Outro ponto é a circularidade da razão. Só é possível testar ou colocar em teste as convicções individuais através de outras convicções morais. Boas razões advêm de bons argumentos. Precisa-se compreender a razão do outro e não impor uma convicção sobre ele demonstrando que a opinião exposta é a verdadeira e a dele é falsa. Dworkin ensina que¹⁰:

“Trata-se de uma explicação muito grosseira da dificuldade; esperamos que o círculo das nossas opiniões tenha raio maior do que isso. No entanto, se eu lidar com uma pessoa que tenha opiniões smorais radicalmente diferentes das minhas, não posso esperar encontrar alguma coisa no meu conjunto de razões e argumentos que seja, para essa pessoa, irracional não aceitar”.

A responsabilidade é indispensável para vida intelectual. Pressuposto defendido por Dworkin em sua construção hermenêutica assegurando que é necessário compreendê-la e saber usá-la como relação entre pessoas e acontecimentos, e como virtude, vislumbra-se aqui, portanto, questão crucial para o desenvolvimento moral.

Na busca da compreensão do que é moral do espectro individual ao espectro social, o cerne é identificar a responsabilidade e compreender como as pessoas a utilizam. Ninguém pode se esquivar dos efeitos de suas omissões e ações. Até mesmo os pensamentos devem preceder de uma análise moral. O tempo todo, o ser humano se autoexamina e se autoresponsabiliza em tudo o que faz ou se propõe a fazer. Esse exercício regular da atividade moral traz consigo a resposta da virtude responsável¹¹:

“As pessoas moralmente responsáveis agem segundo princípios; agem de acordo e não apesar das suas convicções. Que significa isto? Ignoro, embora apenas para o adiar, um problema conhecido. Qualquer descrição da responsabilidade moral deve, em certo momento, enfrentar aquilo a que os filósofos chamam o desafio do livre-arbítrio”.

Diante do que se instaura na sociedade, encontra-se pessoas cada mais irresponsáveis com o compromisso com a moral e a verdade. Trata-se de uma insinceridade grosseira¹² que se observa no discurso de pessoas que professam um discurso teórico, mas na prática vivem outro, e inclusive, esse discurso é usado como arma para provar que estão corretas.

Muitas pessoas utilizam dos critérios da conveniência pessoal – é o que acreditam ser como verdade e moral, e não o que as demais pessoas vivem ou acreditam – trazendo sobre a sociedade as consequências da ausência da moral, pois aqui a pessoa diz seguir os princípios gerais abstratos, mas na realidade, segue seus próprios princípios quando lhe são convenientes.

Na sociedade que busca ser moralmente responsável, encontra-se ainda pessoas que são confusas em suas argumentações, e isso por causa de suas relações. Dworkin defende que as influências podem afetar o comprometimento com a responsabilidade moral em uma esquizofrenia.¹³ Pessoas são expostas aos princípios

¹⁰DWORKIN, R. *Idem*.

¹¹DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 111.

¹²DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 112.

¹³DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 113.

contraditórios e se sucumbem pois sempre serão, por mais que se esforcem, parciais em suas posições.

Diante desse cenário crítico onde a moral está ameaçada, segundo o pensamento hermenêutico de Dworkin, pode-se apoiar nos mecanismos que garantem a prevalência da ação moralmente responsável por meio dos filtros¹⁴.

O que se estabelece como convicções pessoais e as racionalizações não são efetivas e por isso, devem ser submetidas ao filtro das convicções efetivas de princípios gerais abstratos, afastando assim, todas as influências que tentam destituir o que é moral.

A responsabilidade moral determina que todas proposições sociais sejam balizadas por meio do filtro das convicções efetivas sendo tratadas por elas. Toda ação humana é exposta ao filtro, e assim, os resultados são ajustados, realinhados, consertados, objetivando, portanto, uma estabilidade responsável e verdadeira. E, o próprio filtro vai sendo construindo pela sociedade a medida das exposições, contribuindo para sua formação mais densa e eficiente possível.

À luz da linguagem Dworkiana da responsabilidade e verdade, toda as proposições humanas em que as pessoas buscam uma verdade, necessita precipuamente de encontrar nessa relação dialética: provas, argumentos e fundamentos.

A responsabilidade exige coerência e integração. Quando uma pessoa não observa esses preceitos, a responsabilidade acaba sendo mal interpretada, e seus efeitos são sempre negativos para a sociedade. Não é errado buscar por uma verdade, isso é legítimo, Dworkin assegura isso. Contudo, a integração dos argumentos bem elaborados e consistentes também necessita da insistência pela verdade, e aí se chega na coerência. Ambos compõem a relação que possibilita o encontro da verdade argumentativa.

Quando as pessoas aprendem a serem responsáveis com seus argumentos, elas compreendem a importância das proposições.¹⁵ No campo jurídico, deve ser analisado as proposições científicas formais e informais apresentadas por Dworkin, como também, as do domínio do valor. Assim, as relações normativas serão apresentadas com suas diversas e possíveis proposições a serem escolhidas dentro do argumento responsável e moral pelo jurista.

No campo científico, toda sua estrutura procura indícios para as proposições enquanto no campo do valor, atribui-se a responsabilidade para que um argumento busque indícios para as proposições. Quando esses conceitos são entendidos, fica claro o pessoal social – para além do jurídico, mas também com o jurídico – de se relacionar com seus semelhantes e seus efeitos em toda a proposição de seus atos e omissões.

Percebe-se, portanto, a necessidade de compreender sempre o comportamento social e suas relações diversas e interesses que deve vir acompanhado da responsabilidade e moralidade para que a relação jurídica e – além de jurídica – produza efeitos que traga segurança e estabilidade ao Direito.

3. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem kelseniana

A percepção do papel desenvolvido por um hermeneuta na aplicação do Direito ocorre por meio da interpretação das normas jurídicas que muitas vezes não busca viver o seu real valor semântico, como se averiguará aqui no pensamento de Hans Kelsen.

Compreender a exegese jurídica do ponto de vista *Kelseniano*, torna-se fundamental, uma vez que a essência interpretativa é o ponto crucial de todo o funcionamento normativo. Na Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen dedica um capítulo

¹⁴DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 115.

¹⁵DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 123.

de sua importante obra para abordar e explicar didaticamente como a interpretação jurídica ocorre e como ela deve se desenvolver de modo a cumprir sua função normativa primordial¹⁶.

Sabe-se que um órgão jurídico aplica o Direito fundamentado na interpretação das normas. O que se parece esquecer na contemporaneidade é que ele mesmo é o responsável por definir o significado normativo.

A priori é salutar refletir sobre como o processo interpretativo funciona no ordenamento jurídico. Para Kelsen, a interpretação respeita uma ordem que começa em um escalão superior para um escalão inferior.

Segundo esse ensinamento, entende-se que atos judiciais e administrativos como resolução administrativa e sentença judicial são conteúdos da norma individual, assim disposto¹⁷:

“Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”.

Assim, a interpretação perpassa os âmbitos: órgãos jurídicos e administrativos; os indivíduos, que compreendem e determinam o sentido das normas; e a ciência jurídica quando descreve um Direito positivo e, devendo como finalidade, a ação de interpretar suas normas. Segundo o pensamento *Kelseniano*, a interpretação do Direito se dá: pelo órgão que o aplica e por um órgão não-jurídico que é uma pessoa privada – a ciência jurídica.

Existe sobre a norma o pressuposto de determinação ou de vinculação que no âmbito jurídico é visível na relação do escalão superior com o escalão inferior. A Constituição com relação a Lei, e a Lei com a sentença judicial, por exemplo.

Contudo, esta determinação ou vinculação resta-se incompleta, conforme ensina¹⁸:

“Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

A hermenêutica *Kelseniana*, por conseguinte, alude que todo ato jurídico, seja de criação jurídica ou de pura execução é em parte determinado e em parte indeterminado. Esta indeterminação pode ser intencional, ou seja, intenção do órgão que estabeleceu a norma.

Outrossim, para entender o ato deve-se aplicar a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica, o que para Kelsen, se traduz por meio dos significados das palavras. Ora, esse entendimento deve ser de forma plural para que a norma seja aplicada. O sentido verbal da norma não tem o mesmo proceder, devendo o órgão competente aplica-la diante de várias significações existentes.

Da compreensão da pluralidade de significados das palavras em uma norma jurídica, agrega-se a vontade e a expressão que não se confundem à luz da interpretação *Kelseniana*. Não se pode reduzir esses termos a um significado por um

¹⁶Kelsen dedicou o capítulo VIII de sua obra para ensinar sobre a interpretação jurídica, onde além de escrever sobre a essência interpretativa, buscou diferenciar importantes termos hermenêuticos como a interpretação autêntica e não-autêntica.

¹⁷KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 245.

¹⁸KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 246.

ato de um legislador e impor como resultado completo para os demais legisladores, por exemplo. Tanto a vontade quanto a expressão podem adquirir caráter parciais na vontade do legislador ou na intenção das partes dentro de uma relação jurídica e correspondem a um dos milhares de significações vinculados a norma.

A partir dessa convicção, o Direito revela-se como um espaço dentro de várias perspectivas normativas. Nas palavras de Kelsen¹⁹, o Direito seria uma moldura com diversas possibilidades de aplicação jurídica. A sentença judicial, por exemplo, está dentro de uma moldura ou quadro que a lei representa, destaca-se, no entanto, que ela não é a norma individual *per se*, mas uma delas que podem ser produzidas dentro da norma geral.

O Direito é plural. Não existe apenas uma forma ou um tipo único de interpretação normativa e muito menos um *ranking* das melhores normas jurídicas. De acordo com Kelsen, o ordenamento jurídico deve aceitar todas as possíveis significações de aplicação normativa. E, isso por meio dos métodos de interpretação.

Ao aplicar a norma, o legislador se detém no embate metodológico hermenêutico: Qual o objetivo desta norma? Como devo aplica-la? Quais os seus significados possíveis? O que deve prevalecer nesta celeuma: a minha vontade ou a vontade normativa?

Perguntas óbvias, mas de caráter profundo e reflexivo, onde todos os hermeneutas do Direito se deparam ao longo da caminhada interpretativa que conduz a um dos resultados possíveis, mas nunca o único. Conforme lembra²⁰:

“Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual”.

Outro ponto relevante da hermenêutica *Kelseniana* é o significado atribuído a norma de correto e não correto. Para Kelsen, essa questão de atribuir a norma significado de correto e não correto não é problema de teoria do Direito e sim de política do Direito, pois não se atribui esse valor à norma no ordenamento jurídico.

É importante para os aplicadores, operadores, profissionais do Direito identificar os seguintes perfis jurídicos: Legislador e Julgador. A norma deve ser interpretada em sua dimensão com objetivo de cumprir sua finalidade, e desse modo, contribui para o preenchimento da moldura da norma geral.

No estudo da linguagem hermenêutica de Hans Kelsen²¹, existe diferença entre a função interpretativa do legislador e do julgador. O primeiro possui função voluntária relativamente livre para legislar no aspecto material, pois está estritamente vinculado ao processo de criação do Direito. O segundo, da mesma maneira, possui função voluntária relativamente livre, embora mais restrito em comparação ao primeiro, mas também é um criador do Direito. Assim, a diferença é somente quantitativa e não qualitativa, uma vez que ambos estão no processo de preenchimento da moldura da norma geral.

Vale ressaltar a importância da norma jurídica aplicanda no Direito. Esta norma é apreciada com primazia pelo órgão competente que produz o ato. Normas como as de caráter moral, juízos de valor social, de interesse do Estado, entre outras, podem se transformar em normas de Direito positivo.

¹⁹KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 247.

²⁰KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 248.

²¹KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 249.

Interpretar a norma jurídica incide em conhecer e analisar o ato de vontade do aplicador do Direito. A aplicação deve vir acompanhada ou por meio de uma operação de conhecimento. Conforme nos ensina²².

“Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.

Com o ato de vontade é produzida uma norma de escalão inferior ou pode ser como resultado hermenêutico da norma jurídica aplicanda por meio de um ato de coerção. Através desse ato de vontade também se distingue a interpretação normativa de outras interpretações.

O pensamento *Kelseniano* discorre que a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica, pois cria o Direito. Esta interpretação produz novas leis ou tratados internacionais. Frisa-se que não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais. A autenticidade, por conseguinte, cria novas possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva.

Nesse espectro do ensinamento de Kelsen, deve-se observar os conceitos impregnados sobre a interpretação autêntica, cognoscitiva e não-autêntica. A primeira é responsabilidade do próprio órgão jurídico – normas que exigem a interpretação desse órgão autêntico. A segunda se dá pelo processo de conhecimento da norma que se quer aplicar vinculada ao ato de vontade do legislador ou julgador. A terceira é criada pelo resultado de ato do destinatário da norma que a não observa ou não cumpre sua finalidade, gerando assim, uma interpretação não-autêntica, e por isso, não é vinculante ao órgão competente, pois não cria Direito. Assim, esclarece²³:

“A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. [...] Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou”.

A interpretação científica, por sua vez, é reflexo da interpretação cognoscitiva dos sentidos das normas jurídicas, consagrando-se como não-autêntica, não excluindo o fato de se criar Direito novo. Aos olhos de Kelsen, no entanto, o cognoscitivo é insuficiente para preenchimento de lacuna normativa devendo esse tipo de interpretação ser repudiado, pois gera uma jurisprudência de conceitos e vai contra sua teoria pura do Direito.

A interpretação jurídico-normativa cria possíveis significações de uma norma jurídica, o que não a atribui autonomia para exercer sua finalidade, como destacou Kelsen em sua teoria, essa interpretação não aplica o Direito.

A questão dos efeitos para a não aplicação ao Direito desse tipo de interpretação, se opera pelo fato da influência sobre a criação normativa. Os aplicadores podem utilizar um significado para o objetivo particular – como o caso de

²²KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 249.

²³KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 250.

advogados – que optam por um significado, mas o que não pode ocorrer é que esta posição seja colocada para todo o ordenamento jurídico como a melhor e única forma de interpretação e dizer que estão agindo em nome da ciência jurídica. Desse modo, adverte²⁴:

“Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem”.

A função jurídico-política atribuída a norma – interpretação científica – não contribui ao resultado para o qual fora criada. Embora recorrente no Direito por seus aplicadores, resta-se insuficiente e ineficiente. Kelsen chama esse fenômeno de vantagem política de ficção do sentido único o qual revela a ineficiência ou não satisfação para possível ajuste e aumento da segurança jurídica. Segundo Kelsen²⁵:

“E que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”.

Diante disso, percebe-se o esforço didático de Kelsen em expor para o Direito a relevância de sua teoria. A hermenêutica deve ser feita com o entendimento da complexidade da norma, de suas significações e possíveis resultados, observando assim, sua finalidade para que a interpretação seja eficiente e suficiente trazendo ao ordenamento maior segurança jurídica.

4. Uma perspectiva hermenêutica da linguagem nevesiana

Refletir sobre o pensamento *Nevesiano* de transconstitucionalismo enquanto possibilidade para a tomada de decisão judicial diante de problemas constitucionais comuns a diversas ordens jurídicas significa pensar um modelo de decisão judicial que não importe uma imposição unilateral de uma solução jurídica sobre um problema de natureza constitucional. Para tanto, todavia, necessário examinar determinados pressupostos, de forma breve, para que se compreenda o significado do transconstitucionalismo.

Assim, o transconstitucionalismo se insere no contexto da sociedade multicêntrica, ou polifuncional, caracterizada por uma diferença substantiva entre ambiente e sistema em diversos âmbitos de comunicação, de forma que se afirmam diversas pretensões de autonomia sistêmica, o que implica uma pluralidade de autodescrições conflitantes²⁶ da sociedade.

Pela pluralidade de autodescrições da sociedade, torna-se necessária a existência de pontes de transição entre os diversos sistemas sociais, considerando-se que, caso assim não ocorresse, não haveria conversa sustentável entre os sistemas sociais.

²⁴KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 251.

²⁵KELSEN, H. *Idem*.

²⁶Conflitantes pois cada racionalidade parcial possui a pretensão de ser universal.

Nesse contexto, exige-se o estabelecimento de acoplamentos estruturais, mecanismos de interpretação concentrados e duradouros, exatamente para que se formem pontes de transição entre os sistemas sociais. De modo a ilustrar tal afirmação, cita-se o exemplo do contrato, acoplamento estrutural entre os sistemas sociais jurídico (lícito/não lícito) e econômico (ter/não ter).

Para além dos acoplamentos estruturais, há a possibilidade de construção de racionalidades transversais entre os sistemas sociais, constituindo-se diálogos construtivos de aprendizagem mútua entre esses sistemas. A racionalidade transversal, nesse ponto, significa²⁷:

“Mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivos de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo. Portanto, no sentido ora empregado, os conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural são afins, pois a afirmação da primeira supõe a existência do segundo. No entanto, a noção de racionalidade transversal importa um plus em relação à de acoplamento estrutural”.

Diante desse contexto, o próprio conceito de Constituição deve ser pensado a partir da sociedade multicêntrica e enquanto um acoplamento estrutural. Portanto, para o transconstitucionalismo, a Constituição moderna deve ser compreendida a partir da semântica do constitucionalismo e, assim, o mecanismo que permite a diferenciação funcional do direito e da política no âmbito estatal, atuando como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas funcionais. O que ocorre, conseqüentemente, pela Constituição é a legitimação jurídica do poder, bem como a legitimação política do direito.

Apesar de a definição da linguagem *nevesiana* de transconstitucionalismo passar pelo próprio conceito de Constituição, apresenta como sua origem um problema. Isso porque, na sociedade mundial, os problemas passam a ser compartilhados não apenas entre os entes estatais, mas também entre os não estatais e os quase-estatais.

Uma vez que a Constituição do transconstitucionalismo se pauta pela semântica do constitucionalismo, os problemas emergentes que revolvem tanto direitos fundamentais quanto legitimação jurídica e limitação do poder ganham a feição constitucional e, assim, passam a influir constitucionalmente os Estados e demais entes nacionais e internacionais. Talvez não haja, atualmente, melhor exemplo desses problemas compartilhados do que a luta contra o terrorismo, a pauta ambiental e a própria proteção de dados. Esses problemas transcendem o território estatal para se tornarem problemas constitucionais da sociedade mundial policêntrica.

No entanto, como pensar a solução para esses problemas hermenêuticos constitucionais comuns sem importar em uma imposição de uma ordem jurídica mais forte sobre uma mais fraca, do ponto de vista socioeconômico? Não cabe falar, nesse ponto, em uma estrutura hierárquica entre ordens para solução desses conflitos. Dessa forma²⁸:

“O transconstitucionalismo apresenta-se como uma exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos. Assim sendo, entrelaçamentos constitucionais podem apresentar-se simultaneamente, entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, sempre que um problema jurídico constitucional seja-lhes relevante em determinado caso”.

²⁷NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, 1º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 238.

²⁸NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 238.

Nesse contexto, para os problemas hermenêuticos constitucionais comuns, como exposto, o transconstitucionalismo abre uma pluralidade de possibilidades para suas soluções, adequando-se ao caso concreto e conforme a relação jurídica entre as ordens respectivamente envolvidas.

Dessa forma, refletir a decisão judicial no pensamento *Nevesiano* significa pensar a articulação de diversas ordens jurídicas em torno de problemas hermenêuticos constitucionais comuns, de modo a afastar uma imposição unilateral de uma delas sobre a outra, mas com vistas à formação de uma racionalidade transversal entre essas ordens – uma articulação que permita uma reflexão de aprendizagem mútuas.

É a partir dessa constatação que se torna possível a construção de uma forma de decidir judicialmente articulada com base em direito estrangeiro²⁹ para buscar respostas adequadas aos dilemas instaurados.

O caso da comunidade indígena Suruahá é emblemático dessa construção jurídica do transconstitucionalismo, *in casu*, de tolerância com relação a outras ordens jurídicas em acordo com os direitos fundamentais, conforme expôs Neves, essa comunidade indígena, localizada no município de Tapauá, no Estado do Amazonas, tem como característica de seu direito consuetudinário o homicídio de recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde.

Diante dessa prática, poderia o ordenamento jurídico brasileiro proibi-la, com um grau de violência praticado em face da comunidade Suruahá. No entanto, de acordo com Neves, a posição hermenêutica exigida pelo transconstitucionalismo é³⁰:

“Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes. A discricção e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal. A tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias. Em relação ao ‘outro’, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes dos membros das respectivas comunidades”.

Assim, é possível perceber uma postura de tolerância do transconstitucionalismo, a depender do caso concreto, sendo que deve-se privilegiar diante do problema hermenêutico constitucional comum a solução que não imponha sobre uma ordem jurídica mais fraca o ordenamento jurídico alheio, mas antes possibilite esse diálogo.

Por outro lado, por vezes o transconstitucionalismo é levado a assumir uma postura bélica, em um cenário de rejeição objetiva ao transconstitucionalismo –

²⁹Estrangeiro não no sentido de ordenamento jurídico de outro Estado, mas aplicação do direito alheio ao Estado (ou ente não estatal) chamado a decidir uma demanda concreta. Assim, o direito estrangeiro não seria apenas o direito americano, inglês, alemão, mas também o direito internacional, *lex mercatória*, *lex sportiva*, e outros inúmeros exemplos.

³⁰NEVES, M. “(Não) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões”, *Lua nova*, v. 93, n. 1, São Paulo, 2014, p. 224.

um Estado hostil a essa pretensão da sociedade mundial, que busca o fortalecimento de sua ordem jurídica nacional pela imposição ou sobposição em relação a outras, mais fortes ou mais fracas, exatamente dando vazão à assimetria estruturante da sociedade multicêntrica.

Neves reconhece exatamente essas ordens avessas ao transconstitucionalismo, as quais, segundo o autor, rejeitam a noção de direitos fundamentais e limitação de poder. Nesse ponto, em face dessas ordens jurídicas³¹:

“O transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável”.

Observadas essas possibilidades, o transconstitucionalismo bélico e o transconstitucionalismo de tolerância, resta analisar brevemente o comportamento do ordenamento jurídico brasileiro face a esses dilemas estruturantes apresentados.

O ordenamento jurídico brasileiro parece apresentar cada vez maior abertura ao transconstitucionalismo, em uma espécie de tolerância ao direito estrangeiro. No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a incorporação da jurisprudência internacional em matéria de direitos fundamentais na *ratio decidendi* é exatamente indicativo de maior abertura constitucional brasileira ao transconstitucionalismo.

Todavia, diz-se tolerância ao transconstitucionalismo pois o STF, e o judiciário local, não incorporaram em suas decisões a forma de decidir não hierárquica, que privilegie a proteção ao ser humano, de forma plena. O que se vê é a coexistência de tendências centralizantes no STF com tendências não hierarquizantes, razão pela qual empregou-se o vocábulo “tolerância”.

O julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, afetado sob repercussão geral e julgado no ano de 2008, é ilustrativo dessa tolerância. Assim, para o afastamento da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o STF utilizou-se de solução hermenêutica hierarquizante, em um diálogo com o Pacto de San José da Costa Rica, para colocar tratados internacionais em matéria de direitos humanos em nível supralegal, sem, no entanto, negar a centralidade da constituição brasileira no próprio enfrentamento da questão³².

Em outro caso, quando do julgamento da Arguição por descumprimento de preceito fundamental 153, no ano de 2010, para o julgamento a respeito da recepção ou não da Lei nº 6.683/1979, o STF decidiu pela não aplicação ao caso da mesma Carta de San José da Costa Rica³³.

Em verdade, nesse julgamento, o relator da ação julga pela recepção da Lei nº 6.683/1979 julgo a despeito de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH) que entendendo por sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse caso, ao invés de adotar uma postura com tendência a hierarquizar as fontes do direito, o STF apenas afastou a aplicação do direito internacional dos direitos humanos e adotou postura centralizante para manutenção da legislação combatida.

Deve-se, ainda, pontuar a existência de dois pontos de irritação transconstitucional na própria Constituição brasileira, os §§2º, 3º e 4º do art. 5º, os quais preveem a inclusão de normativas internacionais enquanto integrantes do texto constitucional. Assim, o poder judiciário é forçado a levar em consideração esses aspectos quando da tomada de decisão relativa a direitos fundamentais.

³¹NEVES, M. *Ob. Cit.*, p. 130.

³²BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 466.343*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>, acesso em: 02 abr. 2022.

³³BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>, acesso em: 02 abr. 2022.

Todavia, o texto não tem o condão de afastar posturas centralizantes do próprio poder judiciário brasileiro. Dessa forma, utiliza-se o vocábulo “tolerância” exatamente por ser um indicativo dessa posição do judiciário brasileiro em relação ao transconstitucionalismo – uma manifestação favorável crescente, com a inclusão da semântica dos direitos humanos no direito local, mas hesitante, vítima de tendências centralizadoras e hierarquizantes.

Essas relações, no entanto, são circundadas de complexidades, posto que o posicionamento do STF enquanto agente central na ordem jurídica brasileira não afasta os juízes singulares no exercício da judicatura. Na verdade, as ordens jurídicas não fogem à distinção entre centro e periferia e não se veem blindadas da assimetria da sociedade mundial, motivo pelo qual reagem em graus diversos à pretensão do transconstitucionalismo.

Assim, a análise da forma como essas ordens jurídicas recebem o transconstitucionalismo não prescinde de um esforço da conjuntura jurídica como um todo, já que as transformações objetivas que eventualmente podem se dar razão da aplicação hermenêutica do transconstitucionalismo em diversos graus e em diversas esferas de uma ordem jurídica estão organizadas sob a óptica hierárquica.

5. Conclusões finais

Diante do quadro hermenêutico visto e refletido, pode-se constatar que a linguagem é um contínuo processo hermenêutico vital na vida humana. Conforme analisado em Dworkin sem ela seria impossível viver em sociedade ou construir relacionamentos.

Além disso, não se pode esquecer que a construção da interpretação se dá pelo entendimento da complexidade das normas. A interpretação jurídica estabelecida em Kelsen observa sempre o Direito como finalidade da norma com várias possibilidades e significações de aplicação que deve ser pautada em uma hermenêutica que seja eficiente e suficiente capaz de promover maior segurança jurídica.

Outrossim, os relacionamentos contribuem para a construção do Direito. Assim compreendido em Neves, um ordenamento jurídico deve estabelecer modos interpretativos contemporâneos que coadunam em novos esforços com abertura aos diálogos de realidades hermenêuticas com finalidade de analisar o constitucionalismo de forma que efetivamente produza ao ser humano resultados positivos às suas necessidades e realidades para além de jurídico, transconstitucional.

Assim, os dilemas jurídicos estruturantes percebidos em Dworkin. Kelsen e em Neves, atestam a relevância de um Direito cada vez mais interpretativo e construtivo por meio da hermenêutica jurídica. Resta-se em evidência a linguagem como instrumento e veículo de transformação do ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que o objetivo desse breve estudo não foi exaurir a profundidade da temática exposta, pelo contrário, buscou-se imprimir a provocação de pensar o Direito sob perspectivas construídas – as relações jurídicas interpretativas à luz de Dworkin – a interpretação da norma jurídica à luz de Kelsen – e a relação da norma com contextos interpretativos transconstitucionais à luz de Neves, para a formação de uma linguagem hermenêutica que produza relevância no Direito e em toda a sociedade.

6. Referências

- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2001.
ANDRADE, M.A. Domingos de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1963.
ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*, Nova Cultural, São Paulo, 1996.
ATALIBA, G. *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

- BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- BLEICHER, J. *Hermenêutica contemporânea*, Edições 70, Lisboa, 2002.
- BLOOM, H. *Como e porque ler*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2001.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*, Ícone, São Paulo, 1995.
- BOMFIM, T. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*, Juspodivm, Salvador, 2008.
- BRASIL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>, acesso em: 02 abr. 2022.
- BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 466.343*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>, acesso em: 02 abr. 2022.
- BULOS, U.L. *Curso de Direito Constitucional*, 5º ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5º ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- CAMPOS, F. *Direito constitucional*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956.
- COSTA, A.A. *Introdução ao direito*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.
- CRUZ, A.R.D.S. *Jurisdição Constitucional Democrática*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- DWORKIN, R. *Justiça para Ouriços*, Almedina, São Paulo, 2011.
- DWORKIN, R. *O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do direito*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2001.
- FRANÇA, L. *Hermenêutica Jurídica*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 1997.
- GADAMER, H.G. *Verdade e método*, Vozes, Petropolis, 1999.
- GRONDIN, J. *Que é hermenêutica?*, UNISINOS, São Leopoldo, 2000.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- HART, H. *O Conceito de Direito*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.
- HESSE, K. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- HOBBS, T. *Leviatã*, Nova Cultural, São Paulo, 1997.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- LYRA FILHO, R. *O que é Direito*, 17º ed., Brasiliense, São Paulo, 2003.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*, 23ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- NEVES, M. "(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões", *Lua nova*, v. 93, n. 1, p. 201-232, 2014.
- NEVES, M. *From Constitutionalism to Transconstitutionalism: Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism*, Cambridge University Press, 2017.
- NEVES, M. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Martins Fontes, São Paulo, 2018.
- PALMER, R. *Hermenêutica*, Edição 70, Lisboa, 1999
- PERELMAN, C. *Teoria da Argumentação*, Martins Fontes, São Paulo, 2001.
- RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*, Universidade de Brasília, Brasília, 1981.
- REZEK, J.F. *Direito dos tratados*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- RICOEUR, P. *Teoria da interpretação*, Edição 70, Lisboa, 2000.
- ROCHA, L.S. *Epistemologia jurídica e democracia*, UNISINOS, São Leopoldo, 2003.
- SALGADO, J.C. "Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais", *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.20, n.3, jul/set, 1996.
- SILVA FILHO, J.C.M.D. *Hermenêutica filosófica e direito*, 2º ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

SCHLEIERMACHER, F. *Hermenêutica*, Vozes, Petrópolis, 2000.

STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

VIEITO, A.A.V. *Da hermenêutica constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

VIGOTSKY, L.S. *A Construção do Pensamento e da Linguagem*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

Compliance nas forças armadas como evolução do sistema do direito no tocante ao acoplamento estrutural com o sistema da política e como irritação em relação ao subsistema do direito castrense

Compliance in the armed forces as evolution of the law system with regard to structural couplings with the policy system and as irritation regarding the military law subsystem

Rodrigo Eduardo de Souza Alves¹

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. A complexidade da sociedade moderna: a relação entre civis e militares; 3. A importância do controle social das instituições por meio de canais de denúncias; 4. A evolução do subsistema do direito castrense em relação ao combate à corrupção: os programas de integridade das Forças Armadas; 5. A autopoiese no acoplamento estrutural entre a política e o subsistema do direito castrense na Marinha do Brasil e na Força Aérea Brasileira; 6. O fechamento operacional e cognitivo ocorrido no Exército Brasileiro entre o acoplamento estrutural da política e o subsistema do direito castrense; 7. O paradoxo dos programas de integridade da Marinha do Brasil e da Força Aérea Brasileira com relação à simbologia operada pelo programa de integridade do Exército Brasileiro: o risco da alopoiese; 8. Considerações finais; 9. Referências

Resumo: A partir de uma revisão bibliográfica, o artigo pretende analisar os programas de integridade (*compliance*) das Forças Armadas sob a perspectiva sociológica da Teoria dos Sistemas elaborada pelo alemão Niklas Luhmann. Aborda a complexidade da sociedade moderna sob o viés da relação entre civis e militares e de suas comunicações peculiares; a importância do controle social das instituições por meio de canais de denúncias e da proteção do denunciante de boa-fé; a evolução do subsistema do direito castrense em relação ao combate à corrupção, com a instituição dos programas de integridade das três Forças Armadas; a autopoiese no acoplamento estrutural entre a política e o subsistema do direito castrense na Marinha do Brasil (MB) e na Força Aérea Brasileira (FAB); o fechamento operacional e cognitivo ocorrido no caso do Exército Brasileiro (EB); e o paradoxo dos programas de integridade da MB e da FAB com relação à simbologia operada pelo programa de integridade do EB, gerando um risco de alopoiese. Por fim, concluirá sobre a possibilidade de que as irritações sistêmicas no subsistema jurídico castrense do EB poderão alterar sua autorreflexão, abrindo-se cognitivamente para atender as expectativas dos sistemas político, realizando um acoplamento estrutural.

Palavras-chave: *Compliance*. Forças Armadas. Direito. Política. Sociedade.

¹Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN – 2002) e em Direito pela Escola Superior Batista do Amazonas (ESBAM – 2013). Especializado em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco (UCB – 2010), em Operações Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO – 2011), em Bases Geo-Históricas para formulação Estratégica pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME – 2015) e em Direito da Administração Pública pela Faculdade IPPEO (IPPEO – 2018). Assessor Jurídico no Departamento de Engenharia e Construção do Exército Brasileiro. E-mail: tensouzalves@yahoo.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9925573429362095>. Currículo ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5011-2305>.

Abstract : Based on a bibliographical review, the article intends to analyze the integrity programs (compliance) of the Armed Forces under the sociological perspective of Systems Theory elaborated by the German Niklas Luhmann. It addresses the complexity of modern society from the perspective of the relationship between civilians and the military and its peculiar communications; the importance of social control of institutions through whistleblower channels and the protection of whistleblowers in good faith; the evolution of the military law subsystem in relation to the fight against corruption, with the institution of integrity programs of the three Armed Forces; the autopoiesis in the structural coupling between politics and the military law subsystem in the Brazilian Navy (MB) and in the Brazilian Air Force (FAB); the operational and cognitive closure that occurred in the case of the Brazilian Army (EB); and the paradox of the MB and FAB integrity programs in relation to the symbology operated by the EB integrity program, generating a risk of allopoiesis. Finally, it will conclude on the possibility that systemic irritations in the military legal subsystem of the EB may change its self-reference, opening itself cognitively to meet the expectations of the political system, performing a structural coupling.

Keywords: Compliance. Armed forces. Right. Politics. Society.

1. Introdução

A corrupção é uma chaga que corrói recursos públicos e é um dos principais entraves para a busca de um mundo melhor. O controle social sob todas as atividades administrativas é um fator de engajamento e amadurecimento da sociedade. Uma importante ferramenta para que ele se torne efetivo são os canais de denúncia e a proteção dos denunciantes.

O Brasil assumiu diversos compromissos interacionais com o intento de combater a corrupção e vem procurando adequar suas normas para um efetivo *compliance* público. Por vezes, o choque de normativos que buscam tutelar bens jurídicos diversos impedem ou mitigam a busca pela paz, pela justiça e instituições eficazes.

A doutrina do direito castrense normalmente aborda o assunto sob a ótica jurídica-dogmática de seus normativos. Este trabalho, contudo, a partir de uma revisão bibliográfica, pretende analisar os programas de integridade (*compliance*) das Forças Armadas sob a perspectiva sociológica da Teoria dos Sistemas elaborada pelo alemão Niklas Luhmann. Ela procura sua teorização nas funcionalidades dos sistemas, na operação fechada, na cognição aberta e na elevada complexidade social.

Quanto à organização deste trabalho, está estruturado em oito capítulos, incluindo essa introdução.

No segundo capítulo será abordada a complexidade da sociedade moderna sob o viés da relação entre civis e militares e de suas comunicações peculiares, as interações entre o ambiente e a sociedade, irritados pela busca por transparência e de um efetivo controle social. Até que ponto essas irritações provocaram evoluções sociais nas Forças Armadas?

No terceiro capítulo versará sobre a importância do controle social das instituições por meio de canais de denúncias, a operacionalização realizada pelo governo federal por meio do Fala.BR – Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação², a proteção do denunciante como fator incentivador desse controle social, além da transparência e acompanhamento do processo de denúncia como acolhimento estrutural entre o sistema psíquico e o do direito.

²Brasil. *Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação*, disponível em: <https://falabr.cgu.gov.br/publico/Manifestacao/SelecionarTipoManifestacao.aspx?ReturnUrl=%2f>, acesso em: 13 out. 2021.

No quarto capítulo referir-se-á sobre a evolução do subsistema do direito castrense em relação ao combate à corrupção, com a instiuição dos programas de integridade das três Forças Armadas, com seus respectivos atos de aprovação.

No quinto capítulo explanará a autopoiese no acoplamento estrutural entre a política e o subsistema do direito castrense na Marinha do Brasil (MB) e na Força Aérea Brasileira (FAB), tendo em vista seus regulamentos disciplinares permitirem, de plano, uma abertura cognitiva para a irritação do sistema da política no tocante aos compromissos assumidos pelo Brasil no combate à corrupção e a proteção de denunciante. Em uma análise estritamente normativa, a MB e a FAB protegem os denunciante que as integram?

No sexto capítulo discutirá o fechamento operacional e cognitivo ocorrido no EB entre o acoplamento estrutural da política e o subsistema do direito castrense tendo em vista seu regulamento disciplinar trazer um tipo específico de transgressão que levou à adoção de um metacódigo de inclusão/exclusão não permitindo a evolução sistêmica, deixando-o vulnerável à corrupção³ por outros sistemas ou subsistemas. De igual corma com o questionamento realizado com as suas Forças Armadas coirmãs, sob a perspectiva normativa, há proteção ao denunciante integrante do EB?

No sétimo capítulo será retratado o paradoxo dos programas de integridade da MB e da FAB com relação à simbologia operada pelo programa de integridade do EB, gerando um risco de alopoiese sistêmica por meio de interferência do próprio Poder Judiciário ou de imposição legal oriunda do Poder Legislativo.

Por fim, reconhecer-se-á a autopoiese ocorrida na MB e na FAB com relação ao tema canal de denúncias e proteção aos denunciante. Paralelamente, alertar-se-á para o risco que o tratamento do mesmo tema no âmbito do EB possa sofrer algum tipo de alopoiese. Concluirá sobre a possibilidade de que as irritações sistêmicas no subsistema jurídico castrense do EB poderão deixar o presente artigo desatualizado com relação aos normativos vigentes à época em que foi escrito, mas com certeza servirão para reflexão sobre aspectos práticos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

2. A complexidade da sociedade moderna: a realção entre civis e militares

Para entender a complexidade da sociedade moderna segundo a matriz luhmanniana temos que, inicialmente, superarmos alguns obstáculos epistemológicos: o paradigma de que a sociedade seria constituída por homens, como pessoas concretas, ou de relações entre pessoas; a existência de limites territoriais no âmbito da sociedade, havendo uma multiplicidade territorial de sociedades; o estabelecimento da sociedade pelo consenso dos seres humanos, pela concordância de suas opiniões e pela complementariedade de seus objetivos; e por fim, o pressuposto de que a sociedade poderia ser observada e descrita de fora, permitindo sua descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto do conhecimento, que estaria em uma situação passiva⁴.

Com a superação desses paradigmas, teremos a separação da sociedade como sendo um sistema social, cuja autopoiese⁵ se opera com base na comunicação e o homem seria um sistema autopoietico de acoplamento estrutural psíquico e bilógico, que opera por meio da consciência. Nesse sentido, a sociedade e o homem tornar-se-iam ambientes um para o outro.

³ Aqui há o emprego do termo corrupção segundo a matriz Luhmanniana, entendida como interferência de um sistema/subsistema em outro.

⁴GONÇALVES, G.L. & FILHO, O.V.B. Teoria dos Sitemas Sociais: *direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 24.

⁵ A origem do conceito advem dos biólogos Maturana e Varela. A palavra deriva do grego *autós* ("por si próprio") e *poieses* ("criação", "produção"). Significa que o sistema é construído pelos próprios componentes que o constroí. In: MATURANA, H.R. & VARELA, F.J. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Springer Science & Business Media, Londres, 1991.

Quando se faz referência à sociedade temos uma globalização do conceito, pois inexistem sociedades. O que há é uma sociedade global formada por comunicações. Portanto, para fins didáticos, quando se fala em sociedade brasileira estar-se-á a falar do Estado brasileiro, como um subsistema social que é um dos sistemas da sociedade, não havendo hierarquia entre os sistemas da sociedade.

Dentro da sociedade brasileira temos as realções entre civis e militares como subsistemas sociais que operam por comunicações peculiares. As instituições militares das Forças Armadas são moldadas por duas forças imperativas, uma funcional e outra societária. Dentro da funcionalidade, sua origem está atrelada à segurança do Estado. Na vertente societária temos uma influência das forças sociais, das ideologias e das instituições dominantes⁶. Essas forças imperativas constituem-se em irritações mútuas dos sistemas.

Instituições que somente refletem valores sociais podem ser incapazes de desempenhar com eficiência sua função de segurança do Estado, onde seu supedâneo é a hierarquia e a disciplina. Da mesma forma, se moldadas exclusivamente por imperativos funcionais podem corrompe-las, tornando-as insustentáveis dentro da sociedade. A ponderação entre essa interação é que perpassa a relação entre o sistema de comunicação preponderante no subsistema militar e no subsistema civil. O grau de irritações que uma comunicação provoca na outra varia conforme a exigência de segurança e da natureza e força do padrão de valores da sociedade.

A sociedade como comunicação busca a sua diferenciação através de reiteradas seleções de sentido que geram identidades e sistemas funcionais. Essas recursões formam sistemas para resolver problemas, que a mesma sociedade criou, em um círculo hermenêutico de sentido. As auto-observações sugerem espontaneamente e quando são aplicadas distinções à fenômenos sociais, elas acabam, também, a serem discutidas e tematizadas em linguagem própria dentro do subsistemas sociais⁷.

Vivenciamos um aumento de complexidade na sociedade, consistente no surgimento de novas alternativas que exigem novas seleções. Dessa forma, temos uma redução da complexidade⁸ e ampliação da contingência⁹. A incerteza sobre a adequação da seleção estimula novas decisões, aumentando a complexidade. Essa circularidade entre complexidade, seleção e contingência expressa a fórmula da evolução social¹⁰.

O futuro é apenas uma previsão, não temos garantia de que os acontecimentos irão ocorrer. Se por uma seleção optou-se por um caminho para solucionar um problema vivenciado, no futuro, esse mesmo caminho pode tomar um sentido inverso e solucionar o mesmo problema, devido ao alto grau de diferenciação comunicativa na sociedade. Esse alto grau de diferenciação comunicativa também reflete no sistema jurídico o fazendo evoluir.

Vivemos uma época em que não possuímos uma unicidade de pensamentos, de crenças e consciências sociais, gerando sistemas sociais cada vez mais especializados e altamente diferenciados, com comunicações próprias. Isso enfatiza a necessidade, sob uma perspectiva sistemática, de se realizar constantemente uma auto-observação, garantindo ao sistema uma diferenciação com o ambiente. A

⁶ HUNTINGTON, S.P. O Soldado e o Estado: *Teoria e política das relações entre civis e militares*, Biblioteca do Exército, Rio de Janeiro, 2016, pp. 20-22.

⁷ GUNTHER, T. *O Direito como Sistema Autopoietico*, Ed. Fundação Cauloste Gulbenkian - Oficinas Gráficas da Imprensa Portuguesa, Porto - Portugal, 1993. p 69.

⁸ A complexidade se traduz na existência de mais de uma opção para escolha.

⁹ A contingência significa que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. In: GONÇALVES, G.L. & GILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, p. 99.

¹⁰ GONÇALVES, G.L. & GILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, pp. 50- 53.

sociedade atual é complexa, sendo caracterizada pela funcionalidade sistêmica, formando vários subsistemas próprios ou sistemas parciais¹¹.

A corrupção é um dos problemas enfrentados pela sociedade complexa. Dentre as alternativas existentes para o combate à corrupção e outras formas de malversação de recursos públicos é a seleção pelo controle social sob todas as atividades administrativas por meio de canais de denúncia e de proteção dos denunciantes.

O mundo, por meio dos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas (ONU) se reuniram para discutir a Agenda 2030, que é um plano de ação global que reúne 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e 169 metas, criados para erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, dentro das condições que o nosso planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações.

Os ODS são o cerne da Agenda 2030 e sua implementação ocorrerá no período 2016-2030¹², não se limitando a mera proposição, mas tratando de meios para sua implementação. O espectro de atuação dos ODS é amplo e dada a limitação do tema proposto, o artigo ficará limitado ao "ODS 16 Paz, Justiça e Instituições Eficazes", que almeja promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis. A "meta 16.5 - Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas" relacionada diretamente à construção de instituições eficazes, vislumbra a redução substancial da corrupção e do suborno em todas as suas formas.

Os programas de integridade da Forças Armadas vieram na esteira dos compromissos assumidos pelo Brasil para efetivar os ODS. O Brasil vem procurando adequar as suas normas para um efetivo *compliance* público. Por vezes, os subsistemas jurídicos se fecham cognitivamente impedindo ou mitigando a busca pela paz, pela justiça e instituições eficazes.

As interações entre o ambiente e a sociedade a tornam complexa. Há três grandes tipos de sistemas, o biológico, o psíquico e o social, sendo que cada um deles é ambiente para o outro. A busca por transparência e um efetivo controle social obrigam o sistema do direito, em especial o subsistema do direito castrense a se abrir cognitivamente e se fechar operativamente tentando atender à expectativas de sentido da sociedade. As realções entre o mundo civil e a rigidez dogmática castrense é colocada a prova por irritações mútuas entre seus subsistemas jurídicos. As atualizações legislativas no meio castrense por vezes são colocadas em segundo plano pelo legislador brasileiro, ocasionando entraves para a evolução social das Instituições Armadas.

3. A importância do controle social das instituições por meio de canais de denúncias

O homem é o ambiente da sociedade, o que o torna mais complexo, rico em alternativas e possibilidades que os sistemas. Como ambiente, o ser humano está sujeito a viver e atuar em horizonte temporal ilimitado, como produtor de suas próprias ações como máquinas históricas autorreferenciais¹³. Nesse contexto, à sociedade por meio de uma auto-observação executa um controle social através de recursos materiais e simbólicos para assegurar a conformidade do comportamento de seus membros a um conjunto de regras e princípios prescritos e sancionados¹⁴.

¹¹LIMA, F.R.S. "Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico", *Direito Público*, v. 7, n. 32, 2010.

¹²Brasil. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Ministério das Relações Exteriores*, disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>, acesso em: 12 out. 2021.

¹³GONÇALVES, G.L. & FILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, pp. 55-56.

¹⁴BOURDON. F. & BORRICAUD. F. *Dicionário Crítico de Sociologia*, Ática, São Paulo, 1993.

Dentre os recursos materiais e simbólicos para esse mister temos os canais de denúncia.

Para concretizar e operacionalizar o canal de denúncia, o governo federal criou o Fala.BR – Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação¹⁵, desenvolvido pela Controladoria-Geral da União (CGU) que permite a qualquer cidadão encaminhar, de forma ágil e com interface amigável, pedidos de informações públicas e manifestações, tudo num único ambiente virtual.

O Fala.BR é uma linha ética onde é possível dar um “aviso” aos órgãos competentes para avaliação de outrem sobre algo que pode parecer passível de responsabilização: é o instituto do *whistleblowing*¹⁶ (tradução literal do inglês: assoprar o apito). Já o *whistleblower*¹⁷ ou denunciante de boa-fé¹⁸ tem por objetivo uma ação compelida por sua moral, sua ética, postura altruísta, inconformismo social diante de desvios de condutas.

Os canais de denúncias colaboram para interromper um ciclo vicioso de prejuízos causados pela corrupção e pelas improbidades administrativas ao desenvolvimento sustentável de uma nação. A participação do controle social evita a evasão de receitas públicas, a diminuição do crescimento econômico, o enfraquecimento das instituições democráticas, o descrédito nos serviços públicos, o avanço do crime organizado, o agravamento dos problemas sociais, a redução de investimentos públicos e privados, nacionais e internacionais, prejudicando, de uma maneira geral a busca pelo desenvolvimento sustentável.

O Fala.BR, por meio de sua linha de ouvidoria, o cidadão pode realizar denúncia, fazer um elogio, uma reclamação, uma solicitação ou contribuir para melhoria dos processos administrativos.

A ferramenta de denúncia apresenta a possibilidade de realizar um registro identificado, tendo seus dados protegidos, conforme a Lei nº 13.460, de 17 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública¹⁹.

Podem ser feitas manifestações registradas de maneira anônima²⁰²¹ e são consideradas “comunicações” e sua tramitação e providências não são acompanhadas. Caso o cidadão deseje acompanhar o andamento da sua manifestação e receber uma resposta do órgão ou entidade, este deve se identificar e realizar o registro estando cadastrado no sistema²².

O acompanhamento de uma denúncia é o principal elemento a atrair o possível denunciante para a prática de denunciar, de forma que ele tenha sua satisfação ao

¹⁵Brasil. *Idem*.

¹⁶CARVALHO, A.C., et al. *Manual de Compliance*, 2º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2020. pp 175-179.

¹⁷CARVALHO, A.C., et al. *Idem*.

¹⁸O termo denunciante de boa-fé deve ser entendido como aquele que não participa ou participou da irregularidade denunciada.

¹⁹Brasil. Lei nº 13.460 de 2017, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>, acesso em: 16 out. 2021.

²⁰“Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados”. In: STF. *Habeas Corpus nº 99.490 - São Paulo*, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=20&dataPublicacaoDj=01/02/2011&incidente=2684073&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>, acesso em: 19 out. 2021.

²¹ “Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público”. In: STJ. MS 2006/0249998-2; relator: Ministro Paulo Gallotti; 3ª Seção; DJe 5/9/2008). TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Referencial de Combate a Fraude e Corrupção - Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública, 2018.

²²Brasil. *Idem*.

exercer o controle social. A ferramenta da “comunicação”, que se opera quando é feita uma manifestação anônima, perde força e fere de morte a expectativa do cidadão de uma análise efetiva do caso, por ausência de transparência no seu acompanhamento e falta de acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e o do direito.

O receio do denunciante de sofrer algum tipo de retaliação inibe o ato de denunciar e por vezes leva o cidadão ao caminho da manifestação anônima, que tem um limitado efeito satisfativo no controle social.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²³, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira foi editada para preencher lacuna jurídica em atendimento aos compromissos assumidos pelo Brasil no combate à corrupção²⁴, sendo um importante passo na evolução sistêmica por meio de alterações no subsistema jurídico a partir de suas próprias operações.

Esses compromissos englobam a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁵, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção²⁶ e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais²⁷. O controle social por meio de linhas éticas é o vetor para que as convenções de combate à corrupção ratificadas pelo Brasil sejam efetivamente cumpridas e para que o Estado exerça sua depuração. Para o combate à corrupção a ferramenta da denúncia²⁸ é essencial.

O sistema do direito se abriu cognitivamente após as irritações provocadas pela sociedade mundial²⁹, com reflexo no nosso país. Fechou-se operativamente por meio de escolhas normativas, induzindo a contingência. Aqui visualizamos uma autopoiese do sistema do direito como um todo. Entretanto, existe o subsistema do direito castrense que possuiu uma dogmática enriquecida, que, por vezes, inviabiliza interpretações que solucionem problemas, satisfazendo as expectativas de sentido.

4. A evolução do subsistema do direito castrense em relação ao combate à corrupção: os programas de integridade das Forças Armadas

As Forças Armadas são constituídas pela Marinha do Brasil (MB), pelo Exército Brasileiro (EB) e pela Força Aérea Brasileira (FAB) nessa ordem de antiguidade. Os programas de integridade surgiram de uma necessidade de governança capaz de promover a adoção e a manutenção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção e à punição de fraudes, atos de corrupção, irregularidades e

²³No art. 7º, inciso VIII, a Lei incentiva a implantação de canais de denúncias. In: Brasil. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm, acesso em: 12 set. 2021.

²⁴Brasil. *Exposição de Motivos Interministerial - EMI/2010/11 - CGU MJ AGU*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm, acesso em: 11 set. 2021.

²⁵Brasil. Decreto nº 5.687 de 2006, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm, acesso em: 11 set. 2021.

²⁶Brasil. Decreto nº 4.410 de 2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm, acesso em: 11 set. 2021.

²⁷Brasil. Decreto nº 3.678 de 2000, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>, acesso em: 11 set. 2021.

²⁸ A denúncia para ter qualidade na informação deve atender aos requisitos do acrônimo do idioma inglês 5W2H (*What, Who, Why, Where, When, How, Howmuch*), traduzido: O quê?, Quem?, Por quê?, Onde?, Quando?, Como?, e Quanto? In: CARVALHO, A.C. *et al. Manual de Compliance*, 2º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp 180-181.

²⁹ Segundo a Teoria dos Sistemas existem várias sociedades, mas somente uma sociedade global formada por comunicações. Entretanto, optou-se didaticamente em dividir sociedade brasileira da sociedade mundial para tratar das comunicações dos sistemas.

desvios de conduta, os quais poderiam comprometer a imagem e a credibilidade das Forças Armadas e afetar negativamente suas atividades. Estas medidas e ações visam à manutenção de uma cultura de integridade institucional, por meio da aplicação efetiva dos programas ou planos de Integridade (*Compliance*³⁰) e de políticas, diretrizes e códigos de ética e de conduta, bem como do tratamento adequado dos riscos à integridade.

As Forças Armadas gozam de um elevado índice de credibilidade junto a sociedade. Não cultivar ou promover uma cultura de integridade pode ocasionar diversos problemas, como a redução no índice de confiança, a diminuição da capacidade operacional, aquisições inapropriadas e um mau desempenho orçamentário institucional.

A gestão da integridade por meio de seus programas e planos são componentes fundamentais para boa governança, conferindo às ações dos gestores não apenas legitimidade e confiabilidade, como também transparência e lisura.

A ferramenta de denúncia assegura, conforme as legislações mais modernas e atuais do país, a preservação do anonimato dos denunciantes, de acordo com o Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019³¹, que dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciantes de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta.

O Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019 traz o conceito da pseudonimização como sendo o ato de dar tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro. Uma análise teleológica da legislação permite concluir que essa proteção ao denunciante almeja alcançar tanto as comunicações externas às Forças Armadas quanto as comunicações internas.

A MB aprovou seu plano de integridade por meio da Portaria do Estado-Maior da Armada nº 336, de 29 de novembro de 2018³². O plano propriamente dito se encontra no anexo nº 19 da Portaria³³. A Portaria do Comandante da Marinha do Brasil nº 28, de 8 de setembro de 2021 instituiu a unidade de gestão da integridade pela coordenação da estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade da Marinha do Brasil³⁴.

O EB inaugurou seu programa de integridade por meio da Portaria Estado-Maior do Exército/Comando do Exército nº 316, de 30 de novembro de 2018³⁵, em

³⁰ Para a doutrina, a estrutura de um programa de *Compliance* ou de Integridade pode ser estabelecida em nove pilares: 1. Suporte da alta administração (*Top of Down*); 2. Avaliação de riscos (*Risk Assessment*); 3. Código de conduta e políticas de *Compliance*; 4. Controle internos; 5. Treinamento e comunicação; 6. Canais de denúncias (*whistleblowing*); 7. Investigações internas; 8. *Due Diligence*; e 9. Auditoria e monitoramento.

³¹Brasil. Decreto nº 10.153 de 2019, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>, acesso em: 19 out. 2021.

³² Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria do Estado-Maior da Armada nº 336, de 29 de novembro de 2018, que aprova o Plano de Integridade da Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/integridade_naval_-_arquivo_2.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.

³³ Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Anexo nº 19 à Portaria do Estado-Maior da Armada nº 336, de 29 de novembro de 2018, que aprova o Plano de Integridade da Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/integridade_naval_-_arquivo_3.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.

³⁴ Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria do Comandante da Marinha do Brasil nº 28, de 8 de setembro de 2021, que instituiu a unidade de gestão da integridade pela coordenação da estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade da Marinha do Brasil.

³⁵ O EB adotou somente os procedimentos obrigatórios previstos para estruturação, execução e monitoramento do seu Programa de Integridade (Prg I-EB): a designação da Unidade de

vigor com sua publicação no Boletim do Exército (BE) nº 52, de 28 de dezembro de 2018.

A FAB estabeleceu o seu programa de integridade por meio da Portaria do Comandante da Aeronáutica nº 707/GC3, de 18 de maio de 2018, que institui a unidade responsável pela coordenação da estruturação, execução e monitoramento do Programa de Integridade da Força Aérea Brasileira, no âmbito do Comando da Aeronáutica³⁶.

5. A autopoiese no acoplamento estrutural entre a política e o subsistema do direito castrense na Marinha do Brasil e na Força Aérea Brasileira

A Constituição é fruto do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o da política³⁷. A inclusão da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁸, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção³⁹ e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁴⁰ no nosso ordenamento jurídico foi submetida ao Congresso Nacional, e, após a sua aprovação, foram depositados os instrumentos de ratificação pelo Poder Executivo, ingressando como verdadeira lei nacional, conforme hierarquia das leis. Uma das formas de efetivação do combate a corrupção são os canais de denúncia, que observados pelo sistema da política não se trata de um direito mas de uma política pública a ser implementada por todas as instituições como uma decisão coletivamente vinculante⁴¹.

O cumprimento dessa decisão vinculante provocou irritações nos subsistema jurídico castrense da MB e da FAB gerando uma autopoiese. Suas codificações do direito castrense permitiram a abertura cognitiva e seu fechamento operativo sem que ocorresse, em uma perspectiva sistêmica, uma corrupção entre os códigos civis e militares.

Gestão da Integridade; a elaboração e aprovação do Programa de Integridade do Exército Brasileiro; e a execução e monitoramento do Prg I-EB. Ao estabelecer o seu Prg I-EB, nomeou o Estado Maior do Exército (EME) como Unidade de Gestão da Integridade, aprovou o Prg I-EB por meio da Portaria Estado-Maior do Exército/Comando do Exército nº 316, de 30 de novembro de 2018, em vigor com sua publicação no Boletim do Exército (BE) nº 52, de 28 de dezembro de 2018; e definiu que os órgãos e as entidades deverão iniciar a execução e o monitoramento dos seus Programas de Integridade, com base nas medidas definidas, além de buscar expandir o alcance de seus Programas de Integridade para as políticas públicas por eles implementadas e monitoradas, bem como para fornecedores e outras organizações públicas ou privadas com as quais mantenham relação. *In*: Brasil. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Programa de Integridade do Exército Brasileiro, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/programa-de-integridade/planos-de-integridade/arquivos/cex-comando-do-exercito.pdf>>, acesso em: 26 fev. 2022.

³⁶Brasil. *Portaria do Comandante da Aeronáutica nº 707/GC3 de 2018*, disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15327311/do1-2018-05-22-portaria-n-707-gc3-de-18-de-maio-de-2018-15327307, acesso em: 16 dez. 2021.

³⁷ GONÇALVES, G.L. & FILHO, O.V.B. *Ob. Cit*, p. 141.

³⁸Brasil. *Decreto nº 5.687 de 2006*, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

³⁹Brasil. *Decreto nº 4.410 de 2002*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁴⁰Brasil. *Decreto nº 3.678 de 2000*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁴¹ O autor faz um paralelo dessa perspectiva, entretanto, com relação ao direito à saúde. *In*: CHAVES, A.S. *Instituto da repercussão geral como ganho aquisitivo da modernidade no tocante ao fechamento operativo e abertura cognitiva do sistema jurídico em relação aos sistemas de política e da saúde*, disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5518>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

O Regulamento Disciplinar da MB⁴² elenca um total de 84 contravenções disciplinares⁴³, mas nenhuma delas aborda a tipificação de "*não levar falta ou irregularidade que presenciar, ou de que tiver ciência e não lhe couber reprimir, ao conhecimento de autoridade competente, no mais curto prazo*" prevista no Regulamento Disciplinar do EB⁴⁴, que causaria uma irritação sistêmica da codificação lícito/ilícito entre a efetivação de denúncias feitas por militares de forma identificada por meio do Fala.BR.

De igual modo, o Regulamento Disciplinar da FAB⁴⁵ traz 100 transgressões disciplinares, mas nenhuma delas vão de encontro à decisão vinculante tomada pelo sistema da política, viabilizando a denúncia em através de canais diretos e internos à FAB, bem como utilizando o Fala.BR por intermédio da CGU.

As codificações dos regulamentos disciplinares da MB e da FAB permitiram a diminuição da complexidade do entorno, mantendo a diferenciação do sistema político e do sistema do direito, em especial, o subsistema do direito castrense.

A atividade de Ouvidoria é a instância de participação e controle social responsável por interagir com os usuários, pessoa física ou jurídica, com o objetivo de aprimorar a gestão pública, melhorar os serviços oferecidos e garantir os procedimentos de simplificação desses serviços⁴⁶.

A Ouvidoria da MB⁴⁷ e da FAB⁴⁸ é o canal exclusivo para tratamento de denúncias, reclamações, solicitações, sugestões, elogios e procedimentos de simplificação dos serviços públicos. Em ambas as Forças Armadas seus canais de atendimento remetem ao Sistema Informatizado de Ouvidorias do Poder Executivo Federal (e-Ouv), interligado ao Fala.BR, onde é possível, de imediato, realizar denúncias de modo identificado ou anônimo.

A autopoiese nessas duas Forças Armadas foi alcançada. A fórmula de contingência deu sentido ao ato decisório de adesão às convenções de combate à corrupção, como decisão do sistema político. Além disso, permitiu o fechamento operativo do subsistema do direito castrense como decisão jurídica, sem que houvesse sua corrupção por outro sistema.

Sob a perspectiva estritamente normativa, podemos verificar uma proteção aos denunciantes que integram essas Forças Armadas. Entretanto, somente com uma pesquisa mais aprofundada sobre os efeitos dessa proteção normativa aos denunciantes de boa-fé integrantes da MB e da FAB poderemos verificar o seu nível de assimilação e compreensão, dando efetividade aos seus Programas de Integridade (*Compliance*).

⁴²Brasil. Decreto nº 10.756 de 2021, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10756.htm, acesso em: 12 set. 2021.

⁴³Na MB a contravenção disciplinar é o mesmo que transgressão disciplinar que tratam os regulamentos disciplinares do EB e da FAB.

⁴⁴Número 6 de seu Anexo I (Relação de Transgressões). In: Brasil. Decreto nº 4.346 de 2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm, acesso em: 16 out. 2021.

⁴⁵Brasil. Decreto nº 76.322 de 1975, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm, acesso em: 16 dez. 2021.

⁴⁶Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Política de Formação Continuada em Ouvidorias. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/orientacoes/01-defesa-do-usuario-e-simplificacao-material-do-aluno-abril-2018.pdf>>, acesso em: 26 fev. 2022.

⁴⁷Brasil. Ouvidoria - Marinha do Brasil, disponível em: <https://www.marinha.mil.br/ouvidoria>, acesso em: 19 dez. 2021.

⁴⁸Brasil. Força Aérea, Força Aérea Brasileira — Asas que protegem o país, Força Aérea Brasileira, disponível em: <https://www.fab.mil.br/ouvidoria/>. acesso em: 19 dez. 2021.

6. O fechamento operacional e cognitivo ocorrido no Exército Brasileiro entre o acoplamento estrutural da política e o subsistema do direito castrense

Nos termos do art. 84, VIII, da Constituição Federal⁴⁹ é de competência do Presidente da República, atuando como chefe de Estado nas relações internacionais "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"⁵⁰. Nessa condição, atua em consonância com o previsto no art. 49, inciso I, onde o Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, resolveu que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵¹, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção⁵² e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁵³ ingressassem em nosso ordenamento jurídico.

Houve o concurso de vontades do sistema político dos Poderes Executivo e Legislativo para a construção de um valor consubstanciado no combate a corrupção e instrumentalizado por canais de denúncia e proteção aos denunciantes de boa-fé. Esse valor reflexiona o sistema da política e o sistema do direito⁵⁴.

A internalização das convenções de combate à corrupção foram construídas dentro do sistema da política, com o código governo/oposição e por meio da fórmula de contigência denominada de legitimidade, esse valor deveria ser cumprido.

No EB nos deparamos com o paradoxo do combate a corrupção instrumentalizado por um efetivo canal de denúncia capaz de fazer a depuração de eventuais desvios de conduta e a disciplina e a hierarquia tuteladas pelo Regulamento Disciplinar⁵⁵.

Desde os bancos escolares, os quadros do EB são formados com base na disciplina e hierarquia, que são a base institucional das Forças Armadas. O Regulamento Disciplinar do EB⁵⁶ define hierarquia como "a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações" e o respeito à hierarquia é demonstrado pelo espírito de acatamento à sequência de autoridades. Já a disciplina "é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis e regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar", constituindo-se em preceito fundamental e norteador do funcionamento da Instituição.

O EB pratica um Código de Ética e de Conduta de dogmática rígida, consubstanciado no Vade-Mécum de Cerimonial Militar do Exército - Valores, Deveres e Ética Militares (VM 10)⁵⁷, editado por meio da Portaria Cmt Ex nº 156, de 23 de abril de 2002, que difunde, de forma abrangente e simples, as principais "idéias-

⁴⁹Brasil. *Constituição Federal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 6 set. 2021.

⁵⁰LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019, pp. 756-759.

⁵¹Brasil. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

⁵²Brasil. *Decreto nº 4.410 de 2002*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

⁵³Brasil. *Decreto nº 3.678 de 2000*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

⁵⁴CHAVES, A.S. *Ob. Cit.*, disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5518>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁵⁵Brasil. *Decreto nº 4.346 de 2002*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

⁵⁶Brasil. *Idem*.

⁵⁷Brasil. *Valores, Deveres e Ética Militares*, disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/index.php/cerimonial/vade-mecum/106-valores-deveres-e-etica-militares>, acesso em: 15 set. 2021.

força" referentes aos Valores, Deveres e Ética Militares, visando a contribuir para o continuado aprimoramento das virtudes militares. São conceitos indissociáveis, convergentes e que se complementam para a obtenção de objetivos individuais e Institucionais.

No seio militar, os valores morais e cívicos evidenciam seu cumprimento mais incisivo, pois a sociedade almeja que seu braço armado cumpra o seu dever com integridade, mesmo as custas da própria vida. A ética militar nada mais vem a ser do que a própria ética, porém sensivelmente mais rígida, disciplinadora e restritiva do que a vigente no seio da sociedade, voltada a moldar o "agir militar".

O paradoxo dos valores sociais e os imperativos funcionais devem ser ponderados para que a interação entre o sistema de comunicação preponderante no subsistema militar e no subsistema civil entre em consonância sem que ocorra a corrupção de um sobre o outro.

A formação moral dos integrantes militares do EB⁵⁸ os impele a um padrão que é guarnecido por um normativo castrense extremamente rígido nos preceitos da disciplina, da hierarquia, dos deveres, valores e ética militares, conforme Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares⁵⁹ e Regulamento Disciplinar⁶⁰. Por força legal, os militares tem o dever de lealdade em todas as circunstâncias, impondo um dever de reportar faltas e irregularidades aos superiores hierárquicos.

No contexto normativo que rege os integrantes do EB, observamos um dever legal de lealdade para informar ao superior hierárquico ou chefe imediato eventual irregularidade que venha a tomar conhecimento, constituindo um canal de reporte e obedecendo formalidades próprias.

No EB, o normativo que trata do assunto é a Portaria do Comandante do Exército nº 1.356, de 2 de setembro de 2019⁶¹, que Institui a Ouvidoria do Exército Brasileiro e aprova as Instruções Gerais para o funcionamento da Ouvidoria do Exército Brasileiro (EB10-IG-01.031), 1ª Edição, 2019.

A Unidade de Ouvidoria do EB faz parte a estrutura organizacional do Centro de Comunicação Social do Exército (CCOMSEx) e é um sistema único para toda a Força Terrestre. Todas as demandas do Fala.BR são direcionadas ao Comando do Exército e processadas por este órgão.

A página oficial do EB⁶² possui um link para sua Ouvidoria, onde se destacam uma série de dúvidas recorrentes e, caso não encontre o que deseja, é possível seu direcionamento para o Fala.BR, canal exclusivo para tratamento de denúncias, reclamações, solicitações, sugestões, elogios e procedimentos de simplificação dos serviços públicos e pedido de informação.

A Ouvidoria do EB destina-se a receber as manifestações dos usuários dos serviços públicos, excluindo do seu rol seus integrantes militares. O trânsito interno de informações se restringe ao canal de reporte, não se destinando à solução de

⁵⁸Dentro dos aspectos da formação moral, teríamos que abordar o fator psicológico da lealdade que é cultuada desde os bancos escolares, mas foge ao escopo do presente artigo. A disciplina é objetiva. A lealdade é subjetiva, sendo o sentimento do que é ser leal é uma questão de foro íntimo. A lealdade entendida de forma restritiva, vinculada às suas manifestações, pode trazer a ideia de lealdade às pessoas. A lealdade entendida da sua magnitude traduz o acatamento à princípios e valores estabelecidos na lei e aceitos por todos que voluntariamente ingressam no EB.

⁵⁹Brasil. *Lei nº 6.880 de 1980*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm, acesso em: 16 out. 2021.

⁶⁰Brasil. *Decreto nº 4.346 de 2002*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

⁶¹Brasil. *Boletim do Exército nº 36 de 2019*, disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/boletim_do_exercito/boletim_be.php, acesso em: 19 out. 2021.

⁶²Brasil. *Exército Brasileiro - Braço Forte e Mão Amiga*, disponível em: <http://www.eb.mil.br/web/guest>, acesso em: 19 out. 2021.

conflitos internos e não servindo como órgão de comunicação entre o militar e a alta direção, prevalecendo os mecanismos próprios, definidos na lei e nos regulamentos militares, existentes para essa finalidade.

O trânsito externo das informações⁶³ terá assegurado a proteção da identidade e dos elementos que permitam a identificação do usuário ou do autor da manifestação, nos termos Lei de Acesso à Informação⁶⁴, sujeitando-se o agente público às penalidades legais pelo seu uso indevido.

No caso de algum integrante do EB ter receio de sofrer algum tipo de retaliação ao reportar irregularidade observada ao seu superior hierárquico ou chefe imediato⁶⁵, o caminho poderá gerar a procura de um terceiro externo à Instituição para realizar a denúncia ou realiza-la por meio de manifestação anônima.

A apuração da denúncia anônima dentro do EB seguirá as prescrições estabelecidas pela Portaria do Comandante do Exército nº 013, de 14 de janeiro de 2013⁶⁶ e não tramitará pelo canal técnico de comunicação social, sendo tratada pessoalmente pelo comandante, chefe ou diretor responsável. Há uma vulnerabilidade nesse procedimento, pois a alta direção⁶⁷ não está imune à chaga da corrupção, somado ao fato do não acompanhamento do caso por parte do manifestante. Essas vulnerabilidades prejudicam a busca pelo desenvolvimento sustentável e, principalmente, o combate à corrupção em sua plenitude e transparência.

Por meio de uma auto-observação do próprio subsistema do direito castrense percebemos que o valor consubstanciado no combate a corrupção e instrumentalizado por canais de denúncia e proteção aos denunciantes de boa-fé não foram operacionalizados pelo EB, como fator de legitimidade para a fórmula de contingência.

A evolução ao criar um programa de integridade no EB ocorreu por meio do silêncio, ou seja, os valores positivados pelas adesões e internalizações das legislações anti-corrupção não foram cumpridos na totalidade, pois operou-se um metacódigo que meaditizou todos os outros por meio da inclusão/exclusão. O canal de denúncia operado pelo Fala.BR, caso seja realizado com identificação de seu denunciante de boa-fé, é permitido para cidadãos fora da Força Terrestre (inclusão), mas não permitido ao militar do EB (exclusão).

Tanto é assim, que o Regulamento Disciplinar⁶⁸ define como transgressão disciplinar, no número 6 de seu Anexo I (Relação de Transgressões), o fato de "*não levar falta ou irregularidade que presenciar, ou de que tiver ciência e não lhe couber reprimir, ao conhecimento de autoridade competente, no mais curto prazo.*"

Há no rol de prováveis transgressões que o integrante do EB pode ser enquadrado por ter optado em utilizar a ferramenta de denúncia do Fala.BR, a possibilidade do enquadramento no Nr 9 do Anexo do Regulamento Disciplinar⁶⁹, que é um tipo aberto de uma transgressão classificada como grave, podendo ensejar

⁶³O trânsito externo de informações, neste artigo, se refere à todas as denúncias e comunicações que tem origem de pessoas estranhas aos integrantes do DEC.

⁶⁴Brasil. *Lei nº 12.527 de 2011*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm, acesso em: 19 out. 2021.

⁶⁵ Trata-se da possibilidade de trânsito interno das denúncias, aqui entendido como sendo a denúncia ou comunicação oriunda de algum integrante do EB, mesmo que seja realizada pela plataforma Fala.BR.

⁶⁶Brasil. *Boletim do Exército nº 4 de 2013*, disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/boletim_do_exercito/boletim_be.php. Acesso em: 19 out. 2021.

⁶⁷Nesse contexto, alta direção é quem detém o poder da gestão pública dentro de determinada organização militar, podendo ser designado de comandante, chefe ou diretor responsável.

⁶⁸ Brasil. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

⁶⁹O art. 22 do Regulamento Disciplinar do EB classifica a transgressão disciplinar prevista no número 9 do Anexo I sempre como grave. *In: Brasil. Idem.*

desde prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina. Trata-se de deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamentos, desde que não haja tipificação como crime ou contravenção penal, cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a ética militar, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe. Nesse ponto, destaco a aviltamento da lealdade à Instituição que representa inobservância da ética castrense, passível de reprimenda severa.

A formação moral dos integrantes militares do EB os impele a um padrão ético, além de um normativo repressivo castrense extremamente rígido nos preceitos da disciplina, da hierarquia, dos deveres, valores e ética militares, que acabam por inibir uma iniciativa de denunciar irregularidade, por receio das consequências do ato. No presente trabalho, limito-me a realizar uma análise e interpretação estritamente sociológica-jurídica da questão, não afastando uma necessidade de investigação mais profunda sobre a efetividade da denúncia ou mesmo do reporte de faltas e irregularidades no EB no seu aspecto prático.

No contexto normativo que rege os integrantes do EB, observamos um paradoxo de normas que conflitam em sua tutela de bens jurídicos, em especial, a lealdade ao EB e a proteção da administração pública e do erário. Esse paradoxo, operado pelo metacódigo de excluir da possibilidade do militar realizar uma denúncia identificada pelo sistema do Fala.BR implica na definição de um programa de integridade simbólico⁷⁰, não se operando a proteção do denunciante de boa-fé na integralidade.

7. O paradoxo dos programas de integridade da Marinha do Brasil e da Força Aérea Brasileira com relação à simbologia operada pelo programa de integridade do Exército Brasileiro: o risco da alopoiese

Por meio de uma análise estritamente sociológica-jurídica, verificamos um paradoxo entre os regramentos disciplinares da MB e da FAB com o do EB no tocante ao tratamento do tema denunciante de boa-fé e sua ampla proteção.

Em qualquer programa de *compliance*, em que as Forças Armadas nomearam de programa de integridade, o canal de denúncias e o tratamento protetivo do denunciante de boa-fé são um dos pilares que realmente o fazem efetivo. No meio privado e no público, um integrante de uma corporação ou de uma instituição é o cidadão que está mais apto a perceber uma irregularidade ou um ato de corrupção do que um observador externo.

Com base na teoria luhmanniana, a existência de um de um código de inclusão/exclusão de cidadãos⁷¹ à uma ferramenta de denúncia é capaz de impor uma barreira aos sistemas e impedir sua evolução no tocante ao caminhar para um *compliance* efetivo. Entretanto, as irritações entre sistemas continuarão até que ocorra a autopoiese ou, na recalitrância de se operar o acoplamento estrutural entre a política e o direito, ocorra alguma forma de alopoiese⁷².

A abertura cognitiva é insdispensável para a autopoiesis do direito, consistindo na reprodução do direito pelo próprio direito⁷³, proporcionando a continuidade de um sistema. É o que observamos na MB e FAB.

⁷⁰Aproveito o conceito de constitucionalização simbólica elaborado pelo professor Marcelo Neves e faço uma adaptação para uma normatização simbólica, aqui representada pelo programa de integridade incapaz de se operacionalizar no sistema do direito, como direito positivado; e no sistema da política, como valor. In: NEVES, M.A *constitucionalização simbólica*, Biblioteca Jurídica WMF, São Paulo, 2011.

⁷¹Nesse contexto trato os cidadãos de maneira *lato sensu*, sem diferencia-los em civis e militares.

⁷²Derivada etimologicamente do grego *állos* (um outro, diferente) e *poíeses* (produção, criação), que significa a (re) produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu ambiente.

⁷³SILVA, A.S.D. *10 Lições sobre Luhmann*, Vozes, Petrópolis, 2021, p. 113.

Um sistema não adaptado ao seu entorno, ou seja, ao seu ambiente, pode dedicar muita energia para funcionar e tende a desaparecer ou ser corrompido por meio da alopoiese. A abertura cognitiva do subsistema jurídico castrense operado pelo EB viabilizará o próprio direito de contruir sua complexidade interna em contínuo intercâmbio como seu entorno, aqui representado pela sociedade e sua Forças Armadas coirmãs.

Segundo a teoria luhmanniana, o sistema do direito é um sistema cuja operação está ligada à auto-observação da diferença sistema/ambiente e que reproduz mediante sua operação e que volta a introduzi-la no sistema com a ajuda do *distinguish* entre sistema (autoreferência) e o ambiente (heteroreferência), estabilizando expectativas normativas através da generalização temporal, objetiva e social⁷⁴.

A normatização referente ao *compliance* para a sociedade brasileira caminha para incentivar cada vez mais o controle social das organizações por meio do acoplamento estrutural entre ela e a sociedade. Ao sistema do direito cabe a operacionalização desses normativos anti-corrupção internalizados ao arcabouço legal brasileiro por meio da fórmula de contingência representada pela justiça. Paralelo a isso, ao sistema da política cabe a fórmula de contingência dada pelo controle social e transparência sobre os atos das organizações.

A argumentação dogmática tenta resolver problemas por meio do código regra/exceção. A dogmática seguida ao extremo pode enrijecer e inviabilizar a interpretação. Quem decide o direito está na sociedade e é uma de suas funções. A adaptabilidade do sistema requer uma ponderação entre rigidez e flexibilidade. É possível existir decisões inovadoras, como fórmula de contingência, para casos inovadoras. A dogmática não é um mero elemento da subsunção da norma ao caso concreto como uma função transversal, há de se verificar a regra e suas exceções em uma função horizontal, gerando estabilidade e adaptabilidade.

No EB, o normativo que trata sobre denúncias é a Portaria do Comandante do Exército nº 1.356, de 2 de setembro de 2019, que Institui a Ouvidoria do Exército Brasileiro e aprova as Instruções Gerais para o funcionamento da Ouvidoria do Exército Brasileiro (EB10-IG-01.031), 1ª Edição, 2019. Sua Ouvidoria não se destina à solução de conflitos internos e não servirá como órgão de comunicação entre o militar ou servidor civil e a alta direção, prevalecendo os mecanismos próprios, definidos na lei e nos regulamentos militares, existentes para essa finalidade⁷⁵.

A opção pelo código de "exclusão" dos integrantes da instituição em poderem utilizar o Fala.BR em toda sua potencialidade, militares ou civis⁷⁶⁷⁷, faz alusão a uma interpretação dogmática restritiva ao correlacionar os diversos regulamentos existentes no EB, em especial, o seu Regulamento Disciplinar.

⁷⁴SILVA, A.S.D. *Idem*.

⁷⁵§ 3º do art. 1ª da Portaria do Comandante do Exército nº 1.356, de 2 de setembro de 2019. Publicada no Boletim do Exército nº 36 de 2019. Brasil. Secretaria-Geral do Exército - Boletins do Exército, disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/boletim_do_exercito/boletim_be.php>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁷⁶ Neste artigo limito-me a tratar sobre os militares, entretanto, dentro do EB temos a presença de civis servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 ou contratados para serviço temporário e excepcional pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Ambos, também, possuem o dever de lealdade ao EB de reportar irregularidades de que tiverem ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. Em ambos os casos, o ato de denunciar pelo canal Fala.BR pode ser enquadrado como infração ao dever de lealdade de reportar irregularidades, pela subsunção do art 116, II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. In: Brasil. *Lei nº 8.112 de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. acesso em: 16 out. 2021.

⁷⁷Brasil. *Lei nº 8.745 de 1993*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm, acesso em: 16 out. 2021.

O Regulamento Disciplinar⁷⁸ define como transgressão disciplinar o fato de "não levar falta ou irregularidade que presenciar, ou de que tiver ciência e não lhe couber reprimir, ao conhecimento de autoridade competente, no mais curto prazo."

Nesse caso, uma denúncia realizada pelo canal Fala.BR poderia ensejar uma interpretação e enquadramento nessa transgressão disciplinar, por não ter o militar utilizado o canal de reporte, notificando seu chefe imediato. Entretanto, não é impossível que o ato de irregularidade ou corrupção possa vir exatamente do chefe imediato e o militar tenha receio de reportar diretamente temendo uma apuração simbólica ou mesmo uma reataliação velada. O EB é um extrato da sociedade e, por conseguinte, sujeito a possuir integrantes mal intencionados, apesar da cultura institucional e a formação militar fazerem uma excelente depuração de seus quadros.

Além disso, a depender de análise discricionária do aplicador da norma legalmente investido dessa prerrogativa, pode ocorrer o enquadramento no número 9 do Anexo I do Regulamento Disciplinar⁷⁹, que é uma transgressão grave, podendo ensejar desde prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina.

Quando realizada a denúncia por meio do canal Fala.BR de forma identificada, ela terá um acompanhamento da CGU e *feedback* para o denunciante do andamento da apuração.

A simples possibilidade de um denunciante de boa-fé, militar, integrante do EB poder sofrer algum tipo de reprimenda vai de encontro ao que estabelece os normativos sobre o tema^{80,81}.

Destoando de como conduziu a MB e a FAB, o EB, por uma seleção interna, optou por normatizar⁸² a exclusão dos militares e civis integrantes da instituição do acesso ao Fala.BR determinando a utilização apenas da via do canal de reporte.

Essa fórmula de contingência para diminuir a complexidade dos problemas da vida social deixou de avaliar outras possibilidades por um prisma conglobante. Dentro da visão sistêmica, essa possibilidade selecionada pode, no futuro, não ser a mais adequada para operar o acoplamento estrutural, gerando uniformidade entre as Forças Armadas.

A clausura operacional impede o que provém do exterior. Entretanto, o acoplamento estrutural com o *modus operandi* das outras Forças Armadas coirmãs, somado aos valores assumidos pelo Brasil no contexto do combate à corrupção,

⁷⁸ Número 6 de seu Anexo I (Relação de Transgressões). In: Brasil. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁷⁹ "Deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamentos, desde que não haja tipificação como crime ou contravenção penal, cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a ética militar, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe". No caso em análise, o aplicador da punição disciplinar poderia enquadrar como deslealdade ao chefe imediato e, por consequência, atentado à honra pessoal, componente da ética militar. In: Brasil. *Idem*.

⁸⁰ Nesse ponto destaco a pseudonimização para proteger o denunciante de boa-fé. In: Brasil. Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁸¹ Destaco o compromisso de que "(...) cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção". In: Brasil. Decreto nº 5.687 de 2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm, acesso em: 7 out. 2021.

⁸² Brasil. Portaria do Comandante do Exército nº 1.356 de 2019, publicada Boletim do Exército nº 36 de 2019, disponível em: http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/boletim_do_exercito/boletim_be.php, acesso em: 19 out. 2021.

promovem troca de comunicações com esses sistemas, trazendo irritação e gerando nova comunicação⁸³.

O EB ao se fechar cognitivamente para essas comunicações oriundas do ambiente social complexo poderá promover alguma forma de alopoiese. Ela pode vir da imposição de um valor internalizado pela política por meio do poder judiciário, enfraquecendo a autoridade militar ou mesmo por uma mudança legislativa imposta, realizada pelo poder legislativo.

8. Considerações Finais

O Brasil assumiu compromissos internacionais para o atendimento ao combate à corrupção na busca por paz, justiça e instituições eficazes, que necessita de um bem estruturado canal de denúncias para que o Estado procure a sua depuração. Não se pode excluir desse processo as Forças Armadas como um todo, por serem um extrato da sociedade brasileira.

No tocante aos anseios políticos de um maior controle social por meio de canais de denúncias e proteção aos denunciadores de boa-fé, verificamos a autopoiese na MB e FAB, gerando uma proteção ao menos normativa. Ao desparadoxizar a auto-referência de seus regamentos disciplinares rígidos, abrir-se cognitivamente ao ambiente, selecionar uma solução em consonância aos compromissos internacionais assumidos para o atendimento ao combate à corrupção; e fechar-se operativamente, garantiu consistência, previsibilidade e controle de seu subsistema jurídico castrense.

Por outro lado, o EB possuidor de um Regulamento Disciplinar com codificação específica, que determina que seus integrantes busquem o canal de reporte para relatar desvios de toda a ordem, paradoxizou sua auto-referência, fechando-se cognitivamente ao ambiente e à postura de suas Forças Armadas coirmãs. Acabou por criar um programa de integridade simbólico no tocante a um de seus braços fundamentais, o canal de denúncias, não protegendo o denunciante de boa-fé integrante da Força Terrestre.

Somente sob as condições de abertura cognitiva em face do ambiente, o sistema jurídico pode tomar providências para desparadoxizar a auto-referência, possibilitando a capacidade de conexão com as comunicações de outros sistemas.

As irritações sistemêmicas podem acabar levando à uma abertura cognitiva e o EB pode revisitar os procedimentos que tratam de denúncias consubstanciados na Portaria do Comandante do Exército nº 1.356, de 2 de setembro de 2019, que Institui a Ouvidoria do Exército Brasileiro e aprova as Instruções Gerais para o funcionamento da Ouvidoria do Exército Brasileiro (EB10-IG-01.031), 1ª Edição, 2019.

Luhmann propõe como forma de solucionar problemas que a auto-observação não foi capaz de perceber, que seja introduzido novamente pela observação do observador (heteroreferência). Isso provocaria novamente uma comunicação e abriria o círculo hermenêutico através da abertura cognitiva, seleção e fechamento operativo.

Sua ouvidoria poderá, no futuro, por meio da ponderação entre a rigidez e a flexibilidade dogmática, utilizar o código inclusão/exclusão (inclusão) para possibilitar aos seus integrantes um canal externo de alerta sobre possíveis atos corruptivos ou irregularidades de toda ordem.

Os sistemas autopoieticos são abertos ao futuro e por meio de interpretações teleológicas tem a possibilidade de se projetar à frente para realizar o acoplamento estrutural entre o sistema da política e o subsistema jurídico castrense, reconhecendo a si mesmo através dos estímulos normativos das expectativas, propulsoras das comunicações sistêmicas.

Há um risco de que possa ocorrer no EB, no tocante à proteção de denunciadores de boa-fé, o uso de código binário de outro sistema ou mesmo subsistema jurídico para adequar as expectativas sociais por meio de alguma forma

⁸³LIMA, F.R.S. *Idem*.

alopoiética, que enfraqueceria a autoridade militar estruturada na disciplina e na hierarquia.

A boa gestão da atividade de ouvidoria com a imprescindível proteção do denunciante de boa-fé são instrumentos importantes para combater a corrupção, a malversação de recursos públicos e atender aos compromissos internacionais da nação brasileira. A busca pelo seu aperfeiçoamento contribuiu para a preservação da imagem institucional do EB.

Possivelmente, em um futuro próximo, as irritações sistêmicas poderão deixar o presente artigo desatualizado com relação aos normativos vigentes no subsistema jurídico castrense do EB à época em que foi escrito, mas com certeza servirão para reflexão sobre aspectos práticos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

9. Referências

- Brasil. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 12 out. 2021.
- Brasil. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 set. 2021. Acesso em: 26 fev. 2022.
- Brasil. Controladoria-Geral da União. Fala.BR - Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação. Disponível em: <<https://falabr.cgu.gov.br/publico/Manifestacao/SelecionarTipoManifestacao.aspx?ReturnUrl=%2f>>. Acesso em: 13 out. 2021.
- Brasil. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.
- Brasil. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.
- Brasil. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.
- Brasil. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.
- Brasil. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 7 out. 2021.
- Brasil. Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Brasil. Decreto nº 10.756, de 27 de julho de 2021. Institui o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10756.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.
- Brasil. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm>. Acesso em: 16 dez. 2021.
- Brasil. Governo Federal. Exposição de Motivos Interministerial - EMI/2010/11 - CGU MJ AGU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 11 set. 2021.

- Brasil. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.
- Brasil. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.
- Brasil. Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do Art 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.
- Brasil. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Brasil. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.
- Brasil. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.
- Brasil. Ministério da Defesa. Força Aérea Brasileira — Asas que protegem o país. Força Aérea Brasileira. Disponível em: <<https://www.fab.mil.br/ouvidoria/>>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- Brasil. Ministério da Defesa. Força Aérea Brasileira. Portaria do Comandante da Aeronáutica nº 707/GC3, de 18 de maio de 2018. Institui a unidade responsável pela coordenação da estruturação, execução e monitoramento do Programa de Integridade da Força Aérea Brasileira, no âmbito do Comando da Aeronáutica, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15327311/do1-2018-05-22-portaria-n-707-gc3-de-18-de-maio-de-2018-15327307>. Acesso em: 16 dez. 2021.
- Brasil. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro - Braço Forte e Mão Amiga. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/web/guest>>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Brasil. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Programa de Integridade do Exército Brasileiro, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/programa-de-integridade/planos-de-integridade/arquivos/cex-comando-do-exercito.pdf>>, acesso em: 26 fev. 2022.
- Brasil. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Valores, Deveres e Ética Militares. Disponível em: <<http://www.sgex.eb.mil.br/index.php/cerimonial/vademecum/106-valores-deveres-e-etica-militares>>. Acesso em: 15 set. 2021
- Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Anexo nº 19 à Portaria do Estado-Maior da Armada nº 336, de 29 de novembro de 2018, que aprova o Plano de Integridade da Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/integridade_naval_-_arquivo_3.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.

- Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria do Comandante da Marinha do Brasil nº 28, de 8 de setembro de 2021, que instituiu a unidade de gestão da integridade pela coordenação da estruturação, execução e monitoramento do programa de integridade da Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/integridade_navал_arquivo_1.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.
- Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria do Estado-Maior da Armada nº 336, de 29 de novembro de 2018, que aprova o Plano de Integridade da Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/integridade_navал_arquivo_2.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.
- Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Ouvidoria | Marinha do Brasil. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/ouvidoria>>. Acesso em: 19 dez. 2021.
- Brasil. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Política de Formação Continuada em Ouvidorias. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/orientacoes/01-defesa-do-usuario-e-simplificacao-material-do-aluno-abril-2018.pdf>>, acesso em: 26 fev. 2022.
- Brasil. Secretaria-Geral do Exército - Boletins do Exército, disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/boletim_do_exercito/boletim_be.php>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Brasil. STF. Habeas Corpus nº 99.490 - São Paulo - Ministro-Relator Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=20&dataPublicacaoDj=01/02/2011&incidente=2684073&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=3>>. Acesso em: 19 out. 2021.
- Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial de Combate a Fraude e Corrupção - Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/A0/E0/EA/C7/21A1F6107AD96FE6F18818A8/Referencial_combate_fraude_corrupcao_2_edicao.pdf>, acesso em: 26 fev. 2022.
- CARVALHO, A. C. *et al*, *Manual de Compliance*, Ed. Forense, 2ª. Rio de Janeiro - RJ, 2020.
- CHAVES, A. S. *Instituto da repercussão geral como ganho aquisitivo da modernidade no tocante ao fechamento operativo e abertura cognitiva do sistema jurídico em relação aos sistemas de política e da saúde*. 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5518>>. Acesso em: 18 dez. 2021.
- GONÇALVES, G. L.; FILHO, O. V. B, *Teoria dos Sistemas Sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, Ed Saraiva, São Paulo - SP, 2013.
- GUNTHER, T. *O Direito como Sistema Autopoietico*, Ed. Fundação Cauloste Gulbenkian - Oficinas Gráficas da Imprensa Portuguesa, Porto - Portugal, 1993.
- HUNTINGTON; S. P. *O Soldado e o Estado: Teoria e política das relações entre civis e militares*, Ed. Biblioteca do Exército, Rio de Janeiro - RJ, 2016.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 23ª, Ed. Saraiva, São Paulo - SP, 2019.
- LIMA, F. R. S. *Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico*, Ed. Direito Público, v. 7, n. 32, 2010.. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1737>>. Acesso em: 21 dez. 2021.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Ed Springer Science & Business Media, Londres - Inglaterra, 1991.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Ed. Biblioteca Jurídica WMF, São Paulo - SP, 2011.

SILVA A. S. da, *10 Lições sobre Luhmann*, Ed. Vozes, Petrópolis - RJ, 2021. p 113.

O racionalismo dogmático kelseniano como paradoxo e abertura para uma análise multidimensional e complexa do direito contemporâneo

Kelsenian dogmatic rationalism as a paradox and na opening for a multidimensional and complex analysis of contemporary law

Adilson Cunha Silva¹

Edson Barbosa de Miranda Netto²

Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos³

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Kelsen e Janus: as múltiplas faces de Kelsen; 3. A interpretação como abertura comunicante do sistema jurídico na teoria pura do direito; 4. A multidimensionalidade do direito e o lugar do racionalismo dogmático numa perspectiva complexa do sistema jurídico contemporâneo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: A partir de uma perspectiva reflexiva, este artigo trata de questões pontuais que envolvem o atual lugar do racionalismo dogmático kelseniano, corporificado na *Teoria Pura do Direito*, e os paradoxos que dele emergem e produzem as necessárias aberturas para situá-lo na concepção multidimensional, complexa e sistêmica do direito contemporâneo. Além disso, é tratada a questão da sua atualidade e a necessidade de novos estudos, pautados, não apenas na *Teoria Pura do Direito*, mas no conjunto da obra de Hans Kelsen, bem como daqueles que o influenciaram e dos seus críticos, possibilitando, com isso, a sua atualização,

¹Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Mestre em Direito Privado e Econômico (2009) pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Civil e em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto para o desenvolvimento democrático-IDDE/Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Graduado em Direito em 2004 pela Universidade Federal da Bahia. Entre 2005 e 2008, além das atividades acadêmicas relacionadas às especializações que cursava, advogou e prestou consultoria na área de Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Analista Judiciário e Assessor de Juiz Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.

² Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional (ESA Nacional). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito (NEMUD) da Universidade CEUMA. Professor da Universidade CEUMA (UNICEUMA). Advogado pela OAB/MA.

³Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista (Pós-Graduado) em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Verbo Jurídico. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela URCAMP/RS. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro do Grupo de Pesquisa "Observatório Eleitoral" da Escola Superior de Direito Eleitoral da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Parecerista da Revista Ballot da Escola Superior de Direito Eleitoral da UERJ. Advogado, sócio-fundador da Barcelos Alarcon Advogados (Brasília-DF).

correção e superação das fissuras que decorrem da incompletude que subiste na sua teoria.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito; Positivismo jurídico; Racionalismo dogmático; Sistema jurídico.

Abstract: From a reflective perspective, this article deals with specific issues that involve the current place of Kelsen's dogmatic rationalism, embodied in the Pure Theory of Law, and the paradoxes that emerge from it and produce the necessary openings to place it in a multidimensional, complex conception and systemic of contemporary law. In addition, the issue of its actuality and the need for further studies are addressed, based not only on the Pure Theory of Law, but on the body of Hans Kelsen's work, as well as those who influenced him and his critics, enabling, with that, its updating, correction and overcoming of the cracks that result from the incompleteness that rises in its theory.

Keywords: Pure Theory of Law; Legal positivism; Dogmatic rationalism; Legal system.

1. Introdução

O racionalismo dogmático kelseniano, delineado sobretudo a partir da Teoria Pura do Direito, teve sua existência marcada por dissensões que persistem até a atual fase da História. Mesmo após oitenta e oito anos da sua primeira edição, as discussões sobre a obra de Kelsen são atuais e necessárias ao redimensionamento da teoria do direito.

Mais do que nunca, a ficção e a materialidade dos entes existentes, das categorias ôntico-sociopolíticas e jurídicas, mesclam-se, dominam e regem as condutas dos seres humanos, borrando as fronteiras da materialidade física, revelando que a ficção se realiza no plano da existência e que a materialidade experienciada revela uma verdade por aproximação, a partir de uma perspectiva procedimentalizada e realizada num contexto dado e interpretado fornecido pela realidade.

Paradoxos e aberturas são uma constante dos sistemas que compõem o sistema social, e o direito é um desses sistemas. Os sistemas, por sua vez, se constituem de estruturas, dimensões comunicantes, que interagem e produzem ações com potência de transformação multidirecional, pois, ao mesmo tempo que transforma o outro é transformada, e sua transformação produz a dinâmica da existência.

Partindo de tais pressupostos preliminares, a pergunta sobre a importância a ser atribuída e o lugar da Teoria Pura do Direito e da obra de Hans Kelsen na História emerge e traz consigo o questionamento específico sobre o seu atual lugar no sistema jurídico como elemento fundamental e comunicante das múltiplas dimensões na contemporaneidade.

Mesmo reconhecendo ser este artigo mais um conjunto de reflexões sobre a obra elaborada ao longo da vida de Hans Kelsen, especificamente em relação ao lugar da Teoria Pura do Direito na estruturação do sistema jurídico contemporâneo, do que um estudo dirigido a tirar conclusões fechadas, buscar-se-á apresentar na primeira seção, de forma contextualizada, a complexidade do pensamento kelseniano, identificando as fases de sua produção e a consolidação do seu pensamento.

Subsequentemente, serão apresentadas considerações sobre o papel da interpretação jurídica como ponto de abertura e transformação do direito e do sistema jurídico como um fenômeno complexo, bem como o seu papel como produtor de paradoxos em relação a pureza da estrutura normativa do sistema jurídico.

A terceira seção trará algumas reflexões sobre o lugar do racionalismo dogmático kelseniano na concepção multidimensional do direito e da perspectiva

complexa do sistema jurídico na contemporaneidade, prosseguindo na sequência para as considerações finais.

2. Kelsen e Janus: as múltiplas faces de Kelsen

Janus, para a mitologia romana, representa o Deus dos começos, dos portais, das transições, das passagens. É, pois, o Deus que presidiu o início e o fim dos conflitos (embora não tenha sido bem-sucedido quanto à última empreitada, é bem verdade, ao menos não no plano terreno, no plano do mosaico do qual fazemos parte).

Janus, no latim, significa "passagem" ou "porta" ou, ainda, "portal", indicando, em última análise, ser o Deus dos caminhos, ou seja, aquele que preside o caminho, a travessia, as mudanças e as transições. Trata-se, então, a referida entidade divina de uma boa metáfora para escrevermos acerca de um dos maiores expoentes do Direito de todos os tempos, isto é, o autor austríaco Hans Kelsen, sobretudo à luz das transições jurídico-paradigmáticas advindas daí, algo corriqueiramente esquecido por muitos que se dispõem a falar sobre a obra do grande jurista austríaco.

Kelsen⁴, bem sabemos, é tido como um dos maiores nomes do positivismo jurídico. Porém, quando falamos em positivismo, devemos ter em conta que o positivismo é um fenômeno demasiado complexo. O Direito assim o é. Em verdade, é um equívoco falar-se em um positivismo.

Há, pois, vários positivismos. Assim, é que poderíamos falar no positivismo de cariz sintática ou no positivismo de cariz semântica; abordar o positivismo jurídico sob uma perspectiva ideológica ou metodológica/conceitual – epistemológica; ou, ainda, diferenciá-lo a partir de grandes escolas advindas ao longo da modernidade, como a Escola da Exegese (França), o Pandectivismo (Alemanha) e a Jurisprudência dos Conceitos (Inglaterra), num primeiro momento; e a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses; o Positivismo Moderado de Hart, pós-Kelsen; e a Jurisprudência dos Valores, em um segundo contexto; sem contar, evidentemente, as facetas mais recentes ou contemporâneas deste fenômeno, como o Positivismo Inclusivo e o Positivismo Exclusivo.

Os múltiplos positivismos jurídicos distintos possuem um marco ou pedra angular, que se situa na obra seminal kelseniana. Há positivismos jurídicos pré e pós-Kelsen. Todos os teóricos do direito pós-Kelsen e, inclusive, autores contemporâneos a ele, por ele foram influenciados. Kelsen é um destes expoentes, compondo um ramo do positivismo jurídico que poderíamos chamar de "normativismo semântico", em contraponto, eis o cerne, aos "positivismos de perfil sintático".

Mas não só. Kelsen⁵, já por aí, vai além daquelas posturas que se solidificaram de maneira decisiva ao longo do século XIX, tão cristalizadas pelos movimentos codificadores e pela jurisprudência dos conceitos, algo que Bobbio⁶ chamou de "positivismo legalista" e que, por sua vez, Ferrajoli⁷ chamou de "paleopositivismo".

Ocorre que essa complexidade, não raro, não costuma ser bem compreendida no Brasil. Com efeito, tal como afirma Streck⁸, em terras brasileiras, ninguém mais quer receber o rótulo de positivista. Somos uma nação formada por juristas "pós-positivistas", "não-positivistas" ou "neoconstitucionalistas". Ser taxado como alguém "positivista" no Brasil, hoje em dia, dito de outra maneira, é um

⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 6^o ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.

⁵ KELSEN, H. *Idem*.

⁶ BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, Ícone, São Paulo, 2006, p. 240.

⁷ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria e Garantismo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

⁸ STRECK, L.L. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, 2^o ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 18.

verdadeiro motivo de escárnio. De exclusão dos círculos jurídicos. Quase que um “crime lesa-pátria” (sic).

Indaga-se pouco, no entanto, acerca do que exatamente deve entendido por positivismo jurídico. Daí, então, que, de modo geral, as posturas “rupturais” apresentam-se como (re)adaptações daquilo considerado velho e ultrapassado, sendo perceptível a continuidade de fundamentos jus filosóficos que, em tese, estariam superados⁹. Estas posturas consistem em meras pretensões rupturais, portanto.

Tais posturas, sem se darem conta, acabam por seguir apegadas aos fundamentos paradigmáticos que sustentam o próprio positivismo jurídico. Logo, a maioria das autointituladas teorias pós-positivistas ou neoconstitucionalistas na verdade não o são, embora assim se (auto)identifiquem nas obras jurídicas¹⁰. Assim também ocorre com Kelsen, especialmente com o seu pensamento presente na Teoria Pura do Direito¹¹.

Acerca do positivismo jurídico, que precede ao pensamento kelseniano, poderíamos falar, *lato sensu*, no positivismo clássico e no positivismo moderno. O positivismo clássico, embora cada uma das vertentes abarque as suas peculiaridades e especificidades, apresenta traços característicos definidos em cada uma delas¹². Trata-se de um movimento em que o material jurídico é posto, ou seja, estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França se configurou na versão exegética do positivismo; na Alemanha se manifestou através da jurisprudência dos conceitos; na Inglaterra se materializou por meio da jurisprudência analítica¹³.

O positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos¹⁴. Eis a questão empírica fundamental do pensamento positivista. Só há fatos, e isso está na origem da questão positivista do “fato social”. Esse fato é construção humana, ou seja, produção da sociedade. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato.

Com isso também fica evidente uma busca por certezas e respostas definitivas, ou seja, por uma objetividade na aplicação do Direito. Este espaço de um conhecimento objetivo, que pode ser verdadeiro ou falso, sempre acompanhou o positivismo jurídico, seja na aplicação e/ou na ciência em suas mais variadas versões¹⁵.

Aqui fica manifesta a influência de paradigmas filosóficos, no caso, do objetivismo característico da metafísica clássica, onde o objeto aprisionaria o sujeito e o sentido das coisas exsurgesse das coisas mesmas. Daí a aposta na razão plenipotenciária do legislador na França, dos professores-juristas na formulação de enunciados na jurisprudência dos conceitos alemã ou nos precedentes originários da jurisprudência analítica inglesa.

A interpretação dos textos está amarrada aprioristicamente, tanto à própria legislação em si quanto aos conceitos jurídicos elaborados pelos professores ou aos precedentes. O sujeito está aprisionado ao objeto, pois – e Kelsen nada teve a ver com isso.

Este tipo de positivismo, embora não fundamente a postura rígida e inflexível da interpretação dos juízes em ontologias clássicas, como no paradigma aristotélico-tomista, acaba, na atuação prática destes, agindo de modo muito similar a este paradigma, a metafísica clássica ou o paradigma aristotélico-tomista¹⁶.

O juiz conhece o Direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade

⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

¹¹ KELSEN, H. *Idem*.

¹² STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017.

¹³ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁴ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 159.

¹⁵ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁶ STRECK, L.L. *Idem*.

correspondencial. Essa questão é fundamental para entendermos a relação do positivismo com os dois paradigmas filosóficos (clássico e moderno): põe-se o Direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, este Direito é descrito/aplicado¹⁷.

Já o sentido da coisa (dos textos) exsurgiria deles mesmos, não cabendo, assim, ao aplicador a interpretação destes mesmos textos (lei, conceitos ou precedentes). O sujeito intérprete-aplicador estaria aprisionado ao objeto (os mesmos textos – lei, conceitos ou precedentes). É por isso, falando especialmente da vertente francesa (positivismo exegético), que ao juiz era proibida a interpretação dos textos.

E é por esse motivo mesmo que se apostou nas codificações, partindo-se de uma clara influência da ciência jurídica romana e do *Corpus Iuris Civilis*, os quais abarcariam o Mundo (todos os fatos) de antemão, trazendo, então, neles mesmos, as soluções necessárias aos casos eventualmente surgidos das relações sociais. Os textos legais *lato sensu* abarcariam toda a realidade, ao passo que a solução para os casos estaria dada a priori. A razão impera. E não há(veriam) lacunas no sistema jurídico.

Com o passar do tempo, no entanto, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade de os Códigos abarcarem toda a realidade circundante, principalmente em virtude dos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas. Então quais os meios para controlar o processo da interpretação do Direito para que essa obra não fosse “deturpada”? E, do mesmo modo, como excluir da interpretação do Direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de ler a realidade? A razão começaria a dar espaço à vontade.

Isto é: se, diante do Direito já positivado, caberia ao intérprete apenas declará-lo, a objetividade e a neutralidade impunham uma restrição às apreciações subjetivas diante do objeto de análise. Destas vertentes do positivismo primitivo, de mais a mais, despontariam duas características notórias: a primeira, o formalismo; e a segunda, a tese da separação entre direito e moral, onde a validade do Direito existiria independentemente de juízos morais.

Cada uma das fases do positivismo primitivo (novecentista) acabaria tendo a sua antítese, todavia, tal como afirma Streck¹⁸. A Livre Investigação Científica na França, a doutrina do segundo Ihering, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos¹⁹.

Assim, o *locus* do sentido da lei foi sendo transferido para o subjetivismo do juiz e para a decisão judicial, mantendo-se assim o aspecto empírico. Do positivismo legalista ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas ou empiristas. Da razão passou-se, então, à vontade. E o intérprete, de escravo dos sentidos dos textos, passou a ser o seu dono. O sujeito passaria a assujeitar o objeto.

É aí que Kelsen²⁰ começa a aparecer com o seu positivismo normativista materializado em sua famosa obra Teoria Pura do Direito, o que ficaria evidenciado, a mais não poder, no capítulo oitavo da respectiva obra, naquilo que se refere ao problema da interpretação jurídica, da decisão judicial e nos limites da atividade a ser realizada pelo magistrado.

Ou seja: é justamente nesse contexto teórico-filosófico que se encontram as posturas pós-exegéticas do positivismo jurídico, dentre as quais citamos: a Livre Investigação Científica na França, a doutrina de Ihering (o segundo Ihering), a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha – e, após a segunda-

¹⁷ STRECK, L.L. *Idem*.

¹⁸ STRECK, L.L. *Ob.Cit.*, p. 172.

¹⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

²⁰ KELSEN, H. *Idem*.

Guerra, a jurisprudência dos valores - e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Trata-se, assim, de um relevante deslocamento (tectônico, por assim dizer) ocorrido no *locus* do fundamento do fenômeno jurídico, passando-se, pois, do pensamento racional para a vontade, do objetivismo ao subjetivismo, da metafísica clássica à metafísica moderna, com assento no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e, conseqüentemente, no primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e no solipsismo teórico da filosofia da consciência²¹.

E onde esteve Hans Kelsen, especificamente? Com efeito, é exatamente com Kelsen²², tal como a lição de Rocha²³, que a noção de sistema atinge, no saber jurídico, o seu mais sofisticado nível teórico. Kelsen pretende a constituição de uma "teoria pura do direito" e, para isso, formula aquele que seria o seu princípio metodológico vertebral: o princípio da pureza metódica²⁴. Kelsen pretende afastar da ciência do direito todos os seus aspectos político-ideológicos, assim como qualquer abordagem histórica²⁵.

A teoria jurídica dominante anterior a essa corrente positivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicos. E foi com o normativismo kelseniano que acabou sendo introduzida introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e autoreprodução das normas²⁶.

É na tentativa de construir uma Ciência do Direito sob outros pressupostos que Kelsen acabou por inaugurar um segundo momento do juspositivismo²⁷. O jurista reconhecia a inexorabilidade do elemento subjetivo no jus dicere, seja em virtude das influências externas, inclusive da moral, ou plurivocidade dos signos linguísticos.

Logo, foi necessário cindir o Direito da Ciência do Direito e nisto é possível identificar, em Kelsen, uma influência do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Ademais, Kelsen também sofreu influência do neokantismo. Acerca da influência neokantiana na Teoria Pura do Direito²⁸, esta pode ser vista sob vários ângulos. E, citando Hammer²⁹ e Lenio³⁰, falemos das seguintes e, com isso, das grandes transições proporcionadas por Kelsen: a pressuposição que a filosofia teórica de Kant confinada as ciências naturais poderia ser colocada em disciplinas normativas, ou seja, parte da premissa que todo o conhecimento dos objetos depende, formalmente, das condições constitutivas da cognição teórica; a preocupação com a pureza teórica³¹; a norma fundamental que estabelece a imputação, e esta, por sua vez, conecta os fatos sensíveis, materialmente perceptíveis, não de modo causal, mas normativamente, possibilitando assim uma interpretação normativa destes. A norma fundamental é, portanto, um esquema do Direito e da normatividade, é a corporificação formal das imputações, em outras palavras, seu princípio unificador.

Desse modo, observamos que o positivismo primevo influenciado pelo cientificismo tentava alcançar uma objetividade afastando qualquer juízo de caráter pessoal, que seria sempre contingente, isto por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante.

²¹ STRECK, L.L. *Idem*.

²² KELSEN, H. *Idem*.

²³ ROCHA, L.S. "Crítica da 'Teoria Crítica do Direito'", *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Político*, vº 4, nº 6, 1983, p. 127.

²⁴ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁵ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁶ ROCHA, L.S. *Idem*.

²⁷ STRECK, L.L. *Idem*.

²⁸ KELSEN, H. *Idem*.

²⁹ HAMMER, S. "A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?", *Oxford-Clarendon Press*, New York, p. 177-194, 2007.

³⁰ STRECK, L.L. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

³¹ COHEN, H. *Etica della volontà pura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

Todavia, a partir do pensamento de Kelsen³² – porque o positivismo é “antes de Kelsen e depois de Kelsen” –, o elemento subjetivo passou a ser considerado inexorável na realização concreta do Direito³³, nunca sem referir a relevante distinção feita pelo próprio Kelsen entre Direito e Ciência do Direito e, diga-se, entre interpretação científica como ato de conhecimento e interpretação jurídica como ato de vontade.

O olhar de Kelsen sobre o Direito e sua cientificidade não foi unívoco, se deu na sua historicidade, carregando as mutações de sua compreensão sem perder a essência dos pressupostos que possibilitaram a estruturação do pensamento científico da estrutura normativa do Direito.

Assim, com seu positivismo normativista, influenciado, sim, pelo neokantismo da Escola de Viena, pela concepção constitutiva da verdade de nietzschiana e a procedimentalização formalista de viés weberiano, Kelsen estruturou o seu racionalismo dogmático, que instaurou uma revolução na estrutura específica da norma jurídica e na ordem de sua hierarquização, superando o ecletismo sociológico e as amarras, outrora estabelecidas, para a compreensão e funcionalização do direito positivo através da sua interpretação.

3. A interpretação como abertura comunicante do sistema jurídico na teoria pura do direito

A construção da estrutura normativa kelseniana, pautada em fundamentos filosóficos ficcionais, a *priori* puros, sistemicamente operacionalizados e fechados pela norma fundamental, se abre ao plano externo através da interpretação, que, conjuntamente com a norma fundamental, constitui o ponto de abertura e o paradoxo da Teoria Pura do Direito kelseniana.

Dentre os argumentos apresentados por Kelsen³⁴ em sua Teoria Pura, a sua discussão acerca da interpretação é alvo de algumas das mais severas críticas direcionada por grande parte de seus opositores na Academia. No capítulo VIII de sua obra, o autor discorre sobre a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito (com destaque para o papel dos magistrados), deixando de lado aquela eventualmente realizada por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica como um todo.

Kelsen³⁵ parte da concepção de que há uma relativa – mas inegável – indeterminação quando do ato de aplicar o Direito ao caso concreto. Há uma determinação tanto procedimental quanto material da norma superior em relação à norma inferior, visando a expedição de um ato executivo. Porém, a determinação existente nunca é completa, cabendo ao intérprete supri-la por meio de um ato de vontade. Assim:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer³⁶.

³² KELSEN, H. *Idem*.

³³ STRECK, L.L. *Idem*.

³⁴ KELSEN, H. *Idem*.

³⁵ KELSEN, H. *Idem*.

³⁶ KELSEN, H. *Op. Cit.*, p. 246.

No momento em que Kelsen³⁷ estabelece a figura da moldura normativa como elemento de fechamento da sua concepção sobre a interpretação autêntica do Direito, cabe questionar se este ponto não põe em xeque toda a construção de seu racionalismo dogmático e do estabelecimento de uma estrutura fechada e lógica para a Ciência Jurídica. Ao deixar tamanha margem discricionária de atuação para o aplicador da norma jurídica, haveria o preenchimento dessa moldura com os elementos morais e ideológicos que Kelsen³⁸ buscou afastar do seu estudo científico do Direito.

O autor afirma que o papel de aplicação da norma jurídica encerra-se com a definição da moldura de possibilidades à disposição do intérprete. Dessa maneira, saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam na moldura de interpretações do caso concreto, aquela considerada como a “correta”, não seria nem uma questão de conhecimento relativo ao Direito Positivo, e nem um problema de Teoria do Direito. Para Kelsen³⁹, tratar-se-ia de um problema de política do Direito.

O jurista austríaco mostra-se consciente da impossibilidade de controlar totalmente os elementos subjetivos, a exemplo da moral e da ideologia, quando da aplicação do Direito por juízes. Kelsen reconhece o subjetivismo como um elemento inexorável na realização concreta do Direito, de modo que a neutralidade e a pureza por ele descritas restringir-se-iam à análise científica do fenômeno jurídico⁴⁰.

Streck ao discorrer sobre o positivismo jurídico de Kelsen, aponta para essa cisão kelseniana entre interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade:

Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade (aqui entra moral, política, ideologia, etc.) e interpretação como ato de conhecimento (neutralidade, pureza no olhar). Sendo mais claro: A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. Já a descrição das normas jurídicas deve ser feita de forma objetiva e neutral, a que Kelsen chamará de ato de conhecimento, que produz proposições. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas — que exsurgem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) — terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico — por meio do qual a norma superior se manifesta — aos objetos do mundo concreto, que serão afetados pela criação de uma nova norma⁴¹.

A partir dessa visão de Kelsen⁴² da interpretação enquanto ato de vontade, cabe indagar se o caráter de autorreferência restaria comprometido, apesar de tão buscado pelo autor em sua Teoria Pura ao afirmar que cabe ao próprio Direito definir aquilo que é ou não jurídico.

Poder-se-ia inferir uma heterorreferência no ato interpretativo e de aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, já que o Direito não seria capaz de fornecer uma solução para a busca pela interpretação mais “adequada” ou mais “correta” à situação da realidade. A resposta kelseniana para esse ponto chave na compreensão do fenômeno jurídico repousaria tão somente no critério da discricionariedade do julgador.

³⁷ KELSEN, H. *Idem*.

³⁸ KELSEN, H. *Idem*.

³⁹ KELSEN, H. *Idem*.

⁴⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

⁴¹ STRECK, L.L. “O positivismo jurídico de Hans Kelsen”, *Revista de Culturas, Artes e Ideias*, 2021, disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/>, acesso em: 04 jan. 2022.

⁴² KELSEN, H. *Idem*.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político⁴³.

Porém, partindo do pressuposto da incompletude inerente a qualquer teoria jurídica, a interpretação no racionalismo dogmático kelseniano pode ser compreendida não como o seu ponto fraco, mas como uma chave de abertura para sua atualização e aperfeiçoamento à luz dos avanços da Teoria do Direito e, de modo específico, da Hermenêutica Jurídica desde a segunda metade do séc. XX.

Antes do advento dos trabalhos elaborados por Kelsen, Cossio⁴⁴ afirma que a Ciência Jurídica se encontrava no mesmo estado da Metafísica antes das obras de Kant. A própria construção de uma Lógica Jurídica pode ser creditada ao jurista austríaco, de modo a ser entendida diferentemente da Lógica Aristotélica predominante no pensamento jurídico medieval e moderno.

A Ciência Jurídica anterior ao pensamento kelseniano esbarrava em uma grande e intransponível barreira conceitual: tudo resultava em uma questão de opinião do jurista, e não de evidência demonstrativa. Esse obstáculo acabava por comprometer a sua própria pretensão de receber a alcunha de “Ciência”.

Nesse sentido, a construção de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito representou a busca pela necessária cientificidade no trato do objeto da Ciência do Direito, qual seja, a norma jurídica. E, por mais que o teste da História tenha lançado luz sobre as limitações de sua teoria, a concepção racional e dogmática kelseniana ainda é o ponto de partida para a compreensão lógica do fenômeno jurídico.

Ao discorrer sobre o positivismo normativista kelseniano, Reale⁴⁵ reconhece a predominância do normativismo lógico na Teoria Pura. Porém, ao mesmo tempo, para se obter uma compreensão total do fenômeno jurídico, Kelsen não exclui, e até mesmo deixa implícita, a necessidade de se observá-lo sob os prismas sociológico e filosófico, formando uma base tricotômica.

Na realidade, porém, a compreensão total do Direito, na doutrina de Kelsen, não exclui, mas antes tem implícita uma tricotomia. Como observa Kunz, essa tricotomia está na base da obra kelseniana, que abrange uma Teoria Pura do Direito ao lado de uma Teoria da Justiça e de uma Sociologia Jurídica, como distintas apreciações da experiência jurídica, respectivamente sob os prismas lógico, filosófico e sociológico. São três perspectivas fundamentalmente distintas, mas, como vimos, por mais que Kelsen pretenda ser normativista, nos domínios da Ciência do Direito como tal, ele jamais se liberta de

⁴³ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 396.

⁴⁴ COSSIO, C. “Hans Kelsen: el jurista de la época contemporánea”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Tomo XII*, La Plata, 1941, disponível em: www.carloscoasio.com.ar/1941-hans-kelsen/, acesso em: 03 jan. 2022.

⁴⁵ REALE, M. *Filosofia do direito*, 19^o ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

enfoques fáticos e axiológicos. O mesmo ocorre quando trata dos problemas da justiça ou do Direito como fato social⁴⁶.

Isso fica ainda mais nítido quando da análise da última obra de Kelsen⁴⁷, qual seja, intitulada "Teoria Geral das Normas", em que há um significativo aumento no papel de elementos não lógicos em seu sistema racional dogmático. Há um aparente reconhecimento de pontos falhos na abordagem metodológica rígida presente na Teoria Pura do Direito.

Quem estudar a última grande obra de Kelsen, a Teoria Geral das Normas, publicação póstuma de 1979, não poderá senão reconhecer a crescente importância dos elementos a-lógicos em seu sistema, a partir do conceito nuclear de norma jurídica e sua inesperada referência à "vontade do legislador", até ao conceito de "norma fundamental", que perde seu caráter hipotético para apresentar-se como pura ficção, um *als-ob*⁴⁸ à maneira de Vaihinger⁴⁹.

Nesse sentido, Kelsen⁵⁰ afirma que a Ciência do Direito, assim como todas as Ciências, trabalha com proposições e descrições, que correspondem a atos de pensamento. Ela profere meros enunciados sobre as normas, o que não pode ser confundido com o seu objeto em si, que é a norma.

Consequentemente, à Ciência Jurídica, "como ciência - é dizer, função do conhecimento - não compete fixar normas que sejam obrigatórias para o destinatário da norma". Observa-se um nítido reconhecimento da limitação da abordagem científica e neutra para uma compreensão do Direito na sua totalidade multidimensional.

Entender a propositura kelseniana da moldura interpretativa como sendo uma autorização para a tomada de qualquer decisão é adotar uma postura fechada quanto ao potencial do racionalismo dogmático de Kelsen para servir de base ao pensamento jurídico contemporâneo. Por outro lado, adotando-a como ponto de partida, torna-se possível conciliar o seu positivismo normativista com a complexidade do sistema jurídico contemporâneo.

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua ideia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico⁵¹.

A Teoria do Direito contemporânea vai além da mera compreensão neutra da estrutura prescritiva dos comandos normativos e do escalonamento entre as normas jurídicas inferiores e superiores. Almeja-se compreender o fenômeno jurídico em sua multidimensionalidade e na busca não discricionária das soluções jurídicas mais adequadas a cada caso. E esse entendimento pode ser compatibilizado com o racionalismo dogmático kelseniano a partir de um entendimento mais amplo da interpretação presente na obra de Kelsen.

⁴⁶ REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 479.

⁴⁷ KELSEN, H. *Idem*.

⁴⁸ KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se"* de Vaihinger, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.

⁴⁹ REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 480.

⁵⁰ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, p. 192.

⁵¹ FERRAZ JR., T.S. "Por que ler Kelsen, hoje", Saraiva, São Paulo, 2001, p. XVI.

4. A multidimensionalidade do direito e o lugar do racionalismo dogmático numa perspectiva complexa do sistema jurídico contemporâneo

A compreensão do Direito como sistema multidimensional situa o racionalismo dogmático kelseniano numa das camadas que dão substrato ao sistema jurídico contemporâneo. Não há como retirar-lhe o mérito, ou categorizar a sua estrutura teórica como superada ou falha, simplesmente por decorrer de fundamentos filosóficos constituídos a partir de uma perspectiva ficcional e formal.

O Direito como sistema se estrutura em diversas dimensões, a normativa é uma delas e a sua fenomenalização pode ocorrer numa perspectiva pura, tal qual estruturado por Kelsen. Mas a sua existência e funcionalização no plano da realidade não subsistem sem a interação com outras dimensões do Direito e Kelsen tinha clara essa questão, por isso, o seu objeto de estudo era bem delimitado e não pode ser desconsiderado⁵².

A construção de uma teoria da política e do Estado no pensamento kelseniano conjuga-se a Teoria Pura do Direito, e esta não tem como ser compreendida sem aquelas. A dimensão da estática jurídica conecta-se com a dinâmica jurídica e se operacionaliza no e pelo Estado⁵³.

A entificação dos Estados e as múltiplas relações geradoras de modos de ser específicos do Direito no plano nacional e internacional, bem como a materialização da norma por meio da interpretação ao se inserir no sistema enquanto estrutura interdependente miscigenam a teoria pura e se conectam a estrutura social⁵⁴.

Como estrutura, o racionalismo dogmático kelseniano subsiste e tem o seu lugar no plano epistemológico e empírico do Direito. Quer queira, quer não, se constitui como paradigma hegemônico e deve ser compreendido sistematicamente e não isolado, descontextualizado, tal qual tem sido feito. A Teoria Pura do Direito de Kelsen não se encerra em si. Ela constitui uma das dimensões estruturantes do sistema jurídico num plano de abstração, para dele se projetar à realidade.

O Janus que reside em Kelsen se revela na sua existência, nas etapas e camadas teóricas que transformaram o seu pensamento e possibilitaram, através dele, a estruturação da teoria da norma jurídica que se estabeleceu como paradigma dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacional.

A crise epistemológica gerada pelo sociologismo eclético no campo jurídico, na passagem do século XIX para o XX, teve o seu fechamento com o estabelecimento da Teoria Pura do Direito. Por meio dela se estabeleceu parâmetros de reflexão sobre uma cientificidade no Direito⁵⁵. A operatividade da cientificidade da Teoria Pura do Direito para a construção do conhecimento jurídico, ao fechar a crise do ecletismo sociológico, abriu um paradoxo, mas o estabeleceu, não como crise, mas como ponto de comunicação e dinamização do sistema jurídico.

Kelsen em sua obra, que não pode ser reduzida a Teoria Pura do Direito, até porque esta não se constituiu num átomo, teve seus esboços publicados antes da Primeira Guerra Mundial, em "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze", em 1911 e reeditados em 1923⁵⁶, sofreram alterações profundas e, após maior amadurecimento teórico, se consolidou na primeira edição da Teoria Pura do Direito, publicada em 1934.

⁵² MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 383.

⁵³ KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, pp. 261-263.

⁵⁴ KELSEN, H.; CAMPAGNHOLO, U.; LOSANO, M.G. *Direito Internacional e Estado Soberano*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 117.

⁵⁵ MACHADO NETO, A.L. *O problema da Ciência do Direito*, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1958, p. 105-108.

⁵⁶ KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2ª ed., Verlag Von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923.

Sempre alvo de críticas, desde a sua primeira edição, a Teoria Pura do Direito foi reeditada em 1960. Em resposta às críticas ao formalismo idealista e purista, foi acrescentado o apêndice para tratar do problema da justiça. Não só na primeira edição, mas, sobretudo na segunda, Kelsen deixa claro que a sua obra não encerra a discussão teórica sobre o Direito, apenas trata de uma das estruturas do sistema, a dimensão normativa⁵⁷.

A justiça, a política, a filosofia e as demais áreas do conhecimento que englobam o macrossistema social, interagem, interseccionalmente, transversalizando os processos de funcionalização da norma jurídica, pois coexistem em relação de interdependência, mas não são o Direito propriamente dito.

Ocorre que, como mencionado, Kelsen não é só um teórico do direito, e a compreensão da sua obra jurídica, se comunica com a sua produção de natureza filosófica, ideológico-política e social. Muitas foram as obras de Kelsen relacionadas a diversas temáticas que se conectam ao direito. Como análise do viés ideológico marxista do direito, Kelsen escreveu "A Teoria Comunista do Direito"⁵⁸; também analisou o Estado Medieval a partir da obra de Dante Alighieri em "A Teoria do Estado de Dante Alighieri"⁵⁹.

No plano da filosofia escreveu diversos ensaios, entre eles "Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do 'como se' de Vaihinger"⁶⁰, de grande importância para a compreensão da sua concepção de norma fundamental. Sobre política escreveu diversos ensaios, entre eles "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'. A contribution to the critique of ideology"⁶¹.

Um bom exemplo de tais preocupações está no desenvolvimento dos seus estudos em defesa de uma concepção humanista do conhecimento científico. O fato de validar sua produção a partir de um paradigma hegemônico de produção científica, não o tornou cego, ou desatento às demandas da realidade.

A construção da Teoria Pura do Direito, diferentemente do que é propalado pelos críticos mais fervorosos, conjuga perspectivas que se conectam a demandas contemporâneas relacionadas a pluralidade e a verdade. No plano da pluralidade, que se constitui como imanente a estrutura social, a partir de uma perspectiva macroestrutural, Kelsen transcende ao utilitarismo de Austin, e estrutura o procedimento, constituindo a possibilidade de verificabilidade dos resultados das decisões, possibilitando o estabelecimento de um método lógico de resolução do problema do "erro no sistema de verdade"⁶².

No tocante à verdade, essa se vincula ao conjunto de procedimentos que a determinam. No entanto a constituição da verdade não se projeta matematicamente, de forma absoluta, o procedimento por não ser total apresenta a verdade em perspectiva, ou seja, a verdade se constitui por aproximação.

A admissão por Kelsen de uma verdade por aproximação, determinada, portanto, pelo procedimento, situa o lugar sistêmico do direito como um subsistema do sistema social, mais tarde tratado por Niklas Luhmann como autopoiético, pois constituído pela mesma ordem de fatores humanos⁶³. Embora não tenha utilizado tal conceito, a sua projeção sistêmica revela as operatividades e os engendramentos internos e externos desenvolvidos pelo Direito.

Como estrutura de um sistema, o racionalismo dogmático, tecido por Kelsen, ao se comunicar com as demais estruturas do sistema, sai do seu lugar formal

⁵⁷ KELSEN, H. *A Justiça e o Direito Natural*, Almedina, Lisboa, 2001, pp. 07-08.

⁵⁸ KELSEN, H. *A Teoria Comunista do Direito*, Contracorrente, São Paulo, 2021a.

⁵⁹ KELSEN, H. *A Teoria do Estado de Dante Alighieri*, Contracorrente, São Paulo, 2021b.

⁶⁰ KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se" de Vaihinger*, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.

⁶¹ KELSEN, H. "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'", Lancaster, Frankfurt, 2004.

⁶² MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pp. 389-390.

⁶³ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016, pp. 14-16.

abstrato, ficcional, e se fenomenaliza, num processo de ontificação da dimensão normativa. Os demais planos estruturais do sistema, não retira do plano normativo as suas características delineadas na perspectiva estática ficcional delineada por Kelsen. Na verdade, ao ontificar a dimensão normativa as estruturas desconsideradas por Kelsen, a realiza, e sobre ela e por ela, o direito se realiza.

A sua constatação quanto a incompletude do seu sistema normativo revela a sua abertura às conexões exteriores ao sistema e o ponto de comunicação é a norma fundamental, pois enquanto produto que não possui correspondência com a realidade, existe no plano da ficção opera o fechamento do sistema e sua abertura às mudanças contingenciadas pela realidade o fenomenaliza a partir de múltiplas temporalidades, existencializadas, experienciadas e vivenciadas por seres humanos que traduzem em si a incompletude, a abertura e o paradoxo que o Direito manifesta como conduta humana.

O positivismo jurídico kelseniano, corporificado no seu racionalismo dogmático, traz consigo uma complexidade ainda a ser compreendida. A dimensão pura do direito é o seu plano de existência ficcional, não compreende sua totalidade, e o seu sentido existencial se materializa quando em interação com as demais estruturas que compõe a macroestrutura social.

A teoria kelseniana ainda se encontra num estado em devir a ser explorado. E isso é visível a partir dos pontos pouco trabalhado por Kelsen, mas por ele reconhecido como uma incompletude da sua teoria, consistente na conexão das estruturas normativas com as dimensões não normativas do direito, que o transforma, transmuta os entes ficcionais, projetando-se no ser humano, tornando o direito o que ele de fato é, conduta humana em intersubjetividade.

5. Considerações finais

Janus e a transição de um estado a outro da existência é a metáfora da obra de Hans Kelsen, em especial da sua Teoria Pura do Direito. Não há espaço para a redução do pensamento kelseniano à Teoria Pura do Direito, podendo afirmar que a obra do autor austríaco vai muito além da abordagem do positivismo jurídico.

O seu racionalismo dogmático compreende uma complexidade de raciocínios a ser explorada não de forma isolada, restrita à sua teoria da norma jurídica, mas em diálogo com suas demais obras e com aquelas que o influenciaram antes e durante a sua produção, bem como aquelas que sobre ela lançou o seu olhar e encontraram os seus paradoxos e aberturas.

O lugar da Teoria Pura do Direito e da obra de Hans Kelsen na História da Teoria do Direito situa-se no plano do paradigma dominante, ou seja, hegemônico do conhecimento jurídico. A dissensão quanto à Teoria Pura do Direito sempre existiu, desde o seu lançamento. Mas, embora reconhecendo suas incompletudes e seus paradoxos, a logicidade da ordem jurídico normativa por ela delineada ainda é o eixo que estrutura a conformação normativa das nações no plano interno e externo.

No plano dos paradoxos e das aberturas comunicantes, a Teoria Pura do Direito kelseniana, numa perspectiva sistêmica, operou e fechou a transição entre eras teóricas, transcendeu ao sociologismo eclético e se estabeleceu hegemonicamente. Mas, como é natural a qualquer perspectiva sistêmica, que integre a macroestrutura social, a sua operatividade de fechamento criou paradoxos e aberturas comunicantes entre outros sistemas que interagem com o Direito.

A norma fundamental e a vontade como agente motor da interpretação do direito materializam os paradoxos decorrentes da Teoria Pura do Direito e são responsáveis por promover as necessárias aberturas comunicantes no plano intra e interestrutural, amplificando a complexidade que ainda está por ser explorada teoricamente.

A norma hipotética fundamental preconizada por Kelsen enquanto norma fictícia revela a natureza cultural do direito, sua passagem, ao contradizer a realidade, para a realidade com potência de ação para validação do que será

materializado no plano da realidade, no caso a ordem jurídica. A correção de Kelsen em seus escritos consolidados na obra póstuma - *Teoria Geral das Normas*⁶⁴ - demonstra as incompletudes reconhecidas por Kelsen, bem como as suas últimas propostas de correções.

Quanto à interpretação, tal qual a norma hipotética fundamental, levando-se em consideração a ideia de Kelsen presente no capítulo VIII da sua obra "Teoria Pura do Direito" acerca da interpretação jurídica feita pelos magistrados como ato de vontade comumente é apontada como o ponto fraco na construção metodologicamente neutra que o autor buscou construir acerca da Ciência do Direito.

Na verdade, propõe-se que essa visão acerca da interpretação jurídica não se trata de um ponto fraco, mas de um paradoxo e de uma possibilidade de abertura do sistema por reconhecimento de sua própria incompletude. Atribuir à discricionariedade judicial o papel de solução para o preenchimento das possíveis interpretações das normas jurídicas poderia ser entendido como uma confissão da insuficiência inerente ao racionalismo dogmático, que almeja a compreensão do fenômeno jurídico como um todo, mas, na verdade, não consegue cumprir com tal objetivo.

Há outra forma de entender a proposta de interpretação presente no pensamento de Kelsen. Pode-se compreendê-la não como uma vulnerabilidade, mas como ponto de abertura para a necessária releitura contemporânea de seu Racionalismo Dogmático.

A suposta discricionariedade judicial não corresponderia a uma autorização do sistema jurídico para que qualquer conteúdo decisório fosse escolhido pelo magistrado do caso concreto, mas sim o reconhecimento da limitação inerente à visão normativo-dogmática, devendo esta dar lugar às teorias jurídicas contemporâneas que buscam explicar a complexidade e a multidisciplinariedade do fenômeno jurídico.

Como já mencionado, a obra de Hans Kelsen, em especial a sua Teoria Pura do Direito, está por ser compreendida, corrigida e superada nos pontos fissurados e de fragilidade e em situações de crise, mas não pode ser invalidada por completo, pois a sua condição hegemônica ainda persiste e a superação dos seus pontos de inflexão e falhas está, atualmente, condicionada a uma transmutação no devir.

Por conseguinte, considerando a concepção sistêmica e autopoietica do fenômeno jurídico, a Teoria do Direito contemporânea exige uma visão multidimensional e valorativa em torno do sistema jurídico, que levará a novos lugares teóricos, vez que demanda a reaproximação da Moral com os sistemas normativos a partir da noção dos princípios como espécies de normas jurídicas e da necessária busca do Direito na consecução de valores entendidos como essenciais pela sociedade.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, Ícone, São Paulo, 2006.

COHEN, H. *Etica della volontà pura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

COSSIO, C. "Hans Kelsen: el jurista de la época contemporânea", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata Tomo XII*, La Plata, 1941, disponível em: www.carloscoasio.com.ar/1941-hans-kelsen/, acesso em: 03 jan. 2022.

FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria e Garantismo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FERRAZ JR, T.S. *Por que ler Kelsen, hoje*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2001.

HAMMER, S. "A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?", *Oxford-Clarendon Press*, New York, pp. 177-194, 2007.

KELSEN, H. *A Justiça e o Direito Natural*, Almedina, Lisboa, 2001.

⁶⁴ KELSEN, H. *Ob. Cit.*, pp. 328-329.

- KELSEN, H. "A New Science of Politics: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's 'New Science of Politics'", Lancaster, Frankfurt, 2004.
- KELSEN, H. *A Teoria Comunista do Direito, Contracorrente*, São Paulo, 2021.
- KELSEN, H. *A Teoria do Estado de Dante Alighieri*, Contracorrente, São Paulo, 2021b.
- KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2º ed., Verlag Von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923.
- KELSEN, H. *Sobre a Teoria das Ficções Jurídica: com especial consideração da filosofia do "como se" de Vaihinger*, Via Verita, Rio de Janeiro, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*, 3º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 6º ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- KELSEN, H; CAMPAGNHOLO, U. & LOSANO, M.G. *Direito Internacional e Estado Soberano*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- MACHADO NETO, A.L. *O problema da Ciência do Direito*, Livraria Progresso, Salvador, 1958.
- MORRISON, W. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006
- REALE, M. *Filosofia do direito*, 19º ed., Saraiva, São Paulo, 1999.
- ROCHA, L.S. "Crítica da 'Teoria Crítica do Direito'", *Revista Sequência - Estudos Jurídicos e Político* (UFSC), v.4, n.6, 1983.
- SILVA, M.P.D. "Contribuições de Merkel à Teoria Pura do Direito", *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v.10, n.4, pp. 2567-2595, 2019.
- STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017.
- STRECK, L.L. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, 2º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016.
- STRECK, L.L. "O positivismo jurídico de Hans Kelsen", *Revista de Culturas, Artes e Ideias*, 2021, disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/>, acesso em: 04 jan. 2022.
- STRECK, L.L. "O que é isto, o ativismo judicial, em números?", *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2013, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#:~:text=Ativismo%20ou%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20se,v%C3%A3o%20deixar%20isso%20bem%20claro.&text=Assim%2C%20o%20n%C3%BAmero%20de%20ADIs,term%C3%B4metro%20do%20coeficiente%20de%20judicializa%C3%A7%C3%A3o>, acesso em: 08 jan. 2022.
- STRECK, L.L. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

Tabagismo: aplicação da teoria da lógica do razoável no contexto jurídico contemporâneo

Smoking: application of the theory of logic of reason in the contemporary legal context

Eduardo Jorge Ausier Barreto Junior¹

José Guimarães Mendes Neto²

Instituto de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) - Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria da lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica; 3. Função social do Direito a partir de uma releitura sistêmica; 4. Teoria da Lógica da Equidade aplicada no caso concreto; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

Resumo: O presente trabalho dedica-se ao tema "Tabagismo: aplicação da teoria da lógica do razoável no contexto jurídico contemporâneo", com foco no exame a partir da teoria da lógica do razoável e da visão sistêmica do direito. Com a adoção de uma abordagem dedutiva, no decorrer da exposição, no primeiro momento, será demonstrado a teoria da lógica do razoável ou lógica da equidade enquanto mecanismo, ou não, de segurança jurídica. Posteriormente o artigo cuidará de evidenciar a função social do direito com a intenção de buscar uma resposta, no intuito de demonstrar, objetivamente, para qual o direito se presta. Por fim, a partir dos referenciais teóricos abordados, o intento passará a ser uma abordagem do conteúdo de forma prática, sendo apresentado, para tanto, um caso concreto.

Palavras-chave: Teoria da Lógica do Razoável. Função Social do Direito. Hermenêutica Jurídica.

Abstract: This paper is dedicated to the theme "Smoking: application of the theory of logic of reason in the contemporary legal context", focusing on the examination from the theory of logic of reason and the systemic view of law. Adopting a deductive approach, during the course of the exposition, in the first moment, the theory of the logic of reason or logic of equity will be demonstrated as a mechanism, or not, of legal security. Subsequently, the article will attempt to highlight the social function of law with the intention of seeking an answer, in order to objectively demonstrate what the law is designed for. Finally, based on the theoretical references discussed, the intention will be to approach the content in a practical way, presenting a concrete case.

Keywords: Logic Theory of Reasonableness. Social Function of Law. Legal Hermeneutics.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito do Consumidor; Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogado.

² Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado Criminalista e Eleitoralista.

1. Introdução

O objetivo (problema) central desse artigo é analisar, a partir de uma concepção sistêmica da função social do direito, se seria (im) possível à aplicação da teoria da lógica do razoável no contexto jurídico contemporâneo e, sendo positivo, como a mesma poderia vir a ser aplicada. A razão, por sua vez, se dá por conta das necessárias e constantes reflexões sobre a hermenêutica e suas implicações na interpretação do direito.

Para tanto, inicialmente, o artigo analisa a teoria da lógica do razoável ou lógica da equidade enquanto mecanismo, ou não, de segurança jurídica. Desta forma, Recasens Siches será referencial teórico indispensável, sobretudo, pela defesa da posição do magistrado enquanto ator do sistema de justiça que não seja somente "boca da lei", ou seja, que vincule também suas decisões a razões outras como: valores, princípios e regras; para fins de melhor desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Em um segundo momento, o artigo procura tratar sobre a função social do direito com a intenção de buscar uma resposta sobre para qual o objetivo o direito se presta. De tal sorte, se destaca que o direito seria para além de ordem social, controle social e/ou estabelecimento de regras, pois, se assim fosse, outras áreas, ou melhor, outros sistemas já seriam o suficiente.

Ainda nesse ponto, utiliza-se do referencial teórico Nicklas Luhman para fins de que se caracterize, dentro da teoria dos sistemas, o sistema jurídico e suas precípuas características que o difere dos demais sistemas (econômico e político). Em virtude dessa ênfase na diferenciação e na caracterização que se busca definir o papel do princípio federativo no sistema do direito, ou seja, se este, por sua vez, deve ser considerado como limite de proteção do mesmo para fins de garantia da sua integridade.

Por fim, a partir dos referenciais teóricos apresentados, o intento passará a ser uma abordagem do conteúdo de forma prática. Assim, apresentar-se-á um caso concreto que ilustra de modo claro, a interpretação de um juiz das cortes superiores consoante a decisão apresentada pelo tribunal *a quo*, qual seja: o tabagismo.

Diante disso, torna-se clara e indiscutível a relevância desta temática: primeiramente no âmbito científico, uma vez que coloca em questão a hermenêutica jurídica contemporânea, bem como suas implicações para com a interpretação do direito, sobretudo, tendo por marco teórico teorias do direito e da sociologia jurídica; segundo no âmbito social, haja vista a necessária revisitação da complexa relaxação existente entre o direito, especificamente quanto a sua linguagem, e a hermenêutica.

2. A teoria da lógica do razoável como mecanismo de segurança jurídica

O princípio da Separação dos Poderes, iniciou-se, com a corrente tripartite, por meio de Aristóteles, assim como seu mestre Platão, não está de acordo com a condição, de apenas, um único indivíduo a ter o poder pleno. Estruturando-se como em: Deliberativa, a Executiva e a Judiciária.

Deliberativa, inscrita na ideia de resolver os negócios atribuídos ao Estado, ou seja, determina-se funções específicas a serem prestadas pela assembleia dos cidadãos, podendo citar como exemplo, definir as questões envolvendo guerras e até a mesmo, a paz.

Já na Executiva, para Aristóteles, o Estado era composto por poderes constituídos "com a necessidade de agir", refletindo no difícil momento de escolha dos magistrados governamentais.

O Judiciário, refere-se na etapa seguinte, ou seja, os meios de definição dos juízes, sendo realizadas por meio de eleições ou sorteios e também da divisão dos tribunais.

Logo, Aristóteles interpreta a ordem judiciária como:

O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais³.

Nicolau Maquiavel participando da formação ideal, apresenta a França, no século XVI, com as seguintes nomenclaturas: Executivo (caracterizado pela figura da Monarquia), Legislativo (representação pelo seu parlamento) e o Judiciário Autônomo (aplicação da Lei baseado nas normas expressas).

Para Maquiavel essa distinção de poderes serve, necessariamente, para beneficiar o Rei, pois não haveria como prejudicar sua imagem, haja vista que, não seria responsável pela edição de leis ou até mesmo, pela solução de conflitos, função esta, destinada ao Judiciário.

Neste sentido, o jurista Dalmo Dallari, afirma que o Judiciário poderia proteger os mais fracos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas⁴.

Com o advindo da Revolução Francesa de 1789 em consonância com a separação dos poderes, nota-se claramente, um Judiciário ainda mais autônomo, onde não aceitava as "ordens divinas" originárias da Monarquia. Logo, a Lei torna-se a sua principal fonte jurídica.

O magistrado da época era conceituado como "a boca que pronuncia as palavras da Lei" (visão do positivismo clássico), ou seja, as decisões prolatadas eram estruturadas na norma expressa.

Esta literalidade era vinculada a uma lógica jurídica meramente formal (Clássica de Aristóteles), que nada mais é, do que é uma forma de pensar, de conhecer, de organizar o raciocínio sem considerar o conteúdo, ou seja, onde se utilizava métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo, devendo ser interpretado de duas formas: lógica científica e a lógica jurídica.

A primeira, refere-se ao *modus operandi* predominante ao tipo de pensamento no positivismo jurídico normativista, logo, deve-se obedecer a uma lógica científica, a partir de seu conectivo ôntico (causa e consequência).

Já a segunda forma, reflete-se na lógica jurídica, ligando-se ao conectivo deôntico, ou seja, o chamado dever ser. Para uma melhor compreensão, pode-se trazer como exemplo: um postulante ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), após cumprir todos os requisitos exigidos, deve ser empossado no novo cargo.

Contudo, baseando-se na busca pela integração do valor histórico da existência humana como pressuposto de uma Teoria dos Valores. O filósofo, teórico e sociólogo do direito Luís Pedro Alejandro Recasens Siches defende que o magistrado não é somente a boca da Lei, devendo, também, vincular suas decisões aos valores, princípios e regras.

Diante desta nova interpretação cujo valor será considerado como universal, Recasens Siches criou a chamada Lógica do Razoável ou Lógica da Equidade, onde atua na atividade jurisdicional do juiz, ou seja, na importância para a lógica do razoável para o desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Entretanto, deve-se atentar as lições de Lourival Vila, onde aduz que o estudo da lógica formal consiste em um recorte sistematizado:

A lógica jurídica, como a Lógica Geral, representa um corte temático sobre um todo, a separação abstrata de alguns componentes, pondo os demais entre parênteses, na atitude antinatural de suspender o interesse pelo mundo em torno de mim, que é um fluxo indistinto e inseparável de fatos, de homens, de valores, em substância, tudo

³ ARISTÓTELES. *A Política*, Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 146.

⁴ DALLARI, D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 216.

resultante da inevitável ocupação do sujeito com o seu mundo circundante⁵.

Em tempos atuais, entende-se que há uma superação da lógica formal pela lógica do razoável, ou seja, teríamos outra maneira de pensar o sistema jurídico, assim, como já mencionado acima, o magistrado quando prolata uma sentença em sua atividade jurisdicional, deverá firmar o que é direito.

Porém, não somente aplicando a Lei, mas sim, na questão do justo na sua forma integral, vinculando os valores, princípios e regras e as circunstâncias do caso concreto, onde será dirimido no conflito, fazendo o direito, criando o direito e fazendo o valor da justiça.

Contudo, ao se tratar de interpretação, João Lordelo defende o uso de métodos específicos, a partir de alguns fatores:

a) sobretudo na parte dos direitos fundamentais, a Constituição se expressa não através de regras, mas de princípios. A interpretação de um princípio é muito mais complexa que a de uma regra; b) as normas constitucionais se diferenciam de acordo a sua eficácia. A eficácia dessas normas, assim como o objeto, varia bastante⁶

Nesse sentido, o próprio doutrinador, aduz:

A finalidade de tais métodos é a de tornar mais objetiva e racional a interpretação constitucional, evitando-se o decisionismo judicial. O problema maior surge nas situações em que há confronto entre princípios (notadamente direitos fundamentais, que ostentam caráter principiológico)⁷.

Luiz Coelho, afirma que os sistemas lógico-formais insuficientes para atender a dinamicidade do direito, deve-se então, buscar outros mecanismos que supram os espaços deixados pela insuficiência do pensamento analítico⁸. E o próprio doutrinador, ainda complementa o valor da justiça, informando que "os critérios axiológicos pertencentes à ordem jurídica positiva"⁹, com base a suas perspectivas pessoais.

Acompanhando esse valor, Ministro Barroso, conceitua a razoabilidade como um basilar de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a dado ordenamento jurídico: a Justiça¹⁰.

Assim, Fábio Calcini, de modo prático, apresenta a razoabilidade como um meio de controle do Poder Público, onde o magistrado pode ir além das estruturas formais, ou seja, estende-se daquele mero controle jurisdicional, chegando a analisar as questões atribuídas a Teoria dos Valores¹¹.

Além da razoabilidade (princípio interpretativo), deverá ser acompanhado pelo princípio da proporcionalidade, porém, não há hierarquia entre os princípios, pois não há incompatibilidade entre os princípios, mas sim há concorrência entre eles, por isso não é possível escolher qual deve prevalecer.

Para resolver esse imbróglio, Edson Farias afirma que a escolha deverá levar-se em conta "o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher

⁵ VILANOVA, L. *Estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo*, Noeses, São Paulo, 2005, p. 304.

⁶ LORDELO, J.P. *Noções Gerais de direito e formação humanística*, JusPODIVM, São Paulo, 2020, p. 273.

⁷ LORDELO, J.P. *Ob. Cit.*, p. 273.

⁸ COELHO, L.F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Forense, São Paulo, 1979, p. 209.

⁹ COELHO, L.F. *Ob. Cit.*, p. 216.

¹⁰ BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 2009. p. 118.

¹¹ CALCINI, F.P. *Limites ao Poder de Reforma da Constituição: O Embate entre as Gerações*, Millennium, Campinas, 2009, p. 146.

qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos contrição do que o outro¹², ou seja, utilizar-se-à técnica de solução de conflitos (ponderação de interesses).

De modo claro, Ministro Barroso conceitua essa técnica como:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficientes especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses¹³.

Entretanto, mesmo aplicando a ponderação de interesses, não significa dizer que o magistrado ficará a mercê de sua própria subjetividade (aplicar aquele princípio que, por ventura, entender ser mais fácil), devendo ter sua discricionariedade limitada a partir de um caso concreto, estudo que será realizado no último capítulo deste artigo.

A Lógica do Razoável aborda, necessariamente, em determinadas características fundamentais: na equidade, na prudência e no sentimento do justo.

O primeiro fundamento, refere-se à questão da justiça natural, onde terá a disposição para reconhecer de forma imparcialmente o direito adquirido de cada um, assim, na visão de Aristóteles, a equidade reflete na qualidade em que um indivíduo possui, a partir de sua própria subjetividade, conseguir prestar uma divisão tanto para si, quanto para os demais proporcionando igualmente as pessoas envolvidas¹⁴.

Princípio da equidade não é só um valor de colmatação de lacunas ou de incongruências da Lei como afirmava São Tomás de Aquino. Para Recasens Siches, a equidade é a própria atividade jurisdicional. Assim, quando o juiz prolatada uma sentença, significa que está fazendo justiça, ou seja, está fazendo o conceito de equidade, propriamente dito.

No segundo fundamento, a expectativa de prudência por parte de quem julga, pois assim, poderá evitar certos perigos desnecessários levando-se em consideração o modo cauteloso, sensato, a necessidade em ter paciência. Consagrando-se, no discernimento do verdadeiro bem e na melhor escolha para atingir o direito.

Seguindo essa linha, o Direito na realidade não é apenas no seu tecnicismo, o direito na prática será concretizado por seus valores essenciais, colocando-se na razoabilidade, na prudência com o valor da justiça, tanto que o filósofo Aristóteles já afirmava que a sabedoria é a arte da prudência.

Já o terceiro, trabalha em consonância com os dois anteriores, ou seja, não há como ter uma equidade, uma prudência, sem o próprio sentimento de justiça. Logo, entende-se como única regra para creditar uma validade universal, a aplicabilidade da solução mais justa por parte do juiz.

Contudo, para se ter uma decisão mais justa, aplicadando-se a Lógica do Razoável, deve-se atentar para as relações de congruências, ou seja, os meios considerados norteadores (valores da realidade).

Como acima mencionado, a Lógica do Razoável retrata valores, além das normas positivadas. No intuito de racionalizar essa teoria, Gonzaga e Roque, apresenta as características/critérios basilares para sua aplicação:

a) decisão será exercida em função da ponderação de variantes circunstanciais; b) tal decisão não se exerce como expressão da opinião singular ou da coletiva, mas obedece a parâmetros de entendimentos jurídicos majoritários; c) a decisão dá-se em função de necessidades práticas e ocorrência fenomênica; d) constrói no uso

¹² FARIAS, E.P.D. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, PC Editorial, São Paulo, 1996, p. 96.

¹³ BARROSO, L.R. & BARCELLOS, A.P. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 287.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1999, p. 101.

discursivo e argumentativo a situação de exercício da razão jurídica;
e) pressupõe intertextualidade¹⁵.

Gonzaga e Roque, ainda complementa essa teoria, com uma lição de Recasens Siches, ao afirmar que:

A Lógica do Razoável pode ser vista como subjetiva, mas devemos tê-la como um método subjetivo, ou seja, devemos analisar os fatos sociologicamente e com isso, sermos metodologicamente subjetivos. Assim, para Siches, o Direito, que desde um ponto de vista sociológico é um tipo de fato social, atua como uma força configurante das condutas, modelando-as e nelas intervindo de modo auxiliar ou principal, ou se preocupando de qualquer outra maneira com o sujeito agente¹⁶.

Nesse momento, seria possível questionar a segurança jurídica partindo do critério subjetivo do julgador. Entretanto, há necessidade, inicialmente, de compreender este princípio.

Segundo José Afonso da Silva, deve-se interpretar a segurança jurídica como um "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida"¹⁷.

E o próprio doutrinador completa seu entendimento, "uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída".

A grande preocupação recai na hipótese de insegurança com a chamada subjetividade do próprio juiz, porém, como já foi supracitado, a lógica do razoável, não está confeccionada apenas nas normas positivadas, mais também nos valores, princípios e regras.

Um caso prático para apresentar a segurança jurídica, refere-se ao exemplo do clássico no Urso, relatado por Gustav Radbruch:

Em uma estação Ferroviária havia um Cartaz que dizia: "é proibida a entrada de cães". Um homem cego não pode entrar com seu cão guia, então outro homem tentou entrar com um urso e também foi impedido. Iniciou-se um conflito, pois o homem que vinha com o urso afirmava que a restrição não se aplicava a ele, já o cego dizia que era um absurdo não poder entrar com seu cão¹⁸.

Diante desta situação apresentada, pela literalidade da Lei, o deficiente visual não poderia acessar a estação, entretanto, o homem com o Urso deveria entrar, pois o cartaz, deixa claro, a proibitiva apenas aos cães. E caso fosse permitido o acesso com o animal, como ficaria os demais passageiros, ou até mesmo os transeuntes da Ferrovia. Assim, nota-se um total descaso, levando até um tremendo contrassenso.

Logo, esta situação seria facilmente solucionada, obedecendo a Lógica da Equidade, respeitando seus valores voltados aos propósitos concretamente factíveis, ou seja, mesmo com a forma expressa do cartaz, a estação não iria permitir o acesso de nenhum dos animais envolvidos no caso.

Nesse sentido, a segurança jurídica está vinculada a Lógica do Razoável, mesmo com o conflito a partir das normas aplicadas nos direitos fundamentais, seria

¹⁵GONZAGA, A.D.A. & ROQUE, N.C. *Formação humanística para concursos*, Forense e Método, Rio de Janeiro, 2020, p. 449.

¹⁶ GONZAGA, A.D.A. & ROQUE, N.C. *Op. Cit.*, p. 449.

¹⁷ SILVA, J.A.D. *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 133.

¹⁸ GONZAGA, A.D.A. & ROQUE, N.C. *Ob. Cit.*, p. 448.

possível uma relativização, ou seja, um estudo de qual direito deve ser aplicado, sem ferir o sentimento de justiça.

Assim sendo, o próprio Recasens Siches informa que os limites para a interpretação do julgador devem ser pautados no ordenamento, ou seja, mesmo sendo o responsável pela decisão a ser tomada, o juiz não poderá ser arbitrário, logo, deverá se pautar, sempre, nos meios mais justos a partir de cada caso concreto, obedecendo o ordenamento jurídico, seguindo como parâmetro, os critérios supramencionados.

3. Função social do direito a partir de uma releitura sistêmica

Importa-se destacar inicialmente que, quando se busca tratar sobre a função social do direito, a intenção, por sua vez, perpassa na busca da resposta sobre para qual objetivo o direito serviria.

No raciocínio em regra dos juristas, o conceito de direito serviria para um conjunto de normas que serve para regular a sociedade, entretanto, para sociologia jurídica esse posicionamento tem caráter superficial, razão pela qual o faz ver o direito como algo que sejam além de ordem social, controle social e/ou estabelecimento de regras, pois, caso assim fosse, a economia e a política já seriam o suficiente. Neste sentido, o Nicklas Luhman serve como marco teórico deste presente estudo.

Ao se pensar no Direito enquanto um sistema, a sua função será de natureza exclusiva, ou seja, aquilo que o direito consegue realizar para a sociedade de forma que nenhum outro sistema o faz, quer seja o sistema da economia, quer seja o sistema da política. Essa exclusividade, por sua vez, serve não só para diferenciar o sistema do direito, dos demais como também para distinguir função da prestação social e, além disso, essa diferenciação funcional representa ainda o Estado Democrático de Direito, haja vista que garante a devida autonomia a cada um dos sistemas¹⁹.

Assim sendo, a necessidade do sistema, sobretudo em uma ótica evolucionária, está na capacidade de reação de modo adequado para com as mudanças decorrentes do ambiente, selecionando, assim, as estruturas reguladoras vistas como essenciais para a proteção do próprio sistema²⁰.

Para o Luhman a função social do direito seria a generalização congruente de expectativas sociais normativas. Função esta exercida não do direito para o próprio direito, mas do direito para toda a sociedade. Contudo, para a compreensão deste conceito, imprescindível se faz a sua pormenorização²¹.

As expectativas sociais cognitivas são aquelas onde, diante da nossa frustração, a reação social deverá ser de abandono para que se faça de forma diferente. Por outro lado, nas expectativas normativas a forma de reação social não será de abandono da expectativa, mas sim de insistência na expectativa, haja vista que o motivo da frustração na está na conduta do indivíduo e/ou da sociedade, mas sim em quem frustrou ou deu causa para a frustração da expectativa²².

Desta forma, a função social que o direito desempenha é de estabelecer a diferença sobre aquilo que se poderá esperar normativamente daquilo que se poderá esperar cognitivamente, sobretudo, pelo fato de que ao direito importa tão somente as expectativas normativas. E, para além disso, o direito generaliza congruentemente essas diferenças cognitivas e normativas para que toda a comunidade social como um todo possa ter consciência de quais expectativas as mesmas devem agir e esperar cognitivamente ou normativamente em suas dimensões temporal, social e material²³.

¹⁹ LIMA, F.R.D.S. & FILHO, O.V.B. *Separação dos poderes na modernidade: uma releitura sistêmica*, Juruá, Curitiba, 2018, p. 58-59.

²⁰ FEBBRAJO, A. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*, Juruá, Curitiba, 2016, p. 59.

²¹ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016, p. 172-184.

²² LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 191-193.

²³ [...] o direito é o que o direito determina como direito. Ora, essa tautologia permite-se 'desdobrar, ou seja, dividir-se em diferentes expectativas. Se se atenta para o efeito estruturante (que determina expectativas) das operações, assomam relações reflexivas: uma vez que se tem de esperar normativamente, é de maneira normativa que por sua vez se espera.

Assim sendo, são por esses os motivos que para Nicklas Luhman o direito, o sistema jurídico seria o sistema especializado na generalização congruente de expectativas sociais normativas, tipo de comunicação este que só seria produzido com comunicação do mesmo tipo e não, portanto, com comunicação política e/ou econômica²⁴.

Não obstante, pontua ainda que tão importante quanto a especificação da função de cada sistema é a especificação do código comunicativo de cada um dos sistemas, haja vista que são estes que fazem com que o sistema possa ser operativamente fechado e cognitivamente aberto, ou seja, ambos seriam os responsáveis por fecharem operativamente o sistema. Sendo que esse "fechamento operativo" é uma forma autorreferencial que permite a demarcação sobre o que pertence ao sistema e o que pertence ao ambiente²⁵.

Quanto ao código, o direito trabalha com a binariedade entre lícito e ilícito; legal e ilegal; constitucional e inconstitucional²⁶. Porém, o ilícito, o ilegal e o inconstitucional não estaria fora do direito, mas sim seria o fator constitutivo do direito que, portanto, o ativaria.

As Constituições, por sua vez, no cenário sistêmico, têm como papel social viabilizar a relação entre o sistema jurídico e o sistema político, ou seja, são definidas como instrumento de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e a política, servindo "como a parte mais jurídica do sistema político e como a parte mais política do sistema jurídico"²⁷. Neste sentido, vejamos:

A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Promove a referida ligação entre o sistema jurídico e o político. Funciona, pois, como fator de exclusão e inclusão. Acaba, nesses moldes, por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é tida como mecanismos de irritação do sistema por trazer nova comunicação. Também a propriedade é um acoplamento estrutural, contudo, do sistema parcial do Direito com a Económica (ou vice-versa). É a base na qual a Economia diferencia-se enquanto sistema. Processa-se por meio do seu código binário: ter/não ter. Porém, a propriedade não faz parte da comunicação do sistema jurídico. Não é possível resolver pendências jurídicas com a Economia.
[...]

A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema jurídico, por isto mesmo o acoplamento proporciona nova comunicação, cuja consequência é a irritação do sistema parcial acoplado. Este, por sua vez, responderá com nova comunicação, ora sob seu código binário, porém ela será influenciada

Em outras palavras, o direito não é indiferente para consigo. Tampouco se limita a se invocar para isso, a se levar em conta. Ele faz que a distinção entre expectativa cognitiva e normativa, por sua vez, seja objeto da expectativa normativa. [...] Assim, o direito não é simplesmente afirmado com o auxílio de poderoso amparo político para então, em maior ou menor grau se impor. Ao contrário, o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente. Também nessa medida o direito não é determinado hierarquicamente de cima, mas heterarquicamente – portanto, colateralmente – e determinando vizinhanças em forma de redes". In: LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 191-192.

²⁴ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 200-205.

²⁵ FEBBRAJO, A. *Ob. Cit.*, p. 60-63.

²⁶ FEBBRAJO, A. *Ob. Cit.*, p. 63.

²⁷ FEBBRAJO, A. *Ob. Cit.*, p. 65.

pela comunicação levada ao interior do subsistema pelo acoplamento. Sob essa análise, a comunicação transmitida pelo acoplamento influencia por assim dizer a evolução do subsistema acoplado²⁸.

Assim sendo, o acoplamento estrutural, enquanto mecanismo de abertura cognitiva do sistema para o ambiente, tem nas Constituições o meio adequado de ponte intersistêmica que controla as fronteiras do sistema jurídico, mesmo que tendo que combinar qualidades opostas, para fins de suas relações com o ambiente²⁹.

Não olvidando que, mesmo no nível intersistêmico, as Constituições prescindem de compatibilidade para com o funcionamento dos demais sistemas mantendo interação entre normatividade/cognitividade, bem como entre mudança/conservação, sendo conectada a uma combinação de três momentos imprescindíveis para tanto: a) estabilização – passado; b) seleção – presente; c) inovação – futuro³⁰.

Para Luhman essa ideia do acoplamento estrutural, enquanto mecanismo de abertura cognitiva do sistema para o ambiente, teria nas Constituições, nos direitos fundamentais e nos direitos humanos limites, instrumentos de proteção frente a intromissão exacerbada do sistema político frente ao sistema jurídico³¹. Isto é, o próprio sistema do Direito oferece esses limites como forma de reagir ao ambiente político nos limites do próprio sistema jurídico³².

Nesse raciocínio, valores, princípios e regras devem também ser considerado como limites, instrumentos de proteção quando dos exageros do sistema político frente ao sistema jurídico, ou seja, como reforço para garantir a integridade do sistema jurídico em razão dos avanços excessivos da política e econômica no direito.

Desta feita - do mesmo modo com a separação dos poderes -, quando o julgador se deparar com princípios e/ou regras jurídicas quando de um julgamento, o tratará como um limite para a concretização do direito, sobretudo, na ótica de Luhman, de que aos tribunais cabe a responsabilidade pelo fechamento operacional sistema jurídico e de dizer se determinada conduta é ou não conforme o direito garantindo as expectativas normativas. De tal sorte, evita-se a hipertrofia de um sistema em desfavor do outro e, portanto, mantém-se o código binário do direito em contrapartida ao da política³³ e de experimentalismos democráticos³⁴³⁵³⁶³⁷.

Porém, isso em nada significa uma defesa a um hábito nacional de uso dos valores, princípios e regras de forma heroica, irrestrita e/ou salvadora. Pelo contrário. A defesa é pela utilização como guia interpretativo da realidade social e não para desafiar a função sistêmica do direito de generalização congruente de expectativas sociais normativas³⁸.

Assim sendo considerada a Constituição como limite sistêmico, nos termos do que aduz Luhman, os valores, princípios e regras, devem ser impostos ao sistema jurídico na forma de garantia de desdiferenciação. Portanto, uma vez tendo sido positivado, não caberia a opção política de observância ou não, mas sim o ônus da sua efetivação social. Cabendo, ainda, ao Estado-juiz atuar no seu papel de limitador do

²⁸ LIMA, F.R.D.S. "Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos", *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 11, nº 1, 2010, pp. 27-45.

²⁹ FEBBRAJO, A. *Ob. Cit.*, p. 61.

³⁰ FEBBRAJO, A. *Ob. Cit.*, p. 66-68.

³¹ LUHMANN, N. *Ob. Cit.*, p. 589-592.

³² LIMA, F.R.D.S. & FILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, p. 67-68.

³³ LIMA, F.R.D.S. & FILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, p. 70-71.

³⁴ UNGER, R.M. *O direito e o futuro da democracia*, Editora Boitempo, São Paulo, 2004. p. 16-17.

³⁵ MUDROVITSCH, R. *Desentrincheiramento da Jurisdição Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2014, pp. 60-61.

³⁶ UNGER, R.M. "False necessity: anti-necessitarian social theory in the servise of radical democracy", *Volume 1 of Politics*, New Edition, New York, 2004.

³⁷ UNGER, R.M. *Política: Os Textos Centrais*, Boitempo, Rio de Janeiro, 2001, pp. 17-25.

³⁸ LIMA, F.R.D.S. & FILHO, O.V.B. *Ob. Cit.*, p. 74-75.

poder político sendo responsável pela garantia do Estado Democrático de Direito e dos princípios deste decorrentes.

4. Teoria da lógica da equidade aplicada no caso concreto

Acompanhando as teorias dos capítulos anteriores, o estudo do artigo apresentado refere-se na liberdade em que o magistrado pode usar, para definir sua sentença, desde que não ultrapasse nas normas legais, analisando o caso concreto. Logo, pela lógica do razoável, o detentor da função jurisdicional, tem ao seu comando, a possibilidade de, ao analisar o caso concreto e a respeito dele, ter à sua disposição, leis que podem ser contrárias, ou que sejam dotadas de incorreções legislativas, optar por uma ou outra lei, e ainda, com muito mais responsabilidade, "pautar-se por critérios de justiça. Nada mais lógico e razoável do que isto"³⁹.

Além do mais, a interpretação se baseia na transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma), de sorte que a norma não é apenas o texto normativo nela transformado, pois ela resulta também do conteúdo entre o texto e os fatos (a realidade).

Assim, a aplicação do direito pressupõe a utilização dos logos do razoável uma vez que os procedimentos decisórios não obedecem a qualquer tipo de predeterminação de seus conteúdos, onde Silva e Zenni define a logos do razoável como "como pauta interpretativa, dando ênfase à equidade, grande ferramenta de que se vale o jurista, tanto abordada como fonte de direito, na criação do direito, como critério hermenêutico, no instante de sua aplicação aos casos concretos".⁴⁰

No ensejo de abordar o conteúdo de forma prática, apresentar-se-á um caso concreto que ilustra de modo claro, a interpretação de um juiz das cortes superiores consoante a decisão apresentada pelo tribunal *a quo*.

O caso em tela, abordará, um dos maiores malefícios presentes na sociedade, o tabagismo. Assim, esse Recurso Especial de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão decidida na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo objeto trata-se de Responsabilidade Civil por meio de uma Ação Reparatória ajuizada por familiares de fumante falecido.

No Relatório, a vítima era tabagista desde sua adolescência e em meados de 1998, foi diagnosticado com a doença "bronco-pulmonar obstrutiva crônica", acrescida de enfisema pulmonar avançado, onde sempre fumou cigarros de uma marca conhecida, de fabricação da ré, onde, com o passar do tempo, chegando ao ápice do vício com o consumo de mais de dois maços por dia.

Tendo como um dos questionamentos, refere-se a excessiva propaganda do seu produto em escala nacional, com a ilusão de figurar pessoas saudáveis e bonitas, características predominantes para o incentivo ao seu uso.

Outro ponto argumentado, diz respeito a conduta dolosa praticada pela Souza Cruz S/A (empresa ré na ação e recorrente nesse caso estudado), pois na visão dos autores (familiares da vítima), a empresa ocultou da população tal informação (os efeitos danosos pelo consumo de cigarro), valendo-se de propagandas enganosas e até mesmo abusivas.

Os autores ajuizaram a ação de reparação de danos morais na Comarca de Cerro Largo/RS onde o juiz de direito responsável, julgou improcedente, haja vista que, as conjecturas apresentadas não como caracterizar o nexo de causalidade com a empresa, além do mais, a Souza Cruz S/A está em regular exercício de direito.

³⁹ TOMASZEWSKI, A.D.A. *A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar*, Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso: 16 dez. 2021.

⁴⁰ SILVA, E.L.D. & ZENNI, A.S.V. "Aspectos Gerais da Lógica do Razoável Como Arte da Interpretação Jurídica", *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, v. 8, n. 1, pp. 117-129, jan/jun. 2008, p. 119.

Causando um dissabor, a família recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), na qual por maioria, deram provimento ao apelo, cuja interpretação do caso, configura-se que a mera licitude formal da atividade comercial não pode abdicar do dano reparatório diante dos prejuízos causados aos tabagistas ou aos meros consumidores desse produto causador de danos a saúde, bem como, da ausência de informações, assim, violando os direitos básicos do consumidor.

Contudo, com a decisão prolatada pelo TJRS, a empresa Souza Cruz S/A recorreu do acórdão e sendo distribuído, para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria do Min. Luiz Felipe Salomão.

Nota-se e não é de hoje, que o uso desse produto se torna prejudicial (causando diminuição na resistência física, até sintomas mais agravantes como o câncer, podendo chegar ao óbito, como no caso concreto apresentado), aos consumidores, mais também, aos indivíduos próximos (fumantes passivos), pois possui em sua composição inúmeras substâncias tóxicas, principalmente pela nicotina.

O caso em colenda descreve uma correta sapiência vinculada a teoria da lógica da equidade, contudo, imagine-se que a decisão tivesse como base, a lógica jurídica meramente formal (Clássica de Aristóteles).

Aplicando a Lógica Formal, onde se utiliza métodos de interpretação baseando-se no puro raciocínio lógico-dedutivo, observa-se que a situação da empresa seria catastrófica, haja vista que, ao decidir de modo positivista, deve-se lembrar que, irá abrir um enorme precedente contra todas as marcas de cigarro sofrerem perante seus próprios consumidores e até mesmo pelos fumantes passivos.

Outro ponto relevante a ser mencionado, refere-se ao alto grau de nocividade ou periculosidade, ou seja, sim, o cigarro é um produto extremamente nocivo, contudo, há outros produtos/mercadorias com alta carga tóxica, ou seja, definindo-se como de alta periculosidade, porém, são considerados como adequados para o uso, e até mesmo essenciais a sociedade, tais como: produtos químicos, exames de ressonância magnética, entre outros. Além do mais, o cigarro não pode ser interpretado como um produto defeituoso, em obediência ao art. 12 do CDC.

Ainda na parte de produtos considerados como alto grau de nocividade ou periculosidade, imagine-se, em pleno século XXI, como seria viver, sem o uso de medicamentos para as diversas doenças imunológicas (Psoríase, Diabetes, Esclerose Múltipla, entre outras). Onde os medicamentos são destinados a um determinado grupo de pacientes

Logo, caso tivéssemos vinculado a teoria da Lógica Formal, esses medicamentos não poderiam ser produzidos e muito menos comercializados em território nacional, diante da norma, proibir o uso de produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade. Contudo, esses medicamentos podem ser consumidos, desde que esteja vinculado as legislações específicas.

Felizmente, não tivemos um exemplo prático, porém, nos Estados Unidos da América, no início do Século XX, a Constituição Americana proibia "a manufatura, venda e transporte de bebidas intoxicantes", ou seja, bebidas que tenha mais de 0,5% de teor alcóolico seria considerado intoxicante.

Com a aplicação da chamada "Lei Seca", houve-se um aumento na comercialização de bebidas consideradas "intoxicantes", tornando-se uma prática comum, realizada, principalmente, pelas organizações criminosas, ou seja, ao invés de acabar com a pobreza, vício e corrupção, essa norma americana apresentou um aumento significativo nos índices de criminalidade e principalmente de embriaguez.

Percebe-se claramente que, a Lógica Formal não será considerada como a mais eficaz, onde cada caso deve ser analisado, em obediência ao princípio da razoabilidade, por parte do magistrado, assim, a hermenêutica jurídica, no intuito de se debruçar, pesquisar para sistematizar o processo interpretativo, vem acompanhando com a teoria de Recasens Siches.

Voltando ao caso apresentado, nota-se a aplicação da Teoria da Lógica do Razoável, a partir do brilhante voto do Min. Luis Felipe Salomão, onde trouxe, de modo listrado, sua interpretação.

De forma expressa, o Ministro Salomão ensina que, mesmo que haja divergências doutrinárias com a norma aplicada ao direito do consumidor, é preciso

entender que o cigarro também está ligado ao consumo de bebidas, onde ambos os produtos causam malefícios ao ser humano, ou seja, trata-se de produtos com alto risco, comprometendo a saúde, tanto do consumidor quanto dos fumantes passivos.

No tocante as propagandas, inúmeros indivíduos justificam o uso de cigarro, a partir das intervenções midiáticas realizadas, principalmente, em horário nobre na Televisão Brasileira onde, incentivavam o consumo de cigarros e bebidas alcóolicas, seja pelo seu *slogan* das marcas, ou seja, pelas pessoas contratadas (normalmente, eram indivíduos com grande influência midiática), demonstrando um certo *glamour*, *status*, beleza, elegância.

Contudo, na história brasileira, o hábito do fumar vincula-se um ato sagrado, sendo usado em rituais indígenas ou até mesmo, para o uso medicinal, costume esse, conservado até os dias atuais, em determinados movimentos culturais e religiosos.

Além do mais, essa interpretação não poderá prevalecer, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 220, §4º, trata-se da comunicação social, logo, cuida de produtos e serviços de categorias assemelhadas, de periculosidade inerente, bem como da divulgação desses produtos.

Nesse interstício, aquelas propagandas do mundo de Marlboro (o cavaleiro montado no seu cavalo fumando o cigarro), ou então, no *slogan* Hollywood ... ao sucesso (que aparecia ao som de rock e esportes radicais), como se o cigarro tivesse algo relacionado ao incentivo, estão proibidas de serem divulgadas, mesmo aqueles que já fazem o seu uso.

Tanto que, atualmente, as diversas mídias televisivas, apenas apresentam o produto, nem mesmo sendo possível o consumo fictício, obedecendo o dispositivo expresso na Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, não há como condenar uma empresa por práticas anteriores a criação de normas regulamentadoras, ou seja, não será possível censurar a Souza Cruz S/A, consubstanciado por atividades preteridas a sua fundamentação jurídica, que nesse caso concreto, trata-se da carta magna e pelo diploma consumerista.

Dessa forma, a Teoria da Lógica do Razoável, com o passar dos tempos, vem, cada vez mais, sendo aplicada pelos magistrados estaduais, federais e pelas cortes superiores, consubstanciada na hermenêutica jurídica contemporânea. Assim, espera-se que a continuidade da Teoria da Equidade, garantindo a segurança jurídica, bem como, o respeito ao valor de justiça, desde que, não seja de modo arbitrária, mantendo sempre a imparcialidade.

5. Considerações Finais

A realização de uma análise, a partir de uma concepção sistêmica da função social do direito, sobre a possibilidade (ou não) da aplicação da teoria da lógica do razoável no contexto jurídico contemporânea e sobre o formato para a sua aplicação, perfaz todo sentido quando considerado o contexto crítico e de duros testes que a hermenêutica jurídica tem passado nos períodos recentes, inclusive, tendo vários de seus impasses nas cortes constitucionais e supremas.

Sendo assim, mesmo a partir da análise da teoria da lógica do razoável ou lógica da equidade enquanto mecanismo, ou não, de segurança jurídica - ou seja, pela defesa de posição do magistrado não somente de "boca da lei", mas também vinculado a valores, princípios e regras -, observou-se que os limites para a interpretação do julgador devem ser pautados no ordenamento, ou seja, mesmo sendo o responsável pela decisão a ser tomada, o juiz não poderá ser arbitrário, logo, deverá se pautar, sempre, nos meios mais justos a partir de cada caso concreto, obedecendo o ordenamento jurídico, seguindo como parâmetro, os critérios supramencionados.

Em complemento, partindo da concepção luhmaniana, importou-se destacar que a função social do direito seria a generalização congruente de expectativas sócias normativas, concluiu-se que, considerada a Constituição como limite sistêmico, nos termos do que aduz Luhman, os valores, princípios e regras, devem ser impostos ao sistema jurídico na forma de garantia de desdiferenciação. Portanto, uma vez tendo

sido positivado, não caberia a opção política de observância ou não, mas sim o ônus da sua efetivação social. Cabendo, ainda, ao Estado-juiz atuar no seu papel de limitador do poder político sendo responsável pela garantia do Estado Democrático de Direito e dos princípios deste decorrentes.

Por fim, ao se fazer um estudo de caso a partir dos marcos teóricos supracitados, destaca-se que a Teoria da Lógica do Razoável vem sendo aplicada, consubstanciada na hermenêutica jurídica contemporânea, entretanto, a expectativa é de que para a sua continuidade na aplicação, observada a segurança jurídica, bem como o respeito ao valor de justiça, a sua aplicação não pode ser arbitrária, mantendo sempre a imparcialidade.

6. Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*, Martins Fontes, São Paulo, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1999.
- ALEXY, R. "Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos Y Razón Práctica", *Doxa* 5, 1988, Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>, acesso em: 18 fev. 2022.
- ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2º ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ALEXY, R. *Conceitos e validade do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2020.
- ATIENZA, M. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*, 2º ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ATIENZA, M. *Curso de argumentação jurídica*, Alteridade, Curitiba, 2017.
- BARROSO, L.R. & BARCELLOS, A.P. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010.
- BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 14 dez. 2021.
- BRASIL. *Lei nº. 8.078 de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm, acesso em: 14 dez. 2021.
- BRASIL. *REsp nº 1113804 - RS 2009/0043881-7*, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19141037/recurso-especial-resp-1113804-rs-2009-0043881-7/inteiro-teor-19141038>, acesso em: 12 dez. 2021.
- CALCINI, F.P. *Limites ao Poder de Reforma da Constituição: O Embate entre as Gerações*, Millennium, Campinas, 2009.
- COELHO, L.F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Forense, São Paulo, 1979.
- DALLARI, D.D.A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, São Paulo, 2012.
- FARIAS, E.P.D. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, PC Editorial Ltda, São Paulo, 1996.
- FEBBRAJO, A. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*, Juruá, Curitiba, 2016.
- GONZAGA, A.D.A. & ROQUE, N.C. *Formação humanística para concursos*, Forense e Método, Rio de Janeiro, 2020.
- GONZAGA, A.D.A. *Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito*, Enciclopédia jurídica da PUCSP, São Paulo, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/62/edicao-1/logica-do-razoavel>, acesso em 15 dez. 2021.
- LIMA, F.R.D.S. & FILHO, O.V.B. *Separação dos poderes na modernidade: uma releitura sistêmica*, Juruá, Curitiba, 2018.

- LIMA, F.R.S. "Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos", *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 11, nº 1, 2010, pp. 27-45.
- LORDELO, J.P. *Noções gerais de direito e formação humanística*, JusPODIVM, São Paulo, 2020.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*, Martin Claret, São Paulo, 2007.
- MUDROVITSCH, R. *Desentrançamento da Jurisdição Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2014.
- MORAES, A.D. *Direito Constitucional*, 36ª ed., Atlas, São Paulo, 2020.
- RECASÉNS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1973.
- SILVA, E.L.D & ZENNI, A.S.V. "Aspectos Gerais da Lógica do Razoável Como Arte da Interpretação Jurídica", *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, v. 8, n. 1, pp. 117-129, jan/jun. 2008, p. 119, disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/724/559>, acesso em: 15 dez. 2021.
- SILVA, J.A.D. *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2006.
- TOMASZEWSKI, A.D.A. A lógica do razoável e o negócio jurídico: *reflexões sobre a difícil arte de julgar*, disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em: 16 dez. 2021.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- UNGER, R.M. *O direito e o futuro da democracia*, Editora Boitempo, Rio de Janeiro, 2004.
- UNGER, R.M. *Política: os textos centrais*, Boitempo, Rio de Janeiro, 2001.
- UNGER, R.M. "False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service Of Radical Democracy", *Volume 1 of Politics*, New Edition, New York, 2004.
- WALDRON, J. "Dirty little secret", *Columbia Law Review*, 1998.
- VILANOVA, L. *Estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo*, Noeses, São Paulo, 2005.
- VIEHWEG, T. Tópica e jurisprudência: *uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 5º ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

A análise hermenêutica da decisão que equiparou a injúria racial à prática de racismo pelo Supremo Tribunal Federal

The hermeneutic analysis of the decision that equated racial insult with the practice of racism by the Supreme Court

Ana Claudia Sousa de Campos¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. O conceito de hermenêutica. 3. O Habeas Corpus n^o. 154.246; 4. Crítica à Decisão do Supremo Tribunal Federal; 4.1.O Mérito Da Questão; 4.2. A Ilegitimidade da Decisão a) Premissa essencial para uma visão crítica acerca da atuação das cortes constitucionais; b) O problema do ativismo judicial ilegítimo

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise da hermenêutica junto a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que equiparou a injúria racial ao racismo para fins de imprescritibilidade. Para essa análise, o trabalho será dividido em três pontos: na primeira parte, serão vistos os aspectos gerais do conceito da hermenêutica. Após será abordada a decisão do Habeas Corpus n^o 154.248. E por fim, será feita crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal onde serão vistos o mérito da questão e a ilegitimidade da decisão onde analisaremos o problema do ativismo judicial ilegítimo do HC n^o 154.248.

Palavras-Chave: Ativismo judicial; Racismo; Injúria racial; Hermenêutica.

Abstract: The object of this article is to analyze the hermeneutics with the decision of the Federal Supreme Court (STF) that equated racial insult with racism for purposes of imprescriptibility. For this analysis, the work will be divided into three points: in the first part, the general aspects of the hermeneutics concept will be seen. Afterwards, the decision of Habeas Corpus No. 154,248 will be discussed. And finally, a criticism will be made of the decision of the Federal Supreme Court, where the merits of the matter and the illegitimacy of the decision will be seen, where we will analyze the problem of the illegitimate judicial activism of HC n^o 154.248.

Keywords: Judicial activism; Racism; Racial insult; Hermeneutics

¹Doutoranda em Direito Constitucional - Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil / Pesquisadora do Grupo de pesquisa - Processo Civil à Luz da Constituição Federal de 1988 - IDP/DF / Avaliadora na Revista Jus Scriptum - Revista Jurídica do NELB / Advogada / Conselheira do Conselho Municipal do Tributos (CMT/SP) - biênio 2020-2022 / Professora - Aprovada em Concurso Público Processo Seletivo 01/2019 FAUSCS - Universidade São Caetano do Sul - Docente pós-graduação / Presidente da Comissão de Direito Tributário OAB/SP - subseção Jabaquara / Mestre em Direito na Sociedade da Informação (Faculdade Metropolitanas Unidas - FMU-SP). <https://orcid.org/0000-0001-7988-3608>

1. Introdução

A hermenêutica surge quando a compreensão imediata não é mais suficiente. Supõe um retorno a uma forma de comunicação cuja mensagem não se esgote em sua expressão, ou seja, quando o significado não é mais dado imediatamente, mas deve ser procurado por um esforço particular, comunicação e evidência pragmática de uso dos sinais.

Ela introduz a mediação de uma interpretação entre o signo e seu significado. Em muitos casos, a comunicação retira-se imediatamente da estrutura de uma troca imediata dirigindo a si mesmo, por ser simplesmente uma atividade que deixa rastro.

Esse rastro de atividade, independentemente de qualquer intencionalidade específica, produz um significado, atesta a "intencionalidade" e surge de um esforço interpretativo.

É através da interpretação, que o direito como sistema social consegue uma "auto adaptação" impessoal ao contexto geral da sociedade. Diz-se que a interpretação é um fator de evolução 'mecânica' do sistema jurídico sob a influência do seu ambiente².

A pergunta que procuraremos responder não é acerca da necessária desconstrução da herança escravocrata no Brasil, mas sim se o Supremo Tribunal Federal pode, sem nenhuma participação do Poder Legislativo, decidir sobre pontos sensíveis envolvendo direitos fundamentais em nossa sociedade.

Para tanto, este trabalho será dividido em três pontos: na primeira parte, serão vistos breves considerações sobre o termo hermenêutica. Após será abordado os aspectos gerais da decisão do Habeas Corpus nº 154.248. E por fim, será feita crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do julgamento da equiparação da injúria racial ao racismo onde vamos enfocar no mérito da questão e a ilegitimidade da decisão.

Vale ressaltar, que adotaremos a posição que diferencia o mérito da legitimidade da decisão, pois ainda que a interpretação respeite os ditames constitucionais, a decisão emanada pelo poder judiciário poderá ou não interferir em um grau inaceitável em matérias de competência do poder legislativo sendo assim ilegítimas.

A pesquisa será bibliográfica, utilizando obras nacionais e estrangeiras.

O conhecimento hermenêutico difere do conhecimento racional apenas na medida em que deve ser derivada dos discursos de outros, mas pode ser adquirida diretamente por um esforço de reflexão.

E é isso que procuraremos trabalhar nessa estrutura tão reduzida.

2. Breves considerações sobre o termo Hermenêutica

Friedrich Schleiermacher é o fundador da hermenêutica³ moderna e da teoria da tradução juntamente com Hans-Georg Gadamer⁴ e Paul Ricoeur.

² LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*, Editora Suhrkamp Paperback, Frankfurt, 1993, p. 46.

³ "O termo 'hermenêutica' só veio a lume no século XVII, quando o teólogo estraburguense, Johann Conrad Dannhauer o inventou para nomear o que se chamava antes dele de *Auslegungslehre* (Auslegekunst) ou a arte da interpretação". In: GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012, p. 17.

⁴ GADAMMER, H.G. *Verdade e Método*, Le Seuil, Paris, 1976, p. 135.

Hans-Georg Gadamer é o primeiro filósofo a usar o termo "hermenêutica"⁵, evocando as noções de interpretação (hermeneuiano em grego)⁶ e do significado de um ponto de vista não dogmático, ou seja, sem autoritarismo e nem referência institucional.

Segundo a teoria de Gadamer, apoiada na filosofia heideggeriana, o ponto de partida para a compreensão é quando algo nos chama atenção. Com isso, primeiro buscamos compreender o todo a partir de uma expectativa de sentido derivada do contexto do momento em que se busca a interpretação. Mas essa pré-compreensão sempre estará sujeita à revisão. Toda compreensão correta deve se fixar "nas coisas mesmas", depurando-se da arrogância de buscar no texto a confirmação das suas antecipações, mas, pelo contrário, estar aberto para outras opiniões, inclusive a do próprio texto.

Depois, procura-se compreender as partes do todo, novamente considerando a possibilidade do ajuste da expectativa, de modo que o movimento da compreensão se dá do todo para a parte e novamente para o todo. O desafio é alargar a unidade da compreensão do sentido em círculos concêntricos. De acordo com Gadamer, "a confluência de todos os detalhes no todo é o critério para a correta compreensão"; caso contrário, conclui-se pelo fracasso da compreensão.⁷

Essa apertada síntese apresenta a teoria do círculo da compreensão de Gadamer, que posicionou a hermenêutica na "filosofia", conseguindo redefinir completamente o objeto da filosofia moderna. Hermenêutica é uma palavra que cada vez mais se ouve nos círculos teológicos, filosóficos e mesmo literários.⁸

Na filosofia de Hans-Georg Gadamer, a hermenêutica é a teoria da verdade e o método expresso pela universalização do fenômeno interpretativo a partir da historicidade concreta e pessoal.

De forma breve, observamos que no primeiro momento, a hermenêutica jurídica deve ser distinguida da hermenêutica filosófica, teleológica ou mesmo histórica, bem como por suas técnicas. Desse modo, podemos, assim, descrevê-la como uma ferramenta prática para um propósito puramente pragmático.

No entanto, o problema da interpretação jurídica torna a hermenêutica um ponto nefrágico para a epistemologia jurídica. A especificidade da hermenêutica jurídica, então, reside na sua função pragmática, na sua prática diária para aqueles que operam na seara do Direito.

Miguel Reale faz distinções entre hermenêutica e interpretação, quando diz: "interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondem àqueles objetivos".⁹

A hermenêutica é a disciplina da interpretação e concebida antes de mais nada como a ciência das regras que regem a explicação dos textos, ou seja, uma arte técnica. Assim, como bem explica Inocêncio Mártires Coelho que uma das mais relevantes colaborações da hermenêutica filosófica contemporânea para a teoria e a sociologia do conhecimento foi o fortalecimento do discernimento de que "a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se pretende compreender"¹⁰.

⁵Hermeneuic é um derivado do nome do deus Hermès, o intérprete da mensagem divina aos homens. O que dá à hermenêutica o aspecto de um ato, o de transmitir o que foi dito por outros através de um esforço pessoal de transferência". In: TONELLI, M.L.Q. *Hermenêutica Jurídica*, disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4324, acesso em: 12 dez. 2021.

⁶GRUNWALD, A.B. *Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça*, disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4351, acesso em: 12 dez 2021.

⁷ ALMEIDA, C.L.S.D. *Hermenêutica Filosófica: Nas Trilhas de Hans-Georg Gadamer*, DIPUCRS, Porto Alegre, 2000, pp. 142-143.

⁸ PALMER, R. *Hermenêutica*, Edições 70, Lisboa, 1969, p. 14.

⁹ REALE, M. *Lições preliminares de direito*, 27ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004, p. 289.

¹⁰ MENDES, G.F.; COELHO, I.M. & GONET BRANCO, P.G. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000, p. 16.

A arte de compreender e interpretar é uma reflexão sobre as condições do conhecimento no século XX, tornou-se uma teoria filosófica encontrando seu campo de aplicação nas ciências humanas, cujo objeto último é o significado e a significação. Podemos nos questionar sobre o que se entende por interpretar? Nas lições de Celso Ribeiro Bastos "interpretar é atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros"¹¹.

O problema da interpretação aparece hoje como um dos aspectos essenciais de todo conhecimento e a hermenêutica filosófica incorpora uma das principais correntes da filosofia contemporânea.

Em sua obra magistral intitulada Verdade e Método, Hans-Georg Gadamer lembra que a tarefa da hermenêutica se baseia na "polaridade entre familiaridade e estranheza"¹².

Entre a familiaridade e a estranheza encontramos a tradição. Como exposto por Gadamer, o verdadeiro lugar da hermenêutica está no ponto médio entre "a objetividade distante, contemplada na história, e o pertencimento a uma tradição". Isso significa que o tempo é essencial para a compreensão, não como algo a ser transposto, mas como algo a ser levado em consideração no ato de compreender, ou seja, devemos tratar o tempo como "possibilidade positiva e produtiva da compreensão"¹³.

A hermenêutica tem uma relação especial com tudo que está relacionado à linguagem e à escrita. O primeiro lugar da hermenêutica filosófica é a linguagem¹⁴ porque esta, lembra Gadamer, é "o meio universal em que opera a própria compreensão" e "a interpretação é o modo de operação da compreensão"¹⁵. A tarefa da interpretação e o significado da compreensão são diferentes (uma mais indefinível, outra mais histórica) no que respeita a uma obra e no que respeita a um «objecto»¹⁶.

Desse modo, a tarefa da hermenêutica filosófica, implementada por Schleiermacher, enquadra-se no horizonte do pensamento kantiano ao focar na análise dos pressupostos e condições de advento do sentido, ao mesmo tempo que reconhece o papel do observador no conhecimento e organização dos objetos.

3. O Habeas Corpus nº 154.248

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 154.248, equiparou a injúria racial ao crime de racismo, para fins de imprescritibilidade. No caso concreto que deu ensejo ao remédio constitucional, uma senhora, atualmente com 80 anos de idade, fora condenada a um ano de reclusão e 10 dias-multa pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Brasília/DF, por ter insultado uma frentista de um posto de combustíveis, chamando-a de "negrinha nojenta, ignorante e atrevida". A conduta fora tipificada como crime de injúria qualificada pelo preconceito, nos termos do art. 140, §3º, do Código Penal¹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede recursal¹⁸, já havia afastado a extinção da punibilidade estatal. Em razão da transcorrência de metade do prazo

¹¹ BASTOS, C.R. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2º ed., Celso Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999, p. 17.

¹² GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 135.

¹³ ALMEIDA, C.L.S.D. *Ob. Cit.*, p. 148.

¹⁴ "A linguagem normativa não tem significações unívocas. Os seus vocábulos comportam mais de um conceito, o que, por si só, já seria bastante para justificar a necessidade da interpretação". In: BASTOS, C.R. *Ob. Cit.*, p. 17.

¹⁵ GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 235.

¹⁶ PALMER, R.E. *Ob. Cit.*, p.18.

¹⁷BRASIL. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

¹⁸BRASIL. *AREsp nº 734.236 - DF*, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A COR&livre=AgRg+no+AREsp+734.236%2FDF, acesso em: 10 dez 2021.

prescricional, diante do fato da mulher ter mais de 70 anos, o Estado não poderia mais executar a sentença condenatória (arts. 109, V, e 115 do CP)¹⁹. Entretanto, o STJ entendeu que a prescrição não se aplica ao crime de injúria racial, uma vez que seria mera categoria do crime de racismo, que é imprescritível conforme o art. 5º, XLII, da Carta Magna²⁰.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal²¹, sob relatoria do Min. Edson Fachin, responsável pelo voto condutor –, acompanhado por seus pares, exceto pelo Min. Nunes Marques –, decidiu por denegar o *habeas corpus*, a partir de uma interpretação sistemático-teleológica do referido inc. XLII, a fim de estender o conceito de racismo à prática de injúria racial. Segundo o voto do Ministro Relator, “o crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível”.

A argumentação do Ministro Fachin pode ser dividida em duas categorias, as quais somente discriminamos para fins analíticos: (i) argumento fático-sociológico e (ii) argumento jurídico.

Quanto à primeira, o Min. Fachin discorre sobre o racismo estrutural, fato inegavelmente presente na realidade brasileira. Conforme as palavras do Ministro, “há racismo no Brasil. É uma chaga infame que marca a interface entre o ontem e o amanhã”. Em outra passagem do seu voto, o Relator afirma ser inequívoco o racismo como uma realidade ainda a ser superada em nossa sociedade.

Vale repetir as palavras do Ministro acerca da estrutura racializada no Brasil:

“A estrutura racializada que observamos é alimentada por fatores (inter-relacionados), que promovem a subordinação: aqueles de ordem ideológica que constroem a inferioridade a partir das manifestações de desprezo, de ódio ou qualquer outra forma de violência; e aqueles de ordem material, que bloqueiam acessos aos mais diversos bens, como por exemplo, a educação, saúde e empregos”²².

Além disso, o Ministro Fachin lança mão dos argumentos jurídicos, ao afirmar que os fatores ideológicos são tratados diretamente pela Constituição Federal, mais especificamente no seu art. 5º, XLII²³, que prevê como resultado da prática do racismo, nos termos da lei, a sua inafiançabilidade, imprescritibilidade, além da sujeição à pena de reclusão.

Ainda no plano constitucional, continua a argumentação, nossa Lei Maior estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), além de manifestar como princípio norteador do Estado brasileiro em suas relações internacionais o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII).

¹⁹BRASIL. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

²⁰BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

²¹BRASIL. *Habeas Corpus nº 154.248 – DF*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>, acesso em 09 dez 2021.

²² “Para a maioria do Plenário, a injúria configura um dos tipos de racismo. O Olenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) decidiu, nesta quinta feira (28), que o crime de injúria racial configura um dos tipos penais de racismo e é imprescritível. Por maioria de votos, o colegiado negou o Habeas Corpus (HC) 154248, em que a defesa de uma mulher condenada por ter ofendido uma trabalhadora com termos racistas pedia a declaração da prescrição da condenação, porque tinha mais de 70 anos quando a sentença foi proferida”. In: TJRJ. *Injúria racial é crime imprescritível*, disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/25455905>, acesso em: 05 mar. 2022.

²³BRASIL. *Idem*.

No plano infraconstitucional, o Ministro cita a Lei nº 7.716/89²⁴, Lei nº 9.459/97²⁵ e Lei nº 12.288/10 e resolução 68/237, bem como, na esfera internacional, lembra da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Por fim, fundamenta que não há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989²⁶ e a tipificada no art.140, § 3º, do Código Penal²⁷. Em ambos os casos, segundo o Ministro, “há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido”.

Desse modo, o Ministro argumenta que, a partir de uma análise global do ordenamento jurídico, não existem motivos para afastar o crime de injúria racial do âmbito de aplicação do mandamento constitucional de criminalização das práticas racistas.

4. Crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal

4.1. O mérito da questão

Materialmente, irretocável o voto do Ministro Fachin. Com um mínimo de percepção, de sensibilidade acerca da realidade preconceituosa brasileira, fato aliado aos ditames constitucionais que prescrevem a busca da redução das desigualdades – mormente no que diz respeito à população negra –, espírito igualmente presente em outros diplomas normativos, chega-se facilmente à conclusão de que o Estado-poder, assim como o Estado-sociedade dentro do contexto democrático, guardam o dever de extirpar essa mazela presente em nossa realidade social.

Lembremos que interpretar além da literalidade não é sinônimo de ativismo judicial, ou seja, no atual estágio da Hermenêutica Jurídica, o juiz não é mais considerado o “boca da lei”, mas sim um dos responsáveis por interpretar o texto normativo, a fim de extrair do dispositivo legal a norma jurídica. Em outras palavras, o enunciado é apenas o ponto de partida para a interpretação, porém também será o limite para a atividade exegética.

Friedrich Müller, um dos representantes do método concretista estruturante, afirma que a norma jurídica é composta de duas partes: programa normativo e âmbito normativo. O programa normativo é a literalidade do texto compreendido a partir dos métodos clássicos da interpretação, enquanto o âmbito normativo são os dados fáticos que informam o programa normativo, o qual, por sua vez, e, concomitantemente, delimita o recorte da realidade social equivalente ao âmbito normativo²⁸.

Robert Alexy discorda de Müller especificamente no que diz respeito à realidade fazer parte da norma jurídica. Para Alexy, a realidade não integra a norma jurídica²⁹, ainda que certamente deva ser levada em consideração durante o processo de interpretação. Em outros signos, igualmente como adepto do método concretista, Robert Alexy entende que as circunstâncias fáticas do caso concreto devem influenciar a interpretação do enunciado normativo, cujo produto é a norma jurídica.

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal reproduz a teoria concretista, como visto em Müller e Alexy. Com efeito, a discriminação racial no Brasil deve

²⁴BRASIL. *Lei nº 7.716 de 1989*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

²⁵BRASIL. *Lei nº 9.459 de 1997*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

²⁶BRASIL. *Idem*.

²⁷BRASIL. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

²⁸MÜLLER, F. *Teoria Estruturante do Direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 194.

²⁹ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 80.

informar a atividade exegética exercida sobre o art. 5º, XLII, da Constituição Federal³⁰, com o fito de expandir o conceito de racismo para alcançar a prática de injúria racial.

Ademais, Robert Alexy afirma que norma jurídica é gênero cujas espécies são regras e princípios. Regras são determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, aplicando-se pelo modelo do tudo ou nada, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização no âmbito das situações fáticas e jurídicas, aplicando-se pelo modelo da ponderação.

Nesse sentido, Humberto Ávila apregoa que a Constituição traça o âmbito de atuação dos Poderes do Judiciário, Legislativo e Executivo através de regras e princípios. As regras prescrevem diretamente aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, ou seja, não deixam em aberto o meio a ser escolhido para determinado fim – neste caso, o próprio constituinte efetua uma ponderação que afasta qualquer ponderação posterior do julgador. Já os princípios não estabelecem aquilo que é proibido, permitido ou obrigatório, mas limitam-se a fixar fins, deixando em aberto a definição dos meios adequados e necessários à sua promoção³¹.

Observamos que o constituinte originário estabeleceu uma regra em seu art. 5º, inc. XLII³², porque estabeleceu a imprescritibilidade, assim como inafiançabilidade, como meios para eliminar o racismo (art. 3º, IV, CF)³³.

Portanto, ainda que o julgador possua uma liberdade de conformação menor para interpretar o referido dispositivo, cabe interpretar o conceito “racismo” ampliativamente para alcançar a prática de injúria racial – e, assim, estender o mesmo regime jurídico, leia-se, a imprescritibilidade e inafiançabilidade – como meios para fomentar a finalidade eleita pelo Poder Constituinte.

Hans-Georg Gadamer ensina que a hermenêutica convive com a polaridade entre a estranheza e a familiaridade, ou seja, quando alguém está à procura de compreender algo, esse alguém entra em contato com a “coisa mesma” ao mesmo tempo em que liga-se à tradição do texto, objeto da interpretação. A tradição, portanto, encontra-se justamente entre a estranheza e a familiaridade.

Isso significa que o objeto da interpretação não pode ser considerado algo estático no tempo, mas sob a contínua influência da tradição; e esta não como algo preso à subjetividade, e sim à objetividade daquilo que o outro diz, uma vez que o *dasein* do texto não coincide com o *dasein* daquele que o criou.

Gadamer afirma que o tempo não deve ser visto como algo que separa, pois “é base do acontecer no qual se radica a compreensão”. Em outras palavras, o tempo não pode ser descartado no momento da interpretação, já que a tradição é o que torna possível a compreensão como algo positivo e produtivo³⁴.

O signo “racismo” previsto pelo Constituinte originário não deve ser analisado estaticamente. O preconceito enraizado na sociedade brasileira e a intensa luta contra o racismo e contra as desigualdades apresentam-se como uma tradição a ser levada em consideração no momento da interpretação, a fim da necessária ampliação do significado de racismo.

4.2. A Ilegitimidade da decisão

a) Premissa essencial para uma visão crítica acerca da atuação das cortes constitucionais

³⁰BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

³¹ ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010, p. 23.

³²BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

³³BRASIL. *Idem*.

³⁴ ALMEIDA. C.L.S.D. *Ob. Cit.*, pp. 147-149.

Dito isso, não obstante consideremos acertado o mérito da decisão passaremos a demonstrar a sua ilegitimidade.

Além dos dois conjuntos de argumentos expressos no voto vencedor, há uma premissa implícita adotada pelo Ministro Fachin: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para equiparar o crime de injúria racial à prática de racismo. Ponto de partida equivocados a nosso ver, como passaremos a expor.

Para tanto, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a atuação do Poder Judiciário, mormente no que diz respeito à atuação das cortes constitucionais. Trata-se de tema crucial para o constitucionalismo contemporâneo, ao passo que não mais se discute apenas os limites de cada poder num Estado de Direito – à moda de Locke e Montesquieu –, porém mais especificamente busca-se debater o crescimento exponencial da importância que o Judiciário angariou nos últimos tempos como ator político-institucional nas questões mais relevantes para um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Quem muito contribuiu para o tema foi Jeremy Waldron. Como crítico ferrenho à relevância que as Cortes atingiram no âmbito de soluções de grandes questões morais e políticas, o autor neozelandês adota a teoria da autoridade e legitimidade da legislação democrática, como produto do procedimento deliberativo nos sítios de um parlamento representativo.

Portanto, a teoria de Waldron contrapõe-se fortemente à teoria de Ronald Dworkin. Waldron, inclusive, defende uma teoria normativa da legislação assim como Dworkin contribuiu ao pensamento adjudicatório. Para Waldron, a Ciência do Direito guarda uma resistência à legislação por diversos fatores, sendo necessário uma teoria que dignifique o Poder Legislativo³⁵.

Para Dworkin, o controle de constitucionalidade é essencial para a democracia. Para que uma democracia se mantenha hígida, o ordenamento jurídico deverá prever a legislação popular, garantias fundamentais e o controle de constitucionalidade³⁶.

O autor defende que não interessa se uma lei aprovada pela maioria do Parlamento representativo é derogada por um punhado de homens togados, sem responsabilidade (unaccountable), porque é justamente a atuação da Corte Constitucional que faz mais saudável a democracia norte-americana.

A teoria da decisão de Ronald Dworkin também influencia o seu argumento. Na obra "O Império do Direito", o autor defende que existe apenas uma decisão certa à luz do caso concreto e em um dado sistema jurídico. A posição difere, por exemplo, de Hans Kelsen, que, na "Teoria Pura do Direito", sustenta que não existem decisões certas ou erradas dentro das possibilidades de interpretação incluídas na moldura normativa fixada por determinada norma jurídica. Segundo Kelsen, nessa hipótese, a opção do magistrado está na seara da decisão política, e não jurídica.

Por esse motivo, Dworkin confessa que as cortes constitucionais podem errar em decisões envolvendo direitos e democracia. Caso a decisão seja correta, então o controle de constitucionalidade foi algo negativo para a democracia; senão, será algo positivo. Mas, segundo o autor, o Parlamento também possui probabilidades de errar, e mais: em comparação às cortes constitucionais, guardam maior chance de decidir de forma equivocada em relação às questões democráticas³⁷.

Já um dos pontos centrais para a teoria de Waldron é a questão dos desacordos. Principalmente no âmbito de uma sociedade pluralista, existem profundos desacordos sobre vários aspectos da organização social; é fato inerente à política e somente enriquece a democracia, eis que o Parlamento é a instituição própria para se colocar perspectivas e experiências diversas no mesmo patamar argumentativo³⁸.

³⁵ WALDRON, J. *A Dignidade da Legislação*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 1.

³⁶ DWORKIN, R. "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution", *Oxford University Press*, Nova Iorque, 1997, p. 15.

³⁷ DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 15.

³⁸ WALDRON, J. *Derecho Y Desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, p. XVI.

O autor neozelandês acredita que o Legislativo é a única autoridade legítima para decidir sobre questões sensíveis para a sociedade. A legitimidade da legislação advém de um processo de tomada de decisões legítimas elaboradas no Parlamento, órgão igualmente legítimo ao proporcionar respostas, que foram debatidas sob o respeito às diversas opiniões, aos amplos desacordos enfrentados por aquela sociedade.

Portanto, sob uma perspectiva procedimental, e não substancial, o autor erige o direito de participação no contexto democrático ao direito dos direitos, já que a participação nas decisões majoritárias, no plano político, é a única ferramenta que resulta da ideia de que todos são fundamentalmente iguais, como seres dotados de razão. Sem renunciar à ideia de direitos, afirma que há uma prioridade conceitual de democracia, procedimento e direito de participação frente às considerações substantivas sujeitas a profundos desacordos em matéria de legitimidade política³⁹.

Como consequência de suas premissas – cuja locução “dignidade da legislação” melhor as traduz – Waldron muito escreveu sobre a ilegitimidade do controle de constitucionalidade realizado pelas cortes constitucionais. Em síntese, o autor reprova o *strong judicial review*: afastamento de determinada lei tida por inconstitucional, ainda que produto de deliberação democrática, de dado caso concreto.

Por outro turno, à exemplo do sistema da Grã-Bretanha, reputa legítimo o *weak judicial review*, isto é, aquela decisão que não retira a validade da lei, pois a mesma continua a irradiar seus efeitos, declarando-se apenas a incompatibilidade da lei com o sistema constitucional⁴⁰.

O Estado Constitucional Democrático de Direito brasileiro também é pluralista (art. 1º, V, da CF)⁴¹, o que naturalmente acarreta o surgimento de desacordos no seio da sociedade brasileira. A principal pergunta posta é se o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade para resolvê-las, ou se essa iniciativa privilegia o Poder Judiciário de forma ilegítima sobre o Poder Legislativo.

Waldron não analisa especificamente o ordenamento jurídico brasileiro, mas talvez lhe causasse espécie algumas peculiaridades envolvendo nossa Suprema Corte, por exemplo, o exercício, ao mesmo tempo, de funções próprias de tribunal constitucional e de tribunal recursal; ou até mesmo pela possibilidade de um ministro suspender – através de decisão monocrática – ato normativo aprovado por maioria no Congresso Nacional.

Essas e outras facetas do nosso ordenamento jurídico, somado ao fato dos nossos ministros não serem eleitos democraticamente, e indicados somente por um dos poderes, torna forçosa a imprescindibilidade da sociedade em geral vigiar e analisar criticamente as decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda mais aquelas que abordam matérias sensíveis para toda a sociedade.

b) O problema do ativismo judicial ilegítimo no HC nº 154.248

Dito isso, conquanto consideremos correto o mérito da questão, pois em momento algum a argumentação proposta no HC nº 154.248⁴² agride o espírito da nossa Constituição Federal na busca de erradicar o racismo no Brasil, verificamos que

³⁹WALDRON, J. *Ob. Cit.*, p. XXIII.

⁴⁰WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1356.

⁴¹O pluralismo resulta da ideia de que as pessoas possuem interesses diversos, visões de mundo diferentes que não podem se sobrepor umas às outras: todas devem ser igualmente aceitáveis.

⁴²BRASIL. *Habeas Corpus nº 154.248 – DF*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>, acesso em: 09 dez. 2021.

é equivocada a premissa adotada implicitamente, devendo a decisão ser considerada manifestação do ativismo judicial⁴³, e mais: ilegítima.

A posição aqui adotada é aquela que considera a ilegitimidade da decisão ativista como contingente, isto é, uma decisão ativista não é por si só ilegítima. Além disso, não é raro que essa análise anteceda à correção de mérito da decisão, pois existem graus de interferência do Judiciário que, nas circunstâncias fáticas que informam a decisão, poderão ser reputadas ilegítimas após uma intensa argumentação em um discurso democrático.

O foco da análise passa a ser os graus de interferência e, em qual medida, a Constituição permite essa intervenção no contexto de numa sociedade democrática naquele caso concreto.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁴:

Decisões judiciais que extrapolam o sentido possível das normas constitucionais são ativistas e também erradas porque contrariam o texto constitucional. No entanto, decisões criativas que estendam os significados constitucionais para interferir nas escolhas prévias do legislador, sem que isso importe decidir contra o texto constitucional, podem ser decisões corretas em seu mérito, mas, ainda assim, serão igualmente ativistas e dependendo do grau de ativismo, podem vir a ser “condenadas” como ilegítimas.

Inegável que a decisão proferida no HC nº 154.248⁴⁵ é manifestação do ativismo judicial, porque expressa o núcleo comportamental do fenômeno: a “auto expansão do papel político-institucional de juízes e cortes em face de outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional”⁴⁶.

Mas não apenas isso: também traduz a face da ilegitimidade do ativismo judicial, ao interferir em altíssimo grau em matéria de competência do Poder Legislativo, âmbito adequado para proporcionar respostas, que foram discutidas sob o respeito às diversas opiniões, aos amplos desacordos enfrentados pela sociedade brasileira.

Primeiro, não é função do Supremo Tribunal Federal decidir pela imprescritibilidade de condutas que não foram assim eleitas pelo Congresso Nacional, ainda que tal decisão se fundamente no art. 5º, XLII, do Texto Maior⁴⁷.

Em 2003, houve importante julgamento conhecido como caso Ellwanger⁴⁸, oportunidade na qual o STF negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. O réu era responsável pela edição, distribuição e venda de livros antissemitas de sua autoria. Perante o STF, a defesa pugnou pela prescrição da conduta do acusado, tipificada no art. 20 da Lei n. 7.716/89⁴⁹, uma vez que a

⁴³Ativismo judicial seria “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais, sobre políticas públicas, entre outros fatores”. In: MORAES, A.D. *Direitos humanos fundamentais*, 12º ed., Atlas, São Paulo, 2021, p. 39.

⁴⁴CAMPOS, C.A.D.A. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*, Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 190.

⁴⁵BRASIL. *Habeas Corpus nº 154.248 - DF*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>, acesso em: 09 dez. 2021.

⁴⁶CAMPOS, C.A.D.A. *Ob. Cit.*, p. 423.

⁴⁷BRASIL. *Idem*.

⁴⁸BRASIL. *Habeas Corpus nº 82.424 - RS*, disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/hc-82424-caso-ellwanger-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>, acesso em 10 dez 2021.

⁴⁹BRASIL. *Lei nº 7.716 de 1986*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

discriminação contra judeus não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (art. 5º, XLII, CRFB)⁵⁰.

Lênio Streck, comentando o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424⁵¹, cita o voto vencido do Relator, Min. Moreira Alves, que decidiu pelo deferimento do *Habeas Corpus*, ao argumento de que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, em razão de não constituírem uma raça. Segundo as palavras do Ministro: "Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado"⁵².

Mais a mais, cita o entendimento do Min. Maurício Corrêa, responsável por um dos votos vencedores e posição acertada na visão de Lenio Streck. O Ministro apontava que o nazismo, fundamento para as obras de Ellwanger, tinha como principal fundamento a superioridade de raça ariana, tratando os judeus como uma raça inferior e impura.

São as palavras de Lenio Streck⁵³:

Durante o nazismo, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, quase sem querer, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de raça, e a raça, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado desta forma, trata-se de uma contextualização da tradição: a história do século XX – com a perseguição antissemita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os argumentos de princípio, uma vez que a erradicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (art. 3º, IV, da CF), o que tem caráter deontológico.

Tomando como pressuposto esse argumento, o Supremo Tribunal Federal acaba por discriminar de modo ilegítimo classes que também mereciam a mesma proteção do inc. XLII, art. 5º, CF, segundo os fundamentos apresentados no HC nº 82424 e HC nº 154.248⁵⁴.

Assim, por exemplo, as pessoas com deficiência possuem igualmente um histórico de exclusão; também foram consideradas uma sub-raça durante o regime nazista, com o resultado de milhares de mortos⁵⁵; bem como nossa Constituição Federal estabeleceu um regime especial de proteção em diversos de seus dispositivos (arts 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, entre outros, todos da Constituição Federal).

Isso significa que o Supremo Tribunal Federal, já carente de legitimidade para guiar os rumos de nossa sociedade, a pretexto de uma afirmação de direitos fundamentais, interferiu em altíssimo grau em matéria de competência do Legislativo,

⁵⁰BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mar. 2022.

⁵¹BRASIL. *Idem*.

⁵²STRECK, L.L. "A Interpretação da Constituição no Brasil: Breve Balanço Crítico", *Revista Paradigma*, nº21, São Paulo, 2012, p. 09.

⁵³ STRECK, L. *Ob. Cit.*, p. 10.

⁵⁴ Lembrando que o Supremo Tribunal Federal, em 2019, mas agora no contexto de omissão do Poder Legislativo, decidiu que deve ser aplicada a lei do racismo para atos de homofobia e transfobia, enquanto não houver edição de lei por parte do Congresso Nacional, novamente equiparando tais condutas à prática de racismo. *In*: BRASIL. *Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 - DF*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, acesso em: 11 dez. 2021.

⁵⁵ Somente no período de 1940 e agosto de 1941, cerca de 70 mil foram mortos em seis lugares diferentes do território controlado pela Alemanha nazista durante o projeto "Aktion T4". *In*: BBC. *Pessoas com deficiência física e mentais: as vítimas "esquecidas" do nazismo*, disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/portuguese/internacional-38777464.amp>, acesso 09 dez 2021.

excluindo do âmbito de proteção classes de pessoas que da mesma maneira mereciam amparo constitucional.

Em segundo lugar, no dia 18 de novembro, menos de um mês após o julgamento do HC nº 154.248 pelo STF⁵⁶, foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal projeto que equivale a injúria racial ao crime de racismo.

O projeto de lei resultará no aumento da pena e tornará a ofensa por raça, cor, etnia ou procedência nacional crime imprescritível e inafiançável. O projeto segue agora para a Câmara dos Deputados.

Isso demonstra a total ausência de diálogo entre as instituições⁵⁷. O Congresso Nacional, autoridade que goza de legitimidade para decidir sobre a questão, está em vias de aprovar a referida lei, mas, ainda assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu por antecipar-se à deliberação do Congresso Nacional.

Dessarte, nossa Corte Constitucional não apenas realiza o *strong judicial review*, espécie de revisão judicial tão criticada por autores como Jeremy Waldron, mas sobretudo precipita-se à autoridade legítima e competente na matéria, porque, em última análise, muitas vezes, em nada revisa judicialmente. Essencialmente cria o Direito de onde ele não existe, assenhorando-se da Constituição Federal, sob a justificativa de concretização dos direitos fundamentais.

5. Considerações finais

Percebemos que a hermenêutica tem guiado muitas pesquisas recentes na filosofia jurídica do direito. E vimos que a interpretação não representa uma substituição do intérprete pela lei.

No entanto, a própria noção de interpretação pode ser vista como duvidosa. A ideia de hermenêutica parece referir-se à questão da veracidade, autenticidade ou eficácia da interpretação. Uma abordagem sociológica do direito enfatiza o papel funcional da interpretação chamada de teoria funcionalista do direito.

O ativismo judicial foi o tema muito debatido em momento anterior e o assunto tem assumido um papel proeminente e de destaque nos debates públicos nos dias que correm.

Desse jeito, o ativismo judicial existe de fato e é bem conhecido em nosso Tribunal Constitucional (STF). Lembrando que o conceito de ativismo judicial é indeterminado, o que dá origem a definições doutrinárias contraditórias.

No sistema jurídico brasileiro, o Tribunal Constitucional desenvolve e exerce a função de proteção, de guardião da Constituição Federal. Mas quando o tribunal desempenha um papel político, viola a separação de poderes.

Este é um ponto vital no caso do tribunal constitucional brasileiro que, quando desenvolvem a função de "legislador negativo", invalidando normas consideradas inconstitucionais do sistema ou mesmo interpretando ampliativamente determinados conceitos a fim de concretizar os direitos fundamentais, damos como exemplo o caso da injúria racial ao racismo ou também podem interpretar restritivamente com o mesmo intuito.

E por fim, o juiz interpreta disposições legais relevantes e se concentra unicamente na intenção da decisão de desempenhar um papel socialmente transformador. Este debate está ligado a uma questão fundamental da teoria

⁵⁶BRASIL. *Habeas Corpus* nº 154.248 – DF, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>, acesso em 09 dez 2021.

⁵⁷ Diálogo cada vez menos presente no Brasil. Basta pensarmos na teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade adotada pelo Supremo Tribunal Federal, e o conseqüente afastamento do art. 52, X, da CRFB.

democrática e ao conceito de "democracia ativista"., pois o objetivo final de um juiz seria a justiça através da aplicação da lei.

6. Referências bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008.
- ALEXY, R. "Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos Y Razón Práctica", *Doxa* 5, 1988, Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>, acesso em: 18 fev. 2022.
- ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2º ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ALEXY, R. *Conceitos e validade do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2020.
- ATIENZA, M. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*, 2º ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ATIENZA, M. *Curso de argumentação jurídica*, Alteridade, Curitiba, 2017.
- ALMEIDA, C.L.S. *Hermenêutica Filosófica: Nas Trilhas de Hans-Georg Gadamer*, DIPUCRS, Porto Alegre, 2000.
- ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.
- BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 7ª ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
- BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, São Paulo, 2021.
- BASTOS, C.R. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999.
- BBC. *Pessoas com deficiência física e mentais: as vítimas "esquecidas" do nazismo*, disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/portuguese/internacional-38777464.amp>, acesso 09 dez 2021.
- BRASIL. *Habeas Corpus nº 154.248 – DF*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-hc-injuria-racial-imprescritivel.pdf>, acesso em 09 dez 2021.
- BRASIL. *Habeas Corpus nº 82.424 - RS*, disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/hc-82424-caso-ellwanger-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>, acesso em: 10 dez. 2021.
- BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – DF*, disponível em: Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, acesso em: 11 dez 2021.
- BRASIL. *AREsp nº 734236 – DF*, disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AgRg+no+AREsp+734.236%2FDF, acesso em: 10 dez 2021.
- BRASIL. *Lei nº 7.716 de 1989*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acesso em: 05 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.459 de 1997*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm, acesso em: 05 mar. 2022.
- BRASIL. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 05 mar. 2022.
- CAMPOS, C.A.D.A. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- DE GIORGI, R. *Desafios do Juiz Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2011.
- DWORKIN, R. "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution", *Oxford University Press*, Nova Iorque, 1997.
- DWORKIN, R. *Levando o direito a sério*, Martins Fontes, São Paulo, 2020.

- DWORKIN, R. *Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- FINNIS, J. "Natural Law & Natural Rights", *Oxford University Press*, 2011.
- GADAMER, H.G. *Verdade e Método - Vol. I*, Le Seuil, Paris, 1976.
- GADAMER, H.G. *Verdade e Método - Vol. II*, Le Seuil, Paris, 1976.
- GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012.
- GRUNWALD, A.B. *Uma visão hermenéutica comprometida com a Justiça*, disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4351, acesso em: 12 dez 2021.
- HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.
- HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*, Editora Suhrkamp Paperback, Frankfurt, 1993.
- MENDES, G.F; COELHO, I.M & GONET BRANCO, P.G. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000.
- MORAES, A.D. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, 12º ed., Atlas, São Paulo, 2021.
- MÜLLER, F. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012.
- TJRJ. *Injúria racial é crime imprescritível*, disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/25455905>, acesso em: 05 mar. 2022.
- PALMER, R. *Hermenêutica*, Edições 70, Lisboa, 1969.
- RAZ, J. *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- ROSS, A. *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Clark, 2012.
- STRECK, L.L. "A Interpretação da Constituição no Brasil: Breve Balanço Crítico", *Revista Paradigma*, nº 21, São Paulo, 2012.
- SWEET, A.S. *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- TONELLI, M.L.Q. *Hermenêutica Jurídica*, disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4324, acesso em: 12 dez. 2021.
- VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 5º ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.
- VIANA, U.S. "O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoieticos: o problema do ativismo judicial alopoietico na teoria dos sistemas", *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v.15, nº1, jan./dez., 2018., disponível em: https://www.academia.edu/40374907/O_CONFRONTO_DA_JURISDI%C3%87%C3%83_O_CONSTITUCIONAL_COM_SEUS_LIMITES_AUTOPOI%C3%89TICOS_O_PROBLEMA_D_O_ATIVISMO_JUDICIAL_ALOPOI%C3%89TICO_NA_TEORIA_DOS_SISTEMAS, acesso em: 05 mar. 2022.
- WALDRON, J. *Derecho Y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, 2006.

Interpretação constitucional das cisões normativas sob a perspectiva do realismo jurídico e do pós-positivismo: imbricações e afastamentos no contexto da crítica de Streck e Gadamer com sugestões proceduralizadas

Constitutional interpretation of normative divisions from the perspective of legal realism and post-positivism: imbrications and departures in the context of the criticism of Streck and Gadamer with procedural suggestions

Edgard Silva de Castro¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Interpretação constitucional das cisões normativas; 2.1. Hermenêutica e hermenêutica jurídica: clássica e contemporânea; 2.2. Principais identificações e elementos do vocábulo norma; 2.3. A norma e a hermenêutica jurídicas no realismo metodológico de Riccardo Guastini; 2.4. Direito constitucional pós-positivista; 2.4.1. Friedrich Muller; 2.4.2. Robert Alexy; 2.5. A hermenêutica crítica de Lenio Streck. 2.6. A interpretação jurídica em Gadamer: por uma hermenêutica de verdade; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

Resumo: As cisões normativas numa perspectiva pós-positivista e do realismo jurídico fazem parte da observação da pesquisa que ora se intenta. O mote é a um só tempo contemporaneizar as possibilidades e arquétipos cisórios normativos constitucionais, que possam levar a efetivos modelos de aplicação e efetivação das normas constitucionais.

Palavras-Chave Cisões; Hermenêutica Constitucional; Normas Constitucionais; Pós-Positivismo; Realismo Jurídico.

Abstract: The normative splits in a post-positivist and legal realism perspective are part of the observation of the research that is now being attempted. The motto is, at the same time, to contemporaneize the possibilities and archetypes of constitutional normative decisions, which can lead to effective models of application and implementation of constitutional norms.

Key-words Spin-offs; Constitutional Hermeneutics; Constitutional Norms; Post-Positivism; Legal Realism.

1. Introdução

Cisões normativas são operações que alguns juristas tiveram a oportunidade de desenvolver caracterizadas pela divisão e pelo vislumbre da visão da norma, como cindida em dois elementos. Três autores em principal trabalham assim, a saber:

¹ Advogado, Especialista *lato sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP, secretário da comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO.

Friedrich Muller², Robert Alexy³ e Ricardo Guastini⁴. A princípio e respectivamente, estas cisões são entre programa normativo e âmbito normativo; princípios e regras; disposição e norma.

Certamente há perguntas e respostas como consequência do cotejamento dos três sistemas. Esse resultado será levado ao encontro da teoria que nega a cisão normativa no Brasil do Professor Lenio Streck. Desse ponto parte-se para Gadamer, último ponto teórico de onde são feitas tentativas de apontar caminhos de leituras do fenômeno da interpretação/aplicação do direito constitucional.

A problemática que envolve o Direito desde a segunda guerra é das mais tormentosas, passando por regimes totalitários, ditatoriais, de exceção, que impuseram ao jurídico o martírio da força sobre a técnica, da pólvora sobre a razão guiada e dos ritos melancólicos das decisões judiciais ultrajadas, sobre a Lei posta, uma derrota nunca jamais imaginada, ao levar 6 milhões de vidas ao extermínio sem o menor pudor⁵.

Com o fim da 2ª grande guerra, a hermenêutica jurídica já adiantadamente existente, partiu rumo a cumes mais altos, para entender, avaliar e efetivamente trabalhar para evitar que nunca mais a humanidade tivesse a oportunidade de dar vazão e gerar em seu sistema seres a exemplo de Adolf Hitler, Stalin e Mussolini.

Dentro desse rearranjo surgiu o movimento da Lei Fundamental de Bohn (Constituição da Alemanha) e de todos os teóricos que com ela vieram, a exemplo principal de Konrad Hesse e Friedrich Muller, sem se esquecer dos tantos outros de rara importância, como Robert Alexy. As obras destes autores repercutiram em vários países, sob a denominação de pós-positivismo.

O pós-positivismo é tido como ideário difuso composto por teorias ajuntadas acerca do direito, da constituição e da democracia tem buscado dirimir questões inquietantes do ponto de vista hermenêutico, precipuamente aquelas enviesadas ao prumo da norma constitucional.

Os pontos fulcrais do pós-positivismo são a centralidade da constituição, o papel integrativo dos princípios, que são a base de todo o ordenamento jurídico, a cisão da norma em princípios e regras (qualitativa), sendo os princípios norma com maior grau de abstração e ligadas quase sempre a valores; e as regras por sua vez, normas de menor grau de abstração e que se vinculam a comportamentos. Há outros elementos como a interpretação especificamente constitucional, que visa a constitucionalização do direito, ou filtragem constitucional, fenômeno importante, na medida em que determina a leitura de todo o jurídico pelas lentes da Magna Carta de 1988, isso em *terrae brasilis* é claro.

Já o realismo jurídico, mesmo que nascido anteriormente nas décadas de 1920 e 1940, encontra guarida neste trabalho, na obra do genovês Riccardo Guastini, sob o viés metodológico, com a entabulação de uma trama bem armada acerca da distinção entre texto e sentido e entre disposição e norma, além da interpretação constitucional enquanto produção e não conhecimento de normas.

O presente artigo tem por objetivo realizar uma reflexão teórica acerca do papel da hermenêutica, da interpretação e do intérprete, enquanto partícipes do processo ontológico e filosófico de compreensão do fenômeno ocorrido no cerne da aplicação da norma constitucional, mais precisamente no que atine à cisão trazida por autores que

² MULLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

³ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.

⁴ GUASTINI, R. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2005.

⁵ Esta é uma crítica aos regimes de exceção que solaparam o direito vigente na Europa na 2ª Grande Guerra Mundial. Para uma maior compreensão do fenômeno, por todos e de maneira atual, conforme citado por Georges Abboud: "A fórmula é simplista e elegante: identifica o pensamento positivista como o único culpado pelo direito ilegal do regime nazista e, ao mesmo tempo, inocenta os juízes, funcionários públicos e advogados responsáveis por estudá-lo, interpretá-lo e pô-lo em prática contra os inimigos do provo alemão". In: ABBOUD, G. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, TR, São Paulo, 2021, p. 33.

vislumbram a divisão entre texto e norma, ou outras nomenclaturas, mas com a mesma direção.

Dessas reflexões exsurtem a pergunta central do artigo que é a de se é possível cotejar as cisões, de modo que, após a submissão aos métodos de Streck e Gadamer pleitear o apontamento de caminhos de decisão na jurisdição constitucional desta terceira década do século XXI que sejam aptos a facilitar o processo de enfrentamento das indecidibilidades.

Entre estes apontamos e tecemos levemente argumentos rumo a proceduralização e a auto regulação regulada que se lançam no mundo jurídico neste primeiro quarto de século como opção, principalmente para os casos envolvendo a sociedade complexa, paradoxal e pós-moderna.

2. Interpretação constitucional das cisões normativas

2.1. Hermenêutica e hermenêutica jurídica: clássica e contemporânea

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein* e se lança ao passado com menção também ao deus grego Hérmes⁶ (*hermeios*), o qual era responsável por decifrar a mensagem dos deuses para os homens (a estória mais bem contada não é tão singela). Já em uma quadra da história mais adiantada⁷:

O termo hermenêutica só veio a lume no século XVII, quando o teólogo estraburguense, Johann Conrad Dannhauer o inventou para nomear o que se chamava antes dele de *Auslegungslehre* (*Auslegkunst*) ou a arte de interpretação. A interpretação (*exponere, interpretari*) é aqui o método ou a operação que permite alcançar o entendimento do sentido, o *intelligere*

A hermenêutica foi até o século XVIII uma arte de interpretação de textos, já no século XIX um método das ciências humanas, se tornando no século XX uma filosofia, tendo em Heidegger, ao lado de Gadamer seus principais expoentes. Heidegger é considerado o principal artífice da transformação filosófica da hermenêutica transformada em uma forma de filosofia autônoma, alterando o objeto, a vocação e o estatuto⁸.

Já em Gadamer, a Hermenêutica ganha proporções ultramarinas⁹. Seu trabalho é infinitamente lembrado pelos hermeneutas atuais e do passado, como um adiantado

⁶ Hermes era filho de Zeus e de Maia, a mais jovem das plêiades. Nasceu em uma caverna no Monte Cileno, ao sul da Arcádia. Aperfeiçoou a arte da adivinhação, auxiliando a leitura do futuro por intermédio de pequenos seixos. É principalmente o intérprete da vontade divina. Depois do dilúvio foi o portador da palavra dos deuses a Deucalião, representante dos homens na terra. *In: GUIMARÃES, R. Dicionário de mitologia grega*, Cultrix, São Paulo, 1995.

⁷ GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola, São Paulo, 2012, p. 17.

⁸ GRONDIN, J. *Ob. Cit.* p. 20.

⁹ Na perspectiva analítica de Lima e Barros (2014), a mudança paradigmática proporcionada pelas teorias de Heidegger e Gadamer foi de tal maneira significativa e radical que ficou conhecida como reviravolta linguística e também ontológica. A partir desses filósofos, supera-se o subjetivismo imperante desde Kant e o esquema sujeito-objeto. Além disso, já não é possível falar em uma única interpretação correta dos fatos ou textos. O contributo de Gadamer põe em questão as bases filosóficas utilizadas até então pela ciência do Direito. Com a filosofia de Heidegger e Gadamer, o termo hermenêutica ganhou um novo sentido. Na verdade, a mudança paradigmática proporcionada por suas teorias foi de tal maneira significativa e radical que ficou conhecida como reviravolta. Trata-se da reviravolta linguístico-ontológica, uma verdadeira revolução no campo da filosofia. A partir desses filósofos, a hermenêutica deixou de representar apenas um método, um conhecimento instrumental. Em Heidegger, hermenêutica é ontologia. O homem é um ser hermenêutico. É o Dasein, ser-aí ou eis-aí-ser. Isto é, o homem não é mais compreendido como algo apartado ou apartável da sua realidade. O termo "aí" designa a realidade histórica da qual o homem não pode se desvincular. Supera-se, com isso, o subjetivismo imperante desde Kant. Dasein é o homem frente a sua historicidade, o ser por excelência, porquanto é o único dotado da capacidade de compreender o seu próprio ser e o ser dos entes que o cerca. E isso se dá

das reflexões de Heidegger, não só como uma releitura, mas também como um avivamento. Mesmo que Heidegger já tivesse proposto uma concepção filosófica da hermenêutica é apenas com Gadamer que o termo hermenêutica começou a realmente se impor à consciência geral. Apesar de Gadamer ter sido aluno de Heidegger e de ter se inspirado muito nele, a transição da hermenêutica de Heidegger para a de Gadamer não é automática. O que o impressionou em Heidegger foi menos o projeto de uma hermenêutica direta da existência ou de uma retomada da questão do ser e mais a nova compreensão do círculo hermenêutico, que não é mais para ser entendido segundo o ideal objetivista de uma tabula rasa¹⁰

A hermenêutica jurídica, se apodera da filosófica, para dela se diferenciar. Isso porque possui todo um ferramental próprio de equipamentos técnico-jurídicos aptos a tratar do objeto central da ciência do direito, que é a norma. Não obstante, o hermeneuta em uma perspectiva apresentada por Miguel Reale¹¹ analisa também fatos e valores ao interpretar a norma, dada a interconexão que existe entre os três.

A hermenêutica jurídica é uma ramificação da teoria geral do direito e se destina ao estudo da atividade da interpretação, como dito da norma jurídica. A boa compreensão da hermenêutica jurídica e de suas bases passa pela colmatação da norma. Sendo assim é necessário compreender as técnicas básicas de interpretação jurídica.

A classificação dos métodos hermenêuticos se insere antes na sistematização das escolas/sistemas hermenêuticos: dogmático/exegético ou jurídico tradicional, histórico evolutivo e livre pesquisa ou livre criação do direito.

A primeira delas é cunhada pela expressão Escola da EXEGESE e conhecida pelo Código Civil Frances de 1804 (Código de Napoleão) e também pela submissão do Direito à Lei Positivada, seria a crença no positivismo jurídico.

Na escola histórico-evolutiva de Savigny há métodos de interpretação muito usuais. São, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática (FERRAZ JÚNIOR, 2008). Assim três seriam os métodos de interpretação segundo Ferraz Júnior, advindos de Savigny: gramatical, lógico ou sistemático; histórico, sociológico ou evolutivo; e teleológico ou axiológico.

através do círculo hermenêutico. Gadamer, partindo do pensamento heideggeriano, constrói a ideia de compreensão enquanto fusão de horizontes. O conhecimento não se dá pela revelação do objeto ao sujeito, como se entendia antes de Kant. Não é, tampouco, a mera projeção do sujeito sobre o objeto, como se passou a acreditar com Kant. Sujeito e objeto possuem horizontes próprios, pois ambos são dotados de historicidade. O conhecimento, então, se dá a partir da fusão dos horizontes dos sujeitos. Daí falar-se na superação do esquema sujeito-objeto. Além disso, já não é possível acreditar na existência de uma única interpretação correta dos fatos ou textos, já que o horizonte histórico do sujeito sempre interferirá no processo de conhecimento. Esvai-se, desse modo, o ideal de uma verdade absoluta, passível de ser revelada por técnicas interpretativas, que ainda habita o pensamento de muitos filósofos, notadamente na seara jurídica. Ao interpretar um objeto, o sujeito sempre contribui com sua pré-compreensão. A interpretação de um texto deixa, portanto, de ser uma técnica de revelação ou elucidação de um significado e se torna um processo mediante o qual o intérprete sempre irá atribuir sentido ao texto. In: LIMA, F.A.D.F & BARROS, P.A.M. *A hermenêutica filosófica de Gadamer como aporte para superação da hermenêutica jurídica tradicional*, CONPEDI, Florianópolis, 2014, pp. 6-21.

¹⁰ GRONDIN, J. *Ob. Cit.* p. 20.

¹¹ Fato, Valor e Norma fazem parte da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. A seu turno, pode-se afirmar que: "Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade". In: DWORKIN, R. *O império do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 5.

Para Ferraz Júnior 2008¹², a primeira categoria de método é formada por três espécies, quais sejam, gramatical, lógica e sistemática. De forma que, os problemas sintáticos, referem-se a questões de conexão das palavras na sentença: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexão das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

As questões léxicas se referem à interpretação gramatical. Toda a operação, em tese, que envolver a construção da norma, sob o prisma da língua portuguesa, deve obedecer às regras dispostas na Gramática. Esse exame deve ser feito pelos próprios intérpretes, principalmente pelo julgador. Essa interpretação se levada ao fim e ao cabo de forma unilateral pode trazer problemas para a aplicação real, haja vista que há que se notar também outros elementos, que não só a visão gramatical, tal como a intenção na análise judicial dos contratos.

As sintáticas constituem objeto dos métodos sistemáticos e as lógicas por sua vez se reportam à interpretação lógica. No caso da interpretação lógica, trata-se inicialmente de um instrumento técnico, inicialmente a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto¹³.

A segunda categoria de interpretação, qual seja, histórica e evolutiva. De acordo com este método a norma ao ser interpretada, não se atém a sua origem, mas ao processo de vicissitudes sociais que a acompanham. Vale dizer, o processo de interpretação deve acompanhar o desenrolar histórico de fatos, atos e acontecimentos históricos, políticos, jurídicos e sociais, sob pena de, em não o fazendo, cair em caducidade e inefetividade¹⁴.

O método teleológico, ou finalístico determina que a norma deve ser interpretada de acordo com os fins legais, para os quais foi planejada, votada, promulgada e sancionada. Mesmo após sua sanção e vigência, essa finalidade deve estar atrelada aos ditames da Constituição vigente, além de restar marcada pelos princípios gerais de direito¹⁵.

2.2. Principais identificações e elementos do vocábulo "norma"

A palavra norma vem do latim norma (esquadro, régua), e revela, no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido. Por isso, o adjetivo normal refere-se a tudo que seja permitido ou proibido no mundo humano, no mundo ético; e refere-se, também, a tudo que, no mundo da natureza, no mundo físico, ocorre, necessariamente, como descrito num enunciado físico. Anormal é a qualidade daquilo que se mostra ao contrário às concepções admitidas num dado momento histórico.

A norma jurídica é a célula do ordenamento jurídico. É composta ordinariamente por dois elementos: preceito primário, que estabelece uma conduta humana normatizada pelo direito, e preceito secundário, o qual estabelece uma consequência, ou sanção para o caso de vir a se concretizar no mundo dos fatos a previsão abstrata da letra da lei. A norma constitucional, conquanto seja uma espécie de norma jurídica e como tal deva ser interpretada, guarda caracteres exorbitantes que a diferenciam das outras normas jurídicas.

A expressão norma esta umbilicalmente ligada a ideia de prescrição de condutas. Kelsen em sua Teoria Pura do Direito¹⁶ bem descreve o conceito:

¹² FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 6º ed., Atlas, São Paulo, 2010.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Idem*.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Idem*.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Idem*.

¹⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 21.

¹⁶ GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. "Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica", *Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 272-292, 2018.

Com o termo norma quer-se significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados actos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu conteúdo, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a de ele próprio estabelecer normas.

A norma jurídica guarda especificidades e particularidades que são desenvolvidas na categoria temática ou na escola que a abriga.

2.3. A norma e a hermenêutica jurídicas no realismo metodológico de Riccardo Guastini

Por primeiro necessário é compreender minimamente o realismo jurídico enquanto categoria do conhecimento jurídico. O realismo jurídico foi um movimento das décadas de 1920 e 1940. O realismo parece rejeitar a metafísica, criticar o formalismo, bem como se utilizar da lógica na busca da certeza jurídica. Para os realistas, importa a atuação dos juízes, bem como a aplicação por eles das normas jurídicas. Assim, o realismo parece contrapor-se ao Direito positivista, segundo o qual os juízes decidem, primeiro, de acordo com as normas já pré-estabelecidas. O Direito, nesse sentido, se baseia mais na atitude judicial do que no vigente ordenamento jurídico¹⁷

Em uma perspectiva clássica e inicial é preciso compreender que o realismo ao ser concebido passou por duas correntes, uma norte-americana e uma escandinava. O movimento norte-americano se desenvolveu por intermédio das Universidades John Hopkins, Columbia e Yale, principalmente com o professor Karl Lewellyn, que cunhou o movimento de realismo norte-americano. Já o realismo escandinavo tem por principal patrono Alf Ross e sua obra "Direito e Justiça".

Já em um estratagema mais contemporâneo estruturado por Giovanni Tarello, o realismo jurídico é proposto em quatro grandes grupos: 1) Realismo jurídico escandinavo; 2) Realismo jurídico italiano; Realismo jurídico francês; 4) Realismo jurídico norte-americano.

O realismo norte-americano é a um só tempo crítico do jusnaturalismo, do formalismo e do positivismo, sendo devoto dos fatos e não das regras jurídicas. Para os realistas norte-americanos o que importa em apertada síntese é avaliar bem os fatos sendo o Juiz seu intérprete fiel. No realismo norte-americano, a tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento?, e nisto consiste a certeza, se o direito é uma permanente criação do juiz?¹⁸

O realismo escandinavo por sua vez parece rejeitar a concepção de um direito natural, bem como de um ideal absoluto de justiça, buscando alcançar o Direito através de uma realidade social e não de modo metafísico. A Escola de Uppsala, representante do realismo jurídico escandinavo, apresenta uma ideia empírica do Direito e uma concepção de que o Direito é fato social. Preocupa-se tanto com a análise hermenêutica, quanto com a delimitação da dimensão ontológica do Direito¹⁹

¹⁷ BITTAR, E.C.B. "Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos". *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 1, p. 139-167, 2021.

¹⁸ BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, EDIPRO, Bauru, 2001.

¹⁹ GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. *Idem*.

No realismo francês parte-se da constatação de que o juiz cria o direito. É isso o que afirma Michel Troper, realista francês, exemplificando com a criação do direito administrativo na França pelo *Conseil d'État*, órgão da jurisdição administrativa²⁰.

Entrando especificamente na teoria da norma de Riccardo Guastini é preciso avaliar o que se pretende sublinhar no trabalho no autor, para que não se caia em voluntarismos, subjetivismos, achismos ou em um sentimento de vazio, dado ser vasta sua obra. Assim o espaço do artigo é breve e seletivo e assim agirá o autor. O foco estará voltado na distinção na teoria da norma e da interpretação jurídica, insertos no realismo jurídico.

Para Guastini²¹, interpretação jurídica é a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo, sendo texto normativo qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado. Um documento normativo (uma fonte do direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo.

Para o doutrinador italiano disposição é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes e norma é todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes.

Guastini (2005)²² enfatiza que interpretar não é conhecer, mas produzir normas, pois propriamente, a locução "conhecer normas" pode apenas designar a constatação, a descrição, o levantamento de uma ou mais interpretações alheias. A interpretação pertence ao gênero das definições assim chamadas estipulativas, ou definições por antonomásia (propostas de atribuição de um dado sentido a um dado vocábulo). Pelo contrário, a descrição de interpretações alheias pertence ao gênero das definições chamadas léxicas (levantamentos de usos linguísticos efetivos).

É necessário precisar que no cerne da interpretação, as decisões jurisdicionais não são entidades do "dever ser": são simples fatos sociais, dos atos humanos que ocorrem no tempo e no espaço, em suma: dos fatos empíricos que podem ser descritos mediante enunciados indicativos, verdadeiros ou falsos, e precisamente mediante enunciados suscetíveis de ser verificados ou falseados pela experiência. As proposições que afirmam a vigência de uma norma, em particular, serão verificadas se, e somente se, a norma em questão for realmente aplicada pelos juízes. Em passagem oportuna o autor ressalta²³:

Pode-se muito bem dizer de um jurista, ou de um cidadão particular, que ele "interpreta" o direito; mas não seria apropriado dizer que um jurista, ou um particular "aplica" o direito. Em segundo lugar, interpretação e aplicação são atividades que se exercem sobre objetos diferentes: propriamente falando, a interpretação tem por objeto (não normas, como inclusive se costuma dizer, mas antes) textos normativos, ao passo que a aplicação tem como objeto normas em sentido estrito (entendidas como o conteúdo de sentido dos textos normativos). Portanto, a aplicação não coincide com a interpretação pela boa razão de a pressupor (ou a incluir como sua parte constitutiva).

A interpretação, em sentido estrito, é empregado para referir-se à atribuição de significado a uma formulação normativa diante de dúvidas ou controvérsias em torno do seu campo de aplicação: um texto – diz se – requer interpretação (somente) quando o seu significado é obscuro e contestado, quando é dúbio se ele for ou não aplicável ao caso em particular²⁴.

²⁰ TROPER, M. *A filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

²¹ GUASTINI, R. *Idem*.

²² GUASTINI, R. *Idem*.

²³ GUASTINI, R. Ob. Cit., 126.

²⁴ GUASTINI, R. *Idem*.

Em sentido lato, interpretação é empregado para referir-se a qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independentemente de dúvidas e controvérsias. Segundo esta forma de utilizar o termo em exame, qualquer texto, em qualquer situação, requer interpretação. Em uma frase interpretação é reformulação de textos²⁵.

2.4. Direito constitucional pós-positivista

2.4.1. Friedrich Muller

Friedrich Muller afirma que precisamos não do antipositivismo, mas de uma teoria pós-positivista do direito (este termo está sendo empregado desde a 1ª edição da *Juristische Methodik*, em 1971). Ela foi concebida desde meados dos anos 1960 e publicada a partir de 1966 no livro *Normstruktur und Normativitat*. Ele concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido da linguística como formulários de textos, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com significância, mas ainda não com significado), ou seja, como pré formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão.²⁶

O doutrinador alemão enfrenta o tema da cisão normativa, sob o âmbito programa da norma/âmbito da norma. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante-casum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado "concretização". A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo "programada da norma" e "âmbito da norma"; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de "ser e dever ser" operacional e trabalhável.

Seu trabalho intitulado "O novo paradigma do Direito", flagrantemente é uma tentativa de redefinir respostas às questões forma/substância ou direito/realidade, ou mesmo na prática a distinção como veremos que é anterior, entre texto e norma. Mais que isso, o trabalho do constitucionalista alemão, perpassa a teoria do direito ao transpor os limites da filosofia do direito e da teoria geral do direito ao apontar que não existe nenhuma relação expressável com caráter geral entre direito e realidade.

Sendo assim, toda norma afeta a certos fatos do mundo social, os pressupõe, deve confirmá-los, ou modificá-los. Do conjunto de fatos afetados por um preceito, da parcela de realidade que haja de regula, isto é, do âmbito material, extrai o preceito legal ou "programa normativo", que há de ser interpretado sobretudo mediante os recursos tradicionais, o âmbito normativo na qualidade de parte integrante do preceito. O âmbito normativo não é, por conseguinte, um conglomerado de fatos materiais, senão uma conexão, expressão, expressada como realmente possível, de elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, que habitualmente se encontram pré formados juridicamente²⁷.

A norma não sobrevive sem a jurisprudência, motor importante que dá azo à força fundante da cisão operada entre âmbito/programa normativo, na medida em que é diante da aplicação do direito que esta norma se faz presente no cotidiano dos particulares. Sua operacionalização, de qualquer modo tem por ponto de partida o texto (sempre, assim como em Guastini), mas dele se diferencia, ao trabalhar com a diferenciação direito/realidade²⁸.

As distinções entre âmbito material, âmbito normativo e programa normativo, suas subdistinções em cada caso concreto e o trabalho com estes conceitos estruturais

²⁵ GUASTINI, R. *Idem*.

²⁶ MULLER, F. "O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito", *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

²⁷ MULLER, F. *Idem*.

²⁸ MULLER, F. *Idem*.

não podem, em resumo, nem garantir sozinhos que as decisões sejam corretas, nem substituir os métodos tradicionais e recentes da aplicação do direito.

2.4.2. Robert Alexy

O Ministro Barroso²⁹, ao tratar do pós-positivismo, atribui seu surgimento à superação histórica do jusnaturalismo e ao “fracasso político do positivismo”³⁰ que abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Nesse bojo se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Para Alexy³¹, princípios são mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquele que é fática e juridicamente possível. A distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.

Segundo Alexy³², um conflito entre regras somente pode ser solucionado ao introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida ao passo que a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma completamente diversa. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão de peso. Esse conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento dos interesses conflitantes.

Na perspectiva teórica de Alexy³³, segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Já segundo Ávila³⁴, a ponderação de bens consiste em um método a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.

A fundamentação racional do sopesamento deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para Ávila³⁵, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim. O exame da necessidade por sua vez envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

2.5. A hermenêutica crítica de Lenio Streck

²⁹BARROSO, L.R. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, pp. 1-42, 2005.

³⁰ Essa perspectiva auxilia no sentido de desmistificar a ideia de que o positivismo foi responsável pela legalização do nazismo. Em verdade, os nazistas se valeram de decisões judiciais teratológicas, criminosas, desvirtuando a Lei, para conseguir seus intentos.

³¹ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.

³² ALEXY, R. *Idem*.

³³ ALEXY, R. *Idem*.

³⁴ÁVILA, H. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2007.

³⁵ÁVILA, H. *Idem*.

Foi possível observar na reflexão teórica dos três autores apresentados anteriormente (Guastini, Muller e Alexy), que todos eles operam a cisão da norma. Cada qual a sua maneira, sendo que Alexy trabalha especificamente ainda com a teoria da ponderação. Lenio Streck³⁶ a seu cargo, tem críticas sérias a respeito dessa dualidade. Para ele:

Não esqueçamos que texto e norma, fato e direito, não estão separados e, tampouco, um “carrega” o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isto, o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua “textitude”; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto.

Pela transcrição acima, imperioso observar que diferentemente dos autores anteriores, Lenio, não se ocupa de cindir a norma. Ele a concebe de forma una. Isso tem consequências longínquas e duradouras em sua obra.

Streck³⁷ reconhece que a teoria de Robert Alexy exerce um papel importante para a teoria do direito. No nível em que Kelsen deixou para a “política jurídica”, Alexy oferece uma teoria da argumentação (forjada a partir da razão comunicativa de Habermas) para limitar a subjetividade do intérprete. Trata-se da tentativa de estabelecer uma racionalidade da decisão judicial, fechando o problema que o positivismo normativista deixou.

Em outra dimensão aponta que a recepção da ponderação alexyana no direito brasileiro foi equivocada, pois o mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.

Seguindo a linha de Streck, na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. Segundo ele, para Alexy a ponderação não é uma operação na qual se põe dois princípios de lados opostos da balança e se vê qual pesa mais³⁸.

Sendo mais específico Streck aposta não na cisão regra/princípio, mas na diferenciação. A ideia está na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios, sendo eles o marco da institucionalização da autonomia do Direito. Isto quer dizer que as regras não acontecem sem os princípios. As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Já os princípios autorizam esta determinação e fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade.

Streck (2017) trabalha e enuncia três linhas pós-positivistas distintas de regras-princípios existentes. A primeira (distinção lógica), que opera a cisão entre regra e princípio, já demonstrada em linhas anteriores, de Robert Alexy e presente na doutrina brasileira. A segunda, denominada distinção formal-enunciativa, procura diferenciá-los por intermédio de seus enunciados, que seriam abertos no caso dos princípios e fechados no caso das regras. Por sua vez a cisão estrutural retira a o caráter transcendental dos princípios, na medida em que é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica.

O trabalho das categorias jurídicas sem a cisão é característica da obra de Streck, que não rompe o círculo hermenêutico e a operação interpretação/aplicação, fazendo com que o operador do direito tem uma vista integral e integrada do fenômeno jurídico.

³⁶STRECK, L.L. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”, *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

³⁷STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

³⁸ STRECK, L.L. *Idem*.

E mais, ponto importante se ressalta na advertência que é feita ao uso desmedido dos princípios³⁹:

Que os princípios não substituam a legislação democrática, mormente a Constituição, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir o fenômeno aqui denominado "pamprincipiologismo". Nesse sentido, é preciso entender que a distinção estrutural alça qualquer *standard* a um grau de normatividade, ficando os próprios princípios – já estabelecidos por uma longa tradição – à mercê da análise *ad hoc* do intérprete (desnecessário nessa altura, repetir o papel desempenhado por princípios, como da benignidade, rotatividade, moderação, redução, intima convicção, verdade real, confiança no juiz da causa, etc.).

É necessário frisar que Gadamer é o grande marco teórico de Streck, pelo que o presente artigo segue rumo a suas considerações e reflexões acerca do entendimento da hermenêutica jurídica, precipuamente no que tange às cisões normativas no âmbito da interpretação constitucional.

2.6. A interpretação jurídica em Gadamer: por uma hermenêutica de verdade

Até aqui foram concatenadas observações acerca das cisões normativas operadas em Riccardo Guastini, Friedrich Muller e Robert Alexy. O objetivo principal destas manobras é demonstrar que constitucionalistas de renome trabalham com a divisão sujeito/objeto, forma/matéria, enquanto Lenio Streck por exemplo, inadmite esta separação.

Importante destacar, que Riccardo Guastini ao separar norma em: disposição e norma, traz a lume, a discussão que interpretar não é conhecer mas produzir significado (normas), ou ainda, a norma seria o resultado concreto da interpretação das disposições, que por sua vez são construídas por intermédio de processos intelectuais de leitura dos textos constitucionais. Tem aqui então a fórmula⁴⁰: T significa S; D significa N.

Por sua vez, Friedrich Muller aponta a cisão normativa em outro plano aparentemente diferente, destacado da visão de Guastini, e, digamos com ordem de fatores com amplitude nova a saber: Norma = Programa Normativo + Âmbito Normativo

O programa normativo é composto por elementos normativos e o âmbito por elementos fáticos, em rápida conclusão. Mas, se compararmos com a fórmula anterior é possível perceber que se aproximam (se imbricam) e ao mesmo tempo se afastam, na medida em que cindem o raciocínio do intérprete na interpretação/aplicação das normas constitucionais.

Ao compararmos com o trabalho de Robert Alexy encontramos mais uma cisão, desta vez, de ordem (qualitativa) segundo, o próprio Alexy, entre regras e princípios. Fácil é perceber que estamos com outro diagrama de percepção da cisão, por outro viés é verdade, mas carregado novamente da separação sujeito/objeto, daquele que interpreta cindido do objeto que é interpretado.

Em Alexy (2014)⁴¹, a leitura que é feita da cisão é entre princípios e regras, sendo os princípios mandados de otimização, aplicáveis mediante ponderação, por intermédio do princípio da proporcionalidade. As regras são aplicáveis ou não pela regra do tudo-ou-nada. Esta é a divisão mais aceita e usada no mundo jurídico hoje.

Pelos três prismas é possível, ajuntando-os, criar uma sentença epistemológica de acordo com a qual, a norma ganha corpo e estatura diferente das já vistas até aqui. Pelo menos é o que parece neste voo de relance. A diferença entre disposição e norma, serve à diferença entre programa e âmbito normativo que serve à entre princípio e norma.

³⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

⁴⁰ T = texto. S = Sentido. D = Disposição. N = Norma.

⁴¹ ALEXY, R. *Idem*.

As imbricações possíveis são as de o trabalho de Guastini é por se tratar de semântica e sintaticamente mais elaborado, por conter tecituras relativas às diferenciações de texto e sentido, e, de disposição e norma, acabam por validar, as cultivadas por Muller entre programa e âmbito normativo e por Alexy entre princípio e regra.

Quando um dispositivo, ou um pedaço de dispositivo, ou um agrupado de dispositivos, por exemplo, é passado pelo filtro constitucional do intérprete é possível que se extraia ou uma regra ou um princípio (Alexy). Em Muller, a configuração do princípio e da regra, vai depender da leitura do programa normativo, em conjunto com os fatos do âmbito, para que então se possa saber, por exemplo, se é uma regra ou um princípio.

Já em Streck não há separação normativa há antes de tudo complementariedade, pois fato e norma (Muller), texto e norma (Guastini) não se separam, são apenas diferentes. Com isso chega-se ao ponto fulcral do artigo que é o cotejamento com as ideias do filósofo Hans-Georg Gadamer.

A tarefa da interpretação em Gadamer consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à Lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter ideia daquilo que estamos às voltas⁴².

Para o filósofo, entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

Com ele, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria de Gadamer adquiriram caráter indivisível⁴³.

A real finalidade da hermenêutica jurídica é "encontrar o Direito" (seu sentido) na aplicação "produtiva" da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para "escutar" a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma pergunta daquele. Esse movimento circular faz com que a norma "fale" mais, enquanto mais clara seja a pergunta, e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pré-compreensão à interpretação, enquanto maior seja o significado que a norma "revele". Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido⁴⁴.

⁴² GADAMER, H.G. *Verdade e método I* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed., Editora Vozes, Petrópolis, 2002.

⁴³ LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer". *Revista de Informação Legislativa*, ano, 37 n. 145, p. 101-112, 2000.

⁴⁴ Tradução Livre: move-se insensivelmente ao escopo da situação do sujeito investigador e aos objetivos da própria ciência.

Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. Segundo Gadamer (2002), a verdade “se desplaza insensiblemente al ámbito de la situación del sujeto investigador y de las finalidades de la misma ciencia⁴⁵”. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo.

É perceptível que a hermenêutica gadameriana jurídica traz consigo elementos de diversos matizes, entre estes, o do círculo hermenêutico, onde o intérprete com suas pré-compreensões é parte importante do processo, de onde parte e onde termina o processo interpretativo. Neste percurso a análise dos elementos normativos, fáticos e valorativos, passa pelo crivo da razão e certamente da técnica que possui o intérprete.

Para se falar em uma hermenêutica de verdade, ao fim e ao cabo das imbricações e afastamentos produzidos ao longo da jornada empreendida neste artigo necessário é pensar o processo de interpretação/aplicação de modo um tanto quanto diferente. Isso porque, por mais que as teorias enunciadas contenham elementos fortes que sustentem argumento válidos aptos a amparar os métodos de interpretação necessário é ir além, buscando sufragar o *plus* que falta, quando se trata por exemplo dos chamados casos *indecidíveis*, uma espécie de superlativização dos *hard cases*.

Casos *indecidíveis* são aqueles a que nem Guastini, Muller, Alexy ou Streck, ou Gadamer, tem solução teórica pré-pronta para fornecer como apta de resolução. O caso por exemplo, da judicialização da saúde, que está ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo decidido em alguns *leading cases* continua sua discussão, no caso, precipuamente, diante da pandemia da COVID-19, em que as vagas de UTI foram disputadas ferrenhamente.

Os casos por exemplo da presunção de inocência/prisão em segunda instância, parecia até certo ponto indecível, tendo em vista as reviravoltas na interpretação do artigo 283 do CPP, e do inciso do artigo 5º da CRFB/88.

Outro caso que levanta discussão acerca da interpretação constitucional é o do julgamento pelo STF da anulação das condenações perpetradas na operação lava jato (a maior contra a corrupção da história do país), em que se parecia estar tudo sedimentado e consolidado e houve uma reviravolta jurídica nos últimos meses. Trata-se de um claro sinal de indecibilidade presente.

Casos assim levantam a necessidade de se desenvolver, ou de se depurar, sim um arquétipo em que sejam eleitos os pontos de destaque de cada um destes ferramentais, de forma simples, leve e comprometida, com o mais próximo se possa atingir da verdade, no termo filosófico-jurídico da palavra.

Assim sendo, a distinção texto-norma é importante no sentido de considerar que o texto é um ponto de partida, nunca de chegada, e, que o mesmo carrega diversos elementos que podem levar ao surgimento de uma tão conclamada norma. De igual modo é virtuoso utilizar o programa e o âmbito normativo, para frisar elementos que são essencialmente normativos e outros que tão só cabem a natureza fática. A seu turno, a divisão entre princípios e regras é válida para qualitativamente, aplicar na prática valores e comportamentos extraídos daqueles textos e normas acima assinalados.

3. Conclusão

A hermenêutica constitucional contemporânea comparada, precipuamente dos autores aqui concatenados tem experimentado processos virtuosos de interpretação/aplicação das constituições correspondentes, e, em *terrae brasiliis*, não é diferente, haja vista, que, importamos as referidas teorias, tendo as obras publicadas no idioma nacional.

Todos os autores consultados têm lugar na doutrina nacional e são cada um a seu modo, bastante consultados e aplicados na *práxis*, seja ela acadêmica ou forense,

de modo que o direito constitucional contemporâneo, tem nelas fervedouro, onde colhe lições diuturnamente.

O trabalho de Riccardo Guastini apesar de ser da escola do realismo metodológico é lembrado no Brasil, por diversos estudiosos, na linha de enfrentamento da distinção disposição *versus* norma e da interpretação enquanto produção e não conhecimento de normas.

Friedrich Muller por sua vez é bastante conhecido no Brasil, principalmente em face de seus trabalhos na Universidade Federal do Ceará (UFC), juntamente com Paulo Bonavides. Há registro de passagens na Universidade de Brasília (UnB), Universidade de São Paulo (USP), entre outras. Suas obras e teorias repercutem fortemente no constitucionalismo brasileiro, principalmente a metódica estruturante e a distinção entre programa normativo e âmbito normativo trazidos neste artigo.

Robert Alexy dispensa comentários, haja vista, ser o autor de direito comparado mais lido no Brasil nas duas últimas décadas. O STF adota declaradamente sua teoria de divisão normativa entre princípios e regras, além da ponderação de princípios. Passa ao largo, quão inúmeras são as obras publicadas com o tema da ponderação e da cisão princípios e regras. Mais à frente tratamos de reunir todas as cisões frente as críticas de Streck e Gadamer, sendo que, Streck apesar de reconhecer o brilho e a grandeza do pensamento de Alexy, por exemplo, não adota, nem referencia tal teoria, pois, acredita e tem em mente que o círculo hermenêutico se perde e a relação sujeito/objeto se deteriora na aplicação da ponderação. Gadamer tão bem expressado, enfatiza que a real finalidade da hermenêutica jurídica é "encontrar o Direito" (seu sentido) na aplicação "produtiva" da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto. Ao dizer encontrar o direito, parece se afastar substancialmente de Guastini e também dos demais autores cisórios utilizados.

Ocorre que, Gadamer, acaba por reunir todos os melhores elementos de todos os autores anteriores em seu arquétipo de pensamento. Isso porque, sua hermenêutica jurídica abraça a um só tempo, o processo deôntico de extração e de produção de significado, tão bem pontuados por Guastini, recebe a diferenciação do programa/âmbito normativo de Muller e ainda, mesmo que de forma tangencial adota a ponderação alexyana, pois a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.

Retornando a pergunta inicial de que se essas reflexões exsurgem a pergunta central do artigo que é a de se é possível cotejar as cisões, de modo que, após a submissão aos métodos de Streck e Gadamer pleitear o apontamento de caminhos de decisão na jurisdição constitucional desta terceira década do século XXI que sejam aptos a facilitar o processo de enfrentamento das indecidibilidades, a resposta é clara: sim.

Isso porque, a tecitura e a qualidade da escrita, raciocínio e pensamento dos autores consultados é tamanha, que permite releituras, aptas a montar arquétipos novos de decisão em sede de jurisdição constitucional aptos a gerenciar conflitos, decidir demandas, dentro ou fora do código binário (precedente/imprecedente), adotando por exemplo, modelos de auto regulação regulada e proceduralização.

São modelos novos e que trabalham com a estrutura do direito em si, e, não com a matéria desgastada. Proporcionam ambiente salutar para que as partes por elas mesmas direcionem e determinem o direito que querem para si. A complexidade, os paradoxos e a pós-modernidade cada vez mais reclamam por modelos assim.

O Judiciário é claro, deve fornecer estruturas fortes calcadas na democracia e nos direitos fundamentais, para que haja a fruição da paridade de armas. O restante as partes, se devidamente amparadas e esclarecidas por advogados tem plena condição de decidir, ainda mais em casos envolvendo complexidade, como inteligência artificial, nanotecnologia, novos contratos, situações complexas como as redes sociais, com seus robôs e algoritmos. Todos estes temas, o Judiciário ainda engatinha, enquanto aqui ainda tentamos auxiliar com o fornecimento de ferramentas como a proceduralização e a autorregulacao regulada.

Para o fecho, vale ler e reler os clássicos, mas de olho no que esta sendo produzido, em matéria de novas formas de pensar e decidir o direito. Isso porque as cisões ainda são imprescindíveis dado ao fato de a maioria das demandas se resolver pelo código binário, entretanto, as novas demandas reclamam novas estruturas e soluções, todavia, o artigo que ora se intenta se propôs apenas a responder a questão das cisões dos autores no contexto das críticas de STRECK E GADAMER, sendo que preditivamente, tratar das soluções propriamente ditas é tarefa para outra investigação científica, ficando aqui a agudez do leitor por ler um pouco mais.

4. Referências Bibliográficas

- ABBOUD, G. & CAMPOS, R. *Fake news e regulação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- ABBOUD, G. *Direito constitucional pós-moderno*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2007.
- BARROSO, L.R. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil", *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, p. 1-42, 2005.
- BITTAR, E.C.B. "Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos", *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 1, p. 139-167, 2021.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, EDIPRO, Bauru, 2001.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6º ed., Atlas, São Paulo, 2010.
- GADAMER, H.G. *Verdade e método I - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 15. ed., Editora Vozes, Petrópolis, 2002.
- GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola, São Paulo, 2012.
- GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. "Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica". *Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 272-292, 2018.
- GUASTINI, R. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2005.
- GUIMARÃES, R. *Dicionário de mitologia grega*, Cultrix, São Paulo, 1995.
- HARTMAN, F.P. *Inteligência Artificial: Estudos de Inteligência artificial*, Alteridade, Curitiba, 2021.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- LEE, K.F. *Inteligência Artificial*, Globo Livros, Rio de Janeiro, 2019.
- LIMA, F.A.D.F. & BARROS, P.A.M. *A hermenêutica filosófica de Gadamer como aporte para superação da hermenêutica jurídica tradicional*, CONPEDI, Florianópolis, 2014.
- LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer", *Revista de Informação Legislativa*, ano, 37 n. 145, p. 101-112, 2000.
- MULLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- STRECK, L.L. "Aplicar a 'letra da lei' é uma atitude positivista?", *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.
- STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed., Saraiva, São Paulo, 2017.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016.
- TROPER, M. *A filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

Transformações do direito público: uma leitura crítica do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do consequencialismo jurídico no Brasil

Public law transformations: a critical reading of art. 20 of the Law of Introduction to the rules of Brazilian Law and the legal consequentialism in Brazil

Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves¹

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Consequencialismo jurídico: notas para uma (pré)compreensão do objeto de estudo; 3. Crítica teórica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: a questão da discricionariedade nas decisões consequencialistas; 4. Crítica metodológica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: problemas na aplicação da estrutura formal da decisão consequencialista; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Este estudo insere-se nos campos da hermenêutica jurídica contemporânea e da teoria jurídica e visa identificar as fragilidades de uma aplicação irrefletida do consequencialismo jurídico no direito público brasileiro, a partir de uma leitura crítica da arte. 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Para atingir o objetivo proposto, partimos da definição do objeto de estudo para, em seguida, expor dois tipos de críticas opostas ao consequencialismo jurídico. A investigação foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica, tendo chegado à conclusão de que o consequencialismo jurídico tem complicações e algumas questões podem ser levantadas para nortear estudos futuros sobre a referida temática no contexto de transformações do direito público no Brasil.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica contemporânea; Teoria do direito; Transformações do direito público; consequencialismo jurídico.

Abstract: This study is part of the fields of contemporary legal hermeneutics and legal theory and aims to identify the weaknesses of an unreflective application of legal consequentialism in Brazilian public law, based on a critical reading of art. 20, of the Law of Introduction to the norms of Brazilian Law. To achieve the proposed objective, we start from the definition of the object of study, and then we expose two types of criticisms opposed to legal consequentialism. The investigation was carried out through bibliographical research, and it was concluded that legal consequentialism brings complications and some questions can be raised to guide future studies on the theme of legal consequentialism in the context of public law transformations in Brazil.

Key-words: Contemporary legal hermeneutics; Legal Theory; Transformations of Public Law; Legal Consequentialism.

¹ Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre em Direito da Regulação (FGV Direito Rio). Procurador do Estado na Procuradoria Geral do Estado do Piauí. Endereço para correspondência: Rua Honório Parente, 675, aptº 501, Teresina-PI, CEP 64.048-360. Telefone: 86 999813959. *Email:* lgribeirogoncalves@gmail.com

1. Introdução

Atualmente, há no direito público brasileiro uma tendência ao pragmatismo como alternativa para corrigir as patologias decorrentes dos excessos da constitucionalização e do uso de princípios jurídicos, promovendo mais segurança jurídica em processos decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial². O exemplo mais citado para ilustrar as inclinações pragmáticas do direito público no Brasil é o art. 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), também conhecida como LINDB.

O art. 20, da LINDB, dispõe que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. De acordo com Marques Neto e Veras (2019), como norma de aplicação reflexa, de interpretação, para ser utilizada pelo intérprete para bem aplicar outras normas, a razão do dispositivo é "interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder das instituições" (p. 21).

Todavia, a clareza do texto legal é paradoxalmente enganosa: o que, sob a perspectiva do direito, pode ser compreendido por "considerar as consequências práticas da decisão" em decisões jurídicas tomadas com base em valores jurídicos abstratos? Quais são os problemas que a aplicação desse tipo de "consideração" pode enfrentar no campo do Direito?

Por esse motivo, Gabardo e Souza (2020) parecem ter razão ao sustentarem que a nova redação da LINDB possui um elevado nível de imprecisão, destacando que, além da referência às consequências práticas no art. 20, há a menção às "consequências jurídicas e administrativas" no art. 21, sem o esclarecimento sobre o que se quer dizer com isso. Para eles, "aglutinada esta variável hermenêutica aos mais de vinte outros conceitos jurídicos indeterminados da lei, o resultado possível ganha um nível de abstração e indeterminação paradoxalmente oposto à ideia de concretude e segurança tão cara aos pragmatistas" (p. 117).

Nesse ponto de vista, portanto, o presente trabalho pode ser lido como um *exercício hermenêutico*, no qual, a partir da leitura crítica do art. 20, da LINDB, procura-se identificar as fragilidades da sua aplicação irrefletida, bem como do consequencialismo jurídico no direito público brasileiro.

O argumento desenvolvido ao longo do texto é o de que o recurso à justificação de decisões por suas consequências práticas apresenta desafios teórico-metodológicos que justificam a investigação para compreender o consequencialismo jurídico, a sua validade sob o prisma jurídico e os problemas para a sua aplicação como método na tomada de decisões no campo do direito. Nesta perspectiva, acredita-se que o consequencialismo jurídico apresenta potencial para incremento da insegurança jurídica ao invés de ser uma "solução" para o citado problema³.

Para realizar o objetivo proposto para o estudo, o presente texto é estruturado em cinco seções, sendo a primeira introdutória.

A segunda seção é dedicada à definição do objeto do estudo, a fim de se estabelecer uma (pré)compreensão do que pode ser entendido como consequencialismo jurídico. Na terceira seção serão expostos os problemas envolvendo o consequencialismo no direito na perspectiva crítica de Streck (2010), o que leva a uma objeção teórica à sua aplicação. Na quarta seção, serão apresentados os problemas metodológicos relacionados à decisão jurídica consequencialista a partir da compreensão e análise da sua estrutura.

Por fim, na última seção do artigo, serão realizadas as considerações finais.

² MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, Fórum, Belo Horizonte, 2019.

³ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

2. Consequencialismo jurídico: notas para uma (pré)compreensão do objeto de estudo

O uso de considerações consequencialistas no Direito parece ser inevitável⁴ e o recurso a este tipo de considerações é uma característica onipresente de argumentação judicial com o objetivo de afastar consequências inaceitáveis nas decisões tomadas no Direito⁵.

Teorias morais se dividem em dois tipos: consequencialistas/teleológicas e não-consequencialistas/não teleológicas. Para teorias consequencialistas, a relação entre valores e agentes é instrumental, com objetivo de promover um valor. Teorias não-consequencialistas não tem o objetivo de promover valor na aplicação da norma: a questão, para o decisor, é "manter as mãos limpas"⁶.

Todavia, importa aqui distinguir o consequencialismo aplicado "às decisões legais, isto é, decisões judiciais"⁷ e o consequencialismo decorrentes teorias particulares de valor, como pragmatismo, utilitarismo ou análise econômica do direito⁸. O que interessa ao presente estudo é a discussão sobre o consequencialismo jurídico e não discussões morais que caracterizam um consequencialismo vulgar sob a perspectiva do direito⁹.

Para Schuartz¹⁰, consequencialismo jurídico pode ser compreendido como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar a adequação jurídica de uma *decisão judicante* à valoração das suas consequências. Assim, numa decisão judicial ou administrativa de natureza consequencialista, uma consequência (*c*) é o efeito prático de uma medida (*m*), que é comparada com uma consequência (*c'*) decorrente de uma medida (*m'*). A medida juridicamente adequada é aquela cuja consequência mais se adequa ao critério normativo utilizado para ordenação das consequências.

O consequencialismo jurídico pode ser compreendido numa maneira ampla: consequencialismo forte e consequencialismo fraco, conforme o nível de relevância de critérios extrajurídicos para a formulação do juízo consequencialista. Segundo a tipologia proposta por Schuartz, no consequencialismo forte a valoração entre consequências indica que não há alternativa preferível a uma medida considerada a juridicamente mais adequada. De outro lado, no consequencialismo fraco, a valoração das consequências é apenas um dos elementos constitutivos da fundamentação das decisões, inseridos e contemplados nos processos decisórios com peso no máximo igual ao peso dos argumentos não-consequencialistas.

Decisões consequencialistas abrem um dever de prestação de contas do decisor segundo critérios científicos (extrajurídicos) de adequação: trata-se de um dever existente na dimensão positiva/descritiva da decisão consequencialista possui. Isto ocorre porque na primeira dimensão decisória, em que o decisor estabelece um conjunto de medidas alternativas entre si e suas consequências prováveis, as prognoses são realizadas com fundamento em conhecimentos científicos.

Na segunda dimensão da decisão consequencialista, de natureza normativa, há a ordenação do conjunto de consequências de acordo com o critério valorativo definido, exigindo-se nesta etapa consistência interna dos critérios de ordenação de

⁴ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Idem*.

⁵ MACCORMICK, N. "On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, v. 58, p. 239-258, 1983.

⁶ PETTIT, P. *A Companion to Ethics*, Oxford, Cambridge, 1991, pp. 230-240.

⁷ MACCORMICK, N. *Ob. cit.*, pp. 246-254.

⁸ PETTIT, P. *Idem*.

⁹ STRECK, L.L. "Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus", *REI - Revista Estudos Institucionais*, v.6, n.3, pp. 924-934, dez. 2020, disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>, acesso em: 08 jan. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569>.

¹⁰SCHUARTZ, L.F. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem", *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, pp. 130-158, 2008.

consequências e respectivas medidas e compatibilização com normas aceitas por integrantes de uma comunidade jurídica particular.

3. Crítica teórica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: a questão da discricionariedade nas decisões consequencialistas

A discussão sobre o uso do consequencialismo jurídico como estratégia para superar as patologias decorrentes dos excessos da constitucionalização e do uso de princípios jurídicos pode ser compreendida a partir da crítica de Streck (2010) sobre como as teorias jurídicas (pos)positivistas foram recepcionadas no Brasil. Esse ponto de partida para o debate tem relação com o contexto e os motivos da positividade do art. 20, da LINDB, no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 20, da LINDB, representa um esforço para corrigir problemas decorrentes da "tendência à proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade"¹¹, o que leva à ampliação da quantidade de soluções que podem inclusive ser contraditórias entre si. Dirige-se, portanto, à aplicação do Direito por autoridade competente e "não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos"¹².

Para Marques Neto e Freitas, a decisão fundamenta em valores jurídicos abstratos "não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente". Pensar o contrário seria autorizar um "argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos dessa decisão"¹³. Nessa perspectiva, os autores consideram que o dispositivo obriga que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas, de forma a tornar a aplicação do princípio controlável quando não for acompanhada da análise das suas consequências¹⁴.

Portanto, a aplicação do direito pela autoridade competente segundo o comando normativo do art. 20, da LINDB, pode ser relacionada com a recurso aos princípios e, por conseguinte, ao postulado da proporcionalidade, vez que eles exigem uma avaliação prévia quanto aos efeitos práticos da decisão nas três etapas do processo aplicativo do referido postulado: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵. A exigência de consideração de consequências na aplicação de princípios e da proporcionalidade, nos termos do art. 20, da LINDB, pode ser considerada um obstáculo a decisões "intuitivas", produzidas de modo "espontâneo e aleatório", por meio de "expediente retórico", "fundada[s] em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo"¹⁶.

No entanto, numa outra perspectiva, a exigência de considerações sobre as consequências práticas da decisão jurídica fundada em valores abstratos, nos termos do art. 20, da LINDB, não seria suficiente para afastar o subjetivismo do decisor na aplicação de normas, adequando-se a referida decisão aos cânones do Estado Democrático de Direito. A razão para isso pode ser extraída do pensamento de Streck¹⁷ sobre o (pos)positivismo no Brasil e, nessa esteira, na objeção que o autor dirige à concepção de Alexy sobre os princípios e sua aplicação proporcional no Direito.

Streck considera que os (pos)positivistas, inclusive os brasileiros, não compreenderam a superação do velho positivismo exegético pelo positivismo normativo pós-kelseniano e as diferenças entre estes dois tipos de positivismo. Segundo ele, enquanto o velho positivismo exegético centra os esforços unicamente na interpretação

¹¹JUSTEN FILHO, M. "Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas", *Revista de Direito Administrativo* pp. 13-41, 2018, p. 17.

¹² JUSTEN FILHO, M. *Ob. Cit.*, p. 25.

¹³ MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Ob. cit.*, p. 32.

¹⁴ MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Idem*.

¹⁵ JUSTEN FILHO, M. *Ob. cit.*, p. 30.

¹⁶ JUSTEN FILHO, M. *Ob. cit.*, p. 26-28.

¹⁷ STRECK, L.L.; CALEGARI, A. & ROCHA, L.S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Unisinos, São Leopoldo, 2010, pp. 163-185.

do texto da lei para sintaticamente descobrir o seu significado, não diferenciando texto e norma (e interpretação e aplicação), o positivismo normativo pós-kelseniano distingue texto legal e norma no nível semântico, separando também a interpretação como esforço epistêmico (interpretação-descrição) e interpretação como ato de vontade (interpretação-aplicação).

No positivismo kelseniano, a interpretação como esforço epistêmico cabe ao cientista do Direito, que trabalharia com "pureza metódica" e rigor lógico, enquanto a interpretação como ato de vontade é tarefa do aplicador do direito, que a cumpre sem a dita pureza e com uma fatal discricionariedade, que, por sua vez, deve ser controlada pelos critérios lógicos desenvolvidos pela teoria do direito.

Para Streck, a má compreensão que os (pos)positivistas tem entre os níveis epistêmico e aplicativo, conforme descoberto por Kelsen, os leva a identificar o positivismo pós-kelseniano com o velho exegetismo, considerando as ditas teorias neoconstitucionalistas como uma forma de superação de um exegetismo que já há muito havia sido superado pelo positivismo pós-kelseniano. O argumento é, então, trabalhado com a crítica dirigida especificamente à Alexy:

"No campo jurídico, "maior avanço" parece – e apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da jurisprudência dos conceitos com o axiologismo da jurisprudência dos valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p. ex., através da jurisprudência dos valores, que ele buscou "controlar" racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja clareza no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem. Ou seja, Alexy, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa "suficiência ôntico-exegética", quando estiver em face de um caso difícil, apela para outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexyana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade."¹⁸

Portanto, Streck sustenta que os (pos)positivistas, como Alexy, não o são verdadeiramente pós-positivistas, pois caem e até mesmo jogam as suas fichas na fatalidade kelseniana da discricionariedade do interprete-aplicador¹⁹, enquanto deveriam elegê-la como o verdadeiro adversário a ser combatido. Streck põe o seu argumento em evidência ao citar dois casos de decisão em que, segundo ele, o interprete-aplicador se mostra formalista ou consequencialista conforme a conveniência do caso concreto²⁰.

O primeiro exemplo é o caso de um juiz federal que autorizou um ainda candidato no exame da OAB exercesse a profissão de advogado, mesmo sem ter finalizado o exame, que teve a segunda fase adiada em função da pandemia do novo coronavírus. Streck cogita que houve uma relativização de requisitos previstos em lei, baseado "talvez num consequencialismo jurídico". O segundo exemplo trata do caso de um juiz que indeferiu pedido para suspender cultos de Silas Malafaia em razão do coronavírus porque "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e não havia "decreto do Executivo ou lei do Legislativo afastando (...) o direito à participação em cultos religiosos"²¹.

Tais exemplos demonstrariam que o consequencialismo jurídico e o comando do art. 20, da LINDB, seriam teoricamente incompatíveis com os seus propósitos de melhorar a segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, pois a questão da discricionariedade do intérprete-aplicador não seria por eles resolvida. A exigência de fundamentação jurídica consequencialista não afastaria a raiz do problema, que é, na

¹⁸ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, 2010, p. 169.

¹⁹ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, 2010, p. 172.

²⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

²¹ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 931.

verdade, a ausência de uma “uma adequada compreensão ou mesmo recepção de uma adequada teoria dos princípios, que exigisse um ajuste institucional por parte do intérprete que invoca um padrão principiológico”²².

4. Crítica metodológica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: problemas na aplicação da estrutura formal da decisão consequencialista

Outro tipo de crítica que pode ser realizada ao art. 20, da LINDB, e à adoção de decisões jurídicas consequencialistas não leva em conta as objeções formuladas por Streck em relação à recepção da teoria dos princípios e da proporcionalidade no Brasil. Caso seja superada a objeção à teoria dos princípios de matriz alexyana, as críticas ao uso do consequencialismo exigido no art. 20, da LINDB, podem ser endereçadas à aplicação da estrutura formal da decisão jurídica justificada por suas consequências que foi descrita na seção 1 do artigo.

A crítica ao uso do consequencialismo no direito dirigida à estrutura do raciocínio consequencialista aponta os problemas epistêmicos e normativos existentes na sua aplicação, com o objetivo de desenvolver metodologias de decisão orientadas pela valoração de efeitos capazes de aumentar os níveis de racionalidade dentro ou fora do direito²³. Os problemas epistêmicos da decisão consequencialista existentes na dimensão positiva envolvem o controle de prognoses realizadas e a determinação da extensão da cadeia de consequências da decisão. Por sua vez, na dimensão normativa, são apontados como problemas a definição de critérios de valoração para ordenar as consequências, a estabilização do sentido de critérios vagos de valoração e os conflitos entre critérios de valoração que podem apontar para resultados distintos.

a. Primeiro problema da dimensão positiva da decisão consequencialista: a limitada capacidade humana de predição dos efeitos futuros das decisões jurídicas

O primeiro problema da dimensão positiva refere-se à limitada capacidade humana de predição dos efeitos futuros das decisões jurídicas. Quanto mais distante é o horizonte temporal, menor é a probabilidade dos efeitos previstos se concretizarem e, por essa razão, menor é a pressão exercida por argumentos consequencialistas no processo decisório²⁴. Em outras palavras, a menor probabilidade e maior a incerteza da ocorrência futura de um efeito prático retira da decisão consequencialista a sua força argumentativa.

São vários os exemplos que podem ser citados para ilustrar como a limitação da capacidade preditiva dos efeitos concretos de decisões jurídicas implica na relativização da força destas, ainda que a tentativa de antecipação dos citados efeitos seja realizada com base em critérios científicos. Um tipo de decisão jurídica consequencialista comum nos dias atuais que pode ser utilizada para exemplificação é a prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004.

O art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004, dispõe que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em *estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada*.

O estudo técnico ao qual se refere o dispositivo acima é conhecido como *Public Sector Comparator* (PSC). Trata-se de instrumento utilizado para realização do cálculo de custo-benefício para fundamentar, no contexto das inclinações pragmáticas do direito

²² STRECK, L.L. *Ob. cit.*, p. 932.

²³ PINHEIRO, A.C.; PORTO, A.J.M.; & SAMPAIO, P.R.P. *Direito e economia: diálogos*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 94.

²⁴ MACCORMICK, N. *Idem*.

administrativo brasileiro, a escolha consequencialista entre a contratação de Parcerias Público-Privadas para a prestação de serviços públicos e obras públicas ou a realização destes por meio contratações administrativas no formato tradicional. O referido instrumento técnico é largamente utilizado para avaliação comparativa dos ganhos de eficiência de PPPs e Concessões em detrimento de formas tradicionais de contratação administrativa, seguindo prática internacional, por exemplo, Austrália, Canadá, Portugal, Irlanda, África do Sul, Holanda, Reino Unido e EUA.

Apesar da extensa utilização no Brasil e em abrangência internacional, o PSC é objeto de críticas²⁵. Uma dessas críticas pode ser resumida no argumento de que o PSC é um cálculo teórico, incluindo previsões de longo prazo e, portanto, altamente vulnerável a erros²⁶. Nesse quadro, o *Public Sector Comparator* possui problemas que impactam a confiabilidade da previsão das consequências fáticas na dimensão positiva da decisão jurídico-administrativa que opta pela contratação de uma concessão (parceria público-privada). Argumenta-se que normalmente há pouca informação disponível na própria administração sobre os resultados das formas tradicionais de contratação para a prestação de serviços públicos e, por outro lado, existe uma dificuldade de estimativa de possíveis e prováveis ganhos de eficiência nas parcerias público-privadas.

²⁵De acordo com Cohen, Santana e Rios: "para a formatação e execução das políticas públicas a que se pretendem, os gestores públicos dispõem, ao menos em tese, de algumas alternativas de execução de obras ou prestação de serviços: por exemplo, a execução direta pela Administração Pública, a contratação através de procedimento licitatório comum, regido pela Lei nº 8.666/1993, a celebração de contrato de concessão ou parceria público-privada ou, ainda, uma combinação entre dois ou mais modelos. O processo decisório da Administração quanto ao formato de viabilização dos projetos, assim, é complexo e demanda o sopesamento entre benefícios e desafios de cada alternativa para se encontrar aquela mais adequada para alcançar os fins a que se destina a atividade administrativa, além de assegurar a eficiência na aplicação dos recursos públicos. O referido processo decisório da Administração Pública foi contemplado expressamente pelo legislador no art. 10 da Lei nº 11.079/2004, demandando do gestor que, antes da constituição de parcerias público-privadas, elabore estudo técnico que demonstre "a conveniência e a oportunidade da contratação". De forma semelhante, o art. 5º da Lei nº 8.987/1995 prescreve que deverá o Concedente publicar ato, previamente ao edital de licitação, "justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão". (...) Sobre esse tema, contudo, pairam mais dúvidas que certezas, uma vez que não há elementos objetivos de comparação que possam ser previamente definidos para que a Administração Pública sopesar ganhos e perdas entre modelos contratuais tão distintos e, sobretudo, para que os Tribunais de Contas avaliem, no âmbito de sua competência, se a escolha tomada pelo gestor público atendeu aos parâmetros de legalidade e economicidade que norteiam a atividade de controle. É excelente que a Administração Pública se valha de processo fundamentado de escolha para a viabilização de um projeto ou a disponibilização de determinado serviço público à população. Mas como concretizar este procedimento, estabelecendo critérios para embasar a decisão do gestor público? A primeira problemática decorrente da imposição legal de análise de Value for Money prévia à celebração de parcerias público-privadas deriva da inexistência de metodologias capazes de conferir clareza e previsibilidade ao mecanismo de escolha. Esta abordagem a ser realizada deve guardar caráter quantitativo, precificando gastos e benefícios em cada modelagem contratual, ou caráter qualitativo, valorando de forma mais subjetiva as perdas e ganhos de cada estrutura? E mais: se não há critérios bem delimitados para que o gestor público decida, como pode pretender o controlador aferir a licitude ou ilicitude da conduta, considerando que a atividade de controle encerra juízo de conformidade em face de regras previamente estatuídas? Os conceitos de "conveniência e oportunidade", no direito brasileiro, são intrinsecamente associados ao mérito administrativo, ao juízo discricionário do gestor e que, como tal, não pode ser simplesmente substituído pelo juízo do controlador. São problemáticas que, infelizmente, a prática nacional ainda não foi capaz de superar". In: COHEN, I; SANTANA, L.D. & RIOS, J.L.C. "A análise de value for money em projetos de parceria: qual o melhor momento?", *JOTA Info*, São Paulo, publicado em: 18 dez. 2020, Coluna Infra, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/a-analise-de-value-for-money-em-projetos-de-parceria-qual-o-melhor-momento-18122020>, acesso em: 10 jun. 2021.

²⁶ CRUZ, C.O. & MARQUES R.C. *Public Sector Comparator*, Springer, Berlin, disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-642-36910-0_2, acesso em: 03 mar. 2022.

No Reino Unido, são identificadas críticas que podem ser relacionadas ao problema tratado neste tópico, isto é, em relação à limitada capacidade de predição dos efeitos futuros da decisão que autoriza a contratação de uma parceria público-privada ou tornam a previsão falha. A limitação da capacidade preditiva de efeitos no PSC é representada pela imprecisão, por riscos omitidos no estudo, pela falta de consenso em relação à taxa de desconto aplicada e pela manipulação de dados²⁷.

De acordo com Leigland, mesmo em países industrializados, há poucos dados para estimar uma base de custos, de modo que é quase impossível calcular com alguma precisão quanto um projeto irá custar ao longo de 20-30 anos. Além disso, os riscos previsíveis para um projeto com o referido horizonte temporal, especialmente em países em desenvolvimento são difíceis de estimar, como renegociações contratuais ou mesmo rescisão do contrato. Por fim, há uma falta de consenso em relação à taxa de desconto de valores futuros para comparação de alternativas contratuais em valor presente, o que pode levar à manipulação de dados e, por conseguinte, a julgamentos subjetivos em decisões que autorizam a contratação de parcerias público-privadas em detrimento de outras formas de organização do serviço prestado pelo poder público²⁸.

Diante disso, parece ser correto o argumento de Pargendler e Salama, no qual sustentam que "a cientificização da produção jurídica (sobretudo no que tange ao exame dos efeitos concretos das regras jurídicas) encontra limites muito claros, por conta [da] (...) incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas)"²⁹. Assim, os autores observam que é ilegítima a "utilização do cientificismo e consequencialismo extremados como forma de organização jurídica e social"³⁰, de modo que sempre haverá a necessidade de uma ponderação não científica no direito, do mesmo modo como ocorre também na doutrina econômica.

b. Segundo problema da dimensão positiva da decisão consequencialista: a determinação de um limite à cadeia de consequências

O segundo obstáculo epistêmico à consistência de decisões consequencialistas é o problema da determinação de um limite à cadeia de consequências práticas de decisões jurídicas. Decisões jurídicas geram consequências práticas que, por sua vez, geram novas consequências e assim sucessivamente. Nesse sentido, até quando as consequências poderiam ser consideradas pelo decisor para sustentar a medida jurídica objeto da sua decisão?

O argumento do primeiro problema da dimensão positiva também vale aqui, porque, quanto mais distante do tempo presente for a consequência (isto é, quanto menos imediata ela for), mais difícil será predizê-la e relacioná-la causalmente à decisão jurídica, até mesmo porque é geometricamente regressiva a probabilidade da ocorrência de cursos de ação alternativos em eventos sequenciais³¹. Dito de outro modo, uma medida (m) pode ter múltiplas consequências (c), as quais, por sua vez, podem gerar múltiplas consequências (c^n), sucessivamente. Quanto mais distante de (m), mais

²⁷ LEIGLAND, J. "Is the Public Sector Comparator Right for Developing Countries?", *Appraising Public-Private Projects in Infrastructure*, Gridlines, nº 4, World Bank, Washington DC, 2006, disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10743>, acesso em: 03 mar. 2022.

²⁸ LEIGLAND, J. *Ob. Cit.*, pp. 02-03.

²⁹ PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método", *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, jan-abr, 2013, Rio de Janeiro, p. 100.

³⁰ PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. *Ob. Cit.*, p. 100.

³¹ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Idem*.

difícil será determinar, com alguma precisão, a probabilidade de ocorrência das consequências, chegando-se à condição de incerteza genuína^{32 33}.

Exemplo de falha na justificação de decisões por consequências em razão do problema tratado neste tópico pode ser observado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial nº 363.943-MG, do qual foi relator o Ministro Humberto Gomes de Barros. No referido acórdão, discutiu-se se o corte no fornecimento de energia elétrica seria ou não justificável e o relator da decisão trouxe a sua reflexão extraída a partir de casos anteriores que trataram do mesmo tema no STJ.

O ministro inicia o seu voto questionando: “É lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor deixa de pagar o respectivo preço?” O ministro lembra que rejeitava a viabilidade do corte do fornecimento, mas mudou de opinião ao meditar e ver com outros olhos a legislação. Segundo o relator, o corte do fornecimento “por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido”. Para chegar a esta conclusão, o ministro fez o seguinte raciocínio consequencialista:

“Cheguei a essa conclusão, após receber um pedido de medida cautelar, formulado por um pequeno município do Estado do Rio de Janeiro, no propósito de proibir a empresa de eletricidade local, de cortar o fornecimento de energia elétrica a qualquer residência localizada no território do Município, cujo morador deixasse de pagar a conta de luz. A teor da petição, o corte, em tal circunstância, traduziria atentado à dignidade humana.

Neguei a liminar, com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo a que se denomina “efeito dominó”. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz.

Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência.

Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública. ”

Embora o corte do fornecimento de energia elétrica possa ser considerado juridicamente válido, a utilização de consequências do tipo “efeito dominó” para justificar a decisão que autoriza o corte, além de desnecessária, ante a existência de regras impondo deveres *prima facie*, enfraquece a correção do argumento judicial, pois a cadeia de consequências práticas descrita (vedação ao corte do fornecimento → inadimplência generalizada diante da percepção de que o vizinho não paga a conta de energia → ausência de renda da concessionária → impossibilidade de aquisição de

³²A diferença entre os significados de risco e incerteza foi explicada por Knigh. De acordo com o autor, no risco há a possibilidade de quantificação da ocorrência do evento futuro em termos probabilísticos, enquanto na incerteza tal quantificação é inviável. *In*: KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1921.

³³Mais recentemente, outro autor norte-americano tratou do problema da incerteza para justificação pragmática de decisões judiciais e/ou regulatórias. De acordo com Vermeule, “tribunais com alguma frequência interpretam mal o seu papel em tais casos [de incerteza], em parte porque cometem erros conceituais sobre o que significa tomar decisões racionais sob incerteza. Processualmente, os tribunais às vezes exigem razões que não podem ser dadas. Sob condições de incerteza genuína, as razões se esgotam e uma demanda implacável por mais raciocínio torna-se patológica. Há uma categoria de decisões de agências que são racionalmente arbitrárias, no sentido de que nenhuma razão de primeira ordem pode ser dada para a escolha da agência dentro de um determinado domínio, mas uma escolha ou outra é inevitável, legalmente obrigatória, ou ambas. Em alguns casos, até o lançamento de moedas pode ser uma estratégia perfeitamente racional de tomada de decisão para as agências”. *In*: VERMEULE, A. “Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law”, *Journal of legal studies*, v. 44, n. 52, 2015, disponível em: <https://doi.org/10.1086/676332>, acesso em: 04 mar. 2022.

insumos → insolvência → falência → interrupção do fornecimento a todo o município, inclusive para a iluminação pública) não é facilmente verificável. Dessa maneira, a consideração do “efeito dominó”, antes de reforçar juridicamente o argumento jurídico, abre flancos para críticas à decisão tomada pelo tribunal.

c. Primeiro problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: a definição do critério para valoração das consequências

Do ponto de vista normativo, o primeiro problema em relação às decisões consequencialistas trata da definição do critério para valoração das consequências. Dissensos relacionados a valores, isto é, aos critérios de valoração, não são problemáticos e são estruturalmente inseparáveis dos processos de formação de vontade política e produção de normas do direito positivo na sociedade moderna³⁴. No entanto, é preciso que se identifique um objetivo socialmente compartilhável para possibilitar valorações não partidárias de consequências associadas a decisões e alternativas disponíveis³⁵.

Voltando ao exemplo da decisão prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004, a valoração partidária se relaciona com a definição do critério jurídico de avaliação e ordenação de consequências práticas. No citado caso, geralmente se adota a eficiência como critério de ranqueamento das consequências para que se autorize a abertura de uma licitação para contratação de uma concessão administrativa (parceria público-privada), sendo preferível, entre as decisões disponíveis, a que produza os resultados mais eficientes. Mas, será que a eficiência é único critério a orientar as decisões administrativas? Critérios normativos relacionados à redistribuição e colidentes com a eficiência também não seriam bons candidatos a vincular a decisão do administrador ou, pelo menos, para tornar a sua decisão mais racional?

Nesse ponto, é interessante a observação de Schuartz³⁶ sobre o papel que a dogmática pode exercer para auxiliar a operacionalização de juízos consequencialistas no direito. De acordo com o autor, a dogmática jurídica tem uma função social, que é a de controlar a dupla contingência verificada na relação entre as normas jurídicas e os casos concretos postos para decisão. Nesses casos, a dogmática exerce esse papel ao prover flexibilidade nas cadeias de argumentação até o ponto de uma insegurança suportável, sendo um critério a governar o ir e vir entre normas e fatos, impondo limites ao capricho do intérprete-aplicador. Sem uma dogmática que exerça essa função e a sua substituição por um discurso pouco diferenciado e sincrético (miscelânea de textos normativos, precedentes judiciais, doutrinas estrangeiras, fragmentos de teorias, filosofia moral, etc.), qualquer coisa serve para fundamentar bancar uma decisão judicial ou administrativa, tendo por consequência um descontrole na “liberdade” hermenêutica e um estado patológico de exceção e insegurança jurídica.

Nesse sentido, a dogmática administrativista acerca dos contratos administrativos seria útil para esclarecer, no exemplo citado, qual o critério deveria orientar o administrador ao decidir pela contratação de uma parceria público-privada, reduzindo a complexidade e as contingências inerentes ao conjunto normativo e sua relação com o contexto social. Nessa linha de raciocínio, a dogmática jurídica ajudaria a afastar a possibilidade, ainda que involuntária, de afiliação da decisão a uma específica e inflexível orientação normativa utilizada para avaliar e ordenar consequências de decisões jurídicas, muitas vezes com base em critérios normativos extrajurídicos que estariam mais próximos de avaliações econômicas e de certos sentidos político-ideológicos, representativos de visões particulares não coincidentes com a vontade da maioria democraticamente eleita segundo critérios constitucionalmente legítimos.

d. Segundo problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: definição do sentido jurídico do critério utilizado para valoração das consequências

³⁴ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 132-133.

³⁵ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁶ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 145.

O segundo problema apontado para a dimensão normativa da estrutura das decisões consequencialistas relaciona-se à vagueza dos “valores abstratos” aos quais se refere o art. 20, da LINDB³⁷. Nessa perspectiva, mesmo que seja identificado um objetivo socialmente compartilhável para possibilitar valorações não partidárias de consequências associadas a decisões (v.g., um determinado princípio jurídico), a definição do seu sentido ou conteúdo jurídico exige um grande esforço hermenêutico e baixa probabilidade de formação de consensos numa comunidade jurídica pluralista.

Tomando como exemplo o caso da decisão prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004: pode ser problemática a definição do sentido jurídico a ser atribuído ao dever de eficiência para viabilizar o ranqueamento das consequências da contratação de uma parceria público-privada e da prestação do serviço por meio de contratações tradicionais.

Desse modo, questiona-se: o dever jurídico de eficiência na aplicação da citada regra significa o dever de definir o modo prestação do serviço público que gere o menor custo financeiro? Ou esse dever representa a obrigação do administrador público de decidir pela forma que maximize o bem-estar social em termos absolutos? Ou, ainda, representa um dever de otimização, o que deve ser atingido não somente pela forma que diminua custos financeiros da administração ou maximize a soma da riqueza social, mas pelo instrumento que compatibilize os diversos interesses envolvidos na prestação do serviço público (dos servidores públicos por melhor remuneração e condições de trabalho, dos usuários dos serviços por serviços adequados, dos fornecedores de insumos pela justa remuneração do capital, etc)?

Essas dúvidas em torno da vagueza do conteúdo jurídico do dever de eficiência administrativa no Brasil foram identificadas por Gabriel Cozendey Pereira Silva em pesquisa sobre o tema realizada a partir da análise da literatura jurídica brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁸. O autor verificou, na literatura jurídica brasileira, diversas definições para a eficiência, como no caso de conceitos puramente econômicos (como custo-benefício, relacionado com a economicidade, ótimo paretiano e maximização de riqueza em termos absolutos ou eficiência kaldor-hicks³⁹). Na

³⁷ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Ob. Cit.*, p. 96.

³⁸ SILVA, G.C.P. *Eficiência Administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual*, 1º ed., Vermelho Marinho, Rio de Janeiro, 2018.

³⁹ “Há pesquisas jurídicas que empregam métodos não jurídicos. A história do direito, a sociologia jurídica e a análise econômica do direito, por exemplo, empregam métodos históricos, sociológicos e econômicos, todos não jurídicos. (...) Jules Coleman explica que os economistas e os proponentes da análise econômica do direito empregam ao menos quatro noções para aferição de eficiência: a eficiência produtiva, o ótimo paretiano, a superioridade paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência produtiva consiste em critério para determinar a alocação de insumos para a produção de bens. Segundo esse critério, uma alocação é mais eficiente que uma alocação alternativa quando seja possível aumentar a produção de um bem sem que os insumos empregados nesse aumento impliquem redução na produção de outro bem. Segundo o critério de Pareto, considera-se que os bens estejam alocados de maneira ótima – daí a expressão “ótimo paretiano” – se, advindo realocação, o bem-estar de uma pessoa puder ser melhorado apenas em detrimento do bem-estar de outra pessoa. (...) A eficiência de Pareto também é denominada eficiência alocativa, podendo uma economia ser entendida como eficiente segundo esse critério quando a quantidade produzida de cada bem não pode ser alterada sem que se prejudique o bem-estar de um consumidor ao menos. Nesses termos, o critério de Pareto se refere à coordenação eficiente de produção e de consumo em uma economia. (...) Um outro conceito de eficiência, menos austero segundo Richard Posner, seria o conceito de Kaldor-Hicks. Esse conceito teria sido concebido como uma resposta à pouca aplicabilidade prática do critério de Pareto. Sendo assim, a eficiência de Kaldor-Hicks não exige que aqueles que ganharam com a mudança indenizem aqueles que perderam; exige-se, apenas, que, caso essa compensação acontecesse, a alocação de Kaldor-Hicks equivaleria a uma alocação Pareto-superior. Por isso, também se denomina o conceito de Kaldor-Hicks de superioridade paretiana potencial. (...) De todo modo, mesmo para a análise econômica do direito, verifica-se que não há univocidade na definição do conceito de eficiência”. *In: SILVA, G.C.P. Ob. Cit.*, p. 64-71.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi verificada variedade de sentidos para eficiência, indicando que pode ser que o STF não tenha um posicionamento claro em relação à concepção do dever constitucional de eficiência, de forma que há a necessidade de elaboração casuística de critérios pelo tribunal para considerar que determinada conduta ou medida cumpre ou viola o referido dever constitucional.

Desse modo, como visto neste tópico, a vagueza dos “valores abstratos”, aos quais se refere o art. 20, da LINDB, e a dificuldade de definição de um conteúdo jurídico para os mesmos podem, em certas situações, com no exemplo trazido, implicar em dificuldades para a operacionalização racional de decisões consequencialistas.

e. Terceiro problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: conflito de critérios normativos para valoração das consequências em situações concretas

Por fim, ainda que se resolva a questão da vagueza significativa dos “valores abstratos” que servem para valorar as consequências das decisões jurídicas, não é improvável que o valor aplicável entre em conflito com outro valor abstrato em situações concretas, existindo aí um desafio hermenêutico para superação deste “conflito pontencial”⁴⁰. Tem-se aqui, de certo modo, um retorno à crítica teórica realizada na seção 3 do artigo: ou afasta-se o consequencialismo e o uso da proporcionalidade por razões que os tornam, em si, inaceitáveis sob o prisma jurídico ou, encontrando-se razões que justifiquem teoricamente a sua aplicação, que se invista na discussão e crítica sobre o modelo.

Em relação ao uso proporcionalidade como *método* aplicativo no direito, como via de compreensão e superação do conflito pontencial entre princípios, é válida a leitura que Leal⁴¹ (2014) faz sobre o tema, enfatizando a maior relevância a ser conferida às perguntas a serem feitas no processo de aplicação de princípios em detrimento das respostas que a ponderação pode oferecer. Segundo o autor,

“(...) a racionalidade da ponderação decorre substancialmente da identificação dos caminhos pelos quais participantes de processos de tomada de decisão jurídica devem passar. E a observância de um roteiro de justificação previamente fixado pode contribuir para a racionalidade dos resultados da ponderação, como visto, em dois sentidos. Por um lado, os métodos podem tornar a ponderação mais organizada, transparente, compreensível e clara; por outro, eles podem limitar, mesmo que de maneira fraca, a discricionariedade do tomador de decisão, na medida em que podem reduzir o conjunto de alternativas decisórias disponíveis. A meu ver, os riscos reais de excesso de racionalidade aumentam quanto mais se crê na possibilidade de uma ponderação bem estruturada contribuir efetivamente para ganhos de racionalidade no segundo sentido. Se o argumento é plausível, como o primeiro sentido de racionalidade não leva necessariamente ao segundo, colocar a racionalidade da ponderação em seu devido lugar talvez dependa de uma ênfase no que o instrumental metodológico desenvolvido pela teoria dos princípios para guiar a ponderação pode oferecer de melhor. *O foco do desenvolvimento dos métodos de decisão não deveria estar, nesse sentido, diretamente centrado nos resultados da ponderação, mas nas perguntas que devem ser feitas e em torno das quais deve girar o processo decisório para que os resultados possam ser considerados admissíveis. Assim, a proporcionalidade e a fórmula do peso são convites ao desenvolvimento das melhores respostas possíveis, entendidas aqui como o produto da satisfação de um dever de justificação, para questões previamente definidas. Estas, e não aquelas, deveriam ser vistas como as protagonistas do modelo procedimental de justificação de decisões sugerido por Alexy.*”⁴² (grifou-se)

⁴⁰ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Ob. Cit.*, p. 96.

⁴¹ LEAL, F. “Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 14, nº 58, pp. 177-209, out./dez, Belo Horizonte, 2014.

⁴² LEAL, F. *Ob. Cit.*, pp. 205-206.

A visão crítica do autor sobre a proporcionalidade, aplicável como método para solução do terceiro problema da dimensão normativa das decisões consequencialistas tomadas com base no art. 20, da LINDB, ou seja, como método para superação de conflito entre critérios normativos aplicados para valoração das consequências em situações concretas, nos indica uma perspectiva menos ambiciosa e mais realista sobre o instrumento, evidenciando que o mesmo, assim como o próprio tomador de decisão, não é perfeito. Antes de ser um meio para se chegar a uma decisão jurídica "correta", a proporcionalidade pode ser encarada como um *iter* argumentativo, uma fórmula que indica não a resposta certa, mas as questões relevantes que devem ser respondidas pelo decisor de "carne e osso", estabelecendo-se um ônus argumentativo de modo a reduzir o seu campo da discricionariedade na tomada de decisão.

5. Considerações finais

Como foi possível perceber ao longo do artigo, a aplicação do art. 20, da LINDB e o consequencialismo jurídico não são isentos de complicações. Como caminho para melhorar a qualidade decisória e para tratar a insegurança patológica provocada pela constitucionalização do direito e pela aplicação de princípios jurídicos, a aposta na justificação de decisões jurídicas em suas consequências práticas deve ser precedida do aprofundamento do seu estudo e da adequada compreensão dos problemas a ele relacionados.

Viu-se que dois tipos de críticas podem ser endereçados à aplicação do art. 20, da LINDB, e à adoção do consequencialismo como forma de decidir no âmbito do direito público brasileiro.

O primeiro tipo de crítica é representado pela objeção teórica à teoria dos princípios e à proporcionalidade alexyana, nos termos alinhados por Streck. Isto decorre do fato de que, apesar de o art. 20, da LINDB, trazer a necessidade de consideração de consequências práticas em decisões jurídicas, tal necessidade existe na presença de valores jurídicos abstratos na fundamentação de decisões judiciais, administrativas e de controle. Desse modo, o consequencialismo jurídico objeto deste estudo não é desconectado da aplicação de princípios e da proporcionalidade, razão pela qual a objeção teórica à teoria dos princípios e à proporcionalidade alexyana é um argumento que deve ser considerado.

O outro tipo de crítica, por sua vez, parte do pressuposto da superação da rejeição teórica ao modo consequencialista de decisão e direciona os esforços para analisar a estrutura da decisão desta natureza com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento de metodologias que aumentem o nível de racionalidade decisória e, conseqüentemente, reduzam a discricionariedade do decisor e do controlador. Viu-se que existem uma série de obstáculos metodológicos que não devem ser desprezados no caso do recurso às decisões consequencialistas no direito: há vulnerabilidades do referido modo de decidir tanto na sua dimensão positiva, como na sua dimensão normativa.

Desse modo, algumas questões podem ser colocadas para orientar estudos futuros sobre o tema do consequencialismo jurídico no contexto das transformações do direito público no Brasil. Como exemplo, poderia ser aprofundada a investigação sobre se é possível compreender o consequencialismo como uma forma válida de justificação de decisões judiciais e administrativas e, caso seja considerada juridicamente válida, quais seriam as condições e limites para a sua operacionalização no contexto das transformações do direito público brasileiro.

6. Referências bibliográficas

COHEN, I; SANTANA, L.D. & RIOS, J.L.C. "A análise de value for money em projetos de parceria: qual o melhor momento?", *JOTA Info*, São Paulo, publicado em: 18 dez. 2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/a->

- analise-de-value-for-money-em-projetos-de-parceria-qual-o-melhor-momento-18122020, acesso em: 10 jun. 2021
- CRUZ, C.O. & MARQUES R.C. "Public Sector Comparator", *Springer*, Berlin, disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-642-36910-0_2, acesso em: 03 mar. 2022.
- GABARDO, E. SOUZA, P.A.D. "O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, pp. 97-124, jul./set., 2020.
- JUSTEN FILHO, M. "Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas", *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-41, 2018.
- KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin Co, Boston, 1921.
- LEAL, F. "Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez., Belo Horizonte, 2014.
- LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.
- PINHEIRO, A.C; PORTO, A.J.M. & SAMPAIO, P.R.P. *Direito e economia: diálogos*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.
- LEIGLAND, J. "Is the Public Sector Comparator Right for Developing Countries?" *Gridlines*, nº 4, Washington DC, 2006, disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10743>, acesso em: 03 mar. 2022.
- MACCORMICK, N. "On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, v. 58, pp. 239-258, 1983.
- MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.D.F. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, Fórum, Belo Horizonte, 2019.
- PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método", *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, Rio de Janeiro, jan.-abr., 2013.
- SINGER, P. *A Companion to Ethics*, Oxford, Cambridge, 1991.
- SCHUARTZ, L.F. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem", *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, pp. 130-158, 2008.
- SILVA, G.C.P. *Eficiência Administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual*, 1º ed., Vermelho Marinho, Rio de Janeiro, 2018.
- STRECK, L.L; CALEGARI, L. & ROCHA, L.S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Unisinos, Leopoldo, 2010.
- STRECK, L.L. "Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus", *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 6, nº 3, pp. 924-934, dez. 2020, doi: [doi:https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569](https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569), disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>, acesso em: 08 jan. 2022.
- VERMEULE, A. "Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law", *Journal of legal studies*, v. 44, n. 52, 2015, disponível em: <https://doi.org/10.1086/676332>, acesso em 03 mar. 2022.

O conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa na transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová: repercussão geral nº 1.212.272

The right to life and religious freedom conflict with the transfusion blood in Jehovah's Witnesses: general repercussion nº 1.212.272

Sarah Gonçalves Ribeiro¹

Simone Camargo²

Bruno Molina Meles³

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. O Juramento de Hipócrates e a proteção à vida no ordenamento jurídico brasileiro: transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová; 3. Breve análise das divergências de entendimento nas Cortes Estaduais e Federais: proteção à vida nos casos das Testemunhas de Jeová; 4. A repercussão geral do recurso extraordinário nº 1.212.272: o conflito entre liberdade religiosa e o direito à vida nos casos das Testemunhas de Jeová; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

Resumo: O artigo pretende analisar as divergências de interpretação nas Cortes Estaduais e Federais sobre a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Nota-se um conflito entre direitos fundamentais: o direito à vida e a liberdade religiosa. O caso foi admitido na Suprema Corte – Repercussão Geral nº 1.212.272 – em 2019 e até o momento não foi julgado. Assim, a pesquisa visa fazer um comparativo entre as orientações do Conselho Federal de Medicina, dispositivos constitucionais e, também, com algumas jurisprudências igualmente conflitantes sobre o tema.

Palavras-chave: religião; vida; hermenêutica; Testemunhas de Jeová; repercussão geral.

Abstract: The article intends to analyze the differences in precedents interpretation between States about the blood transfusion in Jehovah's Witnesses. There is a conflict in the fundamental rights admitted to the Magna Charter, between the right to life and religious freedom. The case was admitted by the Supreme Court - General Repercussion nº 1.212.272 - in 2019 and so far it was not judged. Thus, the research aims to make a comparison between the guidelines of the Federal Medical Council, constitutional devices, and also, with some equally conflicting precedents on the subject.

Keywords: life; religious; Jehovah's Witnesses; general repercussion; hermeneutics.

1. Introdução

As Testemunhas de Jeová são uma denominação cristã, com crenças que se diferem das de grande parte de outras denominações cristãs, sendo uma dessas distinções a que se refere à ingestão de sangue, baseada em interpretações de alguns

¹Mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

²Mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Advogada.

³Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento. Advogado.

trechos do Velho Testamento, a exemplo, Gênesis 9:4⁴, Levítico 7:26⁵ e Deuteronômio 12:23⁶. Esta visão das escrituras os leva a proibir o consumo e, atualmente, a transfusão de sangue.

Assim, a tradução feita pelas Testemunhas de Jeová sobre o sangue se encontra na palavra de Deus, ou seja, Ele permitiu que o homem e os animais se alimentem de carne, mas impôs a restrição quanto ao sangue a toda a raça que descendeu de Noé, por se tratar de representação da vida.

Portanto, toda a humanidade ficou obrigada ao cumprimento dessa lei, razão pela qual aceitar a transfusão de sangue de terceiro, ainda que para salvar a vida, importaria em exclusão e abandono da palavra de deus, sendo indigno.

O direito fundamental das Testemunhas de Jeová foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, no artigo 1º, inciso III, “a dignidade da pessoa humana”⁷, combinado com o seu artigo 5º que assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁸ e para que isso ocorra de forma harmônica com a observação do ordenamento nacional e internacional, as soluções devem ser pacificadas e promulgadas, “sob a proteção de Deus”⁹.

A liberdade religiosa está inserida na Carta Magna da Constituição brasileira, em especial no artigo 5º, inciso VI, que determina: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”¹⁰, ocorre que logo após, no seu inciso VIII, insere-se que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”¹¹.

Essa discussão deriva das interpretações que são feitas sobre o inciso VIII do artigo 5º da Constituição brasileira, pois por mais que se proteja a liberdade religiosa ao povo brasileiro, também, aparentemente a tendência é que se dê maior ênfase ao direito à vida, por ser o bem jurídico de maior proteção¹².

“As liberdades de consciência e de religião estão reconhecidas pelo constituinte. Conquanto uma e outra se aproximem em vários aspectos, não se confundem entre si. A liberdade de consciência está prevista no art. 5º, VI, da Constituição. Não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo. Está referida também no inciso VIII do art. 5º da CF. Em homenagem a essa liberdade, o constituinte previu caso expresso de objeção de consciência no art. 143, §1º, do Texto Magno. (...) O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade

⁴“Mas uma coisa que vocês não devem comer é carne com sangue, pois no sangue está a vida”. In: BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis 8.9*, Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1988, p. 08.

⁵“Em todos os lugares onde morarem, os israelitas estarão proibidos de comer o sangue de animais ou de aves. Quem comer sangue deverá ser expulso do meio do povo”. In: BÍBLIA SAGRADA. *Levítico 7*, Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1988, p. 112.

⁶“Mas não comam o sangue: a vida está no sangue, e vocês não devem comer carne com vida”. In: BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio 12 – 13*, Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1988, p. 196.

⁷Brasil. Constituição, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 02 de nov. 2021.

⁸Brasil. *Idem*.

⁹Brasil. *Idem*.

¹⁰Brasil. *Idem*.

¹¹Brasil. *Idem*.

¹²O direito à vida, também, é considerado uma garantia no Brasil, que foi inserido na Constituição em 1946 no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”. Considerado um marco histórico para o Brasil, que ampliou os Direitos e Garantias pós Era Vargas. In: Brasil. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso em: 23 dez. 2021.

-, propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas. Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções”¹³.

A lei da colisão, de Robert Alexy¹⁴, defende que para impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais perante um eventual conflito, eles deverão ser interpretados pela sua proporcionalidade¹⁵. No caso de uma transfusão sanguínea, percebe-se que um possível choque entre a liberdade de consciência e de religião em face do direito à vida, como explicado acima, não se aplica quando a pessoa está agindo com livre consciência e capacidade de discernimento, por ser um direito recusar-se ao procedimento.

“As máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. A otimização referente às possibilidades fáticas consistente em evitar custos evitáveis. Porém, custos são inevitáveis quando princípios colidem. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas. Ela é idêntica a uma regra que pode ser denominada 'lei da ponderação. Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁶ 17.

Assim, o que se pretende neste artigo é responder as seguintes indagações: pode-se afirmar que há um conflito judicial entre o direito à vida e a liberdade de religião nos casos de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová? Ainda, de qual forma os Tribunais Estaduais e Federais estão interpretando essa questão? E, por fim, se houver divergências de interpretação entre eles qual a orientação das Cortes Superiores?

¹³BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, pp. 322-323.

¹⁴De acordo com Alexy “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder (...) o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (...) A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. (...) Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento”. In: ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 5^o ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 93-95.

¹⁵ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5^o ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 94.

¹⁶ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2^o ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018, p. 05.

¹⁷“Princípios formais são princípios. Princípios são comandos de otimização. Portanto, a definição de comandos de otimização como ‘normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas aplica-se a princípios formais do mesmo modo que a princípios materiais. A diferença entre esses dois tipos de princípio se limita àquilo a que a palavra ‘algo’ se refere, ou seja, ao objeto da otimização. A diferença específica dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada. A conformidade com o ordenamento e a eficácia social são elementos definitórios do positivismo jurídico. Isso significa que os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito”. In: ALEXY, R. *Ob. Cit.*, pp. 09-10.

2. O juramento de hipócrates e a proteção à vida no ordenamento jurídico brasileiro: transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová

O Juramento de Hipócrates¹⁸ é prestado por todo o médico, em regra na cerimônia de colação de grau. Considera-se uma tradição na profissão “*de mais de 48 séculos*”¹⁹. Esse juramento é visto pelos profissionais da saúde como “*um patrimônio da humanidade por seu elevado sentido moral e, durante séculos, tem sido repetido como um compromisso solene dos médicos, ao ingressarem na profissão*”²⁰.

"Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue:

Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes.

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.

Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Não praticarei a talha, mesmo sobre um calcuroso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados.

Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.

Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça”²¹.

Destaca-se no juramento o que o médico deve fazer em face da vida, ou seja, ele não pode deixar de prestar atendimento ao paciente, ou ainda, permitir qualquer influência externa no seu dever com à vida. Assim, o médico, apesar do seu compromisso com o paciente, jurou fazer o que estiver ao seu alcance para tentar salvar à vida do enfermo.

O médico, como significa a própria etimologia da palavra que deriva do termo latino *medicus*, é o responsável por tratar a saúde das pessoas. Segundo o art. 1º do Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, a “profissão tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupação de ordem religiosa”²². O seu artigo 45 prevê que “o médico responde civil e penalmente por atos profissionais danosos ao paciente, a que tenha dado causa por imperícia, imprudência, negligência ou *infrações éticas*”²³. Ainda,

¹⁸Hipócrates (460 a.C. – 377 a.C.) é considerado o “pai da medicina” que escreveu um conjunto de obras, e dentre estas obras encontra-se o juramento.

¹⁹SANDOVAL, O.R.B. “O juramento de Hipócrates”. *Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*, publicado em: 24 abr. 2019, disponível em: <https://www.fmrp.usp.br/pb/arquivos/3652>, acesso em: 22 dez. 2021.

²⁰SANDOVAL, O.R.B. *Idem*.

²¹CRMPR. *Juramento de Hipócrates*, disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>, acesso: 23 dez. 2021.

²²CFM. *Código de Ética*, disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticamedica1965.pdf>, acesso em: 22 dez. 2021.

²³CFM. *Idem*.

no artigo 48, deste mesmo Código, compete exclusivamente ao médico a “*escolha do tratamento para seu doente*”, devendo ele orientar-se sempre pelo princípio geral de “*primum non nocere*”^{24 25}.

Logo, não resta dúvida que o médico se comprometeu em zelar, ou ainda, fazer o máximo possível para salvar à vida, e caso não faça, pode responder administrativa e judicialmente. Para o Conselho Federal de Medicina, conforme o artigo 11 da Resolução 2.232 de 2019, em casos de urgência, com característico risco de morte “o médico *deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica*”²⁶.

Referida determinação ainda encontra amparo no Código Penal, em que se estabelece como crime a omissão de assistência a pessoa ferida ou em grave e iminente perigo^{27 28}.

A Constituição, na mesma medida relaciona o direito à vida como inviolável, conforme prevê o *caput* do seu artigo 5º “*inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”²⁹. Nos casos de menores de idade, a Constituição também se manifesta no sentido de *proteção à vida*, expresso no seu artigo 227.

“É *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”³⁰.

Sobre o direito à vida, a jurisprudência da Suprema Corte possui entendimento pacificado visando a sua proteção³¹. Ainda, para a doutrina, o direito à vida é a “*premissa dos direitos proclamados pelo constituinte*”³², assim, “*não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo*”³³. Portanto, compreende-se que a vida possui um peso “*abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse*”³⁴³⁵.

²⁴CFM. *Idem*.

²⁵O princípio que é também conhecido pelo princípio da não-maleficência, significa: “primeiro, não prejudicar”.

²⁶Brasil. *Resolução nº 2.232 de 2019*, disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/08/2232_2019.pdf, acesso em: 23 dez. 2021.

²⁷Brasil. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 15 fev. 2022.

²⁸Neste sentido, “*não é aceitável nem desculpa válida que médicos deixem de socorrer pessoas feridas de um modo geral*” (...) Devem responder pelo delito de omissão de socorro, pois em grande parte das vezes estão em lugar próprio para prestar a assistência (hospitais, por exemplo), têm o conhecimento técnico para tanto e não há qualquer risco pessoal para invocar como escusa”. In: NUCCI, G.S. *Código Penal Comentado*, 17ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 491.

²⁹Brasil. *Constituição. Idem*.

³⁰Brasil. *Constituição. Idem*.

³¹STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421 – Distrito Federal*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>, acesso em: 15. fev. 2022.

³²BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Ob. Cit.*, p. 263.

³³BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Idem*.

³⁴BRANCO GONET, Paulo Gustavo; FERREIRA MENDES, Gilmar. *Idem*.

³⁵De acordo com Robert Alexy, o conflito de direitos fundamentais deve ser respondido pela lei da ponderação que deve se suceder em três fases. “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”. Ainda de acordo com o autor, referida teoria aplicada a constituição brasileira, “que

Apesar do direito à vida ter um destaque no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se observar que o artigo 5º da Constituição traz a inviolabilidade a outros direitos, tais como a liberdade³⁶, o que afastaria qualquer hierarquia, também denominado de “quinteto dourado” dos direitos fundamentais:

“O art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade. Assim, a liberdade, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, integra o que designar de um ‘quinteto dourado’ em matéria de direitos fundamentais. (...) A trajetória constitucional brasileira, portanto, revela a existência de uma consolidada transição do constitucionalismo brasileiro no sentido da positivação não apenas das liberdades específicas, mas também de um direito geral de liberdade”³⁷.

Dentro do direito a liberdade encontra a proteção à liberdade religiosa, como “desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação”³⁸, pois sendo a religião, “o complexo de princípios que dirigem pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto”³⁹.

“Na liberdade religiosa incluem-se a liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo. As liturgias e os locais de culto são protegidos nos termos da lei. (...) Na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa. O Estado não pode interferir sobre a economia interna das associações religiosas”⁴⁰.

Portanto, o caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová sinaliza um conflito entre os direitos fundamentais, ou seja, a liberdade religiosa e o direito à vida. Pois, por mais que o paciente Testemunha de Jeová proíba que o médico faça a transfusão de sangue, o médico tem um dever de zelar pela vida que transcende as interferências externas, como a religião, devendo ainda, fazer contra a vontade do próprio paciente caso entenda que exista um risco de vida naquele procedimento cirúrgico, ou eventual tratamento, inclusive sob risco de responsabilidade pessoal.

3. Breve análise das divergências no entendimento nas cortes estaduais e federais: proteção à vida nos casos das Testemunha de Jeová

O Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, orienta em seus artigos 22 e 31, que o médico não pode “deixar de obter consentimento do paciente, ou de seu representante legal, após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado *salvo em caso de risco iminente de morte*”^{41 42}. Portanto, o médico *tem o dever profissional e legal de fazer a transfusão de sangue, sempre que houver risco iminente de morte.*

conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados” devem ser ponderados e assim são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. In: ALEXY, R. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, pp. 267-279.

³⁶Brasil. *Constituição, Idem.*

³⁷SARLET, I.W. & DO VALE, A.R. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 2018, p. 219.

³⁸MORAES, A.D. *Direito Constitucional*, 36ª ed., Atlas, São Paulo, 2020, p.136.

³⁹MORAES, A.D. *Ob. Cit.*, p. 136.

⁴⁰BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Op. Cit.*, p. 327.

⁴¹CFM. *Resolução nº 2.217 de 2018*, disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>, acesso em: 20 nov. 2021.

⁴²O artigo 31 prevê que “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas salvo em caso de iminente risco de morte” In: CFM. *Idem.*

O tema, transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, repercutiu no judiciário causando divergências entre os Tribunais Estaduais e Federais.

Dentre os posicionamentos alinhados às orientações do Conselho Federal de Medicina, que a vida prevalece à religião, encontra-se o do Tribunal de Justiça de São Paulo, que firmou posicionamento favorável a autonomia do médico, ou seja, quando for imprescindível à preservação da vida, a transfusão de sangue pode ser feita, independentemente de autorização^{43 44}. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião e assim confirmou a possibilidade de, quando indispensável, seja feita a transfusão de sangue⁴⁵.

Na contramão da orientação do Conselho Federal de Medicina, encontra-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que compreendeu que em todos os casos deve ser reconhecida a autonomia das Testemunhas de Jeová, e que não fosse realizada a transfusão sanguínea contra a sua vontade⁴⁶. Segundo a jurisprudência desta Corte “a postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue”⁴⁷.

“Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de ‘salvar a pessoa dela própria’, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas”⁴⁸.

Em esfera Federal, a Corte da Primeira Região também possui entendimento contrário à transfusão sanguínea forçada, para ela, o direito à dignidade e à liberdade

⁴³“Logo, em havendo risco à Autora com a realização da intervenção, todos os procedimentos imprescindíveis para a preservação da vida hão de ser realizados, incluindo-se a transfusão de sangue, a critério da equipe médica-”. In: TJSP. Apelação cível nº 1006534-36.2020.8.260003, disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14413565&cdForo=0>, acesso em: 20 nov. 2021, p. 03

⁴⁴O Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, decidiu que os pais, Testemunhas de Jeová, da adolescente J.B.D.S. deveriam ir à Júri Popular pelo homicídio da sua filha, como demonstra a ementa do TJSP: “Homicídio. Sentença de pronúncia. Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que, também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente, caso realizem a intervenção sem o consentimento dos pais. Ciência da inevitável consequência do não tratamento. Circunstâncias, que, em tese, caracterizam o dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas à apreciação do júri. Recursos não providos”. In: TJSP. *Idem*.

⁴⁵O Tribunal destacou que a “ponderação entre direitos e garantias fundamentais, o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião porque o direito à vida e a premissa maior para o exercício de qualquer outro direito assegurado constitucionalmente ou em tratados internacionais” (...). “O acórdão também destacou que “o poder Judiciário não pode ordenar a realização de procedimento médico cirúrgico sem possibilidade de transfusão sanguínea heteróloga em paciente por sua vontade sob pena de colocar em risco a vida, ofendendo o principal direito fundamental assegurado constitucionalmente”. In: TJDF. Acórdão nº 07126198220198070001, disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/1251296.pdf>, acesso em: 20 nov. 2020, p. 01.

⁴⁶TJRS. Agravo de Instrumento nº 70032799041, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index, acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁷TJRS. *Idem*.

⁴⁸TJRS. *Idem*.

pessoal deve prevalecer⁴⁹. Portanto, o paciente, Testemunha de Jeová, merece o direito de respeito à sua dignidade e à sua liberdade pessoal quando manifestar que não aceita fazer a transfusão de sangue, conforme transcrição abaixo do julgado:

“É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal”^{50 51}.

Com relação aos casos que envolvem menores de idade, as Cortes Estaduais e Federais em território brasileiro, a exemplo, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, compreendeu que se permite a realização de transfusão sanguínea^{52 53}. Segundo o TRF-4, o *“conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa”*⁵⁴. O acórdão proferido na origem salientou que:

“No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à

⁴⁹TRF-1. *Agravo de Instrumento nº 00173438220164010000*, disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339683984/173438220164010000-0017343-8220164010000/despacho-339684030>, acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁰TRF-1. *Idem*.

⁵¹*“Na hipótese dos autos, uma paciente acometida de Leucemia Linfoblástica Aguda - LLA, em razão de sua convicção religiosa (Testemunha de Jeová) e científica - biológica - existência de meios terapêuticos sem os riscos transfusionais-, recusou, mediante declaração escrita e verbal, tratamento médico que prevê a transfusão de sangue, e, optou por tratamento médico diverso e alternativo, firme na preservação de sua dignidade e de suas convicções pessoais e filosóficas ante o evento da vida. Não acolhendo esses fundamentos, foi proferida no processo de origem. Decisão antecipatória da tutela que autorizou o procedimento forçado de transfusão sanguíneo, provimento judicial que, no entanto, mereceu reforma nos presentes autos de Agravo de Instrumento”* In: TRF-1. Ementa do Acórdão nº 00173438220164010000, disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00173438220164010000&pA=&pN=173438220164010000>, acesso em: 20 nov. 2020, p.01.

⁵²TRF-4. *Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6*, disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1394982&hash=1e2b51d6bda0f988b85d21560398d6b8, acesso em: 20 nov. 2021.

⁵³Na mesma linha de entendimento o magistrado da 15ª Vara Cível de Goiânia, concedeu liminar em favor da equipe médica para a realização de transfusão sanguínea a recém-nascido contrariando o posicionamento dos pais Testemunhas de Jeová. *“Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa dos pais da criança e o direito desta de acesso à saúde e a vida, deve prevalecer a garantia último. Ainda mais quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. No caso concreto, a criança que se pretende proteger não detém capacidade civil para expressar sua vontade, pois ainda não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade, que por ora é substituída pela de seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue, por motivos religiosos.* In: TJGO. Ação Cautelar nº 5112276.40.2019.8.09.0051, disponível em: <https://www.tjgo.jus.br>, acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁴TRF-4. *Idem*.

vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor”⁵⁵.

Portanto, diante da jurisprudência acima citada, permite-se observar que a vontade dos pais possa ser contrariada nos casos das Testemunhas de Jeová, autorizando-se que o médico faça a transfusão de sangue caso entenda necessária. Ainda, neste Acórdão destaca-se a linha geral de condução do tema em questão, ou seja, se a “*transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico - científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida*”⁵⁶.

Importante observar que se tratando de crianças e adolescentes ainda há uma proteção adicional, pois a inviolabilidade da vida é reforçada no âmbito específico da criança e do adolescente quando prescreve no artigo 277 *caput* da Constituição brasileira “constituir dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida”⁵⁷.

Em linhas gerais, observa-se que não há alinhamento sobre o tema entre as Cortes Estaduais e Federais no Brasil. Apesar de alguns Tribunais se posicionarem convergentes à orientação do Conselho Federal de Medicina, outros interpretam o tema de forma divergente diante do conflito complexo de normas fundamentais⁵⁸.

Desta forma, ao receber o Recurso Extraordinário nº. 1.212.272, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral, entendendo que há um conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa nos casos de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

4. A repercussão geral do recurso extraordinário nº 1.212.272: o conflito entre liberdade religiosa e o direito à vida nos casos das Testemunhas de Jeová

A Repercussão Geral do caso de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová foi admitida pela Suprema Corte, em 24 de outubro de 2019. No acórdão o plenário decidiu “*por unanimidade, reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada*”⁵⁹.

A requerente, no *leading case*, alegou violação constitucional, pois após *quase* ser submetida a procedimento cirúrgico cardiovascular, em pronto atendimento público na cidade de Maceió, o cirurgião responsável alertou-a que “*embora ele e a sua equipe*

⁵⁵TRF-4. *Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Idem.*

⁵⁶TRF-4. *Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Idem.*

⁵⁷TAVARES, A. R. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 214.

⁵⁸Ao comentar sobre esse conflito, Roberto Barroso afirma que a “A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete (...) Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis”. In: BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018. p. 189.

⁵⁹STF. *Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.212.272*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>, acesso em: 04 nov. 2021.

*estivessem dispostos a respeitar a decisão dela como paciente, a administração do Hospital só permitiria que a cirurgia fosse realizada se ela assinasse um termo no qual deixasse consignado que ela aceitaria transfusão sanguínea*⁶⁰.

Segundo ela *“as alternativas constantes no SUS não são compatíveis com a fé professada pela autora. É inegável o direito do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde, em face do insculpido no art. 196, caput, da Constituição Política de 1988*⁶¹. Destacou-se também, no *leading case*, que *“as declarações médicas trazidas nos documentos médicos 49/55 declaram (o que não se desconhece) a possibilidade da cirurgia ocorrer sem a necessidade de transfusão de sangue*⁶².

“Ocorre que tais documentos não garantem (e não poderiam) que uma transfusão não seja necessária durante o procedimento, mas apenas que, na medida do possível, são evitadas. Ou seja, não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa transcorrer, sem riscos para a autora, a partir dos procedimentos médicos por ela pretendidos. Registro não ser o caso de fazer ponderações sobre custos monetários do procedimento, mas do efetivo conhecimento técnico dos profissionais da Santa Casa de Misericórdia, inclusive ponderando sobre o (des)conhecimento de como proceder para cumprir a ordem judicial em caso de hemorragia durante o procedimento cirúrgico⁶³.

O tema atacado pela recorrente se alinha a possibilidade de obrigar o profissional da saúde a disponibilizar um procedimento cirúrgico seguro sem que haja a necessidade de fazer a transfusão de sangue. Conforme explicado por ela, essa prática vem sendo adotada internacionalmente e também foi amparada pela legislação brasileira.

Ocorre que, ao contrário do que a recorrente afirmou, o conhecido *“Patient Blood Management”*, não garante que a transfusão sanguínea não seja necessária, pois esse estudo faz *“uma abordagem multidisciplinar, focada no paciente, para otimizar o manuseio da transfusão visando cuidado médico de qualidade e eficaz*⁶⁴. Em outras palavras, neste procedimento se faz uma avaliação clínica para encontrar uma *“minimização da perda de sangue e otimização da massa eritrocitária do paciente*⁶⁵.

“O emprego de seus conceitos permite a melhoria da evolução do paciente através do uso seguro e racional de sangue e redução de exposições desnecessárias a produtos sanguíneos. A transfusão é o procedimento mais realizado em pacientes internados e os serviços hospitalares devem estar preparados para cuidar do paciente evitando ou minimizando perda sanguíneas e promovendo ações voltadas para correção da anemia e utilização de medidas de conservação do sangue⁶⁶.

Independentemente de haver tais procedimentos, estes não garantem que a transfusão sanguínea seja descartada. A eventual necessidade deste procedimento deve ser realizada em casos excepcionais, ou seja, quando se evidencia o real risco de vida. Como exemplo, o Sistema de Saúde do Ceará utiliza destas técnicas há *“quase 20 anos”* e, afirma que buscam melhorias para tornar esse programa um hábito entre os profissionais da saúde, assim ao *“dar um passo adiante com a criação de um programa estadual de estímulo ao Patient Blood Management – PBM criado pela Portaria Estadual*

⁶⁰STF. *Op. Cit.*, p. 03

⁶¹STF. *Idem.*

⁶²STF. *Idem.*

⁶³STF. *Idem.*

⁶⁴BRASIL. Secretaria da Saúde do Governo do Estado do Ceará, disponível em: <https://www.hemoce.ce.gov.br/servicos/espaco-do-paciente/patient-blood-management-pbm/>, acesso em: 10 nov. 2021.

⁶⁵BRASIL. *Idem.*

⁶⁶BRASIL. *Idem.*

*nº 2576/2017 da Secretaria Estadual da Saúde. As práticas estão disseminadas em vários serviços hospitalares*⁶⁷.

A repercussão geral sobre a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová antecedeu a pandemia da Covid-19 e, apesar da liberdade religiosa ser interpretada como um direito fundamental, aparentemente, a Corte Suprema adotou postura no sentido do direito à vida prevalecer ao direito de liberdade religiosa, pelo menos no contexto coletivo.

Paralelamente ao cenário privado que está sendo criticado neste artigo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 881, trouxe algumas balizas para solucionar este conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida^{68 69}, conforme trecho abaixo:

“Após a declaração da pandemia mundial do novo Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, diversos países passaram a adotar proibições ou restrições ao exercício de atividades religiosas coletivas. Com variações de intensidade e de horizonte temporal, essas medidas ora consistiam na proibição total da realização de cultos, ora na fixação de diretrizes intermediárias ao funcionamento das casas religiosas. As restrições ao funcionamento das casas de cultos foram impulsionadas por eventos de supercontaminação identificados em diversas regiões do mundo. Colhe-se do Direito Comparado decisões de Cortes Constitucionais que reconhecem a constitucionalidade das restrições às atividades religiosas coletivas presenciais durante a pandemia do novo Coronavírus”⁷⁰.

O voto do plenário, por maioria, decidiu que diante do cenário pandêmico “*deve ser dada cada vez mais ênfase ao direito à vida, entendido como o direito de viver e permanecer vivo*”⁷¹ e por essa razão julgou-se improcedente a ADPF, mantendo o decreto temporário de fechamento das cerimônias religiosas. A decisão da Suprema Corte se alinhou aos órgãos internacionais responsáveis pela saúde que, também, se posicionaram nesse sentido.

Portanto, percebe-se que em termos gerais e coletivos, o Supremo Tribunal Federal vem compreendendo que o ato de fechar templos e impedir cultos religiosos para salvar vidas não fere preceitos constitucionais, como a liberdade religiosa. Subentende-se, apesar de não haver decisão sobre o caso das Testemunhas de Jeová, que a Corte possa estar dando um indicativo da maior importância do direito à vida na divergência em questão⁷².

⁶⁷BRASIL. *Idem*.

⁶⁸STF. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 881*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>, acesso em: 23 dez. 2021.

⁶⁹A dimensão do direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988) que reclama proteção jurídica na ADPF afasta-se do núcleo de liberdade de consciência (forum internum) e aproxima-se da proteção constitucionalmente conferida à liberdade do exercício de cultos em coletividade (forum externum). Sob a dimensão interna, a liberdade de consciência não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo. Por outro lado, na dimensão externa, o texto constitucional brasileiro alberga a liberdade de crença, de aderir a alguma religião e a liberdade do exercício do culto respectivo. A CF, no entanto, autoriza a restrição relativa dessa liberdade ao prever cláusula de reserva legal para o exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF). *In*: STF. *Idem*.

⁷⁰STF. *ADPF nº 881*. *Idem*.

⁷¹STF. *ADPF nº 881*. *Idem*.

⁷²De acordo com Alexy, é possível estabelecer, por ocasião da decisão de casos específicos, relações de prioridade que são importantes para a decisão de novos casos. As condições em que um princípio prevalece sobre outro, formam o pressuposto fático de uma norma que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente. Essas condições de prioridade estabelecidas proporcionam informações sobre o peso relativo a esses princípios. *In*: ALEXY, R. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*, Doxa 5, 1988, disponível em: DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>, acesso em: 18 fev. 2022.

Outrossim, o ato de fechar templos e impedir cultos religiosos presenciais não afastou a liberdade de crença religiosa por outros meios, mas tão somente postergou seu exercício presencial enquanto referida atividade representasse um risco aos praticantes e a saúde da população.

Neste sentido, se entende que os direitos fundamentais podem sofrer limitação, inclusive para a proteção de outros valores constitucionais ou coletivos, tais como a proteção da segurança e saúde pública, conforme previsto no art. 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos da ONU, do qual o Brasil é signatário⁷³.

Entretanto, situação diversa é o caso das Testemunhas de Jeová em que a determinação da transfusão sanguínea a contra gosto importará em violação definitiva de sua liberdade, com efeitos negativos permanentes à sua dignidade e meio social, mas sem quaisquer repercussões a terceiros.

5. Considerações Finais

Conforme o exposto, no caso de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, demonstra-se haver, na esfera judicial, um conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa.

Verifica-se esse conflito judicial nas comparações feitas entre os diversos julgados das Cortes de diferentes estados e nas Cortes Federais, que parcela da jurisprudência entende que se deve dar maior ênfase ao direito à vida quando posta frente à liberdade religiosa.

Notou-se essa divergência de interpretação nos julgados do Estado de São Paulo e do Distrito Federal, que se posicionaram no sentido de que o direito à vida deve ser mais protegido que a liberdade religiosa, contrariando o entendimento da Corte do Rio Grande do Sul e de alguns Tribunais Federais, que compreenderam que à liberdade religiosa deve prevalecer em face da autonomia do paciente mesmo que acarrete em prejuízo a sua vida.

Esses impasses chegaram à Suprema Corte no ano de 2019, em que ao analisar o Recurso Extraordinário nº. 1.212.272 reconheceu a existência de repercussão geral, situação que poderá uniformizar o entendimento sobre o tema e definir as condições de prevalência do direito a vida ou da liberdade religiosa.

Conclui-se que a tendência é que o Supremo Tribunal Federal compreenda que o direito à vida mereça maior proteção do que a liberdade religiosa. Ainda, se esse conflito for interpretado pela Lei de Colisão de Alexy, de igual forma haverá maior ênfase protetiva ao direito à vida, pois a preservação da vida impede o esvaziamento da liberdade religiosa, uma vez que para que o fiel mantenha os seus dogmas, primeiramente, deve estar vivo.

Por fim, mesmo que assim não fosse, o médico responsável pelo tratamento também deve estar respaldado por base jurídica que o permita agir de acordo com suas convicções morais e, inclusive religiosas profissionais. Logo, observou-se, sem margem para dúvida, que o médico quando está diante de risco a vida, e se compreender necessário, deve realizar a transfusão sanguínea mesmo contra a vontade do paciente, pois o seu dever profissional e legal é tentar salvar a vida.

⁷³Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. (...) 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas", in: Brasil. *Decreto nº. 592/92*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em: 18 fev. 2022.

6. Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 5^o ed, Editora Malheiros, São Paulo, 2008.
- ALEXY, R. "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, pp. 267-279.
- ALEXY, R. "Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos Y Razón Práctica", *Doxa* 5, 1988, Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>, acesso em: 18 fev. 2022.
- ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2^o ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ALEXY, R. *Conceitos e validade do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2020.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*, 2^o ed, Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*, Alteridade, Curitiba, 2017.
- BÍBLIA. *A Bíblia Sagrada: na linguagem de hoje*. Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1988.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 7^a ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
- BRANCO GONET, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, São Paulo, 2021.
- Brasil. *Secretaria da Saúde do Governo do Estado do Ceará*, disponível em: <https://www.hemoce.ce.gov.br/servicos/espaco-do-paciente/patient-blood-management-pbm/>, acesso em: 10 nov. 2021.
- Brasil. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 02 nov. 2021.
- Brasil. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 15 fev. 2022.
- Brasil. Decreto nº. 592/92, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em: 18 fev. 2022.
- Brasil. *Resolução nº 2.232 de 2019*, disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/08/2232_2019.pdf, acesso em: 23 dez. 2021.
- CRMPR. *Juramento de Hipócrates*, disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>, acesso: 23 dez. 2021.
- CFM. *Código de Ética*, disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoetica medica1965.pdf>, acesso em: 22 dez. 2021.
- DURKHEIM, E. *Ética e sociologia da moral*, Marin Claret, São Paulo, 2016.
- DWORKIN, R. *Levando o direito a sério*, Martins Fontes, São Paulo, 2020.
- HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8^o ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- MORAES, A. D. *Direito Constitucional*, 36^a ed., Atlas, São Paulo, 2020.
- NUCCI, G.S. *Código Penal Comentado*, 17^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- SARLET, I.W., DO VALE, A.R. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2^a ed., Saraiva, 2018.
- SANDOVAL. O.R.B. "O juramento de Hipócrates". *Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto*, 24 abr. 2019, disponível em: <https://www.fmrp.usp.br/pb/arquivos/3652>, acesso em: 22 dez. 2021.
- STF. *Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.212.272*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>, acesso em: 04 nov. 2021.

- STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421- Distrito Federal*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>, acesso em: 04 nov. 2021.
- STF. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 881*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>, acesso: 23 dez. 2021.
- TAVARES, A. R. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 2018.
- TJGO. *Ação Cautelar nº 5112276.40.2019.8.09.0051*, disponível em: <https://www.tjgo.jus.br>, acesso em: 20 nov. 2021.
- TRF-4. *Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6*, disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1394982&hash=1e2b51d6bda0f988b85d21560398d6b8, acesso em: 20 nov. 2021.
- TRF-1. *Agravo de Instrumento nº 00173438220164010000*, disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339683984/173438220164010000-0017343-8220164010000/despacho-339684030>, acesso em: 20 nov. 2021.
- TJRS. *Agravo de Instrumento nº 70032799041*, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index, acesso em: 20 nov. 2021.
- TJSP. *Apelação cível nº 1006534-36.2020.8.260003*, disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14413565&cdForo=0> acesso em: 20 nov. 2021.
- TJDF. *Acórdão nº 07126198220198070001*, disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/1251296.pdf>, acesso em: 20 nov. 2020.
- TOMANIK, J.P. "Juramento de Hipócrates". *Associação Paulista de Medicina*. Disponível em: http://apm.org.br/imagens/Pdfs/suplementocultural/Suplemento_Janeiro2009.pdf, acesso em: 22 dez. 2021.
- VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 5º ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.
- XIMENES, R. "Juramento de Hipócrates". *Conselho Federal de Medicina*, publicado em: 10 nov. 2011, disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/juramento-de-hipocrates/>, acesso em: 22 dez. 2021.

Hermenêutica Jurídica, Consequencialismo e Modulação de Efeitos em Julgamentos Tributários pelo STF em 2021 *Legal Hermeneutics, Consequentialism and Modulation of Effects in Tax Judgements by Brazilian Supreme Court in 2021*

Blader Henrique de Lira Soares¹

Marcos de Lima Roitman²

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução. 2. Os julgamentos com repercussão geral realizados pelo STF em 2021 e a modulação de seus efeitos. 2.1. ITCMD sobre bens no exterior (tema 825 do STF). 2.2. DIFAL de ICMS em vendas eletrônicas interestaduais a consumidor final não contribuinte do imposto (tema 1093 do STF). 3. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente estudo busca analisar a relação entre a hermenêutica jurídica e a eventual influência de argumentos extrajurídicos para fins de concessão da modulação de efeitos de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Para tanto, foram selecionados dois julgamentos finalizados pelo STF em 2021 e com acórdãos já disponibilizados, sob o rito da repercussão geral, cujos efeitos foram modulados, ressaltando-se as ações judiciais em curso. Para fins de uma análise mais aprofundada, são detalhados os fundamentos fático-jurídicos das lides submetidas ao crivo do STF e o entendimento que prevaleceu para, então, se analisar os argumentos e as consequências econômico-fiscais consideradas para a concessão de efeitos prospectivos aos julgados. Por fim, conclui-se que a questão merece ser objeto de estudos e debates mais aprofundados, mas que, em relação aos dois temas analisados, tais argumentos parecem ter sensibilizado os julgadores e conduzido à definição de efeitos *pro futuro* aos julgamentos proferidos.

Palavras-chave: Hermenêutica; Modulação de Efeitos; Consequencialismo; Direito Tributário; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This study seeks to analyze the relationship between legal hermeneutics and the possible influence of extrajudicial arguments for the purpose of granting the modulation of the effects of judgments made by the Supreme Court in tax matters. For this purpose, two judgments concluded by the STF in 2021 and with judgments already made available were selected, under the rite of general repercussion, whose effects were modulated, with the exception of ongoing lawsuits. For the purpose of a more in-depth analysis, the factual and legal foundations of the disputes submitted to the STF are detailed, as well as the prevailing understanding, so that the arguments and economic-tax consequences considered for granting prospective effects to the judgments can be analyzed. Finally, it is concluded that the issue deserves to be the object of further studies and debates, but that, in relation to the two themes analyzed, such arguments seem to have sensitized the judges and led to the definition of future effects of the judgments rendered.

¹Mestrando em Direito pelo IDP. Especialista em Direito Tributário, planejamento fiscal, finanças e controladoria. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0829460148267111>. E-mail: bladerhenrique@gmail.com.

²Mestrando em Direito pelo IDP. Graduado em Ciências Contábeis e Direito. Auditor Fiscal da Receita Municipal em Teresina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2454804881112552>. E-mail: macroitman@yahoo.com.br.

Keywords: Hermeneutics; Effects Modulation; Consequentialism; Tax law; Supreme Court of Justice.

1. Introdução

De acordo com Carlos Maximiliano, “a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”³, sendo que a interpretação deste – oportuno destacar – pode apresentar mais de uma norma possível, desde que com observância ao “confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica”⁴, em especial a vontade do legislador (presumidamente) e o teor gramatical do direito legislado.

Assim, o presente trabalho busca relacionar tais processos hermenêuticos à modulação de efeitos em matéria tributária e eventual “consequencialismo”⁵ ou “pragmatismo jurídico”⁶ nas soluções adotadas, por meio da análise de dois casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2021, sob a sistemática de repercussão geral. São eles os temas: 825 (acerca do Imposto sobre Transmissões Causa Mortis e Doações - ITCMD - em face de bens no exterior); e 1093 (sobre o diferencial de alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS - em vendas eletrônicas interestaduais a consumidor final não contribuinte do imposto). Dessa forma, este artigo pretende perquirir acerca da seguinte indagação: o método hermenêutico empregado pelo STF utilizou-se decisivamente de argumentos extrajurídicos (notadamente aqueles relacionados às consequências econômico-financeiras) para fins de concessão da modulação de efeitos nos julgamentos analisados?

Nesse sentido, longe de se olvidar acerca da importância da conexão entre o mundo jurídico e os fatos⁷, inclusive em função da previsão incorporada ao ordenamento jurídico - segundo a qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”⁸ -, este estudo apenas objetiva ponderar que, se por um lado, não convém abstrair completamente os efeitos práticos das decisões judiciais, de outro, também não se pode ignorar a necessidade de coerência sistemática do Direito, sob pena de afrontar-se não apenas a segurança jurídica e o dever de adequada motivação das decisões judiciais, mas também a própria autonomia científica do Direito.

Com efeito, embora se prestigie o que atualmente tem sido denominado de Análise Econômica do Direito, há que ser ressalvado que a tal título não se devem tolerar

³MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 14.

⁴KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 248.

⁵[...] falar em consequencialismo é considerar também os resultados, mas sem limitação da compreensão ao papel da felicidade [...] aceitando-se que argumentos baseados nas consequências se fundem com os interesses nos resultados, uma adequada compreensão de consequencialismo demanda adequado entendimento de resultado: ‘Um resultado significa o estado de coisas consequente de qualquer variável relativa à decisão em questão [...]’. In: NASCIMENTO NETTO, A.D. *Análise Econômica do Direito à elisão fiscal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, p. 38.

⁶[...] ‘como a disposição de basear decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações’. In: NASCIMENTO NETTO, A.D. *Ob. Cit.* p. 37. Assim, pode-se afirmar que “pragmatismo, neste ponto, não diferentemente do utilitarismo e do consequencialismo, volta-se ao estado de coisas em que mais benefícios para mais pessoas seja possível” In: NASCIMENTO NETTO, A.D. *Ob. Cit.*, p. 39.

⁷Repudiando-se, aqui, o conhecido brocardo segundo o qual *fiat justitia, pereat mundus*, ou seja, faça-se justiça ainda que o mundo pereça, tal qual Carlos Maximiliano adverte: “Quantos erros legislativos e judiciários decorrem da orientação retrógrada da exegese!”. In: MAXIMILIANO, C. *Ob. Cit.*, p. 11.

⁸Previsão contida no art. 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

casuísmos e decisões nas quais, a pretexto de aplicar o Direito, primeiro o julgador decide, e só então é elaborada a fundamentação, ensejando uma "interpretação do enunciado legislativo em uma avaliação exclusivamente econômica, de maneira e legitimar uma economia com função normativa, que imponha a própria vontade ao legislador e ao juiz"⁹.

Essa "polaridade entre eficiência econômica e certeza jurídica", a que se refere José Eduardo Faria¹⁰ acaba por prejudicar ambas as ciências que, ao invés de coexistirem harmonicamente, tornam-se antagônicas. A primeira, dotada de racionalidade material, focada na obtenção de recursos e vinculativa para a obtenção de resultados próprios, mas a segunda, que não pode ser utilizada, num Estado Democrático de Direito, como mero instrumento formal de poder, pois "o direito tenderia a ser relativizado em sua generalidade abstrata por critérios de oportunidade e interpretação, perdendo, em função de sua validade formal, sua capacidade de legitimar o processo"¹¹ legislativo e, no caso deste estudo, a fundamentação das decisões do STF.

Em tais situações, talvez seja o caso de concordar com Jeremy Waldron e prestar uma maior deferência à separação dos Poderes da República:

"[...] a revisão judicial fundamentada no Direito é inadequada para sociedades razoavelmente democráticas cujo principal problema não é a disfuncionalidade das suas instituições legislativas, mas que seus membros discordem sobre os Direitos"¹².

Porém, considerando a interpretação do ordenamento jurídico realizada pelo STF, principalmente ao julgar demandas sob a sistemática de repercussão geral, cujos efeitos jurídicos são vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 927, III, CPC), não se pode desconsiderar a essencialidade de emprego da "*economic analysis* [...]" e "[de] critérios microeconômicos para 'escrutinar o direito' e para avaliar a congruidade de seus institutos"¹³ e, com isto, tornar possível a concretização das decisões e efetivação do objetivo do Direito: pacificação social¹⁴.

A inobservância desses efeitos jurídicos a partir de observador externo ao Direito – no caso, sob o prisma econômico-fiscal – pode ocasionar disrupturas na consecução de outros objetivos do direito, como as "políticas públicas que dependem para sua concretização do bom estado e da boa gestão das finanças públicas", como alerta Ulisses Schwarz Viana:

"[...] na análise econômica do direito (*Law and Economics*) que tenta, a nosso ver, colonizar a lógica do sistema jurídico com a lógica primordialmente econômica, o que na óptica da teoria autopoiética seria inadmissível, há importantes observações que podem estimular a abertura cognitiva do sistema jurídico ao introduzir [...] a observação que a promoção da justiça social envolve medidas que para sua implantação e desenvolvimento passam, necessariamente, pela disponibilidade de meios econômicos e, assim, do meio de reprodução comunicativa do sistema econômico: o dinheiro [...]. Parece óbvio, este fato, mas quando se observam empiricamente decisões produzidas pelo sistema jurídico, sob o manto semântico da

⁹PERLINGIERI, P. *Perfis de Direito Civil*. 2ª ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 63.

¹⁰FARIA, J.E. *O Direito e Economia na Democratização Brasileira*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 19.

¹¹FARIA, J.E. *Ob. Cit.*, p. 16.

¹²Trata-se de livre tradução do seguinte excerto: "(...) *rights-based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights*". In: WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6, apr. 2006, p. 61.

¹³PERLINGIERI, P. *Ob. Cit.*, p. 64.

¹⁴"[...] o Direito deve estar alinhado com o contexto social, sob pena de deixar de lado uma diretriz que não deve ser deslembada, qual seja, a de que 'A causa final do direito', escreve Cardozo, 'é o bem-estar da sociedade'". In: NASCIMENTO NETTO, A.D. *Ob. Cit.*, p. 39.

justiça em seu caráter distributivo ou social, percebe-se que em algumas delas não há uma consideração dos limites materiais das estruturas sociais, o que as fazem incidir em dificuldades de eficácia prática em sua execução, o que faz com que o direito se depare com o risco de sua própria *disfuncionalidade* [...]”¹⁵.

A identificar como o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos dos julgamentos de temas de repercussão geral em 2021, utiliza-se a metodologia descritiva¹⁶ e, quanto aos procedimentos, compreender-se-ão as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial.

Foram utilizados cumulativamente cinco critérios para selecionar as decisões a serem analisadas: (1) terem sido enunciadas pelo STF; (2) com reconhecimento de repercussão geral; (3) cujo mérito da lide tenha sido julgado (ou finalizado) em 2021; (4) envolvendo matérias afetas ao Direito Tributário; (5) e nas quais houve a modulação dos seus efeitos. Após o emprego destes filtros, chegou-se unicamente aos dois casos acima mencionados^{17 18}, os quais passa-se a analisar.

2. Os julgamentos com repercussão geral realizados pelo STF em 2021 e a modulação de seus efeitos

2.1. ITCMD sobre bens no exterior (tema 825 do STF)

No julgamento do tema 825 do STF (referente ao Recurso Extraordinário nº 851.108), estava-se a decidir acerca da possibilidade de leis estaduais, ainda que ausente Lei Complementar nacional específica sobre o tema, instituírem o Imposto sobre Transmissões Causa Mortis e Doações (ITCMD), nas situações em que o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou quando o de *cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior. Nesse sentido, oportuno transcrever o disposto no art. 155, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
(...)

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de *cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior”.

No caso concreto submetido a apreciação, questionava-se a constitucionalidade da Lei do Estado de São Paulo nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, instituir o Imposto sobre Heranças e Doações em face de situações com elementos relevantes de

¹⁵SCHWARZ VIANA, U. “Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico”, *Universidade de São Paulo*, 2013, p. 143-144.

¹⁶MAURY RAUPP, F. & MARIA BEUREN. *Metodologia da pesquisa aplicável às Ciências Sociais*. 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2006, p. 81-82.

¹⁷Tais filtros foram empregados na base disponível no endereço eletrônico do STF. *In*: STF. *Teses de Repercussão Geral*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/teses.asp>, acesso em: 02 jan. 2022.

¹⁸Optou-se por não se analisar o tema 745 (RE 714.139) em virtude de a íntegra da decisão, que concedeu a modulação de efeitos, ainda não estar disponível para consulta até a data de elaboração do presente estudo, finalizado em: 11 jan. 2022.

conexão com o exterior, visto nunca ter sido editada a Lei Complementar prevista no art. 155, § 1º, III, da CF/88. Veja-se o teor do dispositivo questionado:

“Artigo 4º – O imposto devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o ‘de cujus’ possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:

I – sendo corpóreo o bem transmitido:

- a) quando se encontrar no território do Estado;
- b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II – sendo incorpóreo o bem transmitido:

- a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;
- b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado”.

Em apertada síntese, para embasar a tese segundo a qual seria possível a instituição da hipótese de incidência diretamente pela lei do ente regional, nos moldes do art. 4º da Lei estadual (acima transcrito), argumentou-se que o art. 24, I, § 3º, da CF/88¹⁹ teria estabelecido a competência concorrente para legislar, de modo que, ausente lei federal, caberia aos estados a competência legislativa plena. Adicionalmente, o art. 34, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)²⁰ também albergaria tal pretensão, além de serem alegadas questões atinentes a isonomia na tributação de bens no Brasil e no exterior, além da necessidade de prover os cofres públicos estaduais de recursos, a despeito da inércia do legislador federal.

Por outro lado, para negar a possibilidade de instituição do imposto em questão, invocou o Contribuinte, basicamente, os argumentos de que o art. 155 da CF/88 regulou situação específica, prevendo inclusive a figura de Lei Complementar, que, no caso, teria também a função de evitar conflitos de competência em matéria tributária, sendo norma de eficácia contida²¹, de modo que somente poderia produzir efeitos após a edição de Lei Complementar nacional, a qual, até a presente data, ainda não foi aprovada²².

De toda forma, o presente estudo busca analisar a influência de eventuais argumentos extrajurídicos para fins de concessão da modulação de efeitos,

¹⁹O artigo 24 da Constituição Federal de 1988 diz que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”. In: Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 06 dez. 2021.

²⁰O parágrafo 3º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) preceitua que “promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto”. In: Brasil, *Idem*.

²¹Aqui, optou-se por manter-se fiel à expressão contida no Recurso Extraordinário nº 851.108/SP, que, conquanto tenha feito expressa menção à doutrina de José Afonso da Silva, aparentemente quis de fato referir-se ao que o citado doutrinador cunhou de normas de eficácia limitada. In: AFONSO DA SILVA, J. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª ed, Malheiros, São Paulo, 2004, pp. 86 e ss.

²²Logo após a publicação do acórdão do RE nº 851.108/SP, os Projetos de Lei Complementar (PLP) nº 37/2021 e nº 67/2021 foram apresentados para discussão legislativa na Câmara dos Deputados, buscando regulamentar a incidência do imposto sobre transmissão causa mortis e doação, nos casos de doador com domicílio ou residência no exterior, ou de *de cujus* que possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior. Tais projetos (PLP nº 37/2021 e PLP nº 67/2021) foram apensados ao PLP nº 363/2013 - o qual até a presente data ainda se encontra em tramitação legislativa. In: Brasil. *PLP 363/2013*, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602765>, acesso em: 05 jan. 2022. Anteriormente à decisão do STF ora analisada, e igualmente sobre o tema, também foram propostos os Projetos de Lei do Senado (PLS) nº 432/2017 e nº 164/1989, encontrando-se este último atualmente arquivado.

notadamente em relação àqueles que privilegiam as consequências econômico-financeiras que a eventual declaração de inconstitucionalidade com atribuição de efeitos *ex tunc* poderia acarretar. Nesse ponto, assim restou consignado na proposta de modulação de efeitos levada a debate pelo min. Dias Toffoli (relator):

“Só no Estado de São Paulo, a consequência da decisão, incluindo a projeção para os próximos cinco anos, será um negativo impacto orçamentário de R\$ 5.418.145.428,86, em valores estimados, sendo que a maior parte dessa perda é reputada como imediata. A nota técnica da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, encaminhada em conjunto com o memorial da mesma unidade federada, é esclarecedora quanto esse quadro:

20. Conforme apontamos no Anexo I, caso a decisão da Suprema Corte seja desfavorável ao Fisco haverá perda imediata de R\$ 2.697.574.686,53 [...] de crédito tributário, referente aos valores discutidos judicialmente;

21. Haverá, ainda, a necessidade de restituir aos contribuintes todos os valores constantes do Anexo II, referentes ao imposto espontaneamente recolhido, que totalizará uma despesa de R\$ 271.654.444,56 [...].

22. Conforme apontamos no anexo III, ainda, haverá a impossibilidade de recebimento dos valores referentes a lançamentos de ofício que aguardam julgamento pelo contencioso administrativo, o que totaliza uma perda imediata de R\$ 225.081.552,67 [...].

23. Além dos valores citados acima, haverá perda de receita futura. Considerando a soma dos valores de transmissões que foram lançados de ofício, declarados espontaneamente ou impossibilitados de lançamento em virtude de decisão judicial nos últimos 5 (cinco) anos e projetando o mesmo volume de transmissões para os próximos 5 (cinco) anos, sem qualquer tipo de correção inflacionária, podemos estimar um volume de transmissões tributáveis no valor de R\$ 55.596.094.377,61 [...], que geraria uma arrecadação na ordem de R\$ 2.223.843.775,10 [...], desconsiderando qualquer acréscimo como multas punitivas ou de mora ou juros”²³.

Nesse ponto, cabe uma singela observação: de acordo com a nota técnica da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, juntada aos autos do Recurso Extraordinário nº 851.108/SP (e referida no excerto do voto do min. Dias Toffoli acima transcrito), os valores espontaneamente pagos pelos contribuintes referentes ao ITCMD relativo a situações envolvendo bens no exterior ou com doador (ou *de cujus*) residente ou domiciliado fora do Brasil correspondem a menos de 10% (dez por cento) do montante total *sub judice* (judicial ou administrativamente), ou seja, nesse caso em particular, a grande maioria dos valores de imposto lançados foi objeto de contestação, e apenas uma minoria foi espontaneamente recolhida aos cofres públicos.

Em prosseguimento, e considerando que a tese exposta no voto do relator sagrou-se vencedora no julgamento ora analisado (após o reajuste de seu voto, no que tange à modulação conferida), pode-se afirmar que foram levados em conta pelo STF argumentos relativos às consequências financeiras²⁴ da declaração de inconstitucionalidade da lei do estado de São Paulo que previu a incidência do ITCMD também em relação a fatos envolvendo bens no exterior.

Contudo, não parecem despiciendas as advertências proferidas no voto (vencido) do Min. Marco Aurélio de Mello, no mesmo julgado, abaixo resumidas:

²³STF. *Recurso Extraordinário nº 851.108 - São Paulo*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755628450>, acesso em: 07 jan. 2022, p. 31-32.

²⁴Tais razões foram denominadas por parcela da doutrina de argumentos *ad terrorem*. In: MIRANDA MOLINARI, F. “O pragmatismo tributário na balança e a modulação de efeitos no STF”, *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 03 jan. 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/molinari-pragmatismo-tributario-modulacao-efeitos-stf>, acesso em: 05 jan. 2022.

“Ou bem se tem, presente lei complementar, instituição do Imposto sobre doação realizada por domiciliado ou residente no exterior, ou não se tem, sendo forçoso reconhecer impróprio cogitar de terceiro grupo – disciplina até que sobrevenha norma geral da União –, ao argumento de os Estados e o Distrito Federal permanecerem à míngua de receita tributária tendo em conta desídia do legislador federal. [...]

Deixo de modular os efeitos da decisão. Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Praticamente aposta-se na morosidade da Justiça. Proclamado o conflito da norma com a Constituição Federal, mitiga-se esta sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como termo inicial do surgimento de efeitos da constatação do conflito, a data da publicação do acórdão. Lei inconstitucional é lei natimorta”²⁵.

Outrossim, resumidamente, podem-se destacar as seguintes razões empregadas pelos eminentes julgadores no debate acerca da modulação de efeitos, extraídas do voto proferido pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, do RE 851.108/SP:

“[...] não só o Estado de São Paulo, mas também diversas outras unidades federadas já editaram leis prevendo a cobrança do ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal. [...] Só no Estado de São Paulo, a consequência da decisão, incluindo a projeção para os próximos cinco anos, será um negativo impacto orçamentário de R\$ 5.418.145.428,86, em valores estimados. [...] Já houve algumas decisões proferidas no âmbito da Corte nas quais foi reconhecida a possibilidade de os estados, com base na competência legislativa plena, editarem leis prevendo a cobrança do ITCMD sobre doações ou bens objetos de herança provenientes do exterior”²⁶.

Portanto, é possível afirmar que houve duas razões principais a amparar a modulação de efeitos conferida: uma alegada mudança jurisprudencial, que demandaria a concessão de efeitos *pro futuro* em razão da segurança jurídica; combinada às possíveis consequências econômico-financeiras²⁷ adversas que a ausência de atribuição de efeitos prospectivos à decisão poderia acarretar aos cofres públicos estaduais.

Nesse ponto, em relação ao tema 825, é possível identificar parcial semelhança com as conclusões apontadas no estudo conduzido por Paulo Adyr Dias do Amaral, Raphael Silva Rodrigues e Diogo Mello Brazioli:

“Em vista do acima exposto, conclui-se que o significado de ‘segurança jurídica’ e ‘excepcional interesse social’ nas fundamentações das modulações de efeitos das decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de norma tributária desencadeia no risco de prejuízo ao Erário”²⁸.

Em relação a este julgamento, portanto, o STF adotou o consequencialismo e não o pragmatismo como técnica de decisão, buscando minimizar os impactos estritamente econômicos sobre as receitas dos Estados, sem maiores fundamentos quanto ao real impacto que a decisão poderia trazer, tanto em relação àqueles quanto

²⁵STF. *Op. Cit.*, p. 68-69.

²⁶STF. *Op. Cit.*, p. 31-32.

²⁷“[...] o Direito ganha quando, mesmo não desconsiderando absolutamente as abordagens mais puramente filosóficas ou morais, se abre também para outros ramos de saber que metodologicamente se afiguram menos filosófica e moralmente especulativos, mais lineares, mais equacionáveis” *In: NASCIMENTO NETTO, A.D. Ob. Ci.*, p. 26.

²⁸DIAS DO AMARAL, P.A; SILVA RODRIGUES, R. & MELLO BRAZIOLI, D. “O significado das expressões ‘segurança jurídica’ e ‘excepcional interesse social’ nas fundamentações das Modulações de Efeitos das Declarações de Inconstitucionalidade de Norma Tributária”, *Revista Fórum de Direito Tributário*, nº. 94, Belo Horizonte, jul./ago. 2018, p. 134.

para os contribuintes sujeitos à exação, e utilizando-se de definições imprecisas sobre os conceitos de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*^{29 30 31}.

2.2. *DIFAL de ICMS em vendas eletrônicas interestaduais a consumidor final não contribuinte do imposto (tema 1093 do STF)*

A lide submetida ao STF no tema 1093 era verificar se seria possível aos Estados de destino cobrar o Diferencial de Alíquota (DIFAL) de ICMS com base na regra de competência ampliada pela EC 87/2015, sem a edição de lei complementar estabelecendo-lhe as Regras Gerais; ou se seria suficiente a vigência de um Convênio do CONFAZ e sua internalização (por lei ordinária estadual), sob o fundamento de que as alterações promovidas pela referida EC poderiam ser interpretadas como normas de eficácia plena e não representariam “inovação”³² na engenharia do ICMS.

Os Contribuintes argumentaram a inconstitucionalidade do Convênio CONFAZ nº 93/2015 e das Leis estaduais ordinárias que o internalizaram, diante da necessidade de edição de Lei Complementar para instituição das Normas Gerais³³ para o exercício da competência tributária³⁴ ampliada pela Emenda Constitucional (EC) nº 87/2015, que alterou o art. 155, §2º, VII e VIII, da Constituição. Confira-se:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro

²⁹Conceitos esses previstos no art. 27 da lei reguladora do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC): “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. *In*: Brasil. *Lei nº 9.868 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm, acesso em: 06 jan. 2022.

³⁰Tais expressões também foram citadas no art. 11 da lei que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. *In*: Brasil. *Idem*.

³¹Ainda, o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC) também contemplou ambos os conceitos, ainda que com ligeira alteração: “Art. 927 - § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” *In*: Brasil. *Lei nº 13.105 de 2015*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 06 jan. 2022.

³²Assim, nota-se que, da mera leitura do texto constitucional, já se sabe de quem é a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, bem como se sabe qual Estado tem direito a cada parcela da alíquota total do ICMS. Mesmo em relação ao ICMS incidente sobre operações interestaduais que atraíam o recolhimento de alíquota interestadual e DIFAL, as questões elencadas nas alíneas do inciso XII do art. 155 da CR/88 já estão, portanto, suficientemente regulamentadas pelo texto constitucional e pela LC n. 87/96. A inovação trazida quanto ao DIFAL por tal reforma constitucional não acarretou a necessidade de edição de nova lei complementar”. *In*: STF. *Op. Cit.*, p. 08.

³³Neste contexto, ‘gerais’ não significa ‘genéricas’, mas sim ‘aptas a vincular todos os entes federados e os administrados’” *In*: STF. *Op. Cit.*, p. 09.

³⁴Conforme Tácio Lacerda Gama, competência é “a aptidão, juridicamente modalizada como permitida ou obrigatória, que alguém detém, em face de outrem, para alterar o sistema de direito positivo, mediante a introdução de novas normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponham sobre a instituição e fiscalização de tributos”. *In*: LACERDA GAMA, T. *Fundamentos para uma teoria da nulidade*, Noeses, São Paulo, 2009, p. 218.

Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;
VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)“.

Os Tribunais de Justiça estaduais haviam adotado entendimento pacífico de que a EC 87/2015 “não criou nova hipótese de incidência tributária, apenas determinou a aplicação do diferencial da alíquota interestadual do ICMS nas operações interestaduais, sendo desnecessária a edição de Lei Complementar”³⁵.

Os Fiscos estaduais defendiam, tal como a jurisprudência formada, que teria havido mera “reformulação da incidência do ICMS naquela específica hipótese, e não criação de uma nova”³⁶ razão pela qual o exercício pleno da competência tributária – no caso concreto, pelo DF (com a edição da lei ordinária nº 5.546/2015) – observou o art. 155, II, da CF, e que a referida Emenda Constitucional teria introduzido regras de eficácia plena, restando afastada a defendida violação ao art. 146, I e III e ao art. 155, § 2º, XII.

Diante do escopo deste estudo, importa apenas destacar que o STF, por maioria, vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux, acolheu a tese defendida pelos Contribuintes, para afastar a exigência do DIFAL antes da edição de Lei Complementar nacional específica, tendo dado provimento ao Recurso Extraordinário nº 1.287.019.

Ou seja, interpretaram-se as alterações inseridas pela Emenda Constitucional nº 87, o Convênio e lei ordinária referidos para se declarar que, conquanto válidas as Leis ordinárias estaduais que buscaram internalizar o referido convênio, a moldura jurídica da hipótese de incidência do DIFAL apenas se aperfeiçoaria com a edição de Lei Complementar nacional, razão pela qual aquelas careceriam de vigência³⁷.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, entretanto, restou vencido quanto à modulação dos efeitos do julgamento, pelos mesmos fundamentos – notórios – delineados no tópico anterior.

Prevaleceu, no ponto, a compreensão do Ministro Dias Toffoli, que ponderou as *consequências econômico-fiscais negativas* aos estados e ao Distrito Federal, se não fossem modulados os efeitos do julgamento, bem como considerou que a referida Emenda Constitucional era resultado de um *esforço político* de melhor distribuição de receitas decorrentes da arrecadação do ICMS. Assim, a proibição da arrecadação após o julgamento e eventual restituição dos valores recebidos pelos entes políticos teria o condão de “piorar” o *status quo ante*. Leia-se:

“[...] No caso dos autos, não há dúvida de que uma miríade de operações foi tributada nos moldes da Lei distrital nº 5.546/15, a qual previu a cobrança do DIFAL em tela pelo Distrito Federal e dessas outras cláusulas do Convênio.

Além do mais, é imprescindível recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, vieram com o objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais.

Nesse sentido, a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação

³⁵Vide o acórdão recorrido no paradigma julgado no RE 1.287.019/DF. In: STF. *Op. Cit.*, p. 23.

³⁶STF. *Idem*.

³⁷Considerando que “o Diploma Maior não cria tributos, apenas autoriza a instituição pelo ente federado” In: STF. *Op. Cit.*, p. 04.

inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional.

Reproduzo as considerações lançadas pelo Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal nas informações por ele prestadas na ADI nº 5.469/DF (em julgamento conjunto):

'Nesse sentido, vai se estabelecer uma situação de vácuo normativo, na qual as operações interestaduais que destinem bens ou serviços a outros entes federados simplesmente ficarão carentes de um regime jurídico imediatamente aplicável. (...) Trata-se de uma situação que gera, obviamente, uma enorme insegurança jurídica, dada a ausência de tratamento normativo adequado a uma infinidade de operações. Como se não bastasse essa circunstância, haverá uma enorme perda de receita para os Estados, que não terão como exigir o ICMS nessas situações. Somente no Distrito Federal, estima-se uma perda da ordem de R\$ 375 milhões para o ano de 2016. (...) Para além de tudo, os próprios objetivos de prestígio ao pacto federativo e de encerramento das guerras fiscais serão inviabilizados, em face da não incidência imediata da Emenda Constitucional n. 87/2015'''³⁸.

Concluiu-se, sob essa Análise Econômica do Direito³⁹, pela postergação dos efeitos do julgamento apenas para o ano de 2022, a fim de que o Congresso Nacional pudesse suprir a lacuna legislativa (edição de lei complementar nacional) reconhecida para regular a nova competência tributária para a instituição do DIFAL de ICMS prevista pela EC nº 87/2015 – o que efetivamente ocorreu, mas apenas em 05/01/2022, quando publicada a Lei Complementar nº 190⁴⁰.

Portanto, a despeito de reconhecidamente inconstitucional pelo órgão máximo do Poder Judiciário, foi mantida a exigência deste imposto até dezembro de 2021, ressalvadas apenas as ações em curso, em desprestígio à inércia daqueles que não se insurgiram contra a exigência.

Em sede de embargos de declaração, os Estados da Federação – admitidos como *amicus curie* – pugnaram pela desnecessidade de se ressaltar as ações judiciais em curso, pois criaria efeitos econômico-concorrenciais nefastos, já que as grandes redes varejistas que ajuizaram ações teriam custos fiscais muito inferiores aos seus concorrentes que não o fizeram, principalmente se considerado que, durante o atual período pandêmico, o comércio tem migrado para sua forma eletrônica.

Por oportuno, confira-se o apelo à análise econômica do direito de que se valerem os estados federados:

"Consta dos autos da ADI 5.469 a informação do Conselho Nacional dos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (COMSEFAZ) de que, em dados de 2019, a arrecadação do ICMS com o diferencial de alíquotas totalizou quase *R\$ 10 bilhões de reais*. Naturalmente, o aumento exponencial do comércio eletrônico traz consigo o proporcional incremento da arrecadação tributária com as operações do setor. Vejam-se alguns exemplos na tabela abaixo, a partir de informações prestadas pelas Secretarias de Fazenda dos Estados citados que refletem valores significativamente superiores aos do exercício de 2019:

Estado	Arrecadação DIFAL / 2020
Goiás	R\$ 535.745.649,30
Mato Grosso do Sul	R\$ 258.559.067,00

³⁸STF. *Op. Cit.*, p. 48-99.

³⁹Apesar da crítica à essa técnica, pois "é jurídico aquilo que cuidado pela norma. Preocupações de outra natureza pertencem a diversos momentos da compreensão de um fenômeno ou problema social, mas jamais será o foco de exame e de conclusões de um autêntico cientista do Direito". *In: NASCIMENTO NETTO, A.D. Ob. Cit.*, p. 25.

⁴⁰Considerando o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, "b", da CF, pode-se afirmar que o DIFAL apenas poderá ser exigido a partir de 01/01/2023, portanto.

Minas Gerais	R\$ 1.177.522.289,89
Pará	R\$ 314.380.754,37
Rio Grande do Sul	R\$ 712.758.078,17

Ora, a importância da preservação da arrecadação desses valores e da estrutura federativa do imposto levou o e. Supremo Tribunal Federal a reconhecer a necessidade de modulação de efeitos da decisão, inclusive com a fixação de um marco temporal futuro, qual seja o exercício de 2022. Ao se admitir a desoneração do imposto pela irrestrita ressalva às ações em curso, o r. acórdão apresenta vício de contradição, porquanto a modulação de efeitos deixa de produzir o alcance prático almejado, nos termos de sua própria fundamentação⁴¹.

No mesmo sentido manifestou-se em recurso o Distrito Federal, parte no paradigma analisado, destacando – inclusive com a juntada de Parecer da sua Secretaria de Fazenda – que “Apenas a título exemplificativo, a estimativa de perda do Distrito Federal com a ressalva feita é de aproximadamente 700 milhões de reais”, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade com garantia ao direito à restituição do indébito àqueles contribuintes que têm ações em curso implicaria, segundo o então embargante, em se “conceder incentivo fiscal a litigantes contumazes”, em alegada ofensa à segurança jurídica.

O Distrito Federal fundamentou o pedido de modulação dos efeitos com a exclusão das ações em curso (de modo que todos os contribuintes fossem beneficiados pela decisão a partir do ano de 2022), nos seguintes fundamentos:

“Dito de outra forma, a decisão de ressaltar as ações judiciais em curso, além de criar incentivo contraditório (já que estimula particulares a questionarem toda e qualquer norma, sob pena de não se beneficiarem de decisão judicial futura), gera uma situação de irracionalidade na concessão de benefício fiscal, já que o ajuizamento, ou não, de ação judicial não pode ser o critério a ser utilizado em política fiscal⁴².”

A mera referência dos Estados “prejudicados” ao prejuízo na arrecadação, à piora de suas situações econômico-fiscais e aos (eventuais) impactos nas políticas públicas não deveriam, entretanto, autorizar a manutenção de exigências tributárias inconstitucionais, sob pena de inobservância do critério de racionalidade jurídica exposto por José Eduardo Faria, já que o sistema jurídico não pode ser tido “como um mero recurso de poder à disposição destes últimos [estados], por meio do qual implementam e executam decisões sempre justificadas em nome de um equilíbrio apresentado como sendo de ‘interesse público’⁴³. Este interesse público é de que as leis sejam elaboradas com indelével observância à Constituição Federal, com isso materializando-se o valor da segurança jurídica.

Entende-se, nada obstante, *inexistir uniformidade*^{44 45} na utilização da modulação dos efeitos de julgamento pelo STF, como também verificado no caso ora

⁴¹STF. *Idem*.

⁴²STF. *Idem*.

⁴³FARIA, J.E. *Ob. Cit.*, p. 15.

⁴⁴Em igual sentido, MIRANDA MOLINARI, F. “O pragmatismo tributário na balança e a modulação de efeitos no STF”. *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 03 jan. 2022, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/molinari-pragmatismo-tributario-modulacao-efeitos-stf>, acesso em: 05 jan. 2022.

⁴⁵Felizmente, tem-se notícia de que a Câmara dos Deputados não ignora a necessidade de fixação de regras claras sobre o instituto, de modo que nomeou comissão de ilustres juristas para estudar e propor a regulamentação do tema em questão. *In*: Brasil. *Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional*. Disponível em:

analisado e tal como ocorrido no caso anterior, também foi vinculada a um juízo de valor além do jurídico, já que “sob o manto semântico da justiça”⁴⁶, o STF adotou uma posição mais “desejável do que uma outra, igualmente possível dentro do ponto de vista lógico”⁴⁷, externando a preocupação quanto às complexidades (elementos de problematização) econômico-fiscais externas ao sistema jurídico, mas que a ele se acoplam⁴⁸.

3. Considerações Finais

A análise dos casos escolhidos para debate permite afirmar, à luz dos votos vencedores, especialmente do relator, no caso do RE nº 851.108/SP (tema 825), e do redator do acórdão, no RE nº 1.287.019/DF (tema 1093) – os quais, em ambos os casos, coincidentemente recaíram na figura do Min. Dias Toffoli – foram empregados argumentos quanto ao consequencialismo econômico-financeiro dos Estados como fundamento para o Supremo Tribunal Federal conceder a modulação de efeitos de suas decisões, tendo tal linha argumentativa recebido destaque dentre as razões discutidas.

Ainda, cumpre pontuar que, em ambos os casos, coincidiram algumas questões acerca do debate: o eventual impacto nas contas públicas estaduais, em face das possíveis decisões tomadas; bem como o fundamento jurídico, que, em linhas gerais e ressalvadas as particularidades de cada caso concreto, consistiu na necessidade de edição de Lei Complementar para possibilitar a incidência tributária, seja por expressa disposição constitucional (em relação ao tema 825) ou em vista da impossibilidade de instituição de tributos diretamente pela Carta Política, que apenas estabelece a competência para a sua instituição (tema 1093).

De toda forma, e ainda que, diante da metodologia adotada, a presente pesquisa tenha abordado apenas dois casos paradigmáticos julgados pelo Excelso Pretório no exercício de 2021, a análise realizada permite afirmar que argumentos de ordem consequencialista ganharam inegável destaque quando do debate acerca das modulações de efeitos concedidas pela Corte Suprema, nos julgamentos com repercussão geral envolvendo o Direito Tributário. Assim, em resposta à indagação formulada ao início do presente trabalho, é possível concluir que, em ambas as decisões analisadas, o método hermenêutico empregado pelo STF valeu-se de argumentos relacionados às consequências econômicas adversas nas finanças públicas, como fundamento determinante para a concessão da modulação de efeitos às decisões proferidas.

A fim de evitar tais críticas, é necessário que o Legislativo, ou, na sua omissão, o próprio STF, estabeleça de forma clara e fundamentada parâmetros mais objetivos acerca das hipóteses de cabimento da modulação, notadamente quando considerados aspectos socioeconômicos, desde logo fixando-se as técnicas de decisão que se entendem possíveis àquela Corte Constitucional (por exemplo, pragmatismo, utilitarismo ou o consequencialismo) e o procedimento aplicável para fins de deliberação sobre eventual atribuição de efeitos prospectivos às suas decisões.

Portanto, e longe de se pretender aqui defender a completa dissociação entre a interpretação autêntica do ordenamento jurídico conferida pelos órgãos julgadores e as respectivas consequências fáticas (econômico-sociais), vislumbra-se a necessidade de se estabelecer um método que, além de mitigar a multiplicação de demandas judiciais similares e os potenciais efeitos adversos nas finanças (públicas ou privadas), traga definições mais precisas acerca dos conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, bem como que preveja uniformidade de tratamento em relação ao próprio momento oportuno para o debate acerca de eventual modulação de efeitos, especialmente em tempos de plenário virtual.

<https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>, acesso em: 06 jan. 2022.

⁴⁶SCHWARZ VIANA, U. *Ob. Cit.*, p. 143.

⁴⁷KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 251.

⁴⁸SCHWARZ VIANA, U. *Ob. Cit.*, p. 136-140.

Referências

- AFONSO DA SILVA, J. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª ed., Malheiros São Paulo, 2004, pp. 86 e ss.
- BETTEGA SANTOS, F. "O controle e modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão no processo administrativo fiscal". *Conteúdo Jurídico*, Brasília, publicado em: 02 set. 2021, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57163/o-controle-e-modulao-de-efeitos-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-sua-repercusso-no-processo-administrativo-fiscal>, acesso em: 08 jan. 2022.
- Brasil. *Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional*, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>, acesso em: 06 jan. 2022.
- Brasil. *Lei nº 13.105*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 04 jan. 2022.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 06 dez. 2021.
- Brasil. *Decreto-Lei nº 4.657 de 1942*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em: 22 dez. 2021.
- Brasil. *Lei nº 9.868 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm, acesso em: 27 dez. 2021.
- Brasil. *Lei nº 9.882 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm, acesso em: 27 dez. 2021.
- Brasil. *Lei nº 10.705 de 2000*, disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>, acesso em: 03 jan. 2022.
- STF. *Recurso Extraordinário nº 851.108 – São Paulo*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755628450>, acesso em: 05 jan. 2022.
- STF. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 851.108 – São Paulo*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9185021>, acesso em: 05 jan. 2022.
- STF. *Recurso Extraordinário nº 1.287.019*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9185021>, acesso em: 05 jan. 2022.
- STF. *Agravo de Instrumento nº 730.695 – Distrito Federal*, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=44&dataPublicacaoDj=09/03/2009&incidente=2645007&codCapitulo=6&numMateria=24&codMateria=3>, acesso em: 05 jan. 2022.
- STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 433.352 – Minas Gerais*, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=96&dataPublicacaoDj=28/05/2010&incidente=3854516&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=3>, acesso em: 05 jan. 2022.
- DIAS DO AMARAL, P.A; SILVA RODRIGUES, R. & MELLO BRAZIOLI, D. "O significado das expressões 'segurança jurídica' e 'excepcional interesse social' nas fundamentações das Modulações de Efeitos das Declarações de Inconstitucionalidade de Norma Tributária", *Revista Fórum de Direito Tributário* nº. 94, Fórum, Belo Horizonte, jul./ago. 2018.

- FACURY SCAFF, F. "A modulação das decisões do STF, as razões do Fisco e a irresponsabilidade fiscal". *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 19 abr. 2021, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-19/justica-tributaria-modulacao-stf-razoas-fisco-irresponsabilidade-fiscal#:~:text=Modular%20significa%20projetar%20os%20efeitos,isto%20%C3%A9%20desde%20sua%20edi%C3%A7%C3%A3o>, acesso em: 07 jan. 2022.
- FARIA, J.E. *O Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Saraiva, São Paulo, 2013.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- LACERDA GAMA, T. *Fundamentos para uma teoria da nulidade*, Noeses, São Paulo, 2009.
- LAVOCAT GALVÃO, J.O. "É preciso modular a modulação de efeitos? Reflexões sobre um desvirtuamento". *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 19 jun. 2021, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-19/artx-observatorio-constitucional-preciso-modular-modulacao-efeitos-reflexoes-desvirtuamento>, acesso em: 06 jan. 2022.
- MAURY RAUPP, F. & MARIA BEUREN. *Metodologia da pesquisa aplicável às Ciências Sociais*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2006.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MIRANDA MOLINARI, F. "O pragmatismo tributário na balança e a modulação de efeitos no STF". *Revista Consultor Jurídico*, publicado em: 03 jan. 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/molinari-pragmatismo-tributario-modulacao-efeitos-stf>, acesso em: 05 jan. 2022.
- NASCIMENTO NETTO, A.D. *Análise Econômica do Direito à elisão fiscal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.
- PERLINGIERI, P. *Perfis de Direito Civil*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002.
- SCHWARZ VIANA, U. "Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico". *Universidade de São Paulo*, 2013.
- WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*. vol. 115, nº 6, Apr. 2006.

Modelos jurídicos de interpretação da Constituição: última palavra e diálogo entre as Cortes e as Legislaturas *Legal models of Constitutional interpretation: last word and dialogue between Courts and Legislatures*

Gustavo Fernandes Sales¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1 Introdução. 2 Os intérpretes da constituição. 3 Modelos de interpretação constitucional. 3.1 Os modelos de última palavra. 3.1.1 O modelo schmittiano. 3.1.2 O modelo da jurisdição constitucional. 3.1.3 O modelo da supremacia do Parlamento. 3.2. Os modelos de diálogos interinstitucionais. 4 Reflexões sobre os modelos adotados no Brasil e no Direito Comparado. 5 Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: O artigo se propõe a analisar os sistemas de interpretação constitucional existentes, classificando-os em dois grupos: os modelos de última palavra e os modelos de diálogos interinstitucionais. Analisa-se, inicialmente, quem são os intérpretes da constituição e quais são as preocupações e debates que marcam esse cenário. Em seguida, passa-se à descrição dos grandes modelos de interpretação constitucional, especificando-se o modelo schmittiano, o de jurisdição constitucional e o de supremacia parlamentar, bem como os modelos de diálogo interrogativo, interruptivo e construtivo. Ao final, são apresentadas reflexões sobre os referidos modelos, concluindo-se que os diálogos interinstitucionais minimizam tanto o risco de interferência legislativa injusta que ameace a liberdade quanto de interferência judicial injusta em desfavor da legislação, e que tais modelos parecem corresponder de maneira mais adequada aos anseios de neutralização de abusos pelos atores estatais e de maior harmonia entre os Poderes, levando a uma interpretação da constituição mais afinada com a realidade constitucional e o sistema democrático.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Revisão Judicial. Reações legislativas. Última palavra. Diálogos interinstitucionais.

Abstract: The article aims at analyzing the existing systems of constitutional interpretation, classifying them into two groups: the “last word” models and the models of “institutional dialogues”. Firstly, this article presents who are the interpreters of the constitution and what are the concerns and debates that mark this scenario. Next, the main models of constitutional interpretation are described, specifying the Schmittian model, the model of constitutional jurisdiction and the model of parliamentary supremacy, as well as the models of interrogative, interruptive and constructive dialogue. In the end, reflections on these models are presented, concluding that institutional dialogues models minimize both the risk of unfair legislative interference that threatens freedom and the risk of unfair judicial interference against legislation, and that such models seem to suit the desire to neutralize abuses by state actors and to achieve greater harmony between the three branches of government, leading to an interpretation of the constitution more adequate to constitutional reality and the democratic system.

¹Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF.

Keywords: Constitutional hermeneutics. Judicial Review. Legislative reactions. Last word. Institutional dialogues.

1. Introdução

Em uma análise histórico-evolutiva das grandes acepções da palavra, *hermenêutica* é expressão que evolui da arte de interpretar corretamente os textos para a caracterização de uma “filosofia universal da interpretação e das ciências humanas, que acentua a natureza histórica e linguística de nossa experiência de mundo”². Apesar de não estar conectada exclusivamente ao Direito, e, de forma ainda mais restrita, ao Direito Constitucional, é nesse âmbito que se situa o estudo dos principais *modelos jurídicos de interpretação da constituição*, nosso objeto temático.

Sabe-se, desde os clássicos, que todos os textos, jurídicos ou não, e todos os atos normativos, primários ou não, devem se submeter à interpretação. A *interpretação constitucional*, contudo, é cercada de características próprias que lhe desenham um universo particular³, em face, sobretudo: (a) da circunstância de as normas constitucionais ocuparem posição superior no sistema jurídico – supremacia constitucional; (b) da abundância de normas do tipo princípio, caracterizadas por uma linguagem aberta vazada em termos gerais; (c) do conteúdo axiológico de tais normas, evidenciado pela atual fase do constitucionalismo; e (d) da ausência de regras e princípios no texto constitucional que aclarem a sua própria interpretação ou do Direito como um todo⁴.

Todos esses fatores – a maior parte deles correlatos – acarretam intensa discussão sobre as técnicas adequadas e os limites a que se deve ater o intérprete da constituição, a fim de se concretizar a racionalização dessa atividade hermenêutica. A reflexão abrange temas como os *problemas recorrentes* na interpretação constitucional, os *sujeitos* dessa interpretação jurídica, os *métodos* e *princípios* instrumentais e o estudo dos *modelos jurídicos de interpretação da constituição*. Aliás, mesmo antes de se falar em *constituição em sentido moderno*, modelos de interpretação que buscassem neutralizar ou suavizar os abusos cometidos pelos atores estatais já constituíam preocupação dos filósofos e juristas, como se vê em Aristóteles e seu pensamento embrionário sobre a separação de poderes⁵, em John Locke e a sua recomendação sobre uma separação entre a função legislativa, de um lado, e as funções executiva (de aplicação da força pública no plano interno) e federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças), de outro⁶, e em Montesquieu e sua divisão clássica (tripartida), que sustenta a ideia de que o poder só pode ser limitado pelo próprio poder, e que essas funções por ele sugeridas não poderiam estar reunidas em um só órgão, mas em órgãos distintos, para que cada um pudesse impedir que o outro abusasse de suas funções (*fórmula checks and balances*)⁷. Mais recentemente, o debate por todos conhecido travado entre Kelsen e Schmitt traz ainda mais luz à questão.

O presente artigo encontra justificção, portanto, na complexidade da discussão que envolve a interpretação das normas constitucionais e o inter-relacionamento entre os Poderes na concretização dessa tarefa, consoante observado das divergências que se operam tanto no Direito Comparado (âmbito espacial) quanto no Direito pátrio (âmbito temporal).

Pretende-se trazer breves considerações, inicialmente, sobre os intérpretes da constituição e, em seguida, apresentar os principais modelos de interpretação constitucional que cuidam de quem teria o poder sobre a interpretação última da

² GRODIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012, p. 11.

³ MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2019, p. 79.

⁴ Essa omissão é comum no Direito Comparado. No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz apenas uma regra sobre integração (art. 4º) e uma sobre interpretação e aplicação das leis (art. 5º).

⁵ ARISTÓTELES. *A Política*, Martin Claret, São Paulo, 2004, p. 199.

⁶ LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Martin Claret, São Paulo, 2006.

constituição e do Direito. Ao final, busca-se trazer à lume reflexões a respeito de tais modelos, apontando qual deles se mostra mais afinado com a realidade constitucional e o sistema democrático.

2. Os intérpretes da Constituição

O objeto da *interpretação constitucional* é a atribuição de significado às normas que integram a constituição em sentido material e formal⁸, com enorme destaque, em países que adotam constituições rígidas, para os símbolos linguísticos escritos no documento constitucional. Essa tarefa, em regra, é realizada no âmbito da jurisdição constitucional – com grande destaque para o controle de constitucionalidade das leis – ou mesmo a partir da própria aplicação direta da norma constitucional⁹.

Bem compreendidas essas discussões, pode-se constatar que todos os órgãos ou poderes estatais devem interpretar a lei fundamental¹⁰, não obstante ainda se discuta de quem é a “palavra final” – tema que será analisado a tempo e modo. A constituição, como parte integrante do ordenamento jurídico estatal, precisa ser aplicada pelo legislador, pelo administrador e pelo juiz, e estes se deparam com problemas interpretativos ao longo de todo o cumprimento de suas funções precípua¹¹.

Nesse cenário, é intuitivo constatar que são três as principais espécies de interpretação.

Em primeiro lugar, tem-se a *interpretação legislativa*¹², que se opera não só por meio de leis interpretativas – como a regra extraída do art. 13 do Código Penal, que esclarece o conceito de *causa* no âmbito da teoria do crime –, mas, também, por meio da edição de leis que realizam os fins constitucionais, dentro da moldura arquitetada pelo legislador constituinte¹³. Nesse sentido, luminosa a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Ao expedir disposições ordinárias, o legislador deve interpretar o alcance das normas constitucionais, pois toda norma secundária deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema. De acordo com este entendimento, as leis constituem aplicação das disposições constitucionais de criação jurídica, pelo que os órgãos

⁸ BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 110.

⁹ BARROSO, L.R. *Idem*.

¹⁰ Indo um pouco além, há bastante prestígio na tese de que *todos aqueles que vivem sob a normatividade constitucional* são seus autênticos intérpretes ou cointérpretes, a exemplo da “sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle.

¹¹ BARACHO, J.A.O. “Hermenêutica constitucional”, *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 53, 1977, p. 116.

¹² Luís Roberto Barroso aponta, no âmbito da interpretação legislativa, a própria estruturação do Poder Legislativo e de seus órgãos, a observância do processo legislativo e a apreciação de vetos do chefe do Executivo fundados em motivo de inconstitucionalidade. *In*: BARROSO, L. R. *Ob. Cit.*, p. 120.

¹³ Importa mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, a Constituição brasileira é uma “constituição-moldura”, não totalmente vinculante, mas, sim, concebida como um limite para a atividade legislativa, que poderá atuar dentro desses contornos, sob fiscalização da jurisdição constitucional. Nesse sentido, segue trecho ementado da ADI 4.650, j. 17.9.15: “(...) CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. (...) A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. (...)”. *In*: STF. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650*, disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>, acesso em: 01 mar. 2022.

legislativos devem interpretar estas últimas, para determinar seu alcance, ajustando-se a seu texto e ao seu espírito¹⁴.

A *interpretação administrativa*, por sua vez, é extraída, especialmente, da postura do chefe do Poder Executivo ao pautar sua própria conduta e a de seus subordinados na interpretação da constituição, o que é feito ao dar cumprimento aos atos normativos, ao elaborar e executar políticas públicas e ao se negar, excepcionalmente, a dar aplicabilidade a leis que considera flagrantemente inconstitucionais¹⁵. Apesar de não ser tão rica quanto a dos órgãos judiciais, por tratar-se, em regra, de interpretação constitucional indireta, no sistema brasileiro

a interpretação administrativa é muito importante, desde que, cuidando-se de seu desenvolvimento, poderá a Administração evitar litígios, que decorrem da aplicação das normas constitucionais e dos demais ramos do Direito, quando relacionados com o Direito Administrativo¹⁶.

Por fim, tem-se a *interpretação judicial*, que é a mais evidente, realizada quando do próprio exercício da função jurisdicional ordinária e constitucional. Essa espécie de interpretação adquiriu grande importância na evolução do sistema político americano, e tem maior relevância em países que admitem a revisão judicial das leis e dos atos de autoridade.

3. Modelos de interpretação constitucional

Apesar de se admitir que todos os Poderes são intérpretes constitucionais, o sistema jurídico ainda precisa apontar qual deles terá a competência para solucionar, de forma definitiva, os problemas interpretativos com colorido constitucional. Em caso de divergência entre os Poderes, qual deles poderia impor, com primazia, a sua interpretação constitucional? Essa reflexão será desenvolvida no presente tópico.

Adiante-se que existem diferentes modelos jurídicos que cuidam de quem teria o poder sobre a interpretação última da constituição e do Direito. Como forma de facilitar a compreensão, é possível, didaticamente, enquadrar esses modelos em dois grandes grupos: os modelos de "última palavra" e os de "diálogos interinstitucionais".

3.1. Os modelos de última palavra

Tradicionalmente – como visto –, são três os Poderes constituídos de um Estado, com espelho no pensamento de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748), embora os sistemas jurídicos possam trazer deformidades ou refinamentos a essa configuração. Ilustrativos nesse sentido são os casos da Constituição Política do Império do Brasil, que adotou, de forma desvirtuada, a concepção de Benjamin Constant, que dividia os poderes em quatro – incluindo o Moderador –, e da Constituição do Equador de 2008, que firma suas bases em cinco funções estatais: *la Función Ejecutiva, la Función Legislativa, la Función Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social*. Esta última integra, fomenta e incentiva a participação popular, garantindo à sociedade, por exemplo, a possibilidade de ratificação, via referendo, dos atos praticados pela classe política.

Não obstante, sendo três os Poderes estatais clássicos, é natural que se queira atribuir a um deles a "última palavra" sobre a interpretação constitucional.

¹⁴ BARACHO, J.A.O. *Ob. Cit.*, p. 123.

¹⁵ BARROSO, L.R. *Ob. Cit.*, p. 121.

¹⁶ BARACHO, J.A.O. *Ob. Cit.*, p. 128.

3.1.1. O modelo schmittiano

Uma das grandes questões debatidas nos anos da República de Weimar (1918-1933) dizia respeito a *quem seria o guardião da constituição*, já que a Constituição de Weimar de 1919 não trazia disposição a respeito.

De um lado, Hans Kelsen pregava que esse papel deveria ser desempenhado por um Tribunal Constitucional, como ocorrera na Áustria, evitando que a constituição fosse superada por uma lei inferior, nos moldes de um "legislador negativo".

Por outro lado, Schmitt – refratário ao partidarismo da república de Weimar e ao modelo federal de Estado – era adepto da figura de um líder carismático que expressasse a unidade do povo alemão. Se o parlamento, fragmentado, não é capaz de constituir a representação do país, e se a jurisdição constitucional desvirtua a função do juiz ao acarretar a subsunção de uma norma a outra (a função do juiz consistiria em subsumir fatos a normas), então resta ao Presidente do Reich, com base nos poderes extraordinários conferidos pelo art. 48 da Constituição de Weimar, defender a Lei Maior nos momentos de crise.

Na obra *Der Hüter der Verfassung*, de 1931, Carl Schmitt busca desqualificar o Poder Judiciário como guardião da Constituição, refutando a "solução austríaca" e a experiência norte-americana. Os tribunais seriam limitados em diversos aspectos: o controle judicial se dá *a posteriori*, e, em muitos casos, é acessório e incidental. O problema, sendo do conteúdo da norma jurídica, situa-se no campo da legislação, não do judiciário¹⁷. Recorde-se que, para Schmitt, a constituição é *decisão política fundamental*, e vale porque deriva de uma *vontade política* preexistente, da unidade política que é a Nação:

A distinção entre constituição e lei constitucional só é possível porque a essência da constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. Por detrás de toda normação reside uma decisão política do titular do poder constituinte, do Povo em um Democracia ou do Monarca na Monarquia (tradução livre)¹⁸.

Se a essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica, mas em uma decisão política do poder constituinte, descarta-se a possibilidade de o Poder Judiciário ser o protetor da Constituição¹⁹.

Schmitt também refuta a possibilidade de o Parlamento realizar esse papel, em especial diante de seu caráter multifacetário, em que diversas forças políticas se antagonizam. Conforme aponta Gilberto Bercovici, em análise ao pensamento de Schmitt, "[a] 'ocupação pluralista' do Estado faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, ou seja, o Parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, quanto mais ser o guardião da Constituição"²⁰.

A saída, portanto, estaria em atribuir ao Poder Executivo, na figura do Presidente do Reich, o poder para proteger a constituição em casos extremos, com fulcro nos poderes extraordinários conferidos pelo art. 48 da Constituição de Weimar. As principais características que recomendariam esse modelo de interpretação constitucional seriam a sua autoridade política estável, sua posição de poder neutro e de integração política e a representação de toda a nação que o elegeu, com homogeneidade. "O Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação" – resume Gilberto Bercovici²¹.

¹⁷ BERCOVICI, G. "Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2003, p. 195.

¹⁸ SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza editorial, Madrid, 1982, p. 47.

¹⁹ BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 196.

²⁰ BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 197.

²¹ BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 198.

3.1.2. O modelo da jurisdição constitucional

A denominada "justiça constitucional" (*jurisdição constitucional*) costuma ser definida como "o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes"²². Inclui, em regra, o julgamento de ilícitos praticados por integrantes de órgãos constitucionais, o contencioso eleitoral, a tutela de direitos fundamentais, os conflitos federativos e, com maior destaque, a *fiscalização da constitucionalidade das leis*²³.

Mauro Cappelletti ensina que "a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo *efetivo* por meio de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana"²⁴. Mas é nos Estados Unidos da América do século XVIII que nasce a grande contribuição à Ciência Jurídica no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis.

Com amparo em precedentes próximos como a fiscalização das leis das colônias inglesas realizada pelo *Privy Council* de Sua Majestade (um corpo de conselheiros do monarca inglês) e as ideias de Sir Edward Coke, defensor da supremacia da *common law* em relação à *statutory law* e ao Parlamento²⁵, os convencionais fizeram inserir na Constituição de 1787 um dispositivo de certo modo vago, não tão categórico ao ponto de ser rejeitado pela corrente oposta, que dizia:

A Constituição [Federal] e as leis dos Estados Unidos, que serão elaboradas em conformidade com ela (...) serão a lei suprema do país; e os juízes de todos os Estados estarão vinculados a ela, não obstante qualquer disposição em contrário inserta nas Constituições e nas leis dos Estados²⁶.

Enfim, adveio a histórica interpretação do texto da Constituição norte-americana de 1787, realizada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, que eliminou as incertezas e fixou o dever/poder dos *juízes* de proteger a *supremacia da constituição*. Essa construção jurídica tem por motivações o reconhecimento precoce (já no início do século XIX) do valor normativo da constituição como documento máximo da ordem jurídica nos Estados Unidos e da ausência de temor e preocupação, naquele país, quanto ao Poder Executivo. É que, diferentemente dos monarcas absolutistas europeus, nos Estados Unidos da América o Executivo era chefiado por um Presidente da República, eleito pelo voto popular. A desconfiança se direcionava ao Legislativo, muito em razão da atuação abusiva do Parlamento britânico em desfavor dos antigos colonos²⁷. O controle judicial de constitucionalidade foi o instrumento adotado para a proteção da supremacia da constituição contra abusos eventualmente praticados, em especial, pelo legislador²⁸.

Mais de um século após a decisão proferida em *Marbury v. Madison*, surgiu na Europa, mais especificamente na Áustria, um novo sistema de controle de constitucionalidade. Com a Constituição de 1920, a Áustria assume a forma federativa de Estado, o que passou a exigir a atuação de um órgão competente para resolver os intensificados conflitos entre o Poder Central e os *Länder*. Kelsen, como um dos idealizadores da Constituição, teve papel decisivo na criação de uma Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*) competente para fiscalizar abstratamente a conformação das leis à Carta Política e eliminá-las do ordenamento jurídico. A razão de ser desse órgão especial (um "legislador negativo") é que vigorava, no continente europeu, a ideia de que

²² CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 892.

²³ SAMPAIO, J.A.L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 22.

²⁴ CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Fabris, Porto Alegre, 1984, p. 45.

²⁵ SALES, G.F. *Curso de direito constitucional*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 318.

²⁶ SAMPAIO, J.A.L. *Ob. Cit.*, pp. 29-30.

²⁷ MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Ob. Cit.*, p. 48.

²⁸ MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Ob. Cit.*, p. 49.

o "juiz comum" não poderia desconsiderar a lei em razão da vigente supremacia do Parlamento²⁹.

Embora não esgotasse a concepção de guardião da Constituição na figura da Corte Constitucional, Kelsen conferia a esse órgão a vocação para a proteção das minorias, coibindo, em contrapartida, as incursões das maiorias momentâneas. Além disso, rebatia a visão de Schmitt de que o Presidente do Reich seria o guardião ideal da constituição, já que este, ao executar os comandos constitucionais, agiria como mero executor, a exemplo de tribunais e autoridades administrativos, algo diferente do controle de constitucionalidade, este sim meio apto a garantir a constituição³⁰.

Da expansão dos modelos estadunidense e europeu-continental, consolida-se em muitos países a visão convencional de que o Poder Judiciário, em geral por meio de sua instância máxima (Tribunal Constitucional), ou um órgão específico que desempenhe a função jurisdicional, embora não integrante da estrutura judiciária (Corte Constitucional), deve efetivar a interpretação final da constituição, dando-lhe a "última palavra"³¹.

Esse modelo ganhou aderência tradicional da Suprema Corte brasileira – embora há algum tempo em processo de superação –, conforme se observa, ilustrativamente, da seguinte ementa (trecho):

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA (...) O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL (...) O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - *A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.* (MS 26603, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007) (sem grifos no original)

²⁹ SARLET, I.W.; MARINONI, L.G. & MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019, p. 981.

³⁰ FURLAN, F.F. "O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen", *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, 2010, p. 138.

³¹ Uma exceção a esse modelo é arquétipo francês, no qual o *Conseil Constitutionnel*, como órgão político e não judicial, fiscaliza a constitucionalidade de determinadas leis previamente à sua promulgação, como regra. Ocorre que, nos últimos tempos, muitos têm defendido que a natureza do Conselho Constitucional francês se transformou em *jurisdicional*. A esse respeito, Soraya Gasparetto Lunardi aponta três características que demonstrariam o *caráter jurisdicional* do referido órgão: (a) as garantias de neutralidade e independência dos membros do Conselho não se diferenciam daquelas vigentes para os magistrados; (b) o exame da conformidade da norma à Constituição se dá com base em critérios jurídicos, e não a partir de fundamentos de conveniência e oportunidade; (3) as decisões do Conselho apresentam efeitos típicos de decisões do Judiciário com força de coisa julgada e efeitos vinculantes. *In*: LUNARDI, S.G. "Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 103, 2011, pp. 296-8.

3.1.3. O modelo da supremacia do Parlamento

As revoluções liberais burguesas do final do século XVIII, na Europa, abriram espaço para um período caracterizado pela “supremacia do Parlamento”. A repulsa à ideia de controle de constitucionalidade, em especial o empreendido pelo Poder Judiciário, resultava, no fundo, de “recordações das lutas seculares entre o Parlamento e a Monarquia absoluta”, cujo resultado é o instinto parlamentar de defesa extremada de suas prerrogativas³².

Em um primeiro momento, o “parlamentarismo absolutista” refutava todo e qualquer reexame do ato legislativo, ainda que ocorresse violação do texto constitucional. Conforme aponta Raul Machado Horta, “[o] legislativo é o espelho do Estado, e as outras autoridades diante dele não passam de órgãos secundários”³³. Essa ideia encontrou terreno fértil especialmente em dois países: França e Inglaterra.

Em França, a conquista histórica da supremacia parlamentar contou, entre outros fatores, com elaboração doutrinária. Os revolucionários de 1789 consagraram o culto pela lei, erigida em “expressão da vontade geral”³⁴. A superioridade incontestável da lei foi proclamada pela Constituição de 1791, e a soberania parlamentar acabou por se confundir com a soberania da lei³⁵. Mais de um século depois, o sistema francês de 1946 ainda fortalecia a concepção tradicional de soberania da lei e do Poder Legislativo³⁶. Por fim, a Constituição de 1958, embora tenha deixado de adotar a solução europeia do *Tribunal Constitucional*, consagrou o modelo intermediário do *Conselho Constitucional*, com poderes para realizar *controle preventivo de constitucionalidade* de determinadas leis, que seria depois modificado para aproximá-lo um pouco mais do arquétipo europeu, embora conservando muitas de suas peculiaridades (uma solução de “meio termo”, como prefere Horta³⁷).

Na Inglaterra, a Revolução de 1688 desloca a força do Estado da Coroa para a Câmara dos Comuns: “[a] supremacia do Parlamento, que acabou prevalecendo com a anuência dos Juízes da *common law*, a partir do *Bill of Rights*, de 1689, é o aspecto característico das instituições políticas inglesas³⁸.” A *Parliamentary Sovereignty* tem seus traços dominantes resumidos por Dicey, reproduzidos em Horta:

- I – poder do legislativo de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não;
- II – ausência de distinção legal entre leis constitucionais e ordinárias;
- III – inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional³⁹.

Ocorre que o Reino Unido atual, apesar de conservar a ideia de supremacia do Parlamento, está cada vez mais incorporando alguns preceitos do modelo do *civil law* e permitindo uma participação mais importante do Judiciário na interpretação das leis. Fala-se em uma espécie de *controle brando (ou fraco) de constitucionalidade*: a interpretação do Judiciário (a novíssima Suprema Corte do Reino Unido) não chega a vincular o legislador, mas ostenta força suficiente para provocar uma reanálise da discussão, quando entende que os *statutes* não estão em consonância com os direitos previstos na *European Convention on Human Rights*, incorporada ao ordenamento interno. Há uma declaração de *incompatibilidade* da lei, sem retirar-lhe a validade e a eficácia e sem vincular os demais Poderes, mas que incentiva o Governo a propor a mudança legislativa, cabendo a decisão ao Parlamento.

³² HORTA, R.M. *Direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 113.

³³ HORTA, R.M. *Idem*.

³⁴ HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁵ HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁶ HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 156.

³⁷ HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 160.

³⁸ HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 116.

³⁹ HORTA, R.M. *Idem*.

3.2. Os modelos de diálogos interinstitucionais

A mudança pela qual vem passando o sistema jurídico do Reino Unido já evidencia a tendência de superar a supremacia de quem quer que seja na interpretação constitucional e atribuir aos órgãos estatais capacidade para que atuem em conjunto, com postura dialógica e cooperativa a fim de alcançar a melhor interpretação da lei fundamental.

Em países como Brasil e Estados Unidos da América, entende-se que as decisões do Judiciário podem provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes (efeito *backlash*), levando-o a rever sua posição inicial sobre determinado tema. A mudança dos fatos ou uma nova percepção do Direito podem ocasionar, ainda, uma *mudança constitucional*, que pode ser desencadeada pela edição de uma nova lei pelo Poder Legislativo, com conteúdo idêntico ou semelhante a outra anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Disso resulta a ideia de que o circuito decisório não possui um ponto final, colocado por um órgão que profere decisão definitiva; este apenas encerra uma rodada do diálogo entre os Poderes, marcada por cooperação em relação à interpretação da constituição, em interação deliberativa.

No Brasil, o dogma tradicional de que o Judiciário “fala por último” não parece se harmonizar com o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal. Na sempre lembrada ação direta de inconstitucionalidade - ADI 5.105/DF, julgada em 1º.10.15, o Supremo acatou a possibilidade de o legislador proceder a correções jurisprudenciais (*reações legislativas*), e não só por emendas constitucionais – como se admite mesmo nos Estados Unidos da América⁴⁰, exemplo de país que adota um *controle forte de constitucionalidade*⁴¹ –, mas, também, por meio de *leis infraconstitucionais*. A decisão do Tribunal promove tão somente o encerramento da rodada de diálogos (uma “última palavra provisória”), que pode ser reiniciada pela função legislativa (em geral, mas não exclusivamente, atribuída ao Poder Legislativo). É o que se extrai do próprio texto constitucional, que não direciona os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade ao Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e do art. 103-A⁴².

Exemplo se deu com o *voto impresso*. A Lei n. 12.034, de 2009, autorizou o voto impresso nas eleições. Na ADI 4.543, julgada em 6.11.03, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei, nesse ponto, encerrando a primeira rodada de interpretação constitucional. Posteriormente, a Lei n. 13.165, de 2015, reabre o diálogo interinstitucional, prevendo novamente o voto impresso. Na ADI 5.889, julgada em

⁴⁰ Na história norte-americana, apenas quatro decisões da Suprema Corte foram revertidas por emendas constitucionais: a Décima Primeira Emenda anulou *Chisholm vs. Georgia*, 2 Dall. 419 (1793); a Décima Quarta, *Dred Scott vs. Stanford*, 19 How. 393 (1857); a Décima Sexta, *Pollak vs. Farmer's Loan & Trust Co*, 157 U.S. 429 (1895); e a Vigésima Sexta, *Oregon vs. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970). In: ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 61-2.

⁴¹ Conforme apontamos em obra doutrinária, “[a] *versão forte* do controle de constitucionalidade está atrelada ao poder atribuído a uma Suprema Corte de declarar ou decretar a inconstitucionalidade de atos contrários à lei fundamental, *sem que haja a possibilidade de superação dessa decisão pelos demais poderes*, salvo na hipótese de emenda à própria constituição, o que costuma ser algo excepcional. Essa versão forte é integrada pelos modelos norte-americano e de boa parte dos países europeus”. In: SALES, G. F. *Curso de direito constitucional*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 312.

⁴² O STF decidiu que, quando a reação legislativa ocorre por *legislação ordinária*, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nascerá com *presunção de inconstitucionalidade* (“*leis in your face*”), cabendo ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem (*mudança constitucional pela via legislativa*). Já na hipótese de reversão jurisprudencial via *emenda constitucional*, a invalidação do novo parâmetro somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal (*cláusulas superconstitucionais*).

16.9.20, o Supremo novamente atesta a inconstitucionalidade da norma em questão. Nada impede que, no futuro, o Legislativo deflagre uma nova rodada, talvez até mesmo trazendo razões novas que possam motivar a superação do entendimento do Judiciário.

Exemplos como esse indicam que soluções interinstitucionais podem minimizar o risco de uma “supremacia” de um dos Poderes em face de outro e fortalecer a interpretação da constituição, alçando ao mundo jurídico normas cada vez mais afinadas com o sistema constitucional.

Em interessante estudo, Geoffrey Sigalet indica três razões para favorecer o diálogo entre cortes e legislaturas. A primeira envolve a perquirição judicial das razões legislativas para infringir direitos, vale dizer, o diálogo “oferece uma chance para o judiciário distinguir interrogativamente razões justificáveis para os legisladores infringirem direitos da busca legislativa injustificável de objetivos” que materializam apenas articulações simbólicas de diversos matizes (*interrogative dialogue*)⁴³. A segunda razão evidencia o compromisso entre democracia e direitos constitucionais, justificando a interrupção judicial dos processos legislativos que impliquem direitos desde que essas interrupções sejam provisórias (“não finais”) e possam ser revertidas (*interruptive dialogue*). O autor trabalha com duas teorias de diálogo interruptivo, porém ambas consideram que a interrupção judicial e a provocação de respostas legislativas a essa decisão judicial ajudam a promover a responsabilidade democrática e materializam medida de controle sobre direitos⁴⁴. A terceira razão que favorece o diálogo interinstitucional é que ele permite a construção coordenada do significado dos direitos “de uma forma que proteja tanto os direitos quanto a legitimidade democrática das decisões políticas que implicam direitos” (*constructive dialogue*)⁴⁵. Tribunais e legislaturas podem aprender uns com os outros nessa atividade coordenada e promovem a legitimidade democrática das decisões e dos direitos em si.

Não cabe neste artigo definir categoricamente qual dessas formas é mais adequada, buscar aperfeiçoá-las ou sugerir novas modalidades de diálogo interinstitucional⁴⁶. O ponto nodal extraído do trabalho de Geoffrey Sigalet está em constatar, na linha de sua pesquisa, que, se a revisão judicial não é estritamente necessária em qualquer sistema jurídico, tem por mérito permitir que a função adjudicativa moderna dos tribunais reforce as funções políticas modernas das legislaturas republicanas, potencializando a proteção dos cidadãos de dominação⁴⁷. Por outro lado, esse “ideal de não dominação” não se compatibiliza, em uma interação entre cortes e legislaturas, com restrições à capacidade do Legislativo para responder a invalidações judiciais injustas de atos parlamentares (leis)⁴⁸.

4. Reflexões sobre os modelos adotados no Brasil e no Direito Comparado

Buscou-se demonstrar no presente artigo que desde a Antiguidade já havia a preocupação em encontrar um mecanismo que pudesse neutralizar eventuais abusos cometidos pelos atores estatais. Com o advento das *constituições em sentido moderno*, essa pretensão passa a incluir a busca por respostas satisfatórias à interpretação e proteção do sistema constitucional.

Os debates jurídico-filosóficos travados entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, embora iniciados no século passado, continuam atuais: as cortes e tribunais cada vez mais buscam legitimidade popular. Se na Alemanha o *Bundesverfassungsgericht* tem grande prestígio, especialmente por sua atuação na defesa de direitos fundamentais no

⁴³ SIGALET, G. “On Dialogue and Domination”, *Stanford Public Law Working Paper*, Cambridge University Press, 2018, p. 2.

⁴⁴ SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 3.

⁴⁵ SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 3.

⁴⁶ O autor defende que o *constructive dialogue* é a melhor alternativa, por ser capaz de reduzir o risco de injustiça política, proporcionando padrões para orientar tanto os tribunais quanto as legislaturas na correção de formas injustas de adjudicação e de legislação.

⁴⁷ Sigalet defende a concepção de liberdade republicana como *não dominação*, e não como *não interferência*.

⁴⁸ SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 17-8.

após-2ª Guerra, nos Estados Unidos da América discute-se vigorosamente sobre o efeito *backlash* em face das decisões da Suprema Corte e sobre a própria legitimidade da *judicial review*, que deriva de construção pretoriana, e não de comando constitucional expresse. Autores como Larry Kramer⁴⁹ e Mark Tushnet⁵⁰ apresentam abordagens que pretendem afastar ou “tirar” a interpretação constitucional dos tribunais, em defesa do que denominam *constitucionalismo popular*.

Tushnet, por exemplo, afirma que os desacordos acerca da constituição são mais bem conduzidos pelo povo, nos foros comuns de discussão política, com importante participação dos líderes políticos (interpretação política e popular da constituição), do que pelos tribunais, e afirma que há boas razões para rejeitar a teoria geral de supremacia judicial⁵¹.

Por sua vez, Kramer aduz que historicamente, desde a geração dos “Pais fundadores”, o *povo mesmo* era responsável por fazer com que a constituição fosse interpretada e implementada adequadamente, mostrando-se impensável que essa responsabilidade fosse entregue a juízes, e que essa prática se perdeu na atualidade⁵². Apesar de não ser refratário à *revisão judicial*, o autor se opõe à *supremacia judicial*, sob o argumento de que a autoridade interpretativa final pertence ao povo, não devendo recair em algum órgão (poder) estatal⁵³.

Em alguns países, visualizam-se tentativas de impor limites aos órgãos judiciários quando desempenham a *jurisdição constitucional*, como se vê no Canadá (com a famosa *notwithstanding clause* prevista na Seção 33 do *Canadian Charter of Rights and Freedoms*)⁵⁴, em Israel (as reações do *Knesset* – Parlamento – às decisões da Suprema Corte) e na Nova Zelândia (o *New Zealand's Human Rights Review Tribunal* tem poderes apenas para proferir decisões formais de declaração de inconsistência, de cunho não vinculante e somente quando afetar determinada seção do *New Zealand Bill of Rights Act* – a declaração de direitos).

No Reino Unido, o dogma da *supremacia do Parlamento*, embora permaneça forte, vem cedendo espaço a diálogos interinstitucionais entre os Poderes, permitindo que o Judiciário possa reacender o debate caso interprete que uma lei viola a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

No Brasil, em face da norma expressa (CF, art. 102, *caput*⁵⁵), não há discussão sobre a legitimidade da fiscalização empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, mas há gigantescos desacordos quanto aos limites das decisões por ele proferidas, por vezes reputadas invasivas à esfera de deliberação própria dos poderes políticos (a tormentosa questão do *ativismo judicial*).

⁴⁹ KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁵⁰ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

⁵¹ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 14.

⁵² KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 141.

⁵³ Para Kramer, a autoridade da interpretação constitucional empreendida pelo Judiciário dependeria formalmente das reações dos outros poderes e, sobretudo, devem se subordinar ao entendimento do povo. É o que se deveria extrair da própria decisão de Marshall em *Marbury v. Madison*, pois referido *Justice* em nenhum momento de seu voto disse que interpretar a Constituição era dever apenas das Cortes, mas que “os tribunais, *assim como os outros departamentos*, estão vinculados a este instrumento [à Constituição]”. In: KRAMER, L. D. *Ob. Cit.*, p. 163.

⁵⁴ A famosa “cláusula não obstante” autoriza o Parlamento ignorar ou mesmo superar decisões judiciais, promulgando novamente a lei declarada inconstitucional e tornando-a imune a futuras decisões judiciais de controle pelo prazo de cinco anos, com possibilidade de renovação por períodos iguais.

⁵⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...). In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

Em verdade, forma-se certo consenso quanto à validade parcial tanto das críticas verbalizadas por Kelsen quanto das de Schmitt: o Legislativo, historicamente, não foi capaz de atuar da forma que se esperava, em face do jogo de interesses resultante do carácter fragmentário do Parlamento. Acrescente-se que, mais do que nunca, o Poder Legislativo apresenta distorções em relação à representação democrática, que agoniza no cenário contemporâneo e promove debates em todo o mundo. Conforme bem explana Zagrebelsky, o Estado Constitucional de Direito originário da segunda metade do século XX não é mais marcado pela "lei", mas por "leis" numerosas, contraditórias, que perseguem, por vezes, interesses particulares e constituem a própria causa da instabilidade⁵⁶. A complexidade crescente do Direito, aliada à perda de generalidade das leis, entenebrece a legitimação popular na criação da norma, que pode não buscar o interesse geral, causando impacto direto no mais forte fundamento para a supremacia parlamentar. Lado outro, veja-se que mesmo na Inglaterra, país em que historicamente a supremacia do Parlamento se desenvolveu com extremo vigor, uma espécie de *controle judicial de constitucionalidade brando ou fraco* vem se desenvolvendo.

O Poder Executivo, por sua vez, historicamente abusou do poder político, dando azo à ascensão de tiranos e déspotas. Como guardião da constituição, o exemplo da Constituição do Império do Brasil de 1824 talvez seja emblemático. Embora o Legislativo ficasse responsável por revelar o sentido autêntico da Carta Política por meio da legislação (art 15, VIII e IX)⁵⁷, sem que se autorizasse controle por parte dos juizes, meros aplicadores da lei (art. 152⁵⁸), era o Imperador, "Chefe Supremo da Nação", titular do Poder Moderador (art. 98⁵⁹), quem concentrava o verdadeiro poder político, ficando investido de "supervisionar" os demais Poderes, fato a revelar um controle desmesurado e arbitrário de natureza eminentemente política, por meio da sanção das deliberações da Assembleia Geral⁶⁰.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúcti*, Trotta, Madrid, 1995.

⁵⁷ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

⁵⁸ Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

⁵⁹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

⁶⁰ Art. 62. Se qualquer das duas Camaras, concluida a discussão, adoptar inteiramente o Projecto, que a outra Camara lhe enviou, o reduzirá a Decreto, e depois de lido em Sessão, o dirigirá ao Imperador em dous autographos, assignados pelo Presidente, e os dous primeiros Secretarios, Pedindo-lhe a sua Sancção pela formula seguinte - A Assembléa Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso, e util ao Imperio, e pede a Sua Magestade Imperial, Se Digne dar a Sua Sancção. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 67. Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo effeito, como se expressamente negasse a Sancção, para serem contadas as Legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o Decreto obrigatorio, por haver já negado a Sancção nas duas antecedentes Legislaturas. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.

Ademais, as críticas formuladas por Kelsen são pertinentes, em especial quando aponta que o Presidente do Reich (ou, em tempos modernos, o chefe do Executivo), festejado por Schmitt, não é garantidamente uma figura neutra e imparcial, o que se observa em especial no cenário contemporâneo, sobretudo no Brasil e países vizinhos. À época, as ideias de Schmitt, inclusive, serviram como lastro intelectual ao governo para a ascensão do nazismo ao final da crise política do regime democrático alemão.

Quanto ao Poder Judiciário, as críticas de Schmitt continuam atuais e não podem ser sumariamente desprezadas. Os Tribunais Constitucionais de hoje atuam, em grande medida, em busca de legitimidade, prevenindo uma postura que poderia ser considerada suicida. Relembre-se que a Corte Constitucional austríaca, da qual Kelsen fez parte, gerou grande insatisfação popular a partir de decisões contra a indissolubilidade do casamento ("caso das licenças matrimoniais") e foi alvo de duras medidas parlamentares que levaram à extinção da Corte, em 1934. Também é emblemático o exemplo da Suprema Corte norte-americana, que sepultou a *Jurisprudência Lochner* no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, quando o juiz Owen Roberts percebeu os perigos advindos da crise institucional que se fortalecia e mudou a sua orientação, abandonando a doutrina de *laissez faire*⁶¹. O caso *Dred Scott v. Sandford* também é lembrado como o estopim da guerra civil norte-americana e como uma das decisões judiciais mais desastrosas da história dos Estados Unidos.

Esses fatos históricos demonstram que os tribunais têm que levar em conta que, em muitos casos, soluções interinstitucionais podem fortalecer a interpretação constitucional e evitar, inclusive, o declínio do controle de constitucionalidade e o risco à própria sobrevivência institucional das cortes.

5. Conclusões Finais

No presente artigo, foram analisados os sistemas de interpretação constitucional existentes, distribuídos em dois grandes grupos: os modelos de última palavra, em que se confere a um dos tradicionais três poderes a competência para decidir, definitivamente, sobre os problemas interpretativos constitucionais; e os modelos de diálogos interinstitucionais, por meio dos quais se busca superar a supremacia de qualquer dos poderes e atribuir aos órgãos estatais, em conjunto, legitimidade para dialogar e cooperar em vista da melhor interpretação da lei maior.

A pesquisa sobre a evolução dos sistemas brasileiro e inglês, aliada à constatação de que diversos outros países apresentam mecanismos que impõem limites aos órgãos judiciários quando desempenham a justiça constitucional, parecem apontar a tendência de superação de modelos definitivos em favor de diálogos entre as legislaturas e as cortes, por vezes com participação do Executivo, permitindo que os debates possam ser revisitados e as soluções, por conseguinte, confirmadas, superadas e aperfeiçoadas.

Ainda que se possa aprofundar as discussões a respeito dos seus submodelos, a exemplo da pesquisa de Geoffrey Sigalet, certo é que o diálogo interinstitucional minimiza tanto o risco de interferência legislativa injusta que ameace a liberdade quanto de interferência judicial injusta em desfavor da legislação. Essa interação pode ocorrer de distintas maneiras, tendo por base critérios variados, a exemplo do critério quanto ao órgão catalisador dos debates. Como visto, no Brasil quem *deflagra* uma nova rodada deliberativa é o Parlamento, ao editar nova lei com conteúdo idêntico ou semelhante à anterior que fora declarada inconstitucional pelo Judiciário, trazendo novas razões e argumentos (apesar do fornecimento de um *input* pelo Tribunal, em sua própria decisão, para que sejam reiniciadas as rodadas de debates); já no Reino Unido, é o Judiciário

⁶¹O episódio ficou conhecido como "the switch in time that saved nine", em razão de a mudança de orientação jurisprudencial ter ocorrido após o Presidente Franklin D. Roosevelt ter anunciado a pretensão de reforma legislativa para aumentar o número de membros da Suprema Corte, como forma de superar o ativismo conservador da "Era Lochner".

quem efetivamente reinicia a discussão a partir da *declaração de inconsistência* que incentiva o Governo a propor uma mudança legislativa, a ser votada no Parlamento.

Enfim, conclui-se que os modelos de diálogos interinstitucionais parecem corresponder de maneira mais adequada aos anseios de neutralização de abusos pelos atores estatais e de maior harmonia entre os Poderes, tendo potencial para alcançar, após a(s) rodada(s) de debates, uma interpretação da constituição que esteja mais afinada com a realidade constitucional e o sistema democrático.

6. Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*, Martin Claret, São Paulo, 2004.
- BARACHO, J.A.O. "Hermenêutica constitucional", *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 53, 1977.
- BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- BERCOVICI, G. "Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2003.
- BRASIL. *Constituição*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 01 mar. 2022.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Fabris, Porto Alegre, 1984.
- ELY, J.H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- FURLAN, F.F. "O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen", *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, 2010.
- GRODIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012.
- HORTA, R.M. *Direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- LUNARDI, S.G. "Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 103, 2011.
- MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Martin Claret, São Paulo, 2006.
- TAVARES, A.R. *Curso de direito constitucional*, Saraiva educação, São Paulo, 2018.
- SAMPAIO, J.A.L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- SALES, G.F. *Curso de direito constitucional*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- SARLET, I.W.; MARINONI, L.G. & MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019.
- SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- SIGALET, G. "On Dialogue and Domination", *Stanford Public Law Working Paper*, Cambridge University Press, 2018.
- STF. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650*, disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>, acesso em: 01 mar. 2022.
- TUSHNET, M. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*, Princeton University Press, 2007.
- TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

Da hermenêutica à argumentação jurídica: horizontes e dilemas conceituais da interlocução entre judiciário e sociedade no Brasil

From hermeneutics to legal argumentation: conceptual horizons and dilemmas about judicial and society interlocution in Brazil

Adriana Kinoshita¹

Rafael Seixas Santos²

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Hermenêutica jurídica: o exercício interpretativo-concretizador democrático do judiciário brasileiro; 3: Da interlocução judiciário-sociedade no Brasil a partir de um panorama teórico-comportamental da argumentação jurídica; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

Resumo: A partir da análise da interação entre a função jurisdicional do Estado e a sociedade brasileira, discute-se como a atividade da hermenêutica jurisdicional aliada aos desdobramentos da argumentação jurídica podem elucidar pontes entre o cidadão e o Judiciário. A hipótese é que o cotejo da atividade hermenêutica com a argumentação jurídica pode aclarar os horizontes de promoção da interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade. O arranjo torna possível, também, debater os dilemas conceituais desse diálogo. Como opção metodológica, adiciona-se uma abordagem ampla das perspectivas teórico-comportamentais perceptíveis no processo. Dado que o papel do hermenauta é fundamental à aplicação da norma e que a argumentação jurídica se revela ferramenta legítima e necessária à atividade jurisdicional, cuida-se de explorar construções teórico-sociais interpoderes e entre estes e o cidadão. Adicionalmente percebe-se que a invocação das abordagens das teorias do comportamento judicial revela-se pertinente ao cariz assumido pelos encarregados das decisões judiciais, o que se revela igualmente útil à construção proposta.

Palavras-chave: Hermenêutica; Argumentação; Pontes; Judiciário; Sociedade.

Abstract: From the analysis of the interaction between the State jurisdictional function and the Brazilian society, it is discussed how the jurisdictional hermeneutics activity combined with the developments of legal argumentation can elucidate bridges between the citizen and the Judiciary. The hypothesis is that the comparison of hermeneutic activity with legal argumentation, under theoretical-behavioral perspectives, can clarify the horizons for promoting dialogue between the Judiciary and society. The possible arrangement will also debate the dialogue conceptual dilemmas. Given that the role of the hermeneutic is fundamental to the application of the norm and that legal argumentation reveals itself as a legitimate tool and a necessary activity for the jurisdiction, the exploration of theoretical and social constructions between powers and between these and citizens is developed. In the hypothesis, we opt for invoking the

¹Doutoranda em Direito e Mestre em Direito, Constituição e Sociedade (IDP). Assessora Jurídica de Ministro do Superior Tribunal Militar.

²Doutorando em Direito (IDP), Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB). Professor do Centro Universitário do Direito Federal (UDF) e do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Assessor no Superior Tribunal Militar.

approaches of the theories of judicial behavior - a nature assumed by those in charge of judicial decisions, which proves to be useful for the proposed construction.

Keywords: Hermeneutics; Argumentation; Bridges; Judiciary; Society.

1. Introdução

No campo da interação entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira emerge a discussão acerca dos modos em que se exerce tal relacionamento. É que o exercício da atividade hermenêutica jurisdicional aliado à obrigatoriedade de argumentação jurídica fundamenta a existência de pontes entre o cidadão e o Judiciário, pontes que são, por vezes, mais simples, por vezes mais difíceis de atravessar.

A partir da percepção de que as relações sociais são aproximadas pelos produtos advindos da atividade Estatal e normalmente validados pelo público em geral, as formas de expressão das instituições revelam-se importante material para a compreensão das facetas mais úteis e bem-posicionadas ao calibre de tais relações.

No sistema brasileiro de ajuste de distribuição de atribuições entre os Poderes da República, o debate acerca das atitudes (ordinariamente concebidas e empregadas) no âmbito de cada Poder tem se evidenciado campo fértil para as investigações – sobretudo de cunho hermenêutico.

No mesmo bojo da atividade hermenêutica, a argumentação (ambas no sentido judicial) tem despontado como elemento fundamental de análise das relações institucional e socialmente tecidas.

Objetivando responder à pergunta sobre quais as possíveis influências das atividades hermenêutica e de argumentação sobre a relação entre o Poder Judiciário e a Sociedade brasileira, o texto se desenvolve a partir das interfaces e dicotomias entre hermenêutica e argumentação, levando em consideração o comportamento dos atores judiciais nessa senda.

Assim, a hipótese que se apresenta é a de que o cotejo da atividade hermenêutica com a argumentação jurídica pode elucidar os horizontes de promoção da interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira, bem como se torna possível debater os dilemas conceituais desse diálogo.

Surgem, assim, a depender do nível de interação – sobretudo pela via comunicacional – entre Sociedade e Estado-Justiça, horizontes e perspectivas interpretativas de um lado e dilemas conceituais da interlocução Judiciário-sociedade, de outro. Estudar como, no Brasil, estes fenômenos teoricamente se operam é o objetivo que se propõe, sob uma perspectiva teórico-comportamental dos julgadores.

Adotando a abordagem no sentido de que o juiz é um importante (e fundamental) intérprete que, para aplicar o Direito, necessita compreender e relacionar-se com a norma, atualizando o texto de acordo com as circunstâncias e com o contexto que lhe sejam contemporâneos, é que a importância da teoria hermenêutica se revela. Este é o debate inicial do texto.

Na sequência, tendo em vista que a segurança jurídica de um Estado consiste em assegurar que qualquer pessoa (cidadão) tenha a capacidade de ponderar como se dá o justo no caso concreto, o texto analisa como reforçar a ideia da argumentação jurídica enquanto ferramenta legítima à atividade jurisdicional.

Como pressuposto para o exame do elo Judiciário-sociedade, admite-se que a argumentação jurídica é legitimadora da atividade jurisdicional em proporção direta ao quanto mais próxima for da realidade da própria audiência social. Nesse debate, passa-se de relance pelos vetores do ativismo e da autocontenção judiciais apenas para analisar os efeitos programáticos nos atores da construção das pontes sociais.

Nesse sentido, percebe-se que, em tese, do casamento das atividades hermenêutica e argumentativa resulta um potencial significativo de promoção da interlocução entre o Poder Judiciário e a Sociedade brasileira – o que se dá, como se

verá adiante, em razão do perfil dialógico da decisão judicial, posicionando-se entre o cidadão (sociedade) e o Estado (em sua vertente judicial).

Não se olvida que as funções desempenhadas pelos juízes não são imunes aos discursos sociopolíticos contemporâneos, o que justifica a abordagem teórica comportamentalista que se mostra, nesse sentido, útil ao itinerário de construção das pontes de interlocução propostas.

É dessa feita que o ideário de construção de elos sociais interpoderes e entre estes e a sociedade revela-se campo de atuais, futuros e profícuos debates.

2. Hermenêutica jurídica: o exercício interpretativo-concretizador democrático do Judiciário brasileiro

A aplicação do Direito é um dos temas mais discutíveis no mundo jurídico, haja vista o constante conflito de invocação e aplicação havido entre a justiça e a segurança jurídica. Assim, se por um lado, a justiça que deve conduzir o juiz a formular a solução correta em cada caso concreto, por outro lado, ergue-se a necessidade de segurança, no campo do ordenamento que sujeita o magistrado à lei positivada³.

É de conhecimento comum que o positivismo, do início do século XX, caracterizou-se pela rigidez formal e pela ausência de fundamento teórico-filosófico. O atuar do operador jurídico se passava alheio aos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio, sujeitando o juiz a critérios estritamente formalistas na aplicação da lei, em opção que fazia prevalecer o mantra da segurança jurídica. No período pós-guerra, essa posição foi amplamente questionada, reagindo-se contra os dogmas da sujeição absoluta do juiz à lei positivada, assim como da concepção mecânica da aplicação do Direito. Criticou-se a "*simples subsunção do Direito ao caso em particular, o que só poderia ser aceito se entendesse que a norma tem um único significado, autêntico e definitivo*"⁴.

A democratização social, com a formação das democracias do pós-guerra e a com redemocratização de países que saíram de regimes ditatoriais, fez surgir Constituições que positivaram direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefiniu a relação entre os poderes do Estado e o Judiciário passou a fazer parte do campo político, justificado pelo fato do *welfare state* ter lhe facultado a administração do futuro. Nessa vertente, o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazifacismo pela vontade da maioria "*confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica*"⁵.

O Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, seguiu essa tendência mundial e tem se mostrado inclinado à jurisdição constitucional concretizadora dos direitos e garantias emanados da Carta Magna, direitos que seguem carentes de implementação atuam abrindo caminho para que o Judiciário opere no sentido de decidir questões nas quais o Legislativo e o Executivo não se pronunciaram, extrapolando por vezes os limites nos quais poderia se manifestar.

O marco constitucional foi essencial para a garantia de direitos e sua respectiva concretização por meio dos instrumentos previstos em seu texto e serviu de fundamento para o Estado Democrático de Direito. Uma Constituição rica em direitos, de um lado, e uma sociedade díspar regida por um presidencialismo de coalisão que não consegue estabelecer políticas públicas, de outro, formataram cenário fértil que relativizou a relação entre os poderes do Estado, a trazer à tona um Judiciário no qual o acesso a justiça desloca a tensão do procedimento político para os procedimentos judiciais. O resultado é uma corrida ao Judiciário, cujos excessos interpretativos transformaram a jurisdição constitucional em palco para o ativismo jurídico:

³LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 145, jan./mar., 2000.

⁴LOPES, A.M.D.A. *Ob. Cit.*, p. 23.

⁵STRECK, L.L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 5ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 40.

Por meio do ativismo judicial, as democracias constitucionais são desafiadas, considerando que a ponderação de princípios permitiria legitimar a tomada de decisões políticas. Todavia, essas decisões começam a ser questionadas em sua legitimidade; há uma busca por uma racionalidade metodológica que possa justificar a prática dessa judicialização da política. Grupos marginais passam a contar com a possibilidade de manifestar suas expectativas em termos de direitos, pois, na concepção dessas decisões, tais direitos não têm sido respeitados pela vontade da maioria, o que ameaça essas minorias⁶.

A função normativa do Direito apresenta-se, dessa feita, como reguladora dos comportamentos dos cidadãos e das instituições, mas nem todos os comportamentos estão previamente regulados pela norma jurídica de maneira explícita e, mesmo que assim estivessem, fazem-se necessários ajustes, indispensáveis à compreensão interpretativa da norma, no sentido de que a interpretação das normas é a regulação dos comportamentos⁷. Cite-se, por oportuna, a lição:

Existem poucas afirmações que contam com aceitação universal como o comentário de Thomas Hobbes no sentido de que “todas as leis precisam de interpretação”. Essa ideia permaneceu como um tema permanente da Jurisprudência desde a antiguidade, mesmo antes da legislação em sentido moderno existir, todas as vezes em que juizes se mostravam necessários para afirmar a “correta” interpretação de uma dada lei. As deficiências da lei e – no limite – de qualquer texto jurídico, sempre foram reconhecidas e bem conhecidas: algumas são óbvias e latentes; outras são existentes ou alegadas. Mas não apenas isso, a lei também contém a cediça cegueira para com o futuro e, como qualquer texto, precisa ser interpretada de diferentes modos, dependendo do contexto ao qual será aplicada. Assim sendo, se uma sociedade busca funcionar harmoniosamente, uma autoridade se faz necessária: aquela que coloque um fim na batalha da interpretação⁸.

Nesse sentido, o juiz é antes de tudo um intérprete que, para aplicar o Direito, precisa compreender a norma, não realizar apenas uma atividade repetitiva do texto, ele o atualiza com as circunstâncias da modernidade e do contexto temporal a que é submetido. A importância da teoria hermenêutica de Gadamer foi ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado⁹.

A compreensão do Direito só se torna efetiva por meio da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta, “a compreensão implica sempre um momento de aplicação”¹⁰, isso ocorre porque as situações que acontecem na vida social demandam regulamentação pelo Direito e são as mais diversas. Assim, cada situação requer uma nova aplicação da norma, pois a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata¹¹.

No Direito, não é possível afirmar que tenha se instalado um processo interpretativo independente da aplicação da norma, dado que somente nesse instante é possível compreender o seu sentido e fundamentar a sua validade. Segundo Gadamer, compreender, interpretar e aplicar não são momentos autônomos, mas

⁶SUXBERGER, A.H.G.; SUXBERGER, R.J.T. “O ativismo judicial segundo a Lei Maria da Penha”, *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo/RS, v. 35, n.2, 318-339, mai./ago. 2021, p. 328.

⁷HERNÁNDEZ-LARGO, A.O. “Hermenêutica Jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer”, *Universidad de Valladolid*, Valladolid, 1992.

⁸YASUTOMO, M., STOLLEIS, M. & HALPÉRIN, J.L. “Interpretation of Law in the age enlightenment: from the Rule of King to the Rule of Law”, *Judicial Interpretation in transition from the ancient régime to constitutionalism*, Springer, Londres, Kindle Edition, 2011, pp. 144-320.

⁹LOPES, A.M.D.A. *Idem*.

¹⁰GADAMER, H.G. Verdade e Método I: *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6ª ed., Editora Vozes, Petrópolis, 1997, p. 522.

¹¹LOPES, A.M.D.A. *Ob. Cit.*, p. 15.

interdependentes. A autonomia interpretativa existiria somente se a aplicação jurídica abrangesse apenas a subsunção da norma ao caso concreto, afastada de sua historicidade. A compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, na realidade é um ato produtivo:

A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação 'correta em si' seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence¹².

Nesse contexto, cabe analisar se a interpretação do Direito pode ser controlada para se evitar que os juízes se apossessem da legislação democraticamente constituída, a cumprir seu papel de intermediador entre a lei e o povo.

Na mitologia, rememore-se, Hermes era um semideus que fazia a intermediação entre os homens e Deus, entre a linguagem dos deuses e os comuns mortais, seu poder decorria dessa liberalidade interpretativa que se encontrava inserida na tradução. Na modernidade, a questão é como controlar a subjetividade de Hermes, principalmente em tempos nos quais parece ter se esvaído a ligação entre as palavras e o seu sentido – o Direito aparenta ter se transformado em um manancial de conceitos sem coisas. Relevante é reportar a importância da tradição Gadameriana para que se dê sentido aos conceitos, pois é ela que mostra o que as coisas realmente são:

O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem. (...). Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer¹³.

Entretanto, segundo Gadamer, o justo também está definido, com determinado sentido absoluto, nas leis ou nas regras de comportamento gerais da moral. Resta ao juiz utilizar-se de bom senso para a correta aplicação da norma, o que implica abandonar aos poucos o paradigma positivista da subsunção, para assumir a possibilidade de aplicar um Direito melhor e que socialmente aproxime o juiz (o exercício da decisão judicial) do cidadão.

Dessa maneira, o aplicador da norma em uma situação concreta poderá estar obrigado a fazer concessões a respeito da lei, não porque seja impossível fazer algo melhor, senão porque, de outro modo, não seria justo¹⁴.

Portanto, a compreensão do novo modelo de Direito, estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, requer a construção de possibilidades para a sua interpretação. Lenio Streck alerta que "*Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!*" e continua:

Se estamos desde sempre na linguagem e falamos a partir da tradição, os pré-juízos representados pelo velho modelo de Direito pré-formam o nosso olhar sobre o novo que, neste caso, nem sequer pode ser visto como novo, pois o novo somente será novo se tivermos a linguagem apropriada (que é condição de possibilidade) para dizê-lo/compreendê-

¹²GADAMER, H.G. *Ob. Cit.* p. 514.

¹³STRECK, L.L. *Ob. Cit.* p. 207.

¹⁴LOPES, A.M.D.A. *Ob. Cit.*, p. 18.

lo, isto é, se pudermos tratá-lo (fazê-lo ser) pela linguagem. Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultara em um mal-entendido¹⁵.

Daí apropriar-se, aqui, da resposta apresentada por Gadamer. Para uma correta adequação do sentido da lei é necessário conhecer seu significado originário apenas como meio de reflexão das mudanças históricas que permita distinguir o sentido original da aplicação atual. O juiz deverá responder ao sentido originário da lei e confrontá-lo com o presente, procurar seu significado jurídico, e não o histórico, pois o seu objeto é a criação do Direito que deve ser entendida juridicamente, e não historicamente: *“Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”*¹⁶.

Nessa mesma esteira, rememore-se a proposta assumida pela dogmática, a pretender uma espécie de estabilização institucional, por meio da cientificidade que lhe é característica. A ideia da discussão jurídica – em uma dimensão de legitimação – representa o ápice pragmático da dogmática: a invocação da dogmática tende a produzir menos encargos para a justificação das decisões, a esboçar-se instrumento de controle e de acoplamento intrassistêmico. Conformada está a legitimidade da dogmática no campo da hermenêutica.

Importa, nesse diapasão, relembra a anotação de que a dogmática se dedica a uma função heurística¹⁷, perceptível na elucidação de descritores e na formatação de paradigmas para a resolução de lides. Ocorre que, tal atividade, em uma sociedade verdadeiramente democrática, deveria decorrer da atividade ordinariamente legiferante.

Com efeito, a ponte que se estabelece entre a abordagem dogmática e a hermenêutica é sedimentada no exercício da atividade de interpretação, de conferência de sentido, de sistematização e revisita a preceitos legais – o que se revela tributário ao positivismo jurídico. As análises mais complexas, a demandar uma atuação diferente daquela prevista no direito posto, deveria, em uma imanência mais ortodoxa, ser campo de outras ciências, como política, filosofia ou sociologia. Necessário é superar esse apetite por apegos dogmáticos.

O ato de (tentar) compreender a estrutura da norma conforme a conjectura dos consagrados institutos informa a dogmática com um espectro descritivo-empírico, com um condão lógico-analítico, a produzir consequências normativo-práticas (tão presentes na edificação doutrinária).

Certo é que alguns dos debates havidos no campo jurídico e jurisdicional (sobretudo) não podem quedar-se abstratos ao sistemático estudo da filosofia, da política, da economia... daí resulta a recorrência às determinações políticas que conferem coesão ao sistema jurídico¹⁸.

Eis a relação da hermenêutica aclaradora e consistente com a vertente social da justiça, com os aportes e repelências dogmáticas. É por meio da interpretação e integração da norma ao contexto social a que se destina que o Judiciário se aproxima do soberano, qual seja, do povo – instituidor, titular e fruidor do Direito. Certo é que o exercício hermenêutico deve primar pela segurança jurídica, a fim de colmatar condições para o desenvolvimento social e do Estado de Direito de forma democrática.

A segurança jurídica, em um Estado democrático de Direito consiste em garantir que qualquer pessoa tenha capacidade para ponderar o justo no caso concreto. Todo cidadão pode prever corretamente qual será a decisão do juiz sobre a base das leis vigentes. O julgador, apesar de não estar mais submetido à literalidade da lei, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, na medida em que cria Direito, deve permanecer

¹⁵STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 181.

¹⁶GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 408.

¹⁷SUXBERGER, A.H.G. *Direitos Humanos e Democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 114.

¹⁸Em expressa revisita à obra de Dimitri Dimoulis. In: DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, Método Editora, São Paulo, 2006.

dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma lhe impõem na sua aplicação em um caso concreto¹⁹.

Portanto, urge elucidar as interfaces entre a hermenêutica e a argumentação jurídicas – atividades distintas, mas fundamentais para o exercício da judicatura construtiva do Direito no social. É que na argumentação revelam-se as opções ideológicas, políticas e mesmo as posturas admitidas ou encampadas pelo julgador, de sorte que importa aclarar abordagem da argumentação, como coirmã da hermenêutica, a justificar a abordagem das pontes entre Judiciário e sociedade brasileira.

3. Da interlocução Judiciário-Sociedade no Brasil a partir de um panorama teórico-comportamental da argumentação jurídica

A argumentação jurídica – enquanto instrumento legítimo (e compulsório) para a atividade jurisdicional – apresenta, em tese, um significativo potencial de promover a interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira. Ladeada pelo exercício hermenêutico, de opção democrática, apresenta potencial aptidão para a construção de um relacionamento dialógico entre o cidadão (sociedade) e o Estado (em sua vertente judicial).

Assim, a partir de uma perspectiva metodológica que visa, em similitude, argumentar (debater) que, apesar de o direito não ser apenas argumentação, cuida-se de analisar “o que mais ele é e de que maneira essas outras dimensões do Direito se vinculam à dimensão argumentativa”²⁰, a fim de compreender o panorama teórico-comportamental da argumentação jurídica como justificativa (ou como instrumento) para a interlocução Judiciário-sociedade no contexto brasileiro.

Igualmente, convém expor a opção teórica segundo a qual os juízes agem estrategicamente – podem ser orientados por uma abordagem legalista, mas não se comportam como personagens pouco sofisticados que deixam transparecer suas escolhas baseadas apenas nas próprias preferências políticas.

Tal vertente, usualmente encarada como sendo que os julgadores são atores estratégicos, dado que se revelam operadores de escolhas que (muitas vezes) esperam que outros operadores também as façam, explica o porquê de (quase) sempre atuarem informadas pelo contexto institucional em que atuam²¹.

É que as funções desempenhadas pelos juízes não são imunes aos discursos sociopolíticos e, do ímpeto de fazer valer as disposições legisladas ou constitucionalizadas²², a discussão que se apresenta, no campo teórico, é como a decisão reflete valores socialmente reconhecidos e (ainda que involuntariamente) assumidos pelo seu prolator. A “descoberta” dos conteúdos jurídicos esboça-se tarefa intrincada, de flexão visivelmente filosófica e argumentativa, na medida em que, como alhures debatido,

(...) o modelo argumentativista tem como objetivo central afastar-se de duas teses principais. Em primeiro lugar, do descritivismo, ou seja, da ideia de que a Ciência do Direito seria uma metalinguagem, a quem caberia apenas a descrição do conteúdo das normas jurídicas. E, em segundo lugar, do empirismo, isto é, da premissa de que os enunciados descritivos doutrinários deveriam ser testados com base no ordenamento jurídico-positivo como um dado empírico, daí a adoção do conceito de verdade por correspondência²³.

¹⁹LOPES, A.M.D.A. *Ob. Cit.*, p.19.

²⁰ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 22.

²¹EPSTEIN, L. & KNIGHT, J. *The choices justices make*, Sage, 1997.

²²BIWER, M. *Implicit bias in the judiciary: confronting the problem through normalization*. Ind. JL & Soc. Equal., 7º vol, 2019, p. 264.

²³LEÃO, M.T. “O objeto da dogmática jurídica: o que fazem os estudiosos do direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 76, 2020, p. 363.

Como visto, a função normativa do direito é regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições. É assim que se torna possível compreender o contexto de que a lei tende a constituir-se em acréscimo lento de uma miríade de "tomadas de decisões estratégicas de curto prazo" – ao que se visa incorporar os *insights* da teoria da escolha racional no estudo do comportamento judicial, em oposição a um modelo unicamente atitudinal que considera os "juízes como tomadores de decisão sem restrições, que são livres para se comportar em conformidade com suas próprias atitudes ideológicas"²⁴.

Com efeito, considerando-se que a análise de como se desenvolve a articulação de ideias seguindo técnicas (ou justificativas) hermenêuticas é comum em países cuja constitucionalização é recente, enceta-se o argumento de que os juízes, ao assumirem um posicionamento estratégico em face do material que lhes é disponibilizado para a prolação de decisões, podem se pronunciar (nas decisões) produzindo maior ou menor legitimação da atividade jurisdicional para o corpo social. Importa referenciar:

O exercício do poder jurisdicional, na melhor hermenêutica do arcabouço jurídico-legal, provoca consequências na realidade, moldando instituições, definindo direitos e garantias individuais e coletivas, regulando as relações entre governados e governantes, incentivando ou inibindo comportamentos e impondo limites aos demais poderes. O maior ou menor grau de participação do Judiciário e de seus integrantes na vida pública está fortemente condicionado pelos imperativos constitucionais e pelo modelo institucional²⁵.

A atividade de julgar pressupõe uma toada teórico-comportamental que, a fim de obter autolegitimação, acaba por permitir que o predomínio da abordagem institucionalizada (de que cabe a si – ao Judiciário a contribuição para o cumprimento das promessas entabuladas pela lei e pelo texto constitucional) promova fértil cenário para que as decisões reflitam um conjunto de responsabilidades morais – socialmente reconhecíveis.

A capacidade de determinar tais escolhas judiciais exige que se operem escolhas interdependentes em relação aos seus pares, aos demais ramos do governo e mesmo ao público em geral. Pelo que se conclui que natural é esperar que os julgadores atuem estrategicamente e nem sempre "escolham" sinceramente. Neste sentido, exemplificativamente e a título meramente ilustrativo, relembre-se que "(...) *the strategic account (can) generates 4 (four) observable implications (...): (1) bargaining, (2) forward thinking, (3) manipulating the agenda, and (4) engaging in sophisticated opinion writing*"²⁶.

Disto, como antes referido, percebe-se que a hermenêutica, enquanto método interpretativo-concretizador (de matiz democrático), faz com que a decisão represente a revelação daquilo que a vontade popular aclamou a categoria de norma. Aos Tribunais é guardado o desafio de garantir que as normas e as ações governamentais tratem, ao mesmo tempo, de satisfazer os requisitos processuais que lhe são vinculados e de elucidar algum modal de interlocução entre o Judiciário e a sociedade no Brasil.

Ora, o ideário de construção de pontes sociais interpoderes e entre estes e a sociedade mostra-se, nesse sentido, útil, desde o debate do final do século XIX, início do século XX, acerca de um Direito (relativa ou, ao menos, teoricamente) democrático²⁷. O que, sobretudo após a Segunda Grande Guerra, aprimora a garantia da função jurisdicional, como condão para enveredar a legitimação do Direito e dos seus critérios de validade nos variados Estados.

É neste ponto que a argumentação jurídica, enquanto legitimadora da atividade jurisdicional, encontra positividade que – *in fine* – tende a aproximar dialogicamente a

²⁴EPSTEIN, L. & KNIGHT, J. *Ob. Cit.*, p. 57.

²⁵FRANCO, S.J. "Sociedade de risco e Judiciário: A atuação do juiz como um locus para a efetivação de um Estado de Direito Sustentável", *Universidade do Vale do Itajaí*, 2021, p. 180.

²⁶EPSTEIN, L. & KNIGHT, J. *Ob. Cit.*, p. 59.

²⁷FERRAJOLI, L. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

sociedade do Estado (na hipótese, em sua faceta judicial). Tanto assim que a Constituição expressamente previu a obrigatoriedade da fundamentação (v.g., para a hipótese, em sua função de argumentação) de todas as decisões judiciais. Vale transcrever o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Desta feita, certo é que a própria caracterização da linguagem jurídica (por meio de seus signos e significados) acaba viabilizando a ideia de legitimação da interlocução Judiciário-sociedade, dado que a argumentação jurídica enquanto múnus (ou pressuposto) da atividade jurisdicional assim se revela na abordagem teórico-comportamental. Tais são os horizontes conceituais da estrutura dedicada à legitimação da dialogicidade relacional (recíproca) entre julgador e sociedade.

Trata-se, de tal sorte, de estrutura que é construída claramente no sentido de não descartar o esforço para alcançar a compreensão imaginativa da audiência a que se destine o *decisum*, a revelar-se importante perceber que tal esforço (embora nem sempre bem-intencionado) restringe-se às particularidades de cada ator (juiz, promotor, advogado, réu, ré)²⁸.

É possível anotar, portanto, que a interlocução Judiciário-sociedade, a argumentação jurídica será tanto mais legitimadora da atividade jurisdicional quanto mais próxima se tornar da realidade da audiência social. Anote-se, por certo, que aqui não se defende o populismo judicial, mas se cuida de anotar os expedientes de simplificação da linguagem judicial, da concretização de direitos fundamentais, de juízos e juizados itinerantes que – de alguma maneira – promovem a aproximação dialogal do Estado com o cidadão e, no coletivo, com a sociedade. Sobretudo porque,

(...) o Poder Judiciário protege as decisões políticas tomadas quando da instituição da democracia constitucional. Por isso há um componente contramajoritário na atuação dos magistrados – em defesa do determinado pela norma constitucional, eventualmente podem afastar decisões tomadas pela maioria democraticamente manifestada²⁹.

Destarte, por certo existem outras possibilidades interpretativas, sobretudo porque o texto normativo – em tese – não se preocupa com problemas internos ao intérprete, tampouco discute como a filosofia jurídica pode ajudar a escolher entre as “fotografias da realidade” na aplicação da norma. De qualquer sorte, oportuno é repisar a abordagem de Direito, Estado e Sociedade, aqui proposta, no sentido de que se segue:

(...) em estudar o Direito de um ponto de vista funcional: entender para que serve cada uma das partes do edifício e que função ele cumpre, como um todo, no contexto em que está inserido (o conjunto da sociedade). Isso corresponde, aproximadamente, às posturas realistas, sociológicas, que tendem a identificar o Direito com a conduta (dos juízes e, em geral, dos operadores do direito)³⁰.

Veja-se, a título unicamente ilustrativo do argumento, a interação Judiciário-sociedade no direito à saúde, quando da dispensação de medicamentos ou disponibilização de leitos de internação. A interlocução havida por meio da decisão judicial, com o cariz de justiça distributiva, flerta com a conformação democrática dos

²⁸BANDES, S.A. “Empathy, narrative, and victim impact statements”, *University of Chicago Law Review*, vol. 63, iss. 2, 1996.

²⁹ATIENZA M. *Op. Cit.*, p. 14.

³⁰ATIENZA M. *Idem*.

comandos legal e constitucionalmente impostos sobre o Estado de Direito – a esboçar um modelo de governança judicial que teoriza novéis dimensões de governo.

Ocorre que, a maioria dos teóricos ocidentais contemporâneos, ao investigarem acerca do conceito de governo, irá rejeitar um relato do conceito de democracia que deixa suas próprias teorias fora do debate. Tanto assim, que o ideário de justiça distributiva se implementa ainda que sem se preocupar em expor uma opção conceitual suficientemente clara. Eis a apresentação dos dilemas conceptuais para a compreensão da ponte entre a sociedade e o Judiciário, registre-se:

For a more academic example, consider the discussion generated by John Rawls's theory of distributive justice about the difference between equality of welfare or resources as a value, on the one hand, and the moral significance of giving priority to the interests of the worse-off, on the other³¹.

Quando se pretende estabelecer um raciocínio a partir da escolha entre esses conceitos comportamentais (usualmente sob a perspectiva de ativismo, de um lado, e autocontenção, de outro). Não há que se debater se um é superior ao outro, mas é necessária a construção argumentativa – por parte do legitimado, na hipótese o Judiciário – que mais se aproxime do pragmatismo. Nesse diapasão, a advertência é clara:

A libertação do direito de qualquer fundamento metafísico deslocou o problema dessa fundamentação (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas. E nisso residirá a diferença dos diversos enfoques. A toda evidência, trata-se de opções paradigmáticas.

Essas indagações e perplexidades demandam novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão. Tais questões já podiam ser percebidas no neopositivismo, fonte para a construção de metalinguagens e discursos analíticos, e que centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural (ordinária), propondo, como contraponto, a construção de uma linguagem artificial, para assegurar, assim, a neutralidade científica³².

Essencial se torna, portanto, reconhecer e encarar os vetores do ativismo e da autocontenção para levar em consideração os efeitos provenientes tanto da relativa autonomia da lei quanto do efeito propriamente simbólico de 'desconhecimento' que resulta da ilusão da autonomia absoluta da lei em relação às pressões externas³³

Esse processo apresenta-se ideal para aumentar constantemente a separação entre julgamentos baseados na lei e em intuições ingênuas de justiça, de sorte que o resultado desta separação é que o sistema de normas jurídicas aparece formalmente independente das relações de poder que tal sistema sustenta e legitima.

Com isto, ao contrário da hermenêutica literária ou filosófica, a prática de a interpretação de textos jurídicos não é teoricamente um fim em si mesma, em vez disso, visa diretamente um objeto prático e é projetada para determinar efeitos práticos. Assim, atinge a sua eficácia ao custo de uma aparente limitação de sua autonomia³⁴.

Tal disposição das coisas torna-se razoável para auxiliar as investigações teóricas, ou – de outro modo dito –, para avançar e esclarecer a pertinência da interlocução Judiciário-sociedade a partir das deliberações morais ínsitas no processo decisório³⁵.

Tal processo tende a resultar no fortalecimento de artifícios argumentativos e de estratégias hermenêuticas, o que induz ao surgimento de novas ideias legais,

³¹MURPHY, L. "Better to see law this way", NYUL Rev., v. 83, 2008, p. 1094.

³²STRECK, L.L. "Hermenêutica, neoconstitucionalismo e 'o problema da discricionariedade dos juízes'", Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, v.6, 2009, p.02.

³³BOURDIEU, P. *The force of law: Toward a sociology of the juridical field*, Hastings LJ, v. 38, 1986, p. 805.

³⁴BOURDIEU, P. *Idem*.

³⁵MURPHY, L. *Idem*.

constitucionalistas ou processuais, de um lado, mas que produz a fragmentação do sistema político, de outro. Tal fato representa uma problematização da interlocução proposta, dado que *"these interest-based arguments anchor their claims on the assumption that politicians want to govern with as few constraints as possible"*, e mais, dado que *"[it] will refuse to support judicial authority and activism while they anticipate remaining in office"*³⁶.

Referido processo, igualmente, se densifica quando se perquire qual arranjo institucional seria melhor para emplacar os objetivos programáticos (da lei, da constituição ou do julgador), em atitudes que convergem com as crenças pragmáticas dos detentores de posições que favorecem a construção de pontes sociais e, como "bônus", pode fortalecer a tradição corporativa dos julgadores.

Em justificativa para a concentração na aplicação da pragmática dos diálogos emerge a própria insuficiência de uma abordagem puramente semântica, incapaz de captar a natureza peculiar das controvérsias naturalmente apresentadas no campo social³⁷. Assim, a construção da argumentação judicial, pelo Poder Judiciário na sua atuação típica, visa satisfazer aos comandos normativos e constitucionais e a concretizar preceitos de cidadania.

Com aquela conclusão constitucionalizada é que se torna possível inferir que a interlocução aqui proposta (Judiciário-sociedade) se revela compreensível sob o panorama comportamental daqueles que se desincumbem do exercício da argumentação jurídica – desprezam-se aqui os vetores implícitos e não lançados ao papel, na decisão.

É nesta senda que se justifica a opção naturalmente concebida de que o Direito, sua argumentação e as pontes interrelacionais são mais que *"um artifício, uma criação humana, mas não é uma mera convenção, no sentido de que tem algum 'espírito objetivo' (...) não são apenas atos intencionais"*, tratam-se, isso sim, de instituições das quais *"fazem parte elementos que nunca foram queridos por ninguém, que estão acima da consciência individual"*³⁸.

Não se desconhecem, tampouco se podem ignorar, as influências e motivações ideológicas e seus respectivos efeitos no modal de interação do julgador com a sociedade. Isso se justifica porque *"The judges' conscious goal is to make the best legal decision, but their implicit goals, including ideological motivations, affect their cognition"*³⁹.

Por certo, que a ideologia do julgador pode compor cabedal argumentativo da sua produção jurídica não se obtempera. Todavia, tal aspecto não deve obstar o debate ora proposto, sobretudo em virtude daquela análise reclaraferramentais psicológicos, antropológicos e sociológicos, cujo emprego – em que pese pertinente no geral –, não contribui para o desvelar do objeto que se examina: relacionamento Judiciário-sociedade pela via da argumentação com base nos aportes teóricos do cariz comportamental da própria ação de argumentar.

Por outra via, rememora-se a crença generalizada de que a ideologia é uma motivação judicial inadequada, mas que coexiste com a vigência de um veredicto misto entre direito e política. Nenhum "homem médio" tem dúvidas pertinentes de que a ideologia (assim definida como compromissos morais e políticos de variados tipos e geralmente implícitos ao julgador) pode fornecer ajuda para entender e explicar as decisões judiciais⁴⁰.

³⁶NUNES, R.M. "Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian Constitutional Court and the right to health", *Latin American Politics and Society*, v. 52, n. 3, p. 67-97, 201, p.71.

³⁷DASCAL, M. *Interpretation and understanding*, John Benjamins Publishing, Tel Aviv University, 2003.

³⁸ATIENZA, M. *Op. Cit.*, p.182.

³⁹FURGESON, J. & BABCOCK, L. "Legal interpretation and intuitions of public policy", *Oxford University Press*, 2012, pp. 684-704, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199737512.003.0026>, p.19.

⁴⁰SINNOTT-ARMSTRONG, W. *A perspectival theory of law*, *Austl. J. Leg. Phil.*, v. 24, 1999, p. 27.

A atividade de produção de sentido para as escolhas empreendidas pelo julgador pode comportar-se como reforço ou endosso a partir da mecânica que inspira “a determinação de uma única regra jurídica que, por sua vez, permanecerá no ou passará a integrar o ordenamento jurídico e manterá ou aumentará o capital jurídico da sociedade”⁴¹.

Todo esse fenômeno – que aqui se encara como uma análise “conglobante” do material jurídico, empreendida para legitimar a interação dialógica Judiciário-sociedade – deve operar-se teoricamente sem olvidar que os materiais de análise disponíveis ao julgador (políticos e ideológicos regulamente inspirados pela formalização produzida no âmbito jurídico-processual), se separados, ou examinados de modo desconjuntural, podem trivializar a discussão e promover contradições ou relativizações capazes de malferir o debate sobre as aparências do plano de interpretação da lei⁴².

Portanto, é possível anotar que isto ocorre a fim de tecer o elo entre diferentes tipos de experiências, de modo a simplificar a “empatia” (no sentido análogo à alteridade) do exercício hermenêutico-argumentativo na ampla arena contextual da sociedade brasileira, denotando que, muitas vezes, é necessário enfatizar os pontos em comum e minimizar as perspectivas isoladas (que não são compartilhadas) a fim de reforçar (e não destruir) as pontes Estado-sociedade.

É a partir disso que se opera a construção da decisão judicial (atividade ímpar do Poder Judiciário), quando os interlocutores tenderão a centrar-se na análise das principais posições erigidas no debate tradicional, no afã de iluminar subsídios básicos para uma nova abordagem de uma perspectiva teórica da lei. A fim de ver a lei como, em última instância, fundamento do Direito para alguns, constrói-se um cenário sobre o qual repousa algo moralmente relevante.

A colaboração resultante do exercício hermenêutico como aparelho interpretativo-concretizador, de notório verniz democrático (especialmente porque constitucionalizado e promulgado), é motor para a atuação visando a dialogicidade, a aproximação, enfim, a interlocução do Judiciário com a sociedade. Referido motor assume como combustível o desenrolar teórico-comportamental da argumentação jurídica, a firmar-se acelerador do decidir dialogal.

4. Considerações Finais

Como visto, a capacidade para ponderar o justo em cada caso é corolário dos desdobramentos da segurança jurídica no Estado de Direito. Tal ponderação, legitimamente exercida pelo juiz, sob o bastião constitucional, posiciona-se como mecanismo de comunicação entre o Estado-juiz e o cidadão.

Jungido pelo exercício da hermenêutica e pela necessária argumentação jurídica, o juiz deve encarar a atividade jurisdicional como oportunidade ímpar de promoção da interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira. Referido processo interacional ocorre em um ambiente muitas vezes enviesado, ao que – de pronto – invocou a abordagem comportamental do agir do magistrado nessa senda.

A hermenêutica, método interpretativo-concretizador, promove a revelação daquilo que a vontade popular erigiu à categoria de norma – os Juízos e Tribunais apresentam a vocação para garantir o Direito e para favorecer a sua própria interlocução com o cidadão, *in fine*, com a sociedade.

Assim, a resposta à pergunta sobre quais as possíveis influências das atividades hermenêutica e de argumentação sobre a relação entre o Poder Judiciário e a Sociedade brasileira desenvolveu-se no cotejo da atividade hermenêutica com a argumentação jurídica.

Da análise das interfaces e dicotomias entre hermenêutica e argumentação, haja vista o comportamento dos atores judiciais nessa seara, resultou confirada a

⁴¹GICO JR, I.T. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário (Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function)”, *Revista Direito Empresarial*, Belo Horizonte, v. 15, p. 55-84, 2018, p.59.

⁴²GICO JR, I.T. *Idem*.

hipótese das possibilidades de elucidação dos horizontes de promoção da interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira.

A abordagem torna-se legítima a partir da compreensão tecida da relação da hermenêutica aclaradora (verdadeira vertente social da justiça): por meio da interpretação e integração da norma ao contexto social, em um modal de acoplamento, que o Judiciário se aproxima do soberano (do povo)

Não se olvide que o exercício hermenêutico deve primar pela segurança jurídica lançando condições para o desenvolvimento social e para a profícua promoção do Estado de Direito de forma democrática.

Possível é anotar, desta feita, que a interlocução Judiciário-sociedade se torna legitimada pelo exercício escorreito da argumentação e hermenêutica jurídicas.

A colaboração resultante do exercício hermenêutico como aparelho interpretativo-concretizador, de notório verniz democrático (especialmente porque constitucionalizado e promulgado), é motor para a atuação visando a dialogicidade, a aproximação, enfim, a interlocução do Judiciário com a sociedade. Referido motor assume como combustível o desenrolar teórico-comportamental da argumentação jurídica, a firmar-se acelerador do decidir dialogal.

O estudo anotou, então, que a decisão judicial se trata de uma estrutura concretizadora do Direito e de uma atividade voltada para o alcance da compreensão imaginativa da audiência destinatária do *decisum*. Tal atividade depende das particularidades de cada ator envolvido no processo.

Assim, verificou-se que a argumentação jurídica é legitimadora da atividade jurisdicional, sobretudo quando se torna próxima da realidade da audiência social. Disto resulta a possibilidade de construir raciocínio sobre os conceitos comportamentais que mais aproximem o Judiciário do pragmatismo, a concretizar a relação proposta.

Por certo, o exercício da interpretação dos textos jurídicos não deve ser encarado com um fim em si mesmo, mas projetar-se ao menos teoricamente para a determinação de efeitos práticos. A análise do material jurídico deve, assim, em tese, ser empreendida com o reconhecimento dos elementos políticos e ideológicos que circundam a formalização jurídico-processual.

Com efeito, a opção teórica de que os juízes atuam estrategicamente (muitas vezes não deixando transparecer como fizeram suas escolhas hermenêuticas e de argumentação na construção da decisão judicial) revela-se válida a desenvolver o elo entre hermenêutica e argumentação jurídicas como amálgama a ser empregada na ponte entre juiz (Estado) e sociedade. É, em outras palavras, campo fértil de estudo, especialmente em face do reconhecimento do desenrolar teórico-comportamental da hermenêutica e argumentação jurídicas, como condição de possibilidades dialogais.

5. Referências

- ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BANDES, S.A. "Empathy, narrative, and victim impact statements", *University of Chicago Law Review*, vol. 63, iss. 2, 1996.
- BIWER, M. "Implicit Bias In The Judiciary: Confronting The Problem Through Normalization", *Ind. JL & Soc., Equal.*, v. 7, 2019.
- BOURDIEU, P. "The force of law: Toward a sociology of the juridical field", *Hastings LJ*, v. 38, 1986.
- DASCAL, M. *Interpretation and understanding*, John Benjamins Publishing, Tel Aviv University, 2003.
- DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Método Editora, São Paulo, 2006.
- EPSTEIN, L. & KNIGHT, J. *The choices justices make*. Sage, 1997.
- FERRAJOLI, L. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- FRANCO, S. J. "Sociedade de risco e Judiciário: A atuação do juiz como um locus para a efetivação de um Estado de Direito Sustentável", *Universidade do Vale do Itajaí*, 2021.

- FURGESON, J. & BABCOCK, L. "Legal interpretation and intuitions of public policy", *Oxford University Press*, 2012, pp. 684–704, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199737512.003.0026>, p.19.
- GADAMER, H.G. Verdade e Método I. *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6º ed., Vozes, Petrópolis/RJ, 1997.
- GICO JR, I.T. "Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário (Choice Hermeneutics and the Judiciary Law-Making Function)", *Revista Direito Empresarial (RDemp)*, Belo Horizonte, ano, v. 15, p. 55-84, 2018.
- HERNÁNDEZ-LARGO, A.O. "Hermenêutica Jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer", *Universidad de Valladolid*, Valladolid, 1992.
- LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 145, jan./mar., 2000.
- LEÃO, M.T. "O objeto da dogmática jurídica: o que fazem os estudiosos do direito". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 76, pp. 359-372, 2020.
- MURPHY, L. "Better to see law this way", *NYUL Rev.*, v. 83, 2008.
- NUNES, R. M. "Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian Constitutional Court and the right to health", *Latin American Politics and Society*, v. 52, n. 3, p. 67-97, 2010.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. "A perspectival theory of law", *Austl. J. Leg. Phil.*, v. 24, 1999.
- YASUTOMO, M., STOLLEIS, M. & HALPÉRIN, J.L. "Interpretation of Law in the age enlightenment: from the Rule of King to the Rule of Law", *Judicial Interpretation in transition from the ancient régime to constitutionalism*, Springer, Londres, Kindle Edition, 2011.
- STRECK, L.L. "Hermenêutica, neoconstitucionalismo e "o problema da discricionariedade dos juízes". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, ano I, 6, 2009.
- STRECK, L.L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 5ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- SUXBERGER, A.H.G. *Direitos Humanos e Democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.
- SUXBERGER, A.H.G. & SUXBERGER, R.J.T. "O ativismo judicial segundo a Lei Maria da Penha", *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo/RS, v. 35, n.2, 318-339, mai./ago., 2021.

Teoria pura do direito: Resenha crítica ao capítulo VIII da obra do Hans Kelsen

Pure theory of law: Critical review of chapter VIII of Hans Kelsen's

Alessandro Batista Braga¹

Instituto Brasileiro de Ensino Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

O autor do livro nasceu em Praga em 1881 e faleceu em Berkeley em 1973. É considerado o principal nome da Escola Normativista do Direito, um dos ramos da Escola Positivista. Formou-se em direito na Faculdade de Direito de Viena. Foi professor, doutor e livre-docente. É considerado, até hoje, um dos maiores teóricos da ciência do direito.

Hans Kelsen, ao desenvolver sua Teoria Pura do Direito tratou de fazer uma clara distinção entre o Direito e a Ciência do Direito, a fim de evidenciar a pureza que propalava. Desenvolve uma ciência pura do direito, sem a interferência de elementos metajurídicos em sua estrutura.

No capítulo VIII do livro que descreve a sua teoria, trata de explicar como se daria o mecanismo de interpretação no sistema jurídico por ele criado. Afirma que "a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior"².

Defende logo de início que existem duas espécies de interpretação, absolutamente distintas entre si: a realizada pelo órgão aplicador do direito e a que é efetuada pelo cientista do direito. E começa a estabelecer como se dá a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito.

Constata que o que se deve buscar é o conteúdo de cada norma individualmente na aplicação do direito, seja por meio de uma sentença judicial, seja por uma resolução administrativa. O escalonamento das normas, que defende em sua teoria, é fator relevante para entender como se dá a aplicação do direito. A isso deu o nome de relação de determinação ou vinculação, afirmando que a determinação não pode se dar de maneira completa, devendo haver espaço para o preenchimento da moldura pela norma de escalonamento menor em relação à norma de escalão superior.

A atividade a ser desenvolvida pelo aplicador do direito, segundo o autor, deve ser prescritiva, ou seja, ao analisar a conduta humana no caso concreto deverá o aplicador do direito, deduzindo de uma estrutura jurídica positivada a norma a ser aplicada ao caso. Por outro lado, o cientista do direito deverá desenvolver uma atividade de natureza descritiva, isto é, de conhecimento do objeto da ciência jurídica, descrevendo-o utilizando de um discurso internamente lógico.

A interpretação é, portanto, um ato de fixação de sentido às normas, com o objetivo específico de sua aplicação, seja pelo intérprete autêntico, seja pelo intérprete inautêntico.

Essa é uma distinção fundamental na estrutura interpretativa proposta pelo autor. Pois na interpretação autêntica há criação do Direito, ao contrário do que ocorre

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Especialista em Direito Processual pela Fundação Getúlio Vargas – ISAE/AM, Professor de Direito Constitucional de Universidade Nilton Lins. Chefe de gabinete da presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 8º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

na que não se pode considerar autêntica, justamente em razão da ausência de criação de Direito, senão de estudo da própria ciência do direito.

É reconhecida pelo autor a possibilidade de indeterminação do ato de aplicação do Direito, que pode ser intencional ou não-intencional. No primeiro caso, a própria norma admite que a norma inferior dê continuidade ao processo de determinação incapaz de ser alcançado inequivocamente pela norma superior. Já a não-intencionalidade decorre da "pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime (p. 389)". Neste caso, é preciso que se reconheça que o sentido das palavras utilizadas na redação da norma não será necessariamente unívoco, admitindo vários significados possíveis.

Como consequência deste raciocínio, é admitido pelo autor que a chamada vontade do legislador não necessariamente será unívoca, reconhecendo-se a possibilidade de pluralidade de sentidos no texto escrito, sendo aceito que o que está escrito traduza somente em parte a vontade do legislador.

A partir daí, surge a ideia de moldura para a aplicação do Direito, já que se constata a existência de várias possibilidades de aplicação, estando conforme o Direito a interpretação que se mantenha dentro desta moldura, delimitada pelas várias interpretações possíveis da norma. A individualização da norma, por meio da sentença, permite afirmar que ela será fundada na lei caso se mantenha dentro da moldura fixada, não sendo a única interpretação possível, mas que esta é apenas uma das normas individuais alcançáveis dentro da moldura geral.

De tal maneira que tece uma crítica à jurisprudência dominante à época, que cria somente ser possível uma única interpretação aceitável para a norma escrita, não sendo papel do aplicador do direito qualquer manifestação de vontade no ato interpretativo, senão ato de mero conhecimento da norma que está sendo aplicada. Tratar-se-ia de ato de inteligência, de conhecimento, em descobrir qual a única interpretação possível da norma que trouxesse justiça ao caso concreto.

A seguir, afirma que, sob a ótica do direito positivo, não existe uma maneira que seja preferível à outra, no que se refere aos métodos interpretativos. O que se busca, em verdade, é achar a solução correta para o caso concreto, sendo que esta não seria a única possível, resposta que a jurisprudência tradicional não era capaz de achar.

Continuando, o autor conclui que a interpretação pode se dar tanto sob o signo do conhecimento quanto da vontade. Naquele caso, busca-se compreender o que a norma dispõe, identificando-se diversas soluções – todas corretas – contidas no dispositivo a ser aplicado. Neste, escolhe-se a melhor solução possível para aplicar ao caso concreto, dentro dos limites estabelecidos pela moldura normativa.

Arremata afirmando que "a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito"³.

Com isso, Kelsen admite que a interpretação autêntica possa ser contaminada por elementos não necessariamente jurídicos, tais como a normas de moral e justiça e juízos valorativos. A razão poderia se mostrar como elemento relevante para a estrutura da ciência do direito, mas não necessariamente para os mecanismos de interpretação, pois estes seriam um problema da política do direito.

Portanto, a interpretação que tem como objetivo a aplicação do direito se mostra ao arbítrio da subjetividade do aplicador, influenciada por elementos metajurídicos, estranhos à pureza da ciência do direito, que não admite, em sua interpretação, tal influência, pois todo elemento metajurídico que é positivado, vira Direito.

Afasta, tanto da interpretação de conhecimento – que pode ser realizada tanto pelo aplicador do direito quanto pelo cientista do direito – quanto da teoria do direito, a interpretação voltada a achar a solução para o caso concreto, situando-a no campo da vontade, igualando-a, por exemplo, ao ato do legislador de procurar a justiça na

³KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 393.

elaboração de uma norma geral. Assim, o aplicador do direito, ao interpretar a norma, criando uma norma concreta, atua de maneira volitiva, em um campo fora do Direito positivo.

Com isso, o intérprete como cientista do Direito, analisa-o sob um ponto de vista externo, enquanto o aplicador do direito o faz a partir de uma ótica de dentro do sistema jurídico.

Para Kelsen, a distinção entre a interpretação autêntica – a que cria o Direito – e todas as outras, inclusive a do cientista do direito, reside justamente no ato volitivo, ou seja, “através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”⁴.

Diz o autor que todos podem interpretar as normas, qualquer indivíduo que analisa a norma que regula sua conduta para cumprir regularmente seu dever jurídico, fá-lo por meio de interpretação. Assim como o cientista do Direito, que por meio da interpretação de conhecimento busca estudar as normas. Entretanto, nenhum destes estará interpretando para criar Direito, isto é, não será autêntica sua interpretação, pois “da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”⁵.

Quando fala da interpretação a ser realizada pelo cientista do Direito, Kelsen dispõe que é imperativa a distinção rigorosa entre a realizada pela ciência jurídica da realizada pelo aplicador do Direito, sendo esta uma interpretação autêntica, proveniente de um ato de vontade e que cria Direito, enquanto aquela se situa no campo do conhecimento, sendo pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas.

O papel do intérprete como cientista do Direito seria, portanto, meramente de conhecer e entender a norma jurídica, sem qualquer função criativa no Direito, estabelecendo possíveis significações de uma determinada norma jurídica.

Estabelece, ainda, uma distinção entre a interpretação jurídico-científica – que não cria Direito – e a interpretação jurídico-política – criadora de Direito. Aquela, justamente por não criar Direito não deve se restringir à busca de uma única resposta, ou seja, qual seria a interpretação correta, justamente em decorrência da plurissignificância da norma. Assim, enquanto o intérprete que cria o Direito tem como função buscar a única resposta, para a solução do caso concreto, o cientista não se encontra limitado por tais amarras, cabendo-lhe, inclusive, apontar eventuais falhas na elaboração da norma, de modo a tentar evitar ao máximo a pluralidade de significações, trazendo maior segurança jurídica.

Conclui-se que Hans Kelsen ao criar sua Teoria Pura fez uma clara distinção, também no que se refere aos mecanismos de interpretação, entre o Direito e a Ciência do Direito. Estabeleceu que a interpretação autêntica é a realizada pelo aplicador do Direito, como ato volitivo, de criação do Direito. O ato de interpretação realizado pelo cientista do Direito não cria Direito, ficando restrita ao campo do conhecimento.

Entretanto, quanto ao que foi chamada pelo autor de interpretação autêntica, não houve grande aprofundamento teórico, admitindo-se que, por se tratar de matéria de política do Direito – e não da ciência do direito – não seria de interesse do cientista a forma pela qual o aplicador do Direito efetivamente concretiza seu ato de vontade. Kelsen chega a admitir que “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”⁶.

Informação Adicional:

Título: Teoria Pura do Direito

⁴KELSEN, Hans. *Idem*.

⁵KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 395.

⁶KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* p. 394.

Autor: Hans Kelsen
Editorial: Martins Fontes
Año de edición: 2009
Páginas: 448
ISBN Papel: 8578272056

Referência bibliográfica

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.