

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

RAÍI MORAES SAMPAIO DE PAIVA

**A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E A
APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Maceió

2021

RAÍI MORAES SAMPAIO DE PAIVA

**A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E A
APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Linha de Pesquisa 1: Direitos humanos fundamentais: análise crítica do(s) constitucionalismo(s), de suas manifestações sociais e de sua interpretação/aplicação na pós-modernidade.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

Maceió

2021

AUTOR: RAÍI MORAES SAMPAIO DE PAIVA

**A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E A
APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Alagoas,
defendida e aprovada perante a seguinte Banca
Examinadora.

Dr. Andreas Joachim Krell
(Orientador)

Banca Examinadora:

Gustavo Just da Costa e Silva
(Examinador Externo - Presidente)

Adrualdo de Lima Catão
(Examinador Interno)

Basile Georges Campos Christopoulos
(Examinador Interno)

RESUMO

Os reflexos da indeterminação normativa nas decisões jurídicas não constituem um problema novo para a teoria do direito, tampouco para a prática judicial. De igual modo, os métodos de interpretação e aplicação do direito — como a subsunção, os quatro cânones e a ponderação de bens — são indicados há bastante tempo pela dogmática brasileira como importantes recursos para a aplicação normativa. Não obstante, com base em algumas das conclusões da “reviravolta linguística” da filosofia e da hermenêutica, parte da doutrina brasileira vem questionando a possibilidade de emprego dos métodos como auxílio à tomada de decisão, através de críticas que têm gerado efeitos em decisões judiciais. Por outro lado, boa parte da prática dos tribunais ainda recorre aos métodos de interpretação para fundamentar suas decisões, em especial nos casos complexos face à presença de conceitos jurídicos indeterminados. Muitas vezes, o recurso aos métodos se dá apenas de maneira superficial, numa cultura de aplicação marcada pela argumentação de autoridade e pelo ceticismo interpretativo. Nesse contexto, a presente pesquisa busca investigar até que ponto as conclusões da reviravolta linguístico-pragmática permitem afirmar como necessária uma relação entre a aplicação de conceitos indeterminados e o recurso aos métodos de interpretação. A partir de uma estruturação em quatro níveis discursivos (filosófico, jusfilosófico, dogmático e prático), o trabalho recorre a três figuras metafóricas principais para fixar uma compreensão prévia do seu objeto e já problematiza-lo: o Mestre, que representa a dogmática jurídica, a Quimera-dos-conceitos-indeterminados e o *Iceberg* dos métodos interpretativos. Essas figuras são analisadas sob duas dimensões principais ressaltadas pela reviravolta linguística: uma hermenêutica (Heidegger) e outra pragmática (Wittgenstein). Após realizar concessões resultantes do falseamento parcial de suas premissas, o trabalho conclui que os métodos investigados possuem uma relação necessária com o preenchimento de conceitos indeterminados na medida em que potencializam a transparência, a compreensibilidade e a controlabilidade das decisões judiciais.

Palavras-chave: reviravolta linguístico-pragmática; hermenêutica ontológica; funções da dogmática jurídica; conceitos jurídicos indeterminados; discricionariedade jurídica.

ABSTRACT

The reflexes of normative indeterminacy in judicial decisions do not constitute a new problem neither to legal theory nor to legal practice. Likewise, the methods of legal interpretation and application - such as subsumption, the four canons and weighting of assets - have been suggested in a long time by Brazilian dogmatics as important resources to normative application. However, based on a few conclusions of philosophy and hermeneutics' "linguistic turn", some of the Brazilian doctrine have been questioning the possibility of applying the methods as support to decision-making, through criticism that have been affecting legal decisions. On the other hand, a considerable portion of court practices still resort to methods of interpretation to justify their decisions, in particular in hard cases in the light of the presence of indeterminate legal concepts. Oftentimes, the resort to methods is only superficial in a culture of application marked by ad hominem arguments and interpretative skepticism. In this context, the present research aims to investigate how far the conclusions of linguistic-pragmatic turn allow to claim as necessary between the application of indeterminate legal concepts and resorting to interpretative methods. Following an organization in four discursive levels (philosophical, jusphilosophical, dogmatic, practical), the dissertation appeals to three main metaphorical figures to set a previous comprehension of its object and then entangle it: The Master, which represents legal dogmatics, the Chimera of indeterminate legal concepts and the Iceberg of interpretative methods. These figures are analyzed under two main dimensions underlined by the linguistic turn: hermeneutic (Heidegger) and pragmatic (Wittgenstein). After making concessions resulting from partial falsification of its premises, this work concludes that the investigated methods have a necessary relation to filling in concepts insofar they strengthen transparency, comprehension and control of court judgements.

Keywords: *linguistic-pragmatic turn; ontological hermeneutics; legal dogmatics' roles; indeterminate legal concepts; judicial discretion.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DOGMÁTICA JURÍDICA, MÉTODO E INDETERMINAÇÃO DO DIREITO: O MESTRE, O <i>ICEBERG</i> E A QUIMERA	11
2.1 DOGMÁTICA JURÍDICA COMO PANO DE FUNDO DA APLICAÇÃO NORMATIVA.....	12
2.1.1 A figura da dogmática enquanto “o mestre e seus adeptos”	12
2.1.2 O ceticismo interpretativo e a má-compreensão dos métodos de aplicação.....	25
2.1.3 Mais um passo atrás: algumas heranças da tradição que parecem dificultar uma compreensão adequada da função do método na aplicação do Direito	26
2.2 O <i>ICEBERG</i> DOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS E A QUIMERA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	30
2.3 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA PARA UMA COMPREENSÃO DOGMÁTICA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	36
2.3.1 O “giro” da hermenêutica ontológico-filosófica: por que falar de preconceitos e de efeitos históricos no contexto da aplicação normativa?	41
2.3.2 Contributos da hermenêutica ontológico-filosófica para o Direito: a ideia de “temporalidade hermenêutica” e a intensificação da função hermenêutica da Dogmática Jurídica	49
2.3.3 Jogos de linguagem, formas de vida e a contingência intercontextual ou pragmática.....	56
2.3.4 Hermenêutica filosófica e contextualismo pragmático: uma complementariedade recíproca	59
2.4 ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O <i>ICEBERG</i> DOS MÉTODOS	62
3 ENTRE CONCEITOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: POR UMA COMPREENSÃO DA QUIMERA	67
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS: UMA VISÃO PRÉVIA DO PROBLEMA	67
3.2 INDETERMINAÇÃO, VINCULAÇÃO À LEI E DISCRICIONARIEDADE NA TRADIÇÃO BRASILEIRA.....	73
3.2.1 Origens da ideia de discricionariedade jurídica (administrativa e judicial) enquanto “escolha entre duas ou mais possibilidades”	76

3.2.2 Conceitos indeterminados e discricionariedade na dogmática brasileira tradicional	77
3.3 A DISCRICIONARIEDADE COMO ESPAÇO DE LIBERDADE DECISÓRIA RELATIVA	84
3.3.1 A ideia de “vinculação à lei”	90
3.4 POSSÍVEIS CAMINHOS PARA UMA COMPREENSÃO ESTRUTURAL DA QUIMERA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	100
4 A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE O PREENCHIMENTO DISCRICIONÁRIO DE CONCEITOS INDETERMINADOS E OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	104
4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	104
4.2 O DISCURSO PRÁTICO-ARGUMENTATIVO COMO CONTEXTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	106
4.3 O PAPEL DA DOGMÁTICA JURÍDICA PARA A APLICAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS NUM CONTEXTO DE RACIONALIDADE DEFICIENTE	114
4.4 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS: UMA RELAÇÃO “NECESSÁRIA”?	121
4.4.1. Princípios, Regras e a Discricionariedade decorrente de Conceitos Indeterminados	125
4.4.2 O método mais básico: como fica a dedução subsuntiva após a virada linguístico-pragmática?	129
4.4.3 O método da ponderação e a aplicação de conceitos indeterminados	135
4.4.4 Os quatro cânones da interpretação	142
5. CONCLUSÃO	149
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

1 INTRODUÇÃO

Depois que o texto legal é construído e entra em vigor num determinado contexto histórico, ele parece adquirir vida própria toda vez em que é interpretado por alguém em sua cadeia de aplicação. Ainda mais quando confrontado com peculiaridades de casos concretos, com os diversos papéis e concepções de mundo de seus intérpretes-aplicadores. Muitas vezes, essas variáveis (construção conceitual do texto, características do caso, papel do aplicador em relação ao momento da decisão) convergem para um fácil reconhecimento de como o intérprete *deve* agir em sua atividade de aplicar (e de controlar) uma norma, a partir do texto em confronto com o caso sob análise, tendo sempre em vista as finalidades normativas do sistema impostas àquela situação concreta. Noutras vezes, esse entendimento de como se deve decidir é dificultado em razão do texto legal com conceitos indeterminados ou valorativamente abertos, das características do caso concreto, de maiores exigências institucionais do papel decisório do aplicador por força de sua discricionariedade, etc.

Para o cotidiano do “operador do direito”, descrições e propostas dogmáticas mais pretensivas em face dos problemas da aplicação de conceitos indeterminados nos diferentes momentos da cadeia de decisão retornam, sempre, à importante pergunta pragmática — apenas aparentemente simples — de “então, como deve decidir o aplicador nessas situações de maior complexidade? E por quê?”.

As respostas a essa pergunta e suas justificativas prenunciam a proposta do presente trabalho: analisar a viabilidade de se afirmar uma relação necessária entre o preenchimento “discricionário” de conceitos indeterminados e os métodos interpretativo-aplicativos, como a subsunção, a ponderação de interesses e os cânones interpretativos, no contexto do pós-*reviravolta* linguística da filosofia. Num primeiro olhar, uma tal proposta pode parecer trivial. Ora, bastaria uma breve análise da prática diária dos tribunais brasileiros e estrangeiros para concluir que muitos julgadores empregam os métodos da interpretação em seu cotidiano, inclusive para “preencher” conceitos indeterminados, e que a dogmática já os indica há muito tempo como caminhos importantes para aplicar o Direito¹.

Há um bom tempo que a própria legislação brasileira já dispõe de forma expressa sobre a possibilidade de emprego da analogia, da interpretação literal ou da ponderação de interesses,

¹ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 300.

através de normas endereçadas a juízes e a administradores, como a do inciso I, do artigo 108², do Código Tributário Nacional (CTN) de 1966, ou a do parágrafo único, inciso VI, do artigo 2^o, da Lei 9.784 de 1999. Além desses exemplos, representaram relevante avanço de uma racionalidade institucional as inovações metódicas trazidas ao Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), em especial ao artigo 489, §1^o⁴, que definiu critérios materiais segundo os quais uma decisão pode ser considerada *fundamentada*, e a nova redação conferida à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pela lei nº 13.655/2018, que criou um *dever de concretude a toda e qualquer aplicação do ordenamento jurídico*, generalizando o dever de proporcionalidade concreta entre meios e fins com a consideração das consequências das decisões jurídicas⁵.

Nesse contexto, o que haveria de novo ou de útil em afirmar ou refutar, dogmaticamente, uma tal relação necessária entre os métodos e a aplicação desses conceitos indeterminados? Que problemas práticos uma proposta interpretativa desse jaez poderia resolver?

Longe de se pretender inovadora ou, em qualquer medida, revolucionária, a perspectiva do presente trabalho busca trazer algum conforto interpretativo para a prática judicial e alguma contribuição para uma autocompreensão da dogmática jurídica local. A contribuição dogmática se daria a partir da superfície mais descritiva do trabalho, relacionada à forma com que a dogmática brasileira já lida com a hermenêutica ontológico-filosófica e à revisão do debate doutrinário no entorno dos conceitos indeterminados e da discricionariedade deles decorrente. O “conforto interpretativo” que se pretende oferecer à prática resultaria da superfície mais prescritiva e sistematizada do trabalho, com um entrelaçamento da aplicação dos conceitos

² “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - *a analogia*; [...]” (grifo nosso).

³ Numa clara referência ao exame da proporcionalidade: “Art. 2^o [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI - *adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*; [...]” (grifo nosso).

⁴ “Art. 489. [...] §1^o Não se considera *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, *sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (grifo nosso)

⁵ Vide o artigo 20, “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, *não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*” e o seu parágrafo único, “A motivação *demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*” (grifo nosso).

indeterminados com os métodos de interpretação, no contexto pós-positivista da teoria do direito.

Considerando o desprezo diário da prática jurídica em relação à ideia de interpretação de normas — que chamaremos de ceticismo interpretativo — e a aversão de boa parte da dogmática local à utilização de métodos interpretativos que serão abordadas mais à frente⁶, o cerne teórico da presente proposta é consolidar o discurso argumentativo-racional, as funções pragmática e hermenêutica da dogmática jurídica e os caminhos metódicos interpretação como os três pilares essenciais para a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Como se verá a seguir, as duas superfícies, descritiva e prescritiva, do trabalho estão interconectadas em vários contextos, o que justificará a ordenação das seções e dos temas nelas tratados. Ainda que aqui se reconheça que o discurso teórico (metadiscurso) e o prático são indissociáveis⁷, e que o sentido dos conceitos jurídicos é constituído por uma normatividade intrinsecamente linguística⁸, é justificada a divisão do trabalho nessas duas superfícies, prescritiva e descritiva. Nesse contexto, a principal premissa epistemológica de que se parte é a seguinte: o discurso racional-argumentativo deve estruturar o discurso jurídico.

A presente pesquisa foi dividida em três seções numa relação de codependência, razão pela qual não se deve analisar os capítulos isoladamente. Na primeira seção, buscou-se fixar uma ideia do problema contextual no entorno da aplicação metódica dos conceitos indeterminados através de uma revisão teórica geral, com recurso a três figuras metafóricas: o Mestre, que representa a dogmática jurídica local; o *Iceberg* dos métodos interpretativos; e a Quimera-dos-conceitos-indeterminados. As metáforas foram uma forma de tentar evidenciar o caráter sistêmico do problema da pesquisa, que é constituído antes por um quadro-geral de vários elementos (teórico-dogmático, cultural, institucional e prático), que contribuem cada um à sua proporção para o problema, do que por um defeito específico apontável nesta ou naquela teoria, neste ou naquele ordenamento jurídico.

Para a revisão teórica da primeira seção, foi necessário um retorno ao discurso da filosofia da virada linguístico-pragmática, em especial aos vocabulários de Heidegger e de

⁶ A exemplo da posição de Lênio Streck, mais à frente analisada: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

⁷ Habermas demonstra que as metalinguagens, isto é, linguagens que se prostram sobre outras linguagens, possuem uma independência apenas aparente com relação a estas, na medida em que a validade de suas descrições depende de uma submersão e de uma inserção exitosas nas regras, na gramática da linguagem “observada”: HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. 2. ed. Trad.: Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 215ss.

⁸ ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223, p. 215 ss.

Wittgenstein, como forma de revisar o debate já travado pela dogmática jurídica local em torno dos métodos interpretativos e suas limitações gerais. Essa revisão trouxe interessantes resultados, reforçando dois fios condutores para a investigação da relação entre métodos e conceitos indeterminados: um histórico-hermenêutico e outro pragmático-contextual.

Já na segunda seção, objetivou-se estabelecer de forma dogmático-analítica o sentido das principais ideias trabalhadas com a metáfora da Quimera: conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade jurídica e indeterminação normativa. Para tanto, foi feita uma breve análise crítica das possíveis origens da discricionariedade judicial, que remete a Hart e a Kelsen, e da discricionariedade administrativa, que remete à dogmática administrativista alemã da década de 60, do século XIX, realizando uma posterior revisão do debate doutrinário sobre o tema no Brasil. Essa análise também permitiu afastar uma divisão estrita entre discricionariedade judicial e administrativa, evidenciando a importância dos métodos interpretativos para a aplicação dos conceitos indeterminados dentro de uma cultura que se pretende racional.

Por fim, a terceira e última seção teve por finalidade analisar até que ponto é justificado afirmar como necessária uma relação entre a aplicação de conceitos indeterminados e o recurso aos métodos interpretativos da subsunção, da ponderação e dos cânones interpretativos, no contexto pós-positivista. A partir de uma breve abordagem crítica das versões de métodos interpretativos de Robert Alexy, Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva e Ana Paula de Barcellos, foi apresentada uma proposta escalonada de emprego dos elementos metódicos da subsunção, da ponderação e dos cânones interpretativos enquanto etapas necessárias de justificação para o preenchimento de conceitos indeterminados.

2 DOGMÁTICA JURÍDICA, MÉTODO E INDETERMINAÇÃO DO DIREITO: O MESTRE, O ICEBERG E A QUIMERA

A dogmática jurídica constitui boa parte da cultura jurídica de um país. Ela costuma ser mais demandada naqueles casos polêmicos, quando mesmo um juiz experiente tem dificuldades de decidir. Tal qual uma teia multidimensional, a atividade dogmática constrói e reconstrói argumentos da práxis cotidiana da aplicação do Direito com intenção de ser racional em suas colocações, buscando suplementar e melhorar de alguma maneira a aplicação do ordenamento jurídico que lhe constitui o objeto de análise. Para reconstruir esses argumentos, a dogmática se vale de vários recursos, como a retórica, as descobertas de outras ciências e a filosofia. Mas nenhuma atividade dogmática, da mais simples à mais complexa, pretende ser irracional ou prejudicial para as decisões judiciais em que pretende influir, ou para a evolução da cultura de aplicação dos “operadores do direito”.

Em termos exemplificativos, se as comunicações da práxis jurídica e da linguagem corrente dos brasileiros se colocam no primeiro nível do discurso, que é aquele travado entre advogados, promotores e juízes, a dogmática se colocaria no segundo nível, por pretender analisar a linguagem daquela práxis com uma linguagem muito própria, mais abstrata e artificial. Já a filosofia do direito geralmente se coloca num terceiro nível, e a filosofia em geral, num quarto nível, quando se relaciona com os problemas jurídicos. Embora tais níveis se constituam reciprocamente, esses discursos de segundo, terceiro e quarto nível são chamados de metadiscursos ou metalinguagens, por se tratarem de linguagens “que falam sobre” outra linguagem mais originária.

A partir desses quatro níveis discursivos, o presente trabalho coloca suas dimensões filosófica, dogmática e prática na perspectiva de *participante* do sistema jurídico brasileiro, em oposição à perspectiva de *observador externo*. Apesar de bastante comum⁹, essa dicotomia, que remete a H. L. A. Hart¹⁰, é ambígua e insuficiente quando desacompanhada de maiores esclarecimentos.

A posição do participante deve ser aqui entendida como uma perspectiva daqueles que participam de argumentações sobre o que, no ordenamento brasileiro, é permitido, proibido, e autorizado, no centro das quais está o juiz e todo órgão de decisão (administrativo, controlador,

⁹ Cf. a resposta de Hoerster a Alexy, em defesa da chamada Tese da Neutralidade Moral do Direito, que se tomava como possível apenas a observadores externos: HOERSTER, Norbert. **Was ist Recht?** Grundfragen der Rechtsphilosophie. München: C.H. Beck, 2006, p. 84 ss.

¹⁰ HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad.: Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009, p. 115 ss.

etc.)¹¹. Por isso é que se afirmará, logo mais, a *natureza ética* dos posicionamentos da dogmática brasileira: seja por suas premissas, seja por seus efeitos, as análises de decisões judiciais por partícipes do sistema assumem sempre uma natureza moral baseada na tomada de posição entre o que é bom e o que é ruim para a aplicação do ordenamento jurídico.

Pode-se buscar um exemplo mais detalhado a respeito da perspectiva do participante na analogia assumida por Jarkko Tontti entre os diferentes papéis dos participantes de um ordenamento jurídico e as funções que cada partícipe (atores, diretor, assistentes, críticos, etc.) assume em uma peça de teatro.

Os cidadãos que se submetem ao ordenamento têm posição similar à dos atores da peça: apesar de cada ato ser sempre um ato de criação interpretativa, os atores precisam seguir o roteiro da peça da mesma forma que os cidadãos devem seguir a Constituição e as demais leis, como uma *razão* entre outras para agir daquela maneira.

Já a posição do juiz é igual à do diretor da peça: “ele ou ela interpreta o roteiro e direciona os atores quando necessário”, a partir de um ponto de vista interno e sempre criativo. Por sua vez, a dogmática jurídica, os pesquisadores e os filósofos do direito assumem o papel do assistente de palco e dos críticos da peça: os primeiros auxiliam os atores lembrando-os das suas falas, dando exemplos de como atuar nesta ou naquela cena, ao passo em que os segundos assumem uma postura crítica da peça a partir de diversas razões, o que pode levar à modificação da mesma, de suas partes, ou a sua reformulação pelo diretor¹².

De início, cumpre expor de maneira breve o que se compreende por dogmática jurídica, evidenciando suas funções principais que formam, em boa medida, o pano de fundo crítico-argumentativo para a interpretação e aplicação de conceitos indeterminados pela prática jurídica.

2.1 DOGMÁTICA JURÍDICA COMO PANO DE FUNDO DA APLICAÇÃO NORMATIVA

2.1.1 A figura da dogmática enquanto “o mestre e seus adeptos”

No Brasil, ainda não há uma cultura dogmática consolidada no estudo da hermenêutica em associação com a aplicação de conceitos indeterminados, ou mesmo em relação à resolução

¹¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 30 ss.

¹² TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 162 ss.

daqueles casos considerados mais complexos pela práxis judicial, que costumam envolver conflitos normativos (entre princípios e regras, ou princípios *versus* princípios). Sem dúvida, esse vácuo dogmático termina enfraquecendo a dialeticidade de propostas teóricas que se valem de análises hermenêuticas, além de também diminuir o contexto doutrinário prévio no qual o aplicador poderia se apoiar para oferecer uma resposta a estes casos. Essa situação parece justificar uma breve análise das funções da dogmática jurídica em geral, em especial as funções hermenêutica e pragmática, buscando enriquecer uma autocompreensão a respeito do papel da dogmática para a resolução de problemas da aplicação.

Em sentido *lato*, a dogmática jurídica se confunde com a Ciência Jurídica, que busca analisar seu objeto específico (o Direito) a partir de determinados métodos de pensar (analítico-filosófico, fenomenológico¹³, dialético, indutivo, dedutivo, sistemático etc.). Em sentido estrito e mais tradicional, dogmática jurídica se constitui de um conjunto de atividades voltadas à análise, sistematização e crítica baseadas em um ordenamento jurídico em particular. Segundo essa visão aqui sustentada e ressaltada por Kaufmann, apesar de a dogmática construir argumentos a partir da crítica a dado ordenamento, este “permanece intocado”¹⁴, ou seja, as críticas são internamente limitadas, não pretendem reformular o ordenamento posto.

Por outro lado, ao fim e ao cabo, as atividades da dogmática se constituem em torno de *decisões jurídicas* tomadas a partir de normas. Essas atividades buscam evidenciar os pressupostos e as possibilidades das decisões tomadas com base no ordenamento e em princípios constitutivos pré-fixados. Para evidenciá-los, a dogmática necessita submergir nas regras dos jogos de linguagem e inferências compartilhadas pelo discurso da prática decisória. A questão da decidibilidade constitui, portanto, o cerne da dogmática jurídica, que se destaca

¹³ No direito brasileiro, a fenomenologia tem sido invocada por autores como Lênio Streck, com base na hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, como a única forma necessária de interpretação da Constituição, que deveria ser vista como um “acontecimento” cujo sentido deveria ser “des-ocultado” (cf. STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p. 285ss.). Já na filosofia husserliana, da qual Heidegger se alimentou, a fenomenologia é vista como “a pesquisa descritiva pura das vivências e, enquanto tal, é uma psicologia descritiva” (OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. p. 38). Apesar de o projeto heideggeriano ser considerado uma radicalização existencial-ontológica da ideia da hermenêutica, a fenomenologia filosófica “pretende superar a dicotomia entre sujeito e objeto, já que a compreensão nunca dependeria da interpretação individual de conceitos relacionados às coisas” (KRELL, Andreas J. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. **Revista brasileira de estudos políticos**. p. 101-107, p. 113). Em todo caso, Kaufmann ressalta que “*é evidente que o método fenomenológico só funciona com objetos de estrutura simples, não com algo tão complexo, ainda por cima normativo, como o direito*” (KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 130.).

¹⁴ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 26.

antes como uma ciência da decisão¹⁵. Esse foco específico é o principal diferencial da dogmática jurídica com relação à ciência jurídica, à filosofia do direito e à filosofia em geral.

Em qualquer caso, para além do preciosismo analítico, pode-se questionar qual a utilidade em se diferenciar ciência jurídica de dogmática jurídica, já que a primeira precisará lidar com a questão da decidibilidade uma hora ou outra. Por partir de e se voltar a uma decisão prática, contudo, a atividade dogmática acaba se especializando mesmo com relação à ciência jurídica, o que não é necessariamente ruim.

Enquanto a ciência jurídica se permite analisar e expor com pretensão rigor científico questões epistemológicas mais anteriores e gerais relacionadas às possibilidades de um conhecimento especificamente jurídico, à filosofia do direito e à sua relação com outras ciências, sem muita preocupação com a imediata utilidade prática de suas conclusões, a dogmática se concentra em contribuir de imediato para o controle, a compreensão e o aperfeiçoamento das decisões jurídicas, ainda que a partir de um discurso abstrato. É uma diferença de proximidade, de objetivos e, em alguma medida, de método.

No Brasil, parte da academia ainda se refere à dogmática jurídica como algo negativo, como uma atividade determinista, formalista e de certa forma autoritária¹⁶. Há quem afirme a dogmática como uma atividade sempre pautada pela ideia de verdade absoluta¹⁷, o que, todavia, não procede. Podem-se destacar pelo menos três fatores que parecem contribuir para essa visão negativa da dogmática: o legado da dogmática positivista; o princípio da inegabilidade dos pontos de partida — inerente à atividade dogmática—; e a forma com que a *práxis* brasileira lida com a dogmática.

O positivismo jusfilosófico da primeira metade do século XX nos legou uma ideia bastante particular de dogmática, alinhada aos seus traços teóricos fundamentais. Presa à falsa dicotomia da separação entre direito e moral, pode-se dizer que essa ideia de dogmática positivista reduzia seu objeto ao que considerava o direito puro, “derivação lógica do sistema”, considerando todo o resto como não-direito, tudo o que estaria “fora de sua responsabilidade”. Características dessa visão são a perda de realidade por posturas excessivamente formais, a baixa capacidade de crítica à *aplicação* do ordenamento posto, e uma legitimidade dogmática

¹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93.

¹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 115.

¹⁷ Cf. SANTOS, Antonio Wilker dos. A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda em face do pragmatismo analítico de Wittgenstein. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17 (33), p. 187-210, jul./dez., 2017, p. 190 ss.

limitada à pretensa autoridade científica de teorias “estritamente lógicas”, com validade universal¹⁸.

Por isso é que, no Brasil, essa ideia de dogmática jurídica ainda tem assumido a figura do “mestre e seus adeptos”, a exemplo do uso que ainda se faz de Kelsen no ensino de faculdades ou de outras doutrinas positivistas como a de Paulo de Barros Carvalho¹⁹. Apesar de sua importância histórica, as propostas dessa dogmática buscam se impor à aceitação de seus seguidores em razão de sua pretensa autoridade lógica e/ou filosófica, e não por sua capacidade de contribuir para os problemas práticos da aplicação do Direito, ou de gerar consenso. Essa forma unilateral de convencimento e suas características peculiares diminuem o potencial crítico, integrativo e intersubjetivo de suas propostas, que restam mais e mais distantes da prática.

Assim, no contexto brasileiro em que a *dogmática* é muito influenciada por essa filosofia do positivismo lógico, a crítica de Kaufmann à formação de escolas com “adeptos” e “seguidores”, ganha pertinência, embora ela se refira à postura acrítica da *filosofia* positivista e não necessariamente da dogmática jurídica. É que não faz muito sentido falar na formação de “escolas e adeptos” em relação a linhas de pensamento que se pretendam críticas e, ao mesmo tempo, dialéticas, construtivistas. A ideia de “escola” parece pressupor uma linha de pensamento fixa, combativa e muitas vezes unívoca, que no Brasil costuma ser expressa pela ideia “ame-a ou deixe-a”, em vez de buscar integrar de forma dialética um discurso criticável mais amplo²⁰.

No contexto pós-positivista — ou pós-metafísico²¹ —, a dogmática se reconcilia com a prática jurídica e com a realidade social de maneira crítica, assumindo importantes funções

¹⁸ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 127 ss.

¹⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁰ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 33.

²¹ Principalmente com a obra de Aristóteles, “*Metafísica*”, que já estabelecia uma relação de precedência entre forma e substância, bem representada pelo silogismo formal (Livro III, 6), até a virada linguístico-pragmática da hermenêutica e da filosofia, a metafísica ocidental foi definida por um dualismo originário que constituía ideia do “ser” e se manifestava em teorias universalistas como as teorias do positivismo lógico. São teorias que se pretendem válidas e aplicáveis para todos os casos e contextos conhecidos, de maneira universal, buscando se justificar a partir de uma racionalidade totalizadora autorreferente e autossuficiente, que parte de premissas construídas a partir do próprio esquema conceitual e se reproduz a partir de si mesma. Como relembra Manoel A. de Oliveira, esse “dualismo metafísico se exprime nas categorias de forma e matéria”, de maneira que “a forma é o elemento ativo, determinante, enquanto a matéria é o elemento passivo, determinado”. Nesse contexto metafísico, a forma acaba assumindo sempre uma precedência como uma “unidade do múltiplo”, na medida em que sempre “receberia o ser” que a ela se amoldaria. Por evidenciar o protagonismo da linguagem enquanto estruturadora da realidade e a natureza limitada e sempre pré-condicionada da compreensão humana, costuma-se dizer que a virada linguística e hermenêutica da filosofia representou o fim ou pelo menos uma crise do pensamento metafísico. Neste sentido, conferir: ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2. ed. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edipro,

sociais, metódicas e epistemológicas para o processo de aplicação/decisão normativa. Assim, as funções da dogmática acabam assumindo maior destaque para a prática jurídica, seja por suas pretensões mais ambiciosas de influir nessa prática, seja para controlá-la num momento concomitante ou posterior. Esse mesmo contexto também leva à “aposentação compulsória” daquela figura da dogmática como um mestre a ser seguido por seus adeptos. No lugar do mestre, constrói-se a ideia de uma dogmática que se impõe através do consenso integrado pela crítica intersubjetiva ao ordenamento posto²².

Além do legado positivista, o chamado “princípio da inegabilidade dos pontos de partida” também parece contribuir para a visão negativa que se cultiva sobre a dogmática jurídica. É inerente ao pensamento dogmático partir de determinados pressupostos abstratos sem questioná-los ou negá-los explicitamente, como é o caso dos ordenamentos jurídicos postos ou de determinados conceitos correntes e de dogmas da sociedade. Todavia, ao se pautar por esse princípio, assumindo a autoridade a ele intrínseca, não quer dizer que a dogmática não adote uma postura crítica, e sim o seu contrário: o potencial crítico da dogmática é momentaneamente transferido ao nível de seu peculiar discurso abstrato com uma postura — de certa maneira — retórica, para então retornar ao nível prático da aplicação normativa com suas conclusões e propostas interpretativas²³.

Através desse discurso conceitualmente abstrato, “a Dogmática possibilita uma certa distância justamente nos casos em que a sociedade espera uma vinculação”. É uma distância que confere objetividade e potencial estabilizador ao discurso dogmático, proporcionados justamente pela sua natureza de metadiscurso interpretativo daquilo que a prática decisória faz ou deve fazer com o ordenamento²⁴. Mas essa distância envolve também um exercício de autorrestrrição interpretativa, já que “a Dogmática não se exaure na interpretação do estabelecido, mas interpreta a sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação”²⁵.

2012, p. 100 ss.; HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002; OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 202; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 33 ss.; RIBEIRO, Caroline Vasconcelos. O fim da metafísica segundo Habermas: ponderações à luz do pensamento heideggeriano. **Princípios**, Natal, v. 16, nº 26, jul./dez., 2009, p. 107-134, p. 108.

²² KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 45.

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

²⁴ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 296-297.

²⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94.

O terceiro e último fator, que contribui para uma visão negativa da dogmática, tem mais a ver com o contexto local de aplicação do Direito, com a forma como a prática lida com a dogmática. É costume no cotidiano da prática judicial brasileira que a dogmática jurídica seja retoricamente invocada como uma última cartada, como se os autores citados nas petições viessem como um “grande mestre” com seus adeptos, para desvelar pretensas verdades ontológicas e irrefutáveis por trás dos textos legais. Normalmente, o uso estratégico da dogmática se dá como mero recurso à sua autoridade teórica ou filosófica, sem coerência com o caso concreto ou com o sistema normativo²⁶. Longe de ser essa figura do mestre a ser seguido por seus “adeptos”, a dogmática possui um papel metódico-racional e objetivo de fundo, estruturador do discurso jurídico da aplicação normativa; ela possui importantes funções críticas e justificadoras do discurso da prática decisória.

Nessa seara, Ferraz Jr. aponta um “centro ético” na chamada “regra do dever de prova” (de fundamentação) que estrutura o discurso jurídico-racional, tanto a nível prático como também a nível dogmático²⁷. Isto porque há sempre uma exigência ética de racionalidade permeando o discurso jurídico. Tanto o discurso dogmático quanto o de aplicação devem ser racionais, eles não podem ser deliberadamente ruins, absurdos ou irracionais, o que gera um dever geral de justificação dos proferimentos dentro do discurso jurídico²⁸. Essa regra do dever de prova inerente ao discurso prático-jurídico confere à dogmática um papel ético-estruturador do próprio discurso e do discurso da prática jurídica.

Tal papel de fundo tem sua importância intensificada nos casos em que o legislador posterga decisões políticas através do emprego de conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade direta, ou, simplesmente, por meio do silêncio legislativo. Nesses casos, a responsabilidade política é automaticamente transferida para a aplicação do direito²⁹. Com a racionalização e com aquela abstração do processo de tomada de decisão, a dogmática dissipa parte da carga negativa dessa responsabilidade transferida para os aplicadores da lei, estabilizando os debates de fundo antes relegados pelo legislador.

No caso do discurso interno da própria dogmática, a exigência de racionalidade assume função meta-teórica de um “autocontrole” das finalidades da atividade dogmática em relação

²⁶ Cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 71, 81.

²⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 17-18.

²⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 263 ss.

²⁹ ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural: uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 213ss.

às suas limitações contextuais, inclusive as limitações epistemológicas e linguístico-normativas. Essa função se aproxima mais da teoria do direito e da filosofia do direito, na medida em que a dogmática deve assumir uma postura crítica de revisão “histórica” do próprio discurso, a partir do reconhecimento do que chamaremos de temporalidade hermenêutica da compreensão.

No segundo caso, relacionado ao discurso da prática, a exigência de racionalidade assume função de controle dogmático crítico do discurso da *práxis* a partir do ordenamento, voltada à garantia de uma racionalidade mínima em relação ao sistema normativo posto, e à elaboração final de soluções estabilizadoras, simplificadoras e redutoras de complexidade decisória; é sua função mais tradicional³⁰.

Nessa relação originária entre teoria e prática, a dogmática atua como elemento de uma “ciência da decisão”, auxiliando a prática como redutor de complexidade e estabilizador de conflitos³¹. A dogmática processa previamente informações, antecipa processos de justificação referida ao sistema normativo posto, e fornece respostas ou argumentos historicamente contextualizados para o trato com as questões que surgem face à necessidade de tomada de decisão, sempre em relação às expectativas, finalidades e consequências atribuíveis a essa ação de decidir num determinado ordenamento jurídico³².

Parte-se, aqui, da premissa de que a dogmática deve fomentar a prática jurídica de instrumental necessário e constitucionalmente adequado para a interpretação e aplicação racional das normas do sistema posto. Assim, além de exercer uma espécie de controle técnico-epistemológico dos métodos bem ou mal utilizados por essa *práxis*, a dogmática guia suas atividades em pelo menos três dimensões em relação à decisão judicial: analítica, pragmático-normativa e hermenêutica³³.

³⁰ WENGER, David R. *Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik*. Vienna: Springer, 2010, p. 85.

³¹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 326 ss.

³² WENGER, David R. *Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik*. Vienna: Springer, 2010, p. 83ss.

³³ Alexy termina por enfatizar a dimensão analítica da dogmática jurídica, aqui abordada apenas superficialmente. Ferraz Jr traz a dimensão hermenêutica da dogmática, não considerada explicitamente por Alexy, além da empírica e da analítica. Por justificações que se apresentarão ao longo do presente trabalho, dar-se-á relevo, aqui, às dimensões hermenêutica e pragmático-contextualista da dogmática jurídica, considerando as conclusões da virada linguístico-pragmática e hermenêutica da filosofia na medida em que costumam ser invocadas com frequência pela dogmática brasileira. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116ss; ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 307ss.

Na dimensão analítica, a dogmática jurídica despende mais energia na formação conceitualmente crítica de enunciados com pretensões antes de tudo descritivas, a respeito do sistema normativo posto e das decisões que são tomadas a partir dele, no intuito de fornecer um aparato conceitual inteligível intrinsecamente codependente das demais dimensões³⁴. Aqui, a dogmática analisa como determinados conceitos jurídicos são empregados pela prática, buscando fixar os sentidos desses conceitos com alguma coerência, a partir de uma intenção lógico-sistemática.

Quando se volta à dimensão pragmática, a dogmática visa a fornecer soluções práticas aos problemas linguísticos que surgem com a aplicação de normas jurídicas no âmbito intercontextual de diferentes inferências intersubjetivamente compartilhadas. A intercontextualidade é constituída por diferentes situações, com características variáveis, em que os conceitos são empregados por participantes do discurso que podem ou não compartilhar as mesmas inferências. São diferentes contextos que se encontram através jogos de linguagem como se fossem várias esferas geométricas secantes (que se inserem umas nas outras de maneira parcial) e geram, naturalmente, muitos conflitos linguístico-normativos.

São situações de maior complexidade, em que a dogmática busca explicitar as regras dos jogos que acontecem naturalmente na linguagem corrente (comum), e jogos que são “inferencialmente” impostos pela normatividade do sistema no contexto jurídico de aplicação³⁵. Essa atividade é realizada tanto a partir de tentativas de evidenciar as relações inferenciais internas ao ordenamento, com referência direta ao próprio sistema normativo, quanto de relações inferenciais externas ao sistema, com relação à linguagem cotidiana, às finalidades e aos efeitos imputáveis — através de argumentação — à aplicação desse sistema, em relação aos prognósticos anteriormente realizados que justificaram antes essa mesma aplicação.

Em resumo, nessa dimensão a dogmática buscar evidenciar o “contexto situacional”³⁶ para a tomada de decisão, reconstruindo argumentativamente as relações inferenciais que determinam os sentidos da aplicação do sistema normativo, estabelecendo a vinculação entre determinados efeitos (posteriores) e determinadas decisões (anteriores) tomadas com referência a determinadas finalidades. Veja-se que não há uma diferença fundamental entre a constituição

³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122 ss.

³⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2 ed. *E-book*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, parte VI, posição 4.999 ss.

³⁶ Cf. ROBLES, Gregorio. *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 60ss.

dos sentidos no discurso científico e na linguagem cotidiana que forma a base do discurso dogmático: eles são codeterminados³⁷.

Pode-se exemplificar a citada dimensão pragmática na diferenciação interna que a dogmática brasileira faz entre a responsabilidade penal, a responsabilidade decorrente de ato de improbidade e a responsabilidade civil. Logo no plano abstrato prévio, as três já possuem elementos linguístico-estruturais condicionantes, diga-se, contextos que se constroem com inferências muito semelhantes: conduta, elemento subjetivo, nexos causal e dano. Mas cada elemento assume caracteres muito peculiares em razão do contexto e das finalidades normativas de cada subárea do direito.

O elemento subjetivo da conduta (dolo, culpa) possui uma constituição material mais rígida no contexto penal, isto é, para estar presente ele depende da presença de mais e mais específicas inferências compartilhadas num caso concreto, como as especificidades da culpa penal (negligência, imprudência e imperícia) e suas “sub-inferências”, quando não há a mesma rigidez para a imputação das consequências da responsabilização por ato de improbidade³⁸, ou para a responsabilização cível, que admite a modalidade objetiva (sem culpa)³⁹.

Também há traços comuns entre esses contextos de inferências, como as finalidades práticas da responsabilização nessas esferas, tais quais a preventiva e a punitivo-repressiva imputadas aos institutos independentemente da subárea⁴⁰. Essas diferenças e semelhanças de contextos inferenciais são argumentativamente reconstruídas pela dogmática na sua dimensão pragmática interna.

A dimensão hermenêutica da dogmática se coloca entre os processos de contextualização inferencial da dimensão anterior. Aqui, a dogmática atua em pelo menos dois níveis de discurso, um relacionado ao discurso da prática decisória em relação ao ordenamento posto, e outro relacionado ao próprio discurso abstrato.

Nesses dois níveis de atuação, a dogmática busca explicitar as condições estruturais impostas tanto pelos efeitos históricos da aplicação do Direito, quanto pelos choques que ocorrem entre diferentes visões de mundo (subjetivas e preconceituosas) de diferentes povos,

³⁷ ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223, p. 210 ss.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 100.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19ss.

⁴⁰ Apesar de haver divergências doutrinárias sobre a atribuição de finalidade punitiva à responsabilidade civil, grande parte da prática judicial já costuma fazer referência à punição-pedagogia enquanto função da responsabilidade civil, acompanhada por importantes argumentos da dogmática civilista: ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128ss.

culturas e gerações, ou entre diferentes “*narrativas típicas* em cada cultura específica”⁴¹. Trata-se de revisar a origem na tradição local e os efeitos históricos dos conceitos jurídicos trabalhados pela prática, criticando também o próprio discurso dogmático anterior sobre esses mesmos conceitos. Essa atividade abre passagem para a reformulação da aplicação atual do Direito, aumenta a autocompreensão da dogmática e permite um aperfeiçoamento/reformulação dos respectivos juízos dogmáticos de prognose a ela inerentes numa dada tradição.

Exemplificativamente, a questão da criminalização do aborto de fetos portadores de anencefalia levou à discussão sobre o conceito jurídico de vida a ser tutelada pelo ordenamento, no julgamento da ADPF 54/DF⁴². Segundo o pensamento doutrinário justificado a partir do Código Civil de 1916, o conceito de vida até então adotado pela dogmática dependia apenas do *funcionamento do aparelho cardiorrespiratório*, como efetivamente acontece com bebês recém-nascidos com anencefalia.

Com a evolução da medicina, contudo, o legislador passou a adotar o conceito de vida cerebral na lei 9.434/1997⁴³, em que a *morte encefálica* constitui pressuposto para o transplante de órgãos. Em situações como essa, a dimensão hermenêutica da dogmática se intensifica pela necessidade de revisão histórica do próprio discurso, que passa a considerar de maneira crítica as mudanças no conceito de vida absorvidas pelo legislador, ao mesmo tempo em que forma as bases de crítica e de controle da aplicação desse conceito por parte dos tribunais, em relação às finalidades impostas pelo sistema normativo, como no caso concreto citado.

Vê-se que essas dimensões (hermenêutica e pragmática) em que a dogmática termina atuando se constituem reciprocamente. Contextos de diferentes jogos de linguagem são constituídos por inferências intersubjetivamente compartilhadas herdadas de uma determinada tradição histórica, de uma determinada comunidade, etc. pelos intérpretes responsáveis pela aplicação do ordenamento. Apesar de o fato dessa tradição acontecer de maneiras bastante diferentes para cada um deles, são as inferências herdadas da cultura que os participantes do

⁴¹ TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 176.

⁴² A ADPF 54/DF questionava a constitucionalidade dos dispositivos dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal em razão do aborto de fetos anencéfalos, não contemplado nas hipóteses de exclusão de ilicitude desse último artigo. Ao fim da ação, o pleito foi julgado procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos supracitados, no sentido da inconstitucionalidade da interpretação da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos enquanto crime de aborto. Esse caso é um bom exemplo de como os termos jurídicos se comportam em situações concretas e de como a dogmática atua na revisão histórica do próprio discurso e no controle do discurso da prática.

⁴³ “Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento *deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica*, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” (grifo nosso)

discurso jurídico compartilham (ou não) que determinam os sentidos normativos e também os chamados casos difíceis e casos fáceis⁴⁴. A importância da função estabilizadora da dogmática aumenta justamente nesses conflitos histórico-linguísticos identificados nas dimensões hermenêutica e pragmática de suas funções.

O sentido da atuação decisória desses intérpretes também é determinado de formas e em intensidades diferentes a depender do momento histórico em que é reconstruído. Tal situação intensifica, igualmente, o trabalho da dogmática nessas duas dimensões, já que, além de explicitar as regras ou inferências que sustentam os diferentes contextos dos conceitos jurídicos e dos diferentes casos, ela dará um significado histórico específico ao seu discurso e ao seu controle da prática⁴⁵.

Não obstante, embora tenha desenvolvido com mais intensidade sua dimensão analítica, a dogmática jurídica brasileira ainda parece ter dificuldades em desenvolver suas dimensões pragmática e hermenêutica. Aqui parece se colocar um paradoxo da dogmática jurídica brasileira. Ao invés de firmar uma autocompreensão crítica sobre suas funções a partir das contribuições da filosofia hermenêutica e da pragmática, a dogmática local às vezes traz a filosofia para o seu discurso como mero adorno, ou recurso à autoridade. O paradoxo é que para evidenciar esse uso vulgar da filosofia por uma parte da dogmática, e também pela prática, torna-se necessário, ou útil, imiscuir-se no discurso filosófico por ela invocado, para então retornar de maneira crítica ao seu uso por essa mesma dogmática.

Portanto, investigar melhor essas dimensões no discurso da própria filosofia é o primeiro passo, do ponto de vista meta-teorético, para exercer um controle parcial do próprio discurso dogmático e, talvez, entender melhor o papel da dogmática brasileira no que tange aos problemas da aplicação ou preenchimento metódico de conceitos jurídicos indeterminados. Essa investigação parece se justificar também para o amadurecimento de uma autoconsciência histórica da dogmática brasileira. Do ponto de vista teórico-decisório, essa investigação também auxiliará na compreensão do papel interpretativo-argumentativo do intérprete no momento da aplicação (e controle) desses mesmos conceitos.

⁴⁴ TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 177 ss.

⁴⁵ Não se propõe, aqui, que a dogmática jurídica seja vista como instrumento de efetividade das normas, tão menos se ignora que muitas vezes a dogmática age, em verdade, num sentido contrário ao da efetividade. A própria tese de que a dogmática influi a *práxis* de alguma forma “intencional”, ou estratégica, já esconde alguns problemas que não cabem no necessário corte (dogmático, nessa medida) do presente trabalho. Para o desenvolvimento de alguns desses problemas, Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153ss.

O emprego de métodos interpretativos e o preenchimento discricionário de conceitos indeterminados envolvem problemas teóricos e práticos que se entrelaçam em alguns níveis de análise, mas que merecem uma abordagem relativamente autônoma para serem compreendidos enquanto tais. Como visto, alguns desses problemas costumam ser explicados e relacionados com as heranças jurídicas do positivismo lógico, que também será abordado mais à frente, nessa medida. Também há explicações desses problemas a nível de aplicação da Constituição, e consequentemente do *significado metódico* que a decisão política fundamental poderia adquirir para o contexto brasileiro, que justificarão uma breve discussão sobre a pretensa racionalidade das justificações metódicas de decisões jurídicas sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Sob enfoque prático-jurídico, a presente perspectiva busca responder à questão posta — de como aplicar, então, o direito brasileiro em casos complexos de conceitos indeterminados —, afirmando que conceitos indeterminados, discricionariedade e métodos são *três diferentes momentos de um mesmo processo decisório*, de uma mesma ação humana. São três diferentes pontos de vista de um mesmo problema de aplicação normativa. Como já é possível adiantar, tal perspectiva é recheada de problemas de diversas naturezas, que ganharão atenção de acordo com sua contribuição para a inviabilização da proposta descritiva aqui trazida.

É que falar em conceitos indeterminados já traz uma intenção subjacente mais imediata de descrever o momento textual desse processo de aplicação, que pode ser visto e compartilhado enquanto tal com uma maior objetividade, a partir de análises de textos legais e de precedentes. Já o momento da discricionariedade está mais referido à dimensão humana do processo de decisão, à subjetividade e à liberdade do sujeito aplicador; ele ressalta o momento do papel decisório-interpretativo do aplicador frente àquele conceito indeterminado. Por sua vez, o momento dos métodos diz respeito a como o aplicador pode/deve agir de maneira mais adequada possível face ao sistema normativo, tendo conceitos indeterminados em uma mão e sua discricionariedade, na outra.

Sob enfoque jurídico-filosófico, os níveis de análise em que esses momentos parecem se encontrar e se entrelaçar são os da filosofia após a reviravolta linguístico-pragmática⁴⁶, que

⁴⁶ A reviravolta linguístico-pragmática foi o movimento da filosofia que teve como principais pontos de partida as obras “Ser e Tempo” (1927), de Martin Heidegger, e “Investigações Filosóficas” (1953), do segundo Wittgenstein. Heidegger elaborou acurado ataque contra a visão tradicional da filosofia metafísica e seu esquema sujeito-objeto, criticando a instrumentalização da linguagem pela transposição da metodologia das Ciências Naturais para as Ciências do Espírito. A visão do segundo Wittgenstein levou ao reconhecimento do caráter circunstancial da constituição semântica do sentido, que dependeria antes de “jogos de linguagem” do que de uma pretensa essência das palavras. As ideias de Heidegger e de Wittgenstein mudaram o foco da filosofia para a análise das demais dimensões da linguagem, para além da dimensão proposicional, servindo posteriormente de base para as teorias dos atos de fala, de Austin e de Searle, para a teoria da pragmática transcendental, de Apel, e, finalmente, para as teorias da pragmática universal e do agir comunicativo, de Habermas. Cf. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 117ss;

tem sido invocado para fundamentar boa parte do discurso de crítica ao positivismo e aos métodos interpretativos pela dogmática brasileira. Em particular, a partir da filosofia cunhada por Heidegger, por Gadamer e por Wittgenstein.

Nesse contexto pós-metafísico, Habermas, que trabalhou a fundo com esses três filósofos, também costuma ser invocado, ao menos indiretamente, para a tematização da interpretação jurídica e seus métodos, quando se fala em procedimentalismo constitucional. Mas fazer jus à complexidade do seu vocabulário, reconstruindo-o para a filosofia do direito de maneira produtiva, exigiria esforços inteiramente autônomos, não suportados pela presente pesquisa⁴⁷. Por isso é que ele aparecerá apenas como moderador das discussões aqui trazidas, na parcela em que lida com as principais ideias e questões levantadas por Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, e também na medida em que integra a proposta racional-argumentativa de Alexy.

Embora a reviravolta linguística tenha levado a filosofia a reduzir sua própria autoridade em relação às demais disciplinas⁴⁸, autores que integram ou influenciam a dogmática jurídica brasileira ainda encontram respostas para os problemas da prática jurídica nas obras de algum desses quatro filósofos⁴⁹. Essa relação entre a dogmática brasileira e a filosofia torna um pouco mais complexa a compreensão do fenômeno da indeterminação normativa e do papel que os métodos de aplicação podem desempenhar no preenchimento de conceitos indeterminados, uma vez que confrontar essa dogmática demanda uma imersão exitosa na linguagem por ela empregada.

Por si só, essa postura da dogmática local já justificaria o “retorno à filosofia” das análises que serão realizadas nas próximas etapas do presente trabalho, na medida em que ela gera efeitos na prática dos tribunais e dos aplicadores por ela influenciados. Mas longe de ser

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 22ss; HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. 2. ed. Trad.: Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 142ss.

⁴⁷ Alexy já trabalha com a Teoria do Agir Comunicativo, de Habermas, como um dos principais pilares de sua Teoria da Argumentação Jurídica, fixando a ideia habermasiana da “situação ideal de fala” como um dos principais pontos de partida de suas regras do discurso prático (e jurídico), que serão analisadas mais à frente. Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 155ss.

⁴⁸ Cf. VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Trad.: João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 30ss.

⁴⁹ Vide, por exemplo, a roupagem jurídica dada por Lênio Streck à filosofia de Heidegger e de Gadamer em STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; a análise de Aduardo Catão sobre a filosofia de Wittgenstein, em CATÃO, Aduardo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013; além das influências de Gadamer na Teoria Estruturante de Friedrich Müller, e das ideias do primeiro Wittgenstein no Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda: MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 69, 591.

uma fonte de autoridade teórica, o lugar da filosofia nesta pesquisa jurídica deve ser o de fonte de compreensão e de revisão para os debates já travados pela dogmática brasileira no campo do Direito.

2.1.2 O ceticismo interpretativo e a má-compreensão dos métodos de aplicação

Um olhar do senso comum voltado para a “cultura jurídica” brasileira permite indicar pelo menos dois aspectos importantes que parecem anteceder uma revisão do discurso filosófico da virada linguístico-pragmática, como meio de contextualizar melhor o papel que a filosofia assume no discurso da dogmática brasileira. Ambos possuem reflexos teóricos e práticos que, por formarem o contexto cultural de fundo para uma compreensão sobre a questão da aplicação de conceitos indeterminados e do trato com a discricionariedade, serão esclarecidos direta ou indiretamente ao longo da presente análise.

O primeiro aspecto, aqui chamado de ceticismo interpretativo, pode ser encontrado no dia a dia de qualquer jurista que se vê dentro de uma discussão/reflexão a respeito do que significa ou do que pode significar “interpretar uma norma”, seja em sua faculdade de Direito, em sua pesquisa, seja em seu ofício enquanto advogado, julgador, etc. Nesses contextos, é comum que se diga que os juízes brasileiros interpretam excessivamente, de maneira errada, ou que eles simplesmente não “poderiam fazer qualquer interpretação” nestes ou naqueles casos.

Embora o que se queira referir com o diferente emprego da palavra “interpretar” possa mudar em cada um desses contextos, ela é empregada para expressar que os aplicadores não devem interpretar, que devem interpretar menos ou que interpretaram mal, o que parece evidenciar uma constante ideia culturalmente prévia e negativa sobre o que é interpretação normativa. Daí falar em “ceticismo interpretativo”.

O segundo aspecto está na má compreensão a respeito do papel do método interpretativo dentro do processo de aplicação das normas jurídicas. A má compreensão do papel dos métodos interpretativos parece se confirmar com situações nas quais juristas brasileiros empregam os métodos de interpretação em suas peças processuais de sua prática diária (enquanto advogados, procuradores, juízes, etc.), ao passo que em suas produções acadêmicas os abominam e os rechaçam “do ponto de vista teórico”, numa situação de aparente “esquizofrenia metodológica”⁵⁰.

⁵⁰ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 297ss.

É preciso ter em mente, entretanto, que buscar explicar os problemas do mau emprego dos métodos de interpretação apenas a partir da tese de que eles são mal compreendidos é insuficiente. Em todo caso, compreendê-los em sua função e em seus limites é etapa que se pressupõe a qualquer análise sobre os problemas de sua má-aplicação, ainda que se parta da premissa de que mesmo uma tal análise é em grande medida circular: pode-se afirmar que uma ideia prévia (preconceituosa) da função dos métodos se imponha hermeneuticamente à sua desconstrução.

A má compreensão da função e dos limites dos métodos é identificável tanto no plano prático da aplicação normativa pelos juízes, tribunais, órgãos de controle, etc., como no plano teórico-dogmático. A nível prático, apesar de muitos julgadores anunciarem o emprego desse ou daquele método (do “método” sistemático, ou do “método” da ponderação, por exemplo) para a resolução de determinado caso, seu efetivo emprego concreto e contextualizado muitas vezes não ocorre, embora essa contextualização concreta faça parte da própria estrutura desses métodos⁵¹.

Do ponto de vista dogmático, além de muitas vezes fazer menção apenas superficial ao papel que os métodos poderiam ter no trabalho de aplicar normas, sem exemplos práticos dessa aplicação, a doutrina costuma “relançar” como novos métodos já bastante antigos ou visões já tradicionais sobre os métodos. Isso quando a própria doutrina não propõe a completa e pretensa abolição de qualquer forma de método de interpretação, numa postura excessivamente crítica e de efeitos que geram instabilidade na relação entre a prática e a dogmática.

Para entender um pouco mais da origem ou da intensificação histórica desses dois fenômenos (o ceticismo interpretativo e a má compreensão do método), uma breve revisitação do discurso dogmático sobre normas jurídicas, que influenciou a compreensão do fenômeno da aplicação normativa no Brasil hodierno, pode ser útil.

2.1.3 Mais um passo atrás: algumas heranças da tradição que parecem dificultar uma compreensão adequada da função do método na aplicação do Direito

Num primeiro momento, o constitucionalismo do segundo pós-guerra levou à tentativa de reformulação de concepções de Direito em roga na primeira metade do século XX, e de correlatas normas jurídicas, que visavam possibilitar a abertura moral e argumentativa do

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de direito da Universidade de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília. Vol. 2, n. 1, jan./abr., 2016, p. 96-118, p. 112 ss.

processo de formação do sentido normativo dos textos legais, especialmente no plano da aplicação.

No contexto do pós-positivismo, teses como a de Gustav Radbruch deram início a modelos moralmente mais fortes de Direito, encorpendo uma cultura jurídica de abertura argumentativa racionalmente justificada não necessariamente oposta, mas irreduzível à dimensão lógica do Direito. Uma das principais consequências práticas desses modelos moralmente fortes, em especial com suas respectivas normas principiológicas, foi a abertura pragmático-argumentativa dos processos de aplicação de leis e da Constituição⁵².

No Brasil essa institucionalização constitucional de ambiciosos objetivos práticos foi relativamente atrasada pela Ditadura Militar de 1964, na medida em que o regime eliminava ou reduzia ao máximo as possibilidades de discussões e de debate no âmbito jurídico-político de formação dos instrumentos normativos (emendas constitucionais, leis ordinárias, etc.), e buscava reduzir a aplicação de normas à atividade subsuntiva, diminuindo as possibilidades de argumentação dialogicamente orientada no âmbito metódico-prático da aplicação⁵³. Muito embora já dispusesse de complexos instrumentos de aplicação dos direitos fundamentais, como a cláusula de abertura às chamadas normas de direito fundamental atribuíveis (decorrentes do sistema) presente no §35⁵⁴, do artigo 150, da Constituição de 1967, não havia intenção política de efetivação das “boas intenções” do legislador durante o Regime Militar.

A atuação institucional e prática do Regime Militar parece ter levado a correlatos enraizamentos culturais do senso comum na forma de enxergar o fenômeno jurídico especialmente do ponto de vista da prática judicial. Essa atuação terminou por fortalecer ideias que demonizavam a subjetividade dos aplicadores e que se firmavam na pretensa possibilidade de “evitar atividades interpretativas” no trato com os textos legais, como fiel expressão da obediência à “vontade popular” que se acreditava existir “por trás” do texto normativo. Até os dias atuais, muitas dessas posturas céticas, quanto à interpretação e à subjetividade dos

⁵² As teses “moralmente carregadas” se desenvolveram em vertentes bem mais diversas e complexas do que a ideia inicialmente proposta por Radbruch. Uma dessas teses é a “tese do subjetivismo”, que reconhece a importância da fundamentação (justificação) racional a partir de parâmetros de validade intersubjetivamente compartilhados, face à inexistência de parâmetros objetivos pré-positivos (metafísicos) nos quais se poderia fundar uma ideia moralmente objetiva de Direito, especialmente no plano da aplicação. Cf. HOERSTER, Norbert. **Was ist Recht?** Grundfragen der Rechtsphilosophie. München: C.H. Beck, 2006, p. 70, 75ss, 102ss, livre tradução.

⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 140ss, 272, 396ss.

⁵⁴ “§35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (grifo nosso).

aplicadores, permanecem especialmente no senso comum dos próprios juristas e de parte da população brasileira⁵⁵.

Por outro lado, grande parte da dogmática jurídica brasileira já é mais permeável à chamada constitucionalização dos Direitos, numa posição muitas vezes vista como “moderna”⁵⁶. Contudo, essa posição tida por “moderna” é muitas vezes contraposta a posições como a adotada no presente trabalho, que defende o recurso aos métodos interpretativos clássicos. Mesmo assim, alguns traços de ceticismo de interpretação e da demonização da subjetividade ainda permanecem fortes em boa parte da “consciência jurídica” brasileira⁵⁷.

De um lado, apesar de boa parte da prática judicial ainda ter grandes dificuldades de argumentar com auxílio metódico de maneira concretamente articulada e coerente com o teoricamente proposto, os métodos interpretativos vêm sendo empregados por ela explícita e implicitamente em seu dia a dia. De outro lado, muito embora a dogmática mais tradicional ainda indique os métodos interpretativos como importantes caminhos para a aplicação do Direito, parte da dogmática jurídica mais moderna não trata dos métodos interpretativos e de seus possíveis empregos práticos, incorporando apenas retórica e formalmente parte desses métodos e de algumas das principais linhas das teses discursivo-argumentativas consideradas padrão mundo a fora, como a de Robert Alexy.

Isso demonstra um descompasso entre a prática judicial e a atividade da dogmática jurídica, que deveria antes se aproximar da prática para propor reformulações ou soluções para os problemas da aplicação do Direito, sempre com vistas à busca de maior previsibilidade, controlabilidade e segurança jurídica em torno das decisões judiciais e administrativas⁵⁸.

A dificuldade de empregar os métodos de maneira equivalente ao teoricamente proposto também tem levado a posteriores críticas contra os modelos teóricos em si, ao invés de críticas — estas, sim, mais pertinentes — contra a má aplicação desses modelos. Em relação a essas

⁵⁵ Vide RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 113ss.

⁵⁶ Para uma análise do discurso brasileiro sobre métodos de aplicação normativa: Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio A. da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 116ss.

⁵⁷ Exemplo é a dificuldade generalizada de lidar com conceitos jurídicos indeterminados e com a discricionariedade deles decorrente na aplicação do Direito, fenômenos ainda vistos como mau-caminho para a abominável subjetividade e “arbitrariedade” dos intérpretes, principalmente no momento do seu controle pelo Judiciário.

⁵⁸ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 300ss.

críticas, Virgílio Afonso entende que é “imprescindível distinguir as coisas: quando uma teoria é vítima de apropriação diletante e distorcida, *não se pode culpar a teoria*”⁵⁹.

Essas críticas mal formuladas terminam por agravar a própria compreensão dos problemas práticos que surgem da aplicação normativa, especialmente do trato com conceitos indeterminados, cujo preenchimento exige a assunção de maiores cargas de justificação argumentativa metodicamente articulada⁶⁰. Assim, do ponto de vista da Ciência Jurídica, a recepção na maior parte das vezes retórica e o emprego meramente autoritário das teses discursivo-argumentativas e de métodos interpretativos, como a ponderação de interesses, têm impedido uma análise dogmática expressiva dos eventuais impactos (bons e ruins) de uma consideração concreta desses métodos na prática judicial brasileira. Por isso é que não cabe ainda, no contexto brasileiro, sustentar na teoria a abolição de métodos interpretativos a partir de uma argumentação sobre os (d)efeitos práticos de sua aplicação⁶¹.

Enquanto a compreensão dogmática sobre a dimensão hermenêutica da aplicação normativa é negativamente afetada e (auto)limitada pelo ceticismo interpretativo e pela demonização da subjetividade dos intérpretes, como se fosse possível evitar a interpretação ou a subjetividade humana na aplicação do Direito, a utilização dos métodos interpretativos como golpes de autoridade impede uma integração concretamente contextualizada e racional dos textos normativos no Brasil, na dimensão pragmático-contextual⁶².

Ao invés de buscar investigar, a partir da aplicação normativa, quais os limites e as possibilidades práticas e teóricas de uma visão hermenêutico-pragmática eventualmente “extraível” da virada linguística da filosofia, contextualizando-a para o Direito e seus jogos de linguagem específicos, parte da dogmática jurídica brasileira muitas vezes se vale de argumentos hermenêuticos e pragmáticos apenas para “modernizar” seu discurso.

Esse modismo é refletido também na dificuldade de lidar com o problema da discricionariedade decorrente da aplicação de conceitos indeterminados, por fortalecer posições relativistas quanto aos métodos tradicionais da interpretação e quanto ao papel da argumentação jurídica na atuação interpretativa discricionária. Antes de poderem representar qualquer avanço

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de direito da Universidade de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília. Vol. 2, n. 1, jan./abr., 2016, p. 96-118, p. 112, grifo nosso.

⁶⁰ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 212ss.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio A. da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135ss.

⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 72 ss.

ou amadurecimento da cultura jurídica local, essas posições de difícil sustentação teórica têm gerado efeitos práticos prejudiciais, seja para uma adequada compreensão teórica da função dos métodos interpretativos, seja para o seu emprego prático de maneira coerente na aplicação de conceitos indeterminados.

É verdade que boa parte do que representou a virada linguística para a filosofia vem sendo trazida para o Direito como simples forma de atrair “autoridade externa” para algumas visões do fenômeno jurídico que, além de não convencerem do ponto de vista teórico, trazem poucas ou nenhuma solução para os problemas práticos da aplicação normativa⁶³. Mas antes de diminuir a importância das teorias discursivas, essa situação eleva a importância de uma breve revisão da discussão sobre o método e as conclusões da virada linguística da filosofia e da hermenêutica para o fenômeno da aplicação normativa.

Esse cenário preliminarmente dado pede, nesse primeiro momento, uma breve tentativa de compreensão do que significou a virada linguística da filosofia principalmente para a ideia de método em geral, com a revisitação do discurso dessa filosofia na medida em que ele é utilizado como fundamento pela dogmática brasileira em suas abordagens sobre métodos interpretativos. Num segundo momento, ele levará a uma série de concessões da presente pesquisa a respeito de possíveis contribuições do recurso à filosofia por essa dogmática, sem deixar de lado algumas críticas, com o estabelecimento de alguns limites dessa filosofia para a compreensão dos problemas jurídicos no entorno dos métodos e da aplicação de conceitos indeterminados.

2.2 O *ICEBERG* DOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS E A QUIMERA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

A partir das discussões da filosofia após a reviravolta linguístico-pragmática, a ideia de “método” nas Ciências Sociais foi bastante fustigada em suas premissas e funções tradicionais. Essas discussões vieram ao confronto de uma tradição dominante até o início do século XX, que via o pensamento lógico-experimental e seus métodos como expressões práticas de neutralidade e de “anti-subjetividade”. Principalmente com o domínio que o positivismo lógico-filosófico teve na economia política e também no Direito dos séculos XIX e XX, esse pensamento foi transplantado para a aplicação normativa: o emprego de métodos poderia neutralizar a carga subjetiva do intérprete-aplicador, que ao aplica-los garantiria a neutralidade

⁶³ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 23ss, tradução livre.

do processo; eles teriam essa função “purificadora”⁶⁴. A reviravolta linguístico-pragmática desbancou essas premissas e reformulou essa função.

Para ilustrar, esse problema dos métodos de interpretação assemelha-se a um *iceberg*. Quando visto a partir da prática jurídica, esse *iceberg* deixa em evidência apenas a sua ponta, que é o seu emprego cotidiano pelos tribunais e pelos aplicadores em geral. Mas, quando visto a partir da filosofia e do direito constitucional, o *iceberg* dos métodos evidencia uma complexa discussão teórica, representada pela parte submersa. Isso não quer dizer, contudo, que o emprego desses “métodos” não gere problemas práticos complexos (na superfície), mas estes podem ser trabalhados e solucionados nessa mesma superfície, sem a necessidade de apelo a algo mais profundo, ou a uma relação com a metafísica. Estes problemas da superfície do *iceberg* serão melhor abordados na terceira parte do trabalho.

Já o problema do “preenchimento” discricionário dos conceitos indeterminados parece não ser capaz de nos fornecer qualquer conforto metafórico, como o do *iceberg*. A depender do ponto de vista, o problema dos conceitos indeterminados também se confunde com o problema da discricionariedade jurídica (judicial e administrativa). Como já antecipado, ambos são diferentes momentos ou dimensões de uma mesma ação, de uma mesma cadeia de aplicação.

Mas do ponto de vista do constitucionalismo e da filosofia, o problema da aplicação de conceitos indeterminados envolve, em parte, as discussões sobre o ativismo judicial (separação dos poderes) e a vinculação do intérprete à literalidade dos textos. Ele também tem a ver com a relação entre direito e moral e com o papel da argumentação jurídica nessa relação; e também é constituído pelo próprio questionamento de até onde é possível existir uma normatividade comportamental predeterminada por construções textuais em determinados contextos. Se houvesse uma boa metáfora para representa-lo, ela deveria ser algo como uma Quimera, um ser híbrido resultado da união inseparável de partes de vários animais, que lança fogo pelas narinas.

Os conceitos indeterminados são aqueles empregados pelo legislador nos textos legais, seja na hipótese normativa seja em sua consequência. Eles não permitem uma simples subsunção, pelo aplicador, dos elementos do caso concreto às descrições normativas, em razão

⁶⁴ Sobre essas heranças do positivismo lógico na teoria do Direito, Cf. CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013, p. 63ss, e KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 41, 114ss, 213ss. Em sentido diverso, contudo, Zanon Júnior defende que o Positivismo Jurídico “não guarda uma relação de pertinência com a corrente filosófica do Positivismo”, pois seria apenas uma “corrente de pensamento autônoma” contrária ao Jusnaturalismo: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica – CCJ**. Blumenau, v. 17, nº 33, p. 127-146, jan./jun., 2013, p. 129-130.

de sua vagueza *normativa* atual ou posterior (também chamada de pragmática⁶⁵). A Quimera, constituída por partes de diferentes animais que juntos lançam fogo pelas narinas, vem para representar os *diferentes momentos da cadeia de aplicação de conceitos indeterminados* e, conseqüentemente, dos diferentes enfoques que se podem dar a cada um desses momentos. Em síntese, a Quimera representa a unidade da temporalidade hermenêutica da cadeia de aplicação de conceitos indeterminados.

É verdade que uma tal conceituação metafórica pode fornecer muito mais problemas do que conforto aos aplicadores brasileiros. Mas essa conceituação ainda é uma boa síntese daquilo que costuma significar a referência à “indeterminação do Direito”, já que evidencia a relação triádica entre: vagueza/discrecionalidade, construção discursiva dos sentidos normativos e dos fatos, e papel metódico-interpretativo que o aplicador deve assumir na cadeia de aplicação decisória. São as diferentes dimensões da Quimera-dos-conceitos-indeterminados.

Pela perspectiva do presente trabalho, os conceitos indeterminados devem ser vistos como uma técnica legislativa de abertura interpretativa que gera discrecionalidade, mesmo quando a indeterminação é causada por questões pragmático-contextuais que, em tese, fogem dos cálculos do legislador, ou que decorrem “de uma circunstância não-intencional”⁶⁶. São conceitos que não permitem que o aplicador conclua facilmente que comportamento (procedimental/justificador) ele próprio deve adotar face ao sistema normativo, ou que comportamento ele deve impor às partes do processo com sua conclusão decisória. Eles fazem com que o aplicador tenha que atuar com uma maior margem de liberdade interpretativo-decisória e, conseqüentemente, com maiores cargas argumentativas de justificação vinculada ao sistema normativo. São conceitos como “confisco”, “crueldade”, “boa-fé”, “interesse público”, “fundamentação”, etc., que trazem essa dificuldade de “preenchimento” toda vez que seu sentido normativo deve ser reconstruído pelos diferentes intérpretes da cadeia de decisão, aí incluídas as atividades de controle.

A “Quimera” dos conceitos indeterminados aqui descrita permite enxergar o processo de aplicação normativa como uma *cadeia* histórica de decisão, integrada por sucessivas atividades de (re)descrições interpretativas, que devem ser vistas como partes de uma mesma ação humana de natureza decisória. Ela permite enxergar esse processo como uma expressão da *temporalidade* da compreensão humana, compreensão que se constitui ao longo do processo:

⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20ss.

⁶⁶ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146.

não é inteiramente dada de maneira prévia, nem é inteiramente contingente⁶⁷. Esse complexo processo de aplicação decisória é uma atividade interpretativa e prática em cadeia, guiada por ideais de segurança, de confiança e de previsibilidade, que constituem em alguma medida os resultados prático-hermenêuticos da aplicação normativa.

Nesse processo, o papel da dogmática jurídica possui importância fundamental. Não apenas por suas tradicionais funções mais ambiciosas de fornecer simplificações conceituais para a prática e de influenciá-la nessa medida, antecipando processos de justificação. Mas principalmente por suas funções de constante controle e revisão dos conceitos jurídicos, dos métodos e das finalidades da aplicação normativa⁶⁸. Essa atividade de revisão histórico-hermenêutica, de controle normativo de resultados e de formação de juízos de prognose sobre consequências é o que permitiria aferir se as finalidades jurídico-políticas buscadas pela aplicação de normas foram atingidas, dentro de uma argumentação dogmática situada em diferentes momentos históricos do processo de aplicação⁶⁹.

Essa função de controle e de revisão pode ser vista sob duas dimensões da dogmática jurídica: uma histórico-hermenêutica e outra pragmático-contextualista. Ambas obrigariam, num primeiro momento, as atividades teórico-práticas da dogmática jurídica local a se voltarem mais para a “temporalidade hermenêutica” e para a “contingência intercontextual” do processo de aplicação de normas jurídicas, do que para condições universais e absolutas previamente dadas de validade ou de verdade. A visão do presente trabalho se choca com uma roupagem pré-hermenêutica da dogmática jurídica, como a refletida em muitas teorias de influência positivista ainda em roga no Brasil, que ainda enxergam essas condições universais de validade “por trás” do emprego de métodos de aplicação, ou da própria ideia de justificação racional⁷⁰.

Pode parecer contraditório assumir uma tal postura anti-universalista e anti-absolutista ao mesmo tempo em que se ratifica indiretamente a proposta habermasiana da razão comunicativa transcendental e, nessa medida, universal, ao concordar com e defender a Teoria da Argumentação de Alexy. Contudo, mesmo sem pretensão de tomar partido nessa profunda discussão da filosofia da modernidade/pós-modernidade, situa-se o idealismo habermasiano da

⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60ss.

⁶⁸ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 301.

⁶⁹ De maneira bem mais restrita, Ferraz Jr. refere-se a essa função da dogmática como uma “questão de condições empíricas de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético”, ela seria uma análise dessas condições: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 118 ss.

⁷⁰ KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR., Marcos A. de A (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. p. 75-96, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75ss.

comunicação livre de dominações, não no pano de fundo da verdade previamente dada a qual deve-se revelar (também no trabalho com textos na aplicação normativa), e sim no contexto de uma contingencialidade “irônica”. Atribui-se à razão comunicativa resultados úteis e produtivos em sua concretização prática possível⁷¹.

Mas a que nos referimos ao falar que a dogmática jurídica deve se voltar à “temporalidade hermenêutica” e à “contingência intercontextual” da aplicação normativa? De que maneira essas duas ideias se relacionam com a Quimera-dos-conceitos-indeterminados e com o *iceberg* dos métodos de interpretação? Até que ponto um texto construído pelo legislador consegue vincular de maneira intencional ou não o comportamento do intérprete no momento da aplicação, e o que isso tem a ver com a dogmática jurídica e com os métodos interpretativos?

Apesar de uma das principais críticas da presente pesquisa ser direcionada ao uso da autoridade da filosofia no discurso jurídico teórico e prático, serão feitas concessões a possíveis contribuições de vocabulários filosóficos para a melhor compreensão dogmática de problemas da aplicação do direito e de conceitos indeterminados. Assim, a resposta à primeira pergunta começa a ser construída logo a seguir a partir de duas análises principais que partem do contexto da filosofia e da filosofia do direito, mas acabam assumindo importantes funções de compreensão do processo de aplicação normativa de conceitos indeterminados.

Uma é determinada pelo papel influente que a Hermenêutica Ontológico-Filosófica de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer conquistou no cenário da dogmática jurídica nacional sempre que se fala em hermenêutica e métodos de aplicação. Sintetizaremos as contribuições dessa discussão hermenêutica para o Direito a partir da ideia de temporalidade hermenêutica. A outra análise parece ser capaz de nos emprestar alguns conceitos centrais da filosofia do segundo Wittgenstein como elementos úteis para compreender a supracitada dimensão pragmática da dogmática jurídica, e a questão da indeterminação de conceitos jurídicos mais relacionada à pragmática e à normatividade linguística dos jogos de linguagem, a partir do que se chama de intercontextualidade contingente ou variação de contextos inferenciais⁷².

Querendo ou não, a resposta à primeira pergunta já responde também uma parte da segunda. Veja-se que a primeira análise se situa naquilo que mais cedo nos referimos como a parte submersa do *iceberg* dos métodos de interpretação, parte que fica um pouco mais distante

⁷¹ Cf. RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25ss, 126ss.

⁷² ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernhard (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223.

da prática decisória, mas que dela não se desvencilha. Já a segunda análise se propõe a lidar com as questões mais complicadas da nossa Quimera-dos-conceitos-indeterminados, talvez com a parte que poderia ser representada pela cabeça de leão que lança chamas pelas narinas, que se relaciona com as situações que geram indeterminação normativa, e com a chamada *vagueza pragmática* ou posterior dos conceitos jurídicos.

Já a questão da relação entre o texto e as finalidades vinculatórias do comportamento do intérprete, ou a questão da indeterminação normativa dos conceitos jurídicos, tem sua resposta mais relacionada à prática judicial e à atividade da dogmática jurídica. Em termos de produção do Direito, os “operadores” jurídicos em geral respondem essa questão todos os dias, independentemente do lugar em que estão, do papel discursivo-institucional que assumirão para tratá-la: juiz, demandante e demandado, tribunal, órgão de controle, observador externo ao sistema etc.

Confrontada por deveres de decisão, por expectativas sociais cotidianas, por exigências institucionais imediatas, por interesses subjetivos e por limitações de tempo, de material de trabalho, de pessoal, essa terceira pergunta é bem ou mal respondida por essa *práxis* jurídica todos os dias. Nessa medida, a *práxis* determina bem ou mal o que é a normatividade dos conceitos indeterminados no momento principal da aplicação do Direito: o da fixação parcial de seus efeitos através de uma *decisão*.

Por outro lado, é papel da Dogmática jurídica local ajudar a *práxis* a responder *bem* essa terceira questão, seja num momento anterior ao da aplicação (quando assume a pretensão maior de influir nesse processo), seja num momento posterior à aplicação, a partir de seus efeitos (quando assume a tarefa predominante de controlar e de revisar o processo de aplicação do Direito).

Num primeiro nível, durante essa tarefa de controle e de revisão dos processos de aplicação do Direito, a dogmática parece assumir uma função mais ostensiva de contextualização crítica dos sentidos dos textos legais e de precedentes, que se relaciona com a contingência intercontextual ou pragmática dessa atividade. Já se pode antecipar que essa função dogmática é intensificada em casos nos quais os sentidos normativos dos textos legais e dos precedentes não são estáveis o suficiente para gerar decisões com facilidade. Em um segundo nível, isso também envolve a constante revisão do próprio discurso dogmático, como uma forma de autoconscientização histórica da própria dogmática, que é ressaltada pela “temporalidade hermenêutica”⁷³ do conhecimento dogmático e dos sentidos normativos.

⁷³ TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 30 ss.

Por isso é que no próximo tópico essas duas ideias — de “temporalidade hermenêutica” e de “contingência intercontextual ou pragmática” — serão reconstituídas a partir de uma leitura jurídica das possíveis contribuições da virada linguístico-pragmática para a compreensão dogmática e aplicação metódica de conceitos jurídicos indeterminados.

2.3 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA PARA UMA COMPREENSÃO DOGMÁTICA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

A reviravolta linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica levou a conclusões que implicaram em reformulações irremediáveis para as Ciências Sociais, especialmente para a visão que se cultivava a respeito do papel dos seus métodos e dos limites de sua cientificidade. Como vimos, conquanto a filosofia do pós-reviravolta assumia para si uma tendência de diminuir sua própria autoridade “epistemológica” em relação a outras ciências, a dogmática ou ciência jurídica brasileira continua buscando, na filosofia, respostas para muitos dos problemas que surgem na *práxis*. Nesse contexto, trabalhar com conceitos complexos como temporalidade hermenêutica e contingência intercontextual para ajudar a explicar aspectos da aplicação normativa em relação à dogmática brasileira, como aqui se pretende, é passível das mais contundentes críticas, inclusive extraíveis das premissas do presente trabalho.

Muitas vezes, esse constante retorno da dogmática à filosofia termina por dificultar a adequada compreensão sobre o papel dos métodos para a aplicação normativa em geral e para a efetivação dos direitos fundamentais, em específico. A “complexificação” gratuita do discurso da aplicação também parece dificultar a compreensão e a aplicação metódica de conceitos jurídicos indeterminados, gerando ainda mais insegurança na *práxis*, que busca auxílio técnico na dogmática jurídica, mas que, simplesmente, não consegue compreendê-la⁷⁴. Esse é um risco que também se corre com o “retorno à filosofia” do presente estudo.

Por outro lado, no Brasil são recorrentes algumas propostas de superação ou de completa abolição dos métodos de aplicação do Direito, propostas que contribuem (negativamente) de maneira ainda mais radical para o problema do *iceberg*⁷⁵. Pretensamente fundamentadas nas conclusões da reviravolta linguística para o método científico, essas propostas agravam a

⁷⁴ Cf. KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, jul./dez. – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 194.

⁷⁵ Vide, por exemplo, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79ss, 208ss; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59ss, 235, 243, 276ss.

situação de insegurança metódica da prática brasileira em conexão com a dogmática. Neste sentido, seja para buscar compreender o cerne dessas propostas, seja para tentar ressignificar a virada linguística para a aplicação do Direito brasileiro e evitar um vácuo dogmático, revisitar a filosofia de Heidegger, de Gadamer e de Wittgenstein parece justificado, ainda mais a nível local.

Falar de métodos nas Ciências Sociais passou a ter um sentido bastante diverso daquele usado pelos positivismos do Círculo de Viena⁷⁶ a partir da virada linguístico-pragmática da filosofia, no decorrer da segunda metade do século XX. Antes da virada, a busca por neutralidade epistemológica e o sucesso global da matemática e da física levaram à tentativa positivista de transposição de métodos lógico-empíricos das ciências exatas e naturais para as ciências sociais. Esse processo histórico do positivismo jurídico-científico, cujo ápice de efeitos mais contundentes foi presenciado entre os séculos XIX e XX, tem pelo menos duas origens anteriores na história.

Especificamente no Direito, entre os séculos XVIII e XIX, o positivismo jurídico veio como uma “reação necessária à arbitrariedade” da jurisprudência jusnaturalista, levando à ideia de “*vitória da lei*” sobre essa jurisprudência. Foi um período de desenvolvimento das grandes codificações, quando a ideia de vinculação do aplicador à letra da lei criada pelo soberano se tornou absoluta. Nesse mesmo período, o *conteúdo* material da lei passou a ser visto como algo diferente do seu *comando*⁷⁷.

Além desse positivismo eminentemente jurídico, havia um movimento racionalista anterior engendrado na filosofia do século XVII em contraponto à metafísica, que deu azo ao positivismo lógico-filosófico. Era o racionalismo empirista, baseado na experimentação, na causalidade e na lógica, que ganhou fama com René Descartes (1596-1650), Francis Bacon (1561-1626), John Locke (1632-1704), David Hume (1711-1776), Auguste Comte (1798-1857), Charles W. Morris (1901-1979) entre outros⁷⁸. A partir desse movimento racionalista, o positivismo lógico-empírico foi tomando forma refinada e sendo fortalecido pelo sucesso prático das ciências exatas e naturais das quais se alimentava (com Galileu Galilei, Isaac

⁷⁶ O Círculo de Viena foi constituído especialmente por M. Schlick, R. Carnap, R. von Mises, K. Gödel, H. Feigl, V. Kraft, O. Neurath, K. Menger, H. Hahn, cuja maioria possuía formação acadêmica nas ciências exatas e naturais. Eles se reuniam nos anos 20 e 30 do século XX na capital austríaca, o que explica a nomenclatura. Esporadicamente também participaram de reuniões, A. Tarski, W. Quine, A. Ayer e Hans Kelsen. Cf. QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

⁷⁷ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 114ss.

⁷⁸ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 118.

Newton, Charles Darwin, Albert Einstein, etc.) até o século XX, quando desembocou no Círculo de Viena.

Ainda no século XIX, o avanço do positivismo jurídico levou a filosofia do direito material, mais preocupada com o conteúdo das normas, a sucumbir e dar lugar à “teoria geral do direito, que se limitava a destacar os conceitos básicos apriorísticos (relação jurídica, sujeito de direito, norma jurídica...) e as estruturas básicas (causalidade, validade, sistema...)”. Assim, a teoria do direito passou a rejeitar “como especulativas todas as fundamentações filosóficas do direito como conteúdo”⁷⁹. Com essa breve regressão, é possível identificar alguns traços de ambas as raízes do positivismo jurídico na dogmática brasileira contemporânea.

A história da dogmática jurídica brasileira é marcada de uma maneira muito peculiar por uma relação estreita com a filosofia, em especial com a filosofia dos positivismos lógico e empírico do Círculo de Viena, e com as respostas da virada linguístico-pragmática a esse movimento. Essa relação é perceptível em trabalhos amplamente conhecidos e até hoje citados não apenas pela doutrina, mas também em petições e em decisões da prática forense, como os trabalhos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, de Lourival Vilanova, de Marcos Bernardes de Mello, e outros. Em geral, são trabalhos de alta complexidade conceitual e estrutural, com ligações diretas e indiretas com a filosofia do Círculo de Viena (com Augusto Comte, Wittgenstein, Kelsen etc.)⁸⁰.

As reações locais ao positivismo também mantiveram a dogmática brasileira muito aproximada da filosofia, criando um campo fértil para os efeitos históricos do positivismo lógico no Brasil contemporâneo⁸¹. Streck, por exemplo, aponta na dogmática processualista e em decisões judiciais a presença de elementos da “filosofia da consciência” através do positivismo jurídico, considerando “metafísicos” todos os posicionamentos que reconheçam alguma legitimidade nas teses da discricionariedade e dos métodos de aplicação do Direito, como os cânones e a ponderação⁸².

⁷⁹ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 118-119.

⁸⁰ KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR., Marcos A. de A (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. p. 75-96, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77, 91ss.

⁸¹ Vide OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, vol. 9, n. 1, 2017, p. 33-41.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto — decido conforme minha consciência?** — 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36 ss; STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Analítica e Argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, vol. 25, n. 2, mai./ago. de 2020, p. 371-387, p. 374 ss.

As revisões teóricas das teses positivistas costumam vir acompanhadas de referências ao papel do positivismo nos regimes totalitários do século XX, em especial ao papel que o positivismo legal teria tido no regime nazista do Terceiro *Reich*. Entre outros argumentos, é comum que se aponte, com razão, o baixo potencial crítico de teorias positivistas em relação ao conteúdo das normas emanadas de acordo com os procedimentos formalmente estabelecidos. Contudo, também no Brasil, parece haver um certo exagero em relacionar o positivismo *como causa* de regimes ditatoriais, como o Nazismo, o Fascismo e como a Ditadura Militar de 1964.

Apesar de ter contribuído para a falta de uma cultura de crítica dogmática ao conteúdo das normas e, especificamente, à sua aplicação, o positivismo não *causou ou permitiu* as absurdas atrocidades nacional-socialistas: ele foi mais um instrumento da ideologia nazista do *Reich*, que tinha fortes traços jusnaturalistas (e não positivistas). O Terceiro *Reich* “não era um Estado legal, tendo os seus crimes sido, maioritariamente, violações *da lei*”⁸³.

Em todo caso, é importante ter em mente que boa parte das bastante disseminadas propostas positivistas de purificação “cartesiana” do Direito também contava com correlatas pretensões de gerar efeitos no plano prático da aplicação. Entre tais pretensões a que mais se evidencia é a de evitar quaisquer formas de subjetivismos e de arbitrariedades morais antes experimentadas com a jurisprudência jusnaturalista. Por trás dessas tentativas de se evitar subjetivismos, arbitrariedades e moralismos, coloca-se a legítima busca por segurança jurídica, por previsibilidade das decisões, por manutenção da confiança, por garantia de expectativas que surgem no convívio social.

Muito embora tais objetivos ainda pautem a atividade da dogmática jurídica e da aplicação normativa brasileiras, inclusive por imposição sistemático-normativa, como, por exemplo, do artigo 5º, XXXVI⁸⁴, da Constituição, esse movimento de transposição do pensamento metodológico positivista-cartesiano costuma ter suas limitações indicadas, em termos simples, pela perda de “realidade”, de “sensibilidade” e de “justiça”, no trato com formas de vida que as pressuporiam. Mas o que a virada linguístico-pragmática tem a ver com a compreensão dessas limitações?

A partir de um ponto de partida diverso do da ontologia ocidental tradicional e do da semântica formal, que se fecha no conteúdo das proposições e em seus diferentes modos de se dar, a pragmática da virada linguística firmou seu lugar na investigação de “contextos mais

⁸³ ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural: uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 215, grifo no original.

⁸⁴ “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, texto tradicionalmente citado como referência ao princípio da segurança jurídica.

amplos de comunicação e entendimento”, para além da abordagem atomística voltada às sentenças assertóricas (proposicionais) e suas formas. Ao se limitar à dimensão proposicional (assertórica) da linguagem, constituída sempre por uma tomada de posição entre sim e não⁸⁵, mesmo a ontologia abrangida pela semântica formal se mantém estruturalmente limitada pelo saber constituído de antemão, que possibilita o conteúdo das proposições, pela própria consciência. Como se verá, o ponto de confronto dessa concepção com a pragmática (e com a hermenêutica) do pós-*virada linguística* está justamente em outros contextos fora da análise da forma das proposições, nos níveis extraproposicionais que codeterminam mais ou menos intensamente o sentido proposicional das asserções e a própria ideia de compreensão dessas asserções⁸⁶.

Para o Direito, isso implica afirmar que não há neutralidade ou pureza de forma na aplicação das leis, da Constituição, dos textos normativos. Nesse contexto, a *virada linguística* realmente nos auxilia a compreender e a assentar que não há como excluir das atividades interpretativo-aplicativas a subjetividade dos operadores do Direito. Ela nos faz lembrar que os diferentes contextos linguísticos e culturais e o uso das proposições que se faz neles é o que determina os sentidos proposicionais. Assim, as conclusões da *virada* também inviabilizam falar em neutralidade subjetiva num sentido lógico-positivo, diminuindo também a intensidade da ideia de verdade/validade geral universal, tanto no controle dogmático quanto na aplicação do Direito.

Alcançar uma tal neutralidade estrita não é um objetivo palpável às Ciências Sociais, ainda que se empregue métodos mais ou menos objetivos de crítica e de aplicação normativa, como a dedução subsuntiva do silogismo jurídico, a proporcionalidade ou a analogia. Todavia, como veremos a seguir, o fato em si de toda interpretação ser subjetiva, não-neutra, não significa que os métodos perdem sua importância, tampouco que toda interpretação é arbitrária, inteiramente contingente ou aleatória: uma visão relativista das conclusões da *virada linguística*.

⁸⁵ Uma sentença assertórica como “ele decide” não pode significar ao mesmo tempo a sua negação, “ele não decide”, sem que perca completamente o seu sentido, sua capacidade de ser compreendida. Isso não acontece completamente com as mesmas sentenças no modo interrogativo, “ele decide?” e “ele não decide?”, que, apesar de pressuporem o conteúdo da sentença assertórica, a ele não estão limitadas já que a negação perde sua assertividade, o seu sentido de negação. Essa especificidade das sentenças interrogativas é implicitamente retomada por Gadamer, em *Verdade e Método*, como procedimento verificador da validade dos preconceitos. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 356ss.

⁸⁶ TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 89ss.

2.3.1 O “giro” da hermenêutica ontológico-filosófica: por que falar de preconceitos e de efeitos históricos no contexto da aplicação normativa?

Buscando se desviar da ontologia tradicional, a hermenêutica ontológica de Heidegger⁸⁷ se firmou em oposição à cada vez maior instrumentalização da linguagem pelas ciências em geral. Se antes de Heidegger o Ser era tomado como algo objetivo, desprendido do intérprete e por isso manipulável por ele, “Ser e Tempo” vem para demonstrar que estamos sempre já jogados num ser que nos determina desde antes de qualquer compreensão inicial sobre isso ou sobre aquilo, ou de qualquer ideia própria do que é o Ser em si. Esse ataque à ontologia tradicional e a inovadora visão do ser fixada em Ser e Tempo formam as bases para o “giro” da filosofia hermenêutica, que passa a se voltar para este Ser-linguagem no qual já estamos sempre jogados, representado pela constituição histórica da compreensão, posteriormente desenvolvida por Gadamer em Verdade e Método.

Para Heidegger, as tentativas de transposição da metodologia das ciências exatas e naturais para as humanas levaram a um processo de instrumentalização da linguagem que a tratava como mais um objeto a ser investigado e manuseado em sua dimensão meramente informativa (proposicional), como se a linguagem fosse mais uma forma de “*mediação do saber necessário à manipulação*”⁸⁸. Ainda que tenha se ocupado mais com a questão da linguagem em suas obras posteriores⁸⁹, já em Ser e Tempo, quando ele inicia seu projeto com a “recolocação da pergunta pelo sentido do ser” que parecia “ter caído em esquecimento”⁹⁰, Heidegger deixa bem clara essa sua posição de confronto no debate da ontologia tradicional através de críticas à objetificação da linguagem:

Domínios-de-coisa que de sua parte, por exemplo, história, natureza, espaço, vida, *Dasein*, linguagem etc. podem ser tematizados como objetos (*Gegenständen*) das correspondentes investigações científicas. A pesquisa científica **efetua, ingênua e toscamente**, a demarcação e a primeira fixação dos domínios-de-coisa⁹¹. (grifo nosso)

A investigação instaurada em Ser e Tempo é guiada, segundo o próprio Heidegger, pelo método fenomenológico *de filosofar*, por ele intitulado de análise existenciária. Nesse contexto,

⁸⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

⁸⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 203.

⁸⁹ Conferir, por exemplo, HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 33.

⁹¹ No original, “*Diese ihrerseits, z.B. Geschichte, Natur, Raum, Leben, Dasein, Sprache und dgl. lassen sich in entsprechenden wissenschaftlichen Untersuchungen zu Gegenständen thematisieren. Wissenschaftliche Forschung vollzieht die Hebung und erste Fixierung der Sachgebiete naiv und roh.*” (grifo nosso). HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 50-51.

o “sentido metódico da descrição fenomenológica é a *interpretação*”, que exprime a ideia de uma delimitação prévia da compreensão, formada dentro do círculo hermenêutico⁹². Para Heidegger, a compreensão é necessariamente interpretação em razão das três estruturas prévias que ele identifica na situação inicial da compreensão⁹³.

A primeira delas é o ter-prévio (*Vorhabe*), que passa a ideia daquilo que se tem antes (além do sentido de “propósito” ou “intenção” que a palavra alemã também comporta), do que é “utilizável”, o “utensílio”. A segunda é o ver-prévio (*Vorsicht*), que “recorta” no ter-prévio aquilo que fica sujeito a uma determinada interpretação”. E a última é o conceito-prévio (*Vorgriff*), que representa aquilo que é conceitualmente entendido antes da situação inicial, os preconceitos. Já que tanto a abstração, organização e estruturação dos sentidos quanto seu registro são levados a cabo através de conceitos, “[...] a interpretação já se decidiu cada vez em termos definitivos ou provisórios por uma determinada conceituação; ela se funda sobre um *conceito-prévio*”. Para Heidegger, portanto, o significado primário de hermenêutica é o de compreensão interpretativa (pré)conceitual⁹⁴.

As citadas estruturas prévias da compreensão são uma forma de estruturação do círculo hermenêutico dentro da hermenêutica ontológica. Aqui, porém, o círculo aparece não mais apenas com a ideia de compreensão circular, que se daria com a passagem do todo para as partes e das partes para o todo, mas também com “um sentido ontológico positivo”⁹⁵. Desse modo, toda compreensão humana envolveria originariamente as três estruturas prévias, que a partir de uma interação circular delineariam o processo de formação do sentido⁹⁶. Com essas estruturas, Heidegger pretendeu demonstrar a *temporalidade* da compreensão humana, estruturada sempre em referência ao passado de *Dasein*, visto do presente e projetado de alguma maneira particular para o futuro⁹⁷. Ele também busca evidenciar que já estamos sempre conceitualmente

⁹² O círculo hermenêutico é superficialmente citado no direito brasileiro como aquela referência de que a compreensão do todo se dá a partir da compreensão das partes e que as partes adquirem sentido enquanto tal por formarem o todo. Mas, em Heidegger e em Gadamer, essa ideia adquire uma profundidade subestimada a partir da relação entre as três estruturas prévias da compreensão (*Vorsicht*, *Vorgriff*, *Vorhaben*) e o sentido de “pré-conceito” (*Vorgriff*) e sua relação com a tradição e com a história efetual desenvolvidos por Gadamer em *Verdade e Método*.

⁹³ No original, “[...] *der methodische Sinn der phänomenologischen Deskription ist Auslegung*”, HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 126-127.

⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 421ss, 857ss grifo no original.

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 355.

⁹⁶ Como se verá, essas estruturas são posteriormente resumidas, por Gadamer, à ideia de “preconceitos”. *Vide* TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 29.

⁹⁷ TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 101ss.

impregnados do mundo que nos rodeia, de uma tal forma que não é possível falar de um Ser despreendido de nós mesmos, num sentido objetivo.

Do ponto de vista do método científico possível em Ciências Sociais, como na Ciência Jurídica, a filosofia heideggeriana de Ser e Tempo lança um novo projeto que suprime as bases da metodologia de matiz cartesiana⁹⁸, que sempre buscou as mesmas certeza e segurança atemporais e alcançáveis pelo emprego de métodos técnico-lógicos e técnico-empíricos, às custas de outras “dimensões do ser” mais relevantes para essas ciências⁹⁹. Com pretensões de universalidade, a ontologia tradicional se fixava num desses domínios, no da análise das estruturas proposicionais assertóricas (com pretensões veritativas), nas quais faz sentido falar nos métodos do silogismo subsuntivo e da dedução. Apesar de ter sofrido duras críticas em seu projeto, é contra a redução da ontologia a esse contexto tradicional, universalista e atemporal, que Heidegger se coloca¹⁰⁰.

Na sequência, Gadamer tematizou a questão do método da filosofia de seu professor, Heidegger, no contexto da linguagem posta na tradição. Ao justificar a impossibilidade de se alcançar a mesma objetividade e certeza das ciências naturais nas ciências humanas, Gadamer expõe o papel fundamental da linguagem para a experimentação do ser, para a compreensão do mundo, que, numa relação ontológica, existe para o homem pela mediação da linguagem. É nesse momento em que ele fixa algumas condições da compreensão necessariamente decorrentes da relação existencial entre compreensão histórica e preconceitos herdados da tradição¹⁰¹.

Em virtude da historicidade do homem e da força da tradição no processo de compreensão, para Gadamer “só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”, uma vez que “*os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade*

⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 281ss, 843ss.

⁹⁹ Para algumas análises críticas da metodologia da analítica de *Dasein* (normalmente traduzido como ser-aí) desenvolvida em Ser e Tempo, Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 33ss; STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. São Paulo: Duas Cidades, 1973, p. 108ss; HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Trad.: Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2015, p. 99ss.

¹⁰⁰ Tugendhat considera “de uma ingenuidade inimaginável” a forma com que Heidegger trabalha com o conceito de ser em Ser e Tempo, especialmente por ele simplesmente não ter realizado uma investigação prévia e explícita sobre os diferentes significados do conceito de ser já alcançáveis na tradição em que ele se encontrava. Cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 86ss.

¹⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 497ss.

histórica de seu ser”¹⁰². Assim, os preconceitos (as concepções) linguisticamente herdados da tradição, da cultura, das práticas sociais, constituem uma condição para a compreensão¹⁰³.

Do ponto de vista da tradição hermenêutica que o antecedeu, Gadamer representou a passagem da hermenêutica psicologizante, de Schleiermacher e Dilthey, para uma hermenêutica primordialmente histórica, uma “hermenêutica da finitude”¹⁰⁴. Ao reconhecer a dimensão prévia da compreensão individual enquanto historicamente predeterminada, na origem, e predeterminante, quanto ao presente e ao futuro, a hermenêutica gadameriana substitui o antigo princípio hermenêutico de “compreender o autor melhor do que ele a si mesmo” por “compreendê-lo sempre de *outro modo*”¹⁰⁵.

Gadamer faz uma análise histórico-conceitual do processo de “negativação” do sentido dos “preconceitos” (em alemão, *Vorurteile*) e ressalta a importância da sua neutralização¹⁰⁶, apontando a distinção entre preconceitos legítimos, que seriam válidos para o processo de compreensão, e preconceitos ilegítimos, que atrapalhariam esse processo¹⁰⁷. Nesse contexto, o aluno de Heidegger defende que uma

compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas.¹⁰⁸

A legitimação dos preconceitos seria possível através do exame de sua origem e de sua validade, evitando arbitrariedades ao máximo. Esse processo legitimador seria a única forma mais próxima de se alcançar uma “objetividade” nas ciências humanas¹⁰⁹, e exigiria uma espécie de distanciamento, uma suspensão dos preconceitos ou de sua validade, além do exame da origem desses preconceitos na tradição histórica que os legou. Para Gadamer, a suspensão da validade dos preconceitos se daria através da pergunta, da estrutura da pergunta. Isso se deve

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 360, 368, grifo no original.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 368ss.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 225-226.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 88, grifo no original.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 360ss.

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 360, 391, 395. O autor fala mais em “preconceitos produtivos” e “verdadeiros preconceitos”, contrapondo-os aos “falsos preconceitos”, responsáveis por mal-entendidos.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 359.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 356.

à relativa abertura de sentidos que a estrutura da pergunta proporciona, que possibilitaria uma espécie de “suspensão da certeza” daquele conceito prévio, para a verificação e eventual reformulação dos sentidos vinculados a “falsos” preconceitos¹¹⁰.

Face ao processo gadameriano de legitimação dos preconceitos, algumas perguntas se impõem. Quais os parâmetros para identificar os preconceitos legítimos e para diferenciá-los dos preconceitos ilegítimos, para além da simples e pura imputação baseada apenas no pós-comensurável mal-entendido?¹¹¹ Como proceder face à constante impossibilidade de se examinar a origem dos preconceitos na tradição? O que fazer com as conclusões de que toda compreensão é necessariamente preconceituosa e dependente da tradição histórica em que estamos inseridos?

As respostas a essas perguntas estão para além da dimensão ontológica da linguagem tematizada em “Verdade e Método” no contexto de contraposição aos ideais ocidentais do Iluminismo. Os ideais iluministas parecem sobrecarregar a cognição humana de expectativas de objetividade, de certeza, de verdade¹¹². Como acentua Jarkko Tontti, apesar das importantes avaliações existenciais e ontológicas de Heidegger e de Gadamer, ainda resta a tarefa de investigar os desdobramentos práticos da hermenêutica ontológico-filosófica para as Ciências Sociais, também para o Direito pela filosofia jurídica¹¹³.

Além disso, as atuais interpretações das análises conceituais levadas a cabo em Verdade e Método e em Ser e Tempo dependem de uma consideração mínima do contexto histórico dessas obras, na medida em que tais interpretações pretendem ser minimamente coerentes e ter alguma validade em referência às próprias obras. É preciso ter em mente que Gadamer se preocupou em explicar a influência negativa do Iluminismo (*Aufklärung*) sobre o conceito dos preconceitos especialmente em reação aos efeitos históricos da metodologia de matiz cartesiana em sua época, que são diferentes dos efeitos atuais dessa mesma metodologia¹¹⁴. Essa

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 395-396.

¹¹¹ Uma resposta preliminarmente possível para essa pergunta poderia vir acompanhada com a objeção de que, uma vez justificada, essa “mera imputação” reuniria potencialidade para o consenso ou, pelo menos, para o seu controle, adquirindo assim validade intersubjetiva. Contudo, situando Verdade e Método no plano individual da compreensão (e não no da explicação), Gadamer simplesmente não desenvolve essa dimensão intersubjetivamente relevante do seu procedimento de verificação de preconceitos.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 87-89.

¹¹³ TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 45-46.

¹¹⁴ Para uma breve análise da situação histórica da filosofia da qual “Verdade e Método” se alimentou, e, posteriormente, influenciou, ver STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 9ss.

influência, ainda ostensiva em sua época, leva-o a posicionar-se contra o emprego de métodos com pretensões cartesianas dentro do processo de compreensão¹¹⁵.

Tal oposição ao método, contudo, justifica-se frente a posturas metodológicas “fortes”, que reproduzem a objetividade, universalidade e a certeza de resultados palpáveis apenas no agir metodológico das ciências exatas, completamente diferentes das humanas. Gadamer mesmo sugere a estrutura da pergunta como procedimento metodológico intencionalmente voltado para a suspensão e verificação dos preconceitos, tratando-a tanto de forma descritivo-estrutural (do processo de compreensão) como de maneira prescritiva¹¹⁶. Não se justifica, nesse sentido, valer-se das conclusões da hermenêutica filosófica a respeito do caráter necessariamente preconceituoso da compreensão humana e da força da tradição nesta compreensão para, radicalizando-as e descontextualizando-as, propor a extinção de qualquer forma de reflexão intencional, de investigação argumentativa ou de construção metódica dos caminhos interpretativos, com fins comunicativo-explicativos de justificação.

Em *Verdade e Método*, a historicidade da compreensão eleva substancialmente a importância de uma (auto)consciência histórica para o que Gadamer chama de “pensamento verdadeiramente histórico”, o que parece tomar a forma de uma consciência das próprias “limitações compreensivas” legadas pela tradição, constituindo uma “nova exigência” transcendental a qualquer consciência que se pretenda metodológica¹¹⁷. Aplicada à atividade da dogmática jurídica, essa necessidade de autoconsciência histórica enfatiza a função hermenêutica da dogmática trazida pelo presente trabalho.

A tarefa de uma tal consciência seria elucidar a situação hermenêutica em que se encontra, investigando os efeitos da história que codeterminam essa situação nesse momento, tomando consciência, assim, de suas próprias limitações compreensivas. Para o trabalho com textos, essa tarefa consistiria em desenvolver conscientemente a “tensão entre texto e presente”:

Todo encontro com a tradição realizado graças à experiência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente¹¹⁸.

Gadamer contrapõe a busca por essa consciência histórica, através da consciência

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 391.

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 395, 396, 473ss.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 396ss.

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 405.

internalizada dos efeitos da história na própria compreensão, à pretensão de verdade buscada pelo “argumentar formal em geral”¹¹⁹. Mesmo sem entrar na discussão, seria possível concluir que a “efeitualidade” da história teria importância hermenêutica para se chegar à compreensão do significado histórico dos textos em geral, inclusive a respeito dos limites compreensivos que se imporiam a qualquer argumentação que partisse de textos. Ainda assim — e mesmo que abstraíssemos todos os potenciais problemas em assumir e representar uma tal ideia de *consciência* histórica —, a consciência histórico-efetual parece não fornecer elementos para lidar com a dimensão normativa do emprego específico de determinados textos, como os textos jurídico-legais que são empregados para gerar obrigatoriedade, para garantir alguma ideia de segurança e de previsibilidade do agir em sociedade, para gerar decisões práticas com premissas morais.

Do ponto de vista prático, a consciência histórico-efetual dos intérpretes pode ser importante para a dimensão predominantemente descritiva do processo de aplicação normativa, em especial para o estabelecimento dos limites históricos a que o sentido do texto legal está inicialmente vinculado. Mas ela não encerra tudo o que representa “aplicar uma norma a partir de um texto legal” em sua dimensão descritiva, menos ainda em sua dimensão prescritiva de efeitos práticos. Todavia, apesar de não dar conta do todo, a potencialidade de uma tal consciência parece crescer face à atividade histórico-descritiva da dogmática jurídica voltada à normatividade.

Isso porque a normatividade em geral, e especificamente a que pretende dar efetividade aos direitos fundamentais, está intrinsecamente imbricada com o que se tem por finalidades e, portanto, por efeitos da ação humana. Essa imbricação leva à questão da comensurabilidade das ações e dos fatos, isto é, da relação entre o que é ação e o que é efeito dessa ação, que depende em última instância de um discurso (argumentativo).

Nesse contexto, uma tal consciência histórico-efetual pode contribuir para a construção intersubjetiva de conceitos prévios legados pela tradição sobre o que são os “efeitos” desta ou daquela ação, que já foi praticada na história. Apesar de não ser possível estabelecer previamente e com segurança, em termos histórico-sociais, até que ponto determinados fatos sociais são consequências de determinadas ações¹²⁰, é possível estabelecer uma tal relação discursivo-argumentativamente, a partir de razões intersubjetivamente construídas sobre

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 451.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais**. 2. ed. Trad.: Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 173ss.

situações compartilhadas, ainda que a partir (também) de uma consciência histórico-efetual.

Em *Verdade e Método*, Gadamer parece tomar a ideia de consciência histórico-efetual como uma forma de amadurecimento, de conscientização, a respeito do que legamos da tradição histórica. Ele não deixa claro, entretanto, se essa consciência é a individual de cada um com relação às próprias experiências históricas, ou se essa consciência é coletiva a respeito de como uma dada cultura recebeu os efeitos da história até aquele momento, etc. Além disso, Gadamer também não esclarece o que entende por consciência, parecendo abstrair a discussão filosófica sobre a “consciência” instaurada há bastante tempo na filosofia ocidental.¹²¹ Essas questões sem resposta demonstram o quão difícil é trabalhar com esse conceito de consciência histórica, o que só se agrava quando ele é posto em outro contexto, como o da normatividade.

Para a hermenêutica filosófica, o processo de compreensão histórica depende das tarefas da aplicação hermenêutica e da interpretação. Tal como para Heidegger, para Gadamer “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”¹²². Codeterminante da interpretação, a aplicação representa basicamente o momento compreensivo em que quem compreende molda ou adapta (em sua consciência) o que foi interpretado ao próprio horizonte. Esse processo de aplicação não seria necessariamente consciente para o intérprete, tendo em vista que, em razão da dimensão inconsciente dos sentidos constituída pela tradição, os preconceitos não estariam plenamente disponíveis ao manuseio intencional na formação dos sentidos dentro da compreensão originária (ou experiência hermenêutica)¹²³.

O conceito de aplicação é mais um desses conceitos problemáticos de *Verdade e Método*, principalmente porque Gadamer o emprega em diversas passagens como sinônimo do processo de aplicação normativa, por exemplo. Com isso, ele parece ignorar a maior intencionalidade desse processo, que se coloca mais no plano do agir prático do que no plano da consciência, onde parece estar fixado o principal emprego que Gadamer faz do termo “aplicação”. Aqui, empregaremos “aplicação hermenêutica” para ressaltar o momento de intensificação do aspecto cognitivo-individual da compreensão, ao passo em que empregaremos “aplicação normativa” para evidenciar os momentos pretensamente intencionais da compreensão que ocorre no processo aplicar normas a casos concretos.

¹²¹ Para uma breve discussão histórica sobre a ideia filosófica de consciência, cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 92ss.

¹²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 406.

¹²³ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 228.

É justamente em razão da aplicação hermenêutica¹²⁴ que o processo de compreensão representa, para Gadamer, uma fusão entre o horizonte do intérprete e o horizonte a ser interpretado. Nessa fusão aplicativa, em que o intérprete se torna o referencial e se apropria daquilo que interpreta, os seus preconceitos possibilitam a formação e estruturação dos sentidos, como condição *sine qua non* da compreensão. Isso faz com que toda compreensão seja em grande medida uma tarefa produtiva (ou criativa), não meramente reprodutiva¹²⁵, seguida de um momento de apropriação daquilo que foi compreendido.

2.3.2 Contributos da hermenêutica ontológico-filosófica para o Direito: a ideia de “temporalidade hermenêutica” e a intensificação da função hermenêutica da Dogmática Jurídica

Qualquer processo de compreensão envolve em alguma medida a atividade de interpretar. Não faz sentido afirmar que “os juízes não devem interpretar isso ou aquilo”, tendo em vista que a interpretação constitui a própria compreensão, de maneira circular: nossas ações sempre envolvem interpretações fundadas no passado, no presente e/ou no futuro. A criatividade e subjetividade inerentes à compreensão interpretativa não fazem com que toda aplicação normativa seja uma atividade arbitrária ou completamente aleatória. É possível encontrar “pontos de fixação” intersubjetiva, principalmente no trabalho com textos (jurídicos) e nos processos discursivo-argumentativos de reconstrução hermenêutica dos sentidos dos textos em conexão permanente com a tradição histórica, que nos leva à ideia de temporalidade hermenêutica.

A pergunta construída a partir da hermenêutica filosófica que prevalece com maior relevância prática é, o que se pode fazer com os preconceitos dos aplicadores de normas. De que forma uma visão hermenêutica do direito contribui para lidar com os problemas da aplicação de conceitos indeterminados?

Como vimos, não há parâmetros seguros e objetivos para avaliar a validade dos preconceitos individuais dos intérpretes a partir de uma investigação histórica de sua origem, que muitas vezes não é acessível pela própria falta de material histórico disponível. Além do mais, mesmo quando há material histórico a ser “investigado”, na maior parte das vezes esses

¹²⁴ Emprega-se, aqui, o termo “aplicação normativa” no sentido comum ao contexto jurídico, de fazer incidir uma norma jurídica a um caso prático. Ao empregar o mesmo termo no sentido de dimensão hermenêutica da compreensão, utilizaremos “aplicação hermenêutica” ou, simplesmente, “aplicação”.

¹²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 610-611.

preconceitos não chegam a ser explicitados nas fundamentações das decisões jurídicas ou não são acessíveis nas justificativas e discussões legislativas. Também não há como obrigar ou garantir que o sejam (isso dependeria, em última análise, da vontade e da autoconsciência histórica do próprio intérprete).

Gadamer não se aprofunda na explicação e no controle dos preconceitos do jurista no momento da aplicação da lei. Localizada ou não no plano hermenêutico individual da compreensão originária, a citada estrutura da pergunta com sua natureza dialética, não dá conta por si só das pretensões do Direito, que exigem justificação e controle dos preconceitos dos intérpretes. Isto porque a aplicação do Direito levanta pretensões de decidibilidade¹²⁶, de correção¹²⁷ e de normatividade¹²⁸. São pretensões da ação estatal que em última instância limitam a liberdade dos indivíduos, e dependem de uma legítima e válida justificação construída na esfera intersubjetiva. Essas legitimidade e validade intersubjetiva são ao menos potencializadas com a justificação metódica coerente e coesa das decisões jurídicas, sempre referida aos casos concretos e à adequação constitucional¹²⁹.

Mesmo no pequeno trecho de Verdade e Método mais relacionável ao Direito, com subtítulo “O significado paradigmático da hermenêutica jurídica”¹³⁰, que Gadamer dedica à discussão sobre a diferença entre hermenêutica jurídica e hermenêutica das ciências do espírito, o filósofo não se preocupa em explicar a forma como ocorreria a verificação da validade/legitimidade dos preconceitos do jurista considerando as diferenças contextuais da aplicação normativa. São trazidas apenas conclusões genéricas como a de que o “Juiz procura responder à ‘ideia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente”, ou a de que “o que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação”. O mais próximo dessa explicação que Gadamer chegou, ao menos indiretamente, foi ao elevar a importância do elemento histórico de

¹²⁶ Neste sentido, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102-107. Apesar de o autor se referir à pretensão de decidibilidade em um sentido estrito, como característica específica da espécie normativa das regras (contrapondo-as aos princípios), aqui ela é empregada em sentido amplo, referido à forma característica de expressão material imediata do direito: a decisão de um caso prático.

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 165ss.

¹²⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38, 70.

¹²⁹ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 195.

¹³⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 426-447.

interpretação¹³¹ na determinação do conteúdo “de uma lei”, vez que o jurista “leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador”, ainda que não possa “prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei”¹³².

Além disso, Gadamer reconhece que a metodologia em si conserva sua importância para as ciências humanas, apesar de justificar suas objeções ao método se referindo às diferenças de objetivos entre as ciências naturais e as humanas. Para ele “O espírito metodológico da ciência impõe-se por toda parte. Assim, longe de mim negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico dentro das assim chamadas ciências do espírito”, uma vez que “O que temos não é uma diferença dos métodos, mas uma diferença dos objetivos do conhecimento”¹³³. Em qualquer caso, contudo, a hermenêutica de Verdade e Método não fornece elementos estruturais para que estes preconceitos sejam problematizados intersubjetivamente, o que é diferente quando colocamos o problema sob o prisma da argumentação jurídica.

Para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, a ideia gadameriana de suspensão da validade dos preconceitos e de verificação do seu conteúdo se confunde com a ideia de controle conteudístico dos conceitos utilizados na fundamentação das decisões, ainda que voltado à investigação de sua origem na tradição ou ao seu potencial de “causar mal-entendidos”.

Uma visão hermenêutica do fenômeno da aplicação de conceitos indeterminados também sugere uma maior importância do papel prévio da dogmática jurídica enquanto uma tradição que fornece preconceitos para a prática jurídica. A busca pela origem dos (pré)conceitos na história de sua aplicação pela prática jurídica acaba sendo assumida pela dogmática jurídica no exercício de sua função hermenêutica, o que também envolve, necessariamente, uma atividade de estabelecer os efeitos históricos daquela aplicação. Esse processo fornece elementos hermenêutico-temporais para se questionar se as pretendidas finalidades das normas foram ou não atingidas a partir de uma posterior investigação dos efeitos de sua aplicação, ao mesmo tempo em que estabelece algumas bases para a aplicação atual e futura do direito.

Ao se debruçar sobre o aspecto cognitivo da compreensão linguística, Gadamer não

¹³¹ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 429-431.

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 15.

desenvolve o momento explicativo desse processo, quando seria possível a explicitação ou justificação argumentativa com fins de controle intersubjetivo. Dessa maneira, resta à dogmática jurídico-hermenêutica local desenvolver as formas de explicitação e controle dos preconceitos do intérprete, inclusive aperfeiçoando e contextualizando as formas existentes já empregadas pela prática, como os métodos interpretativos.

Algumas leituras de Gadamer frequentemente levam à sobrevalorização do papel da tradição para a compreensão hermenêutica e da consequente extensão dos seus efeitos determinantes¹³⁴. Contra este “Gadamer *tradicionalista*”, Habermas objeta que essa sobrevalorização ratificaria formas de dominação e estruturas de poder eventualmente herdadas da tradição, que muitas vezes destroem as “condições de uma comunicação espontânea”¹³⁵. Reconhecer as influências relativamente objetivas, eventualmente inconscientes, e a dimensão indisponível trazidas pela tradição histórica no processo de formação dos sentidos da compreensão humana, simplesmente não pode implicar num relativismo ou numa alegada inviabilidade hermenêutica da reflexão argumentativamente intencional capaz de dissolver a autoridade e de romper com formas de determinação histórica que engessam o agir do Estado¹³⁶.

Para que a compreensão tenha a menor quantidade de vícios quanto possível, os preconceitos herdados da tradição necessitam ser intersubjetivamente controlados, para além da dimensão cognitiva comportada pela “simples estrutura da pergunta”, que eleva o papel da compreensão individual para além de sua importância prática e teórica dentro do contexto de aplicação normativa. A hermenêutica de Verdade e Método, contudo, não desenvolve a dimensão intersubjetiva da formação dos sentidos, apesar de a pressupor¹³⁷.

É essa dimensão que assume a maior relevância prática para o Direito do “pós reviravolta linguístico-pragmática”, principalmente por ser capaz de servir de palco para a tematização de outras pretensões da linguagem, além da propositivo-representacional, que surgem na aplicação de textos legais, como as pretensões do discurso prático-jurídico de gerar decisões corretas, defensáveis, legítimas, que gerarão obrigatoriedade. Além disso, Gadamer

¹³⁴ Para Streck, por exemplo, o título da obra, Verdade e Método, deveria ser lido como “verdade contra o método”, já que, para o gaúcho, os métodos representariam sempre uma tentativa impossível de fatiar e de manusear intencionalmente a inapreensível e irrepetível “compreensão originária” dos intérpretes: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79, 218ss; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25, 303ss.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 89, grifo no original.

¹³⁶ Cf. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 228, 230.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 88.

não desenvolve o momento da compreensão hermenêutica que viria após a fusão de horizontes aplicativa, por ele chamado de apropriação hermenêutica. Essa apropriação seria capaz de modificar aquele que compreende, que teve seu horizonte fundido com o do que foi interpretado, numa medida que vai além à dos preconceitos provindos do horizonte interpretado e dos próprios, herdados da tradição?

Do ponto de vista compreensivo-individual, Gadamer expõe que os processos interpretativos de aplicação hermenêutica estão sempre conteudisticamente limitados e possibilitados pela atuação preconceituosa dos intérpretes. Na dimensão coletiva da interpretação, essa limitação trazida pelos preconceitos aparece como uma herança da tradição histórica em que o indivíduo e seu grupo estão inseridos. Ao falar em “temporalidade hermenêutica” é possível sintetizar e ressaltar que esse conjunto de limitações e possibilidades de compreensão legados pela história instauram uma ideia muito própria de tempo dentro de diferentes culturas, e de diferentes grupos, possibilitando uma atuação dogmática descritiva da história dos preconceitos jurídicos herdados do sistema normativo e da tradição.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, essa ideia de “temporalidade hermenêutica” da aplicação do Direito tem uma importante função descritiva, na medida em que traz linhas gerais para a fixação da origem dos conceitos jurídicos na história da aplicação normativa, possibilitando sua reformulação em adequação aos novos usos da linguagem. Apesar de ser compartilhada entre gerações e grupos determinados, a ideia muito própria de tempo está sempre em conflito interno à tradição e externo em relação a outras tradições, a outros grupos. Na prática da aplicação normativa, essa temporalidade se expressa com a ideia dos preconceitos dos intérpretes e sua descrição pela dogmática jurídica permite a formação de uma autoconsciência histórica da aplicação do Direito brasileiro, e possibilita a reformulação e construção de propostas conceituais para os problemas de aplicação.

A reprodução, no Direito, dos conceitos da Hermenêutica Filosófica como fundamentos últimos de autoridade acaba comprometendo a relação entre a dogmática jurídica e a prática judicial, na medida em que torna mais complexa a descrição que se faz do processo de compreensão sem fornecer uma alternativa para a prática lidar melhor com seus problemas cotidianos. Essa reprodução também acaba agravando o problema brasileiro de fundamentação deficiente de decisões jurídicas, em que predomina a argumentação por autoridade (de racionalidade duvidosa), cujas conclusões muitas vezes restam sem justificação concretamente articulada. Este atual modelo cultural de fundamentação unilateral e de efeitos autoritários é o

grande problema da aplicação do Direito do Brasil¹³⁸. Ele não é capaz de considerar fatores jurídica, social e empiricamente relevantes de maneira coerente, explícita e concatenada, ou de assumir maiores cargas argumentativas na medida em que se distancia da literalidade do texto para resolver o problema concreto.

Por já estruturar e restringir a compreensibilidade ao plano ontológico anterior e individual da compreensão, reduzindo sua dimensão e seu potencial intersubjetivos¹³⁹, as ideias da hermenêutica ontológica, de circularidade da compreensão interpretativa e de construção preconceituosamente prévia dos sentidos, devem ser vistas com ressalvas, principalmente no nível prático da aplicação do Direito¹⁴⁰.

A aplicação normativa possui uma estrutura discursiva predominantemente monológica¹⁴¹, que já se fecha de início à comunicação intersubjetiva integrada e diminui as chances de uma comunicação livre de dominações eventualmente decorrentes dos processos linguísticos ordinários de formalização semântica herdadas da tradição¹⁴². Essa estrutura também diminui a efetiva participação interpretativa nas reconstruções argumentativas concretas dos sentidos normativos daqueles que não são intérpretes formais (como juízes, parlamentares etc.), mas que são intérpretes em sentido amplo (demandante e demandado, grupos de pressão etc.)¹⁴³. O caráter monológico do discurso jurídico, para cuja “intersubjetivização” a hermenêutica ontológica não desenvolve sua análise conceitual, ressalta o papel de modelos teóricos que concedam o material mínimo para compreender e atender à necessidade de abertura dos processos interpretativos institucionalizados de reconstrução pragmática e intersubjetiva dos sentidos das normas.

Além disso, Gadamer parece sobrevalorizar o papel determinista da tradição, subestimando a reflexão intencionalmente crítica enquanto possibilidade de rompimento com heranças deterministas da tradição. Habermas se refere a essas heranças como “formas

¹³⁸ Neste sentido, Cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 70ss.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Trad.: Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2015, p. 94.

¹⁴⁰ Para uma análise crítica mais aprofundada sobre a importância da hermenêutica-ontológica para o Direito, Cf. KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul/dez., 2016, p. 101-147.

¹⁴¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 223ss.

¹⁴² Sobre a “formalização semântica”, conferir TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 50ss.

¹⁴³ Com razão, Häberle defende um conceito mais plural e intersubjetivamente aberto de interpretação da Constituição, o qual já encontra reconhecimento normativo com institutos como o do *amicus curiae* e o das audiências públicas (leis 9.868/99, 9.784/99, art. 32ss). Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 21-22.

dominação” legadas pelos processos ordinários de aprendizagem. Nesse contexto, a crítica reflexiva intencional é capaz de identificar e de reformular o fatalismo estruturalmente incutido na ideia de “repetibilidade e acerto” que acompanhou a tradição cartesiana e o sucesso das ciências naturais até desembocar no positivismo do Círculo de Viena¹⁴⁴.

Essa ideia de repetibilidade e acerto se relaciona, na tradição, com a “repetição exitosa” de caminhos já percorridos por nossos pais, avós, professores, cientistas etc. Apesar dessa ideia de repetição e acerto ser essencial para o desenvolvimento intergeracional da humanidade, a generalização e universalização dessa estrutura de pensamento para todos os contextos possíveis, como o das Ciências Sociais, parece levar a uma forma de fatalismo metodológico-estrutural. Um tal fatalismo pode ser exemplificado pela generalização de conclusões de ideias como “sempre que as coisas foram feitas dessa forma elas deram certo, então essas coisas sempre deverão ser feitas assim”.

Falar em reformulação do fatalismo nesse contexto significa que, apesar do fato de que corriqueiramente “cedemos a ideias e atitudes que fazem com que a ordem existente nos pareça natural, necessária, competente”, o ponto em que estamos não precisa ser, necessariamente, uma repetição continuada de caminhos exitosos já percorridos, ele pode ser visto “como ponto de repouso e ao mesmo tempo como ponto de partida”¹⁴⁵. Essa reformulação abre passagem para transformações necessárias, embora muitas vezes deixadas de lado pela pretensa “ordem natural das coisas”.

A contraposição à possível leitura conservadora de Gadamer assume um significado específico quando colocada no contexto da aplicação normativa, na medida em que a aplicação normativa trabalha sempre com finalidades mediatas e imediatas, ela se propõe axiologicamente a influenciar e determinar estados de coisa futuros através dos seus efeitos. Apesar de a tradição nos legar sempre determinados estados de coisas vindos das gerações passadas, dos nossos pais e avós, essas heranças não são necessárias e o Direito deve assumir papéis sociais transformadores, como costuma ressaltar a dogmática constitucionalista ao lidar com as normas principiológicas¹⁴⁶.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 89.

¹⁴⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. **Necessidades falsas**: introdução a uma teoria social antideterminista a serviço da democracia radical. Trad.: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 17-18.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 340 ss.

Com essas breves contribuições dialeticamente construídas a partir da virada hermenêutica de Heidegger e de Gadamer, cumpre rever algumas das já antigas contribuições da virada linguística de Wittgenstein comumente citadas pela dogmática jurídica brasileira.

2.3.3 Jogos de linguagem, formas de vida e a contingência intercontextual ou pragmática

Os trabalhos do segundo Wittgenstein demonstraram que o processo de constituição do sentido das proposições — até então unidirecionalmente manipuladas pelos métodos lógicos tradicionais e vistas, portanto, apenas em sua face assertórica — dependeria antes de “jogos de linguagem” contextualmente jogados dentro de “formas de vida” de diferentes culturas linguísticas. Para ações humanas orientadas por finalidades, como a aplicação normativa, a proposta de Wittgenstein ressalta o caráter contextual e contingente dos sentidos que possibilitam essas ações humanas discursivas.

Isto porque o fato de uma proposição informar algo não depende da essência das palavras, ou de uma pretensa isomorfia estrutural anterior entre proposição assertórica e realidade, mas sim das circunstâncias em que ela é empregada, do seu uso dentro determinado contexto de jogos de linguagem. Esse fato diminui o papel dos métodos da lógica proposicional como formas de atribuir validade, verdade ou certeza, às *conclusões morais ou normativas* resultantes de seu emprego:

E o que é uma proposição é, *num* sentido, determinado pelas regras da sua construção (em português, p. ex.), num outro sentido, pelo uso dos signos no jogo de linguagem. E o uso das palavras “verdadeiro” e “falso” pode ser também componente deste jogo; e então, ao nosso ver, *pertence* à proposição, mas não “se encaixa nela”¹⁴⁷.

Para Wittgenstein, o emprego ou uso da proposição é o fator determinante para o seu conteúdo, e muitas vezes para a compreensão de sua forma, o que também eleva a importância do contexto em que este uso ocorre. O ato de nos referirmos a uma decisão tomada como algo observável, através de uma asserção como “nós decidimos”, é diferente do ato de expressar performaticamente a tomada em si de decisão com a mesma proposição “nós decidimos”¹⁴⁸. A diferença entre os dois atos não tem a ver com o conteúdo da proposição, nem com sua forma ou com seu modo, mas sim com o seu emprego dentro de um determinado contexto de jogo de linguagem.

Wittgenstein demonstra, assim, que o próprio fato de a proposição representar ou não

¹⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad.: Marcos G. Montagnoli. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 78, grifo no original.

¹⁴⁸ TUGENDHAT, Ernst. *Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem*. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 111ss.

algo depende de seu uso e das regras contextuais dos jogos de linguagem em que ele acontece. Não há um isomorfismo anterior entre a proposição e a realidade. Isso sem dúvida diminui a força do papel da subsunção dedutiva para a atribuição do valor de verdade e de validade lógica à conclusão do choque entre premissa maior e premissa menor, e aumenta a distância entre a validade da proposição descritivo-conclusiva e a validade do enunciado prescritivo-normativo resultado da dedução.

A ideia de “jogos de linguagem” pressupõe a existência de regras que possibilitam tais jogos. Na maneira cotidiana e ordinária que esses jogos têm de acontecer, essas regras parecem simplesmente surgir no decorrer dos jogos em si, apesar de se fixarem de alguma forma naquilo que já está contingencialmente dado, ou seja, nas *formas de vida* nas quais já sempre nos encontramos¹⁴⁹. A compreensibilidade (ou validade) das comunicações linguísticas depende, nesse contexto, de “lances linguísticos” exitosos.

Wittgenstein exemplifica essa situação com uma afirmação que parece também descrever um dos desdobramentos práticos das formas de vida, no sentido de que “O limite da linguagem mostra-se na impossibilidade de descrever o facto correspondente a uma frase (a sua tradução), sem repetir simplesmente a frase. (Isto tem a ver com a solução kantiana do problema da filosofia.)”¹⁵⁰. As formas de vida já predeterminam em alguma medida o êxito dos jogos de linguagem, jogados sempre em comparação com outras descrições ou linguagens mundanas previamente dadas.

Mas essa forma de validade ou de compreensibilidade não admite ser colocada em termos absolutos e universais, como algo escondido a ser descoberto por uma linguagem final. Ela está sempre restrita a determinados contextos linguísticos, culturais, histórico-geográficos, em que parece “fazer sentido” naquele momento, em relação a outras formas linguísticas de que já dispomos, com as quais sempre construímos comparações, metáforas, que as tornam compreensíveis:

Nada do que fazemos se pode defender de uma maneira absoluta e definitiva. Apenas por referência a qualquer outra coisa que não se ponha em dúvida. Isto é, não se pode oferecer qualquer razão para que ajam (ou tenham agido) *desta maneira*, excepto que, pelo facto de o fazerem, ocasionam esta ou aquela situação, que tem que ser, de novo, aceite como um fim¹⁵¹.

Este ponto específico se relaciona com o que aqui foi dito sobre a conexão potencialmente produtiva entre a consciência histórico-efetual, de Gadamer, e a ideia de

¹⁴⁹ Vide CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013, p. 111ss.

¹⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cultura e valor**. Trad.: Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 25.

¹⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cultura e valor**. Trad.: Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 33, grifo no original.

comensurabilidade das ações humanas e seus efeitos num contexto de normatividade linguística e prática. Parece ser essa mesma aproximação que Vattimo vê entre Wittgenstein e a hermenêutica, quando menciona que este, ao falar de jogos de linguagem baseados em regras compartilhadas, “está praticando hermenêutica sem sabe-lo”¹⁵².

Nesse contexto, embora não possamos estabelecer uma relação de causa e efeito com a certeza e a universalidade própria das ciências exatas e naturais, é possível atribuir de forma provisória (isto, é, num determinado contexto, com determinadas características e regras, ou com determinadas *metáforas*) alguns efeitos futuros ou *consequências* a determinadas ações a partir do que já é compartilhado no âmbito linguístico-intersubjetivo. Isso não significa que essa atribuição é de todo arbitrária ou contingente por completo, mas que ela será sempre relativa, referida àquele contexto compartilhado através do discurso, metaforicamente constituído a partir de velhas linguagens, num dado momento histórico¹⁵³.

Além disso, a análise estritamente proposicional parece estar limitada a questões relativas a fatos e tentativas de descrições destes fatos. Conclusões e julgamentos morais, por outro lado, não têm a ver com fatos, com a realidade observável, mas sim com a cultura, com a história e com as diferentes *formas de vida* herdadas da tradição, que acontecem entre os diferentes povos e suas línguas, entre as diferentes gerações e suas peculiaridades, entre diferentes contextos. Por isso é que, para Wittgenstein, “não se pode levar os homens ao bem; apenas se lhes pode indicar o caminho para qualquer lugar. O bem reside fora do âmbito dos factos”¹⁵⁴. Não obstante, mesmo a construção discursiva dos fatos possui uma estrutura intrinsecamente normativa, dependente das relações inferenciais compartilhadas que sustentam afirmações sobre fatos¹⁵⁵.

Essas conclusões da filosofia pragmática, contudo, não podem levar a um relativismo inconsequente; também não podem servir para fortalecer o ceticismo interpretativo brasileiro, como comumente ocorre com a utilização da virada linguística para propor a abolição de toda forma de método interpretativo, ou para a reformulação excessivamente crítica e contraprodutiva dos “antigos paradigmas do Direito”. Como dito, para a dogmática jurídica, essas conclusões ressaltam sua atividade redutora de complexidade intercontextual que ocorre

¹⁵² VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Trad.: João B. Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 24.

¹⁵³ É por isso que, apesar de negar pretensões de universalidade e de objetividade supra-histórica e supra-cultural aos discursos científicos em geral, e especialmente aos filosóficos, Rorty reconhece no discurso de Larkin esforços para expor uma forma de “transcendentalidade das contingências” de mundo a que estamos sempre submetidos: RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61ss.

¹⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cultura e valor**. Trad.: Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 15.

¹⁵⁵ ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223, p. 205 ss.

na dimensão pragmática aqui analisada.

Essa atividade consiste basicamente em buscar evidenciar retrospectivamente as regras que regem os diferentes jogos de linguagem que ocorrem na *práxis* da aplicação normativa, através de diferenciações das condições contextuais em que cada um desses jogos foi jogado. Ainda que se pretendesse fugir desse contextualismo wittgensteiniano, restaria à dogmática explicitar as relações de inferências que sustentam determinadas afirmações sobre conceitos jurídicos, especialmente sobre os conceitos indeterminados. Assim, a dogmática atuaria isolando, explicitando e diferenciando as características inferenciais de casos concretos similares para reconstruir conceitos jurídicos indeterminados, sempre em relação às regras impostas pelo sistema normativo para os jogos de linguagem “institucionalizados”. É uma atividade voltada à explicitação discursiva, em certa medida metafórica, de características que constituem o que há de transcendental e de contingente nas normas que regem os jogos de linguagem no contexto jurídico.

2.3.4 Hermenêutica filosófica e contextualismo pragmático: uma complementariedade recíproca

Se Heidegger e Gadamer ressaltam pressupostos histórico-ontológicos (transcendentais) do processo de compreensão, evidenciando, assim, seus aspectos hermenêuticos não apenas horizontais (fusão de horizontes preconceituosos) como também verticais (heranças da tradição), Wittgenstein evidencia uma dimensão contingente e outra normativa também prévia e concomitante aos processos de intercompreensão, constituídas pelas regras dos jogos de linguagem fixados em diferentes formas de vida.

Já foi visto que a hermenêutica ontológico-filosófica não desenvolve os desdobramentos de suas conclusões ontológicas para o agir prático-normativo intencional, apesar de tematizar em termos conceituais os desdobramentos ontológicos da ideia de tempo na compreensão humana¹⁵⁶. Assim, se para as necessidades da dogmática jurídica, a hermenêutica ontológica “pecaria” por não tematizar suas consequências para o agir prático, o pragmatismo contextual

¹⁵⁶ Algumas leituras de Rorty levariam inclusive à conclusão de que não seria possível (chegaria a não fazer sentido) buscar contextualizar e desenvolver os conceitos cunhados por Heidegger para além do “vocabulário final” encerrado em suas obras, especialmente em *Ser e Tempo*, para além delas, e para além do momento histórico em que elas foram fixadas: RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188ss. Não se pode ignorar, contudo, que as inúmeras tentativas de contextualizá-los para os mais diversos campos do conhecimento geram efeitos e adquirem certa independência da obra de Heidegger. Assim, faz todo sentido falar em contextualização dessas leituras de Heidegger, ou do próprio Heidegger em si a partir de seus efeitos.

e contingente de Wittgenstein parece pecar por não evidenciar os reflexos da história e dos preconceitos para a intercompreensão, isto é, o aspecto temporal da intercompreensão dos jogos de linguagem. É aqui que Alexy também reconhece as limitações de sua teoria do discurso prático-jurídico como caso especial do discurso prático em geral, uma vez que suas regras do discurso se apoiam, ao fim e ao cabo, nos preconceitos e visões de mundo dos intérpretes¹⁵⁷, o que ressalta a importância de uma autoconsciência histórica da aplicação normativa.

Nesse sentido, para Jarkko Tontti, a ideia de forma de vida, de Wittgenstein (assim como a ideia habermasiana de “mundo da vida”), não seria capaz de levar em conta a ideia de temporalidade da compreensão, como o seria a hermenêutica ontológico-filosófica:

Jürgen Habermas usa a noção de **mundo da vida** (*Lebenswelt*) para escrutinar problemas similares dentro de sua teoria do agir comunicativo. De acordo com Habermas, comunicação acontece no mundo da vida, que permanece “por trás” dos participantes da comunicação. Mundo da vida é presente para nós na forma pré-reflexiva de suposições em um pano de fundo dado-como-certo, e isso nos fornece o significado cultural implícito do que é necessário para comunicação. Cada indivíduo encontra sua comunidade do mundo da vida como “já interpretada”. A teoria de Habermas nessa conexão, contudo, não leva devidamente em consideração a **dimensão do tempo** como um elemento constitutivo da consciência e da vida social. A capacidade de levar a temporalidade em consideração é a vantagem do pensamento de Gadamer e de Heidegger também quando comparado, por exemplo, com as noções de **jogo de linguagem** e **de forma de vida** de Wittgenstein, que estão ligadas a problemas similares. Como ferramentas conceituais, tanto o mundo da vida, de Habermas, quanto o jogo de linguagem, de Wittgenstein, não conseguem compreender adequadamente os aspectos **do tempo, da mudança e da historicidade** enquanto elementos centrais da informação implícita no pano de fundo que torna a vida social e a compreensibilidade possíveis antes de tudo. Também é significativo notar o termo no plural dessa conexão: realidade social é constituída por várias e diferentes — mas interconectadas — tradições¹⁵⁸.

Contudo, uma tal oposição entre a ideia de formas de vida e a ideia de consciência histórico-efeitual não é necessária: essas ideias não se excluem necessariamente. Tanto a contingencialidade pragmático-contextual dos sentidos formados dentro dos jogos de linguagem, quanto o caráter necessariamente preconceituoso e “autoritário” da consciência

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 79 ss.

¹⁵⁸ No original: *Jürgen Habermas uses the notion of lifeworld (Lebenswelt) to scrutinize similar problems within his theory of communicative action. According to Habermas communication takes place in a lifeworld, which remains 'behind' the participants of communication. Lifeworld is present to us in the pre-reflective form of taken-for-granted background assumptions and it provides us with the implicit cultural meanings that are necessary for communication. Each individual finds his community's lifeworld as 'already interpreted'. Habermas' theory in this connection, however, does not duly take into account the dimension of time as a constitutive element of consciousness and social life. The capacity to take into account temporality is the advantage of Gadamer's and Heidegger's thinking also when compared to, for example Wittgenstein's notions of language game and form of life, which are linked to similar problems. As conceptual tools both Habermas' lifeworld and Wittgenstein's language game cannot adequately grasp the aspects of time, change and historicity as central elements of the implicit cultural background information making social life and understanding possible in the first place. It is also significant to notice the plural term in this connection: Social reality is constituted of various different — but interconnected — traditions.* TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 30, tradução livre, grifo nosso.

histórico-efeitual levam à relativização da certeza de objetividade e de universalidade. Essas ideias parecem se complementar a partir de dimensões diferentes, que aqui chamamos de intercontextualidade contingente e de temporalidade hermenêutica. Essas dimensões podem adquirir importância para o Direito na medida em que fortaleçam as atividades da dogmática jurídica local de controle e de influência na prática decisória.

Nesse contexto, antes de ter sua importância diminuída por não tematizar a temporalidade da compreensão, a noção de jogos de linguagem dependentes de regras contextuais traz um aspecto normativo que pode complementar ou servir de trilhos para a dimensão prático-intencional não desenvolvida pela hermenêutica filosófica.

Esse aspecto normativo se limita, na hermenêutica filosófica, à ideia de autoridade, da qual também dependeria a compreensão hermenêutica. A autoridade dos preconceitos se evidencia em todo processo de aprendizagem, que depende sempre de uma espécie de abertura inicial e consequente aceitação cega da autoridade que ensina independentemente do conteúdo do que é ensinado, seja essa autoridade constituída por textos, por professores, por parentes, por experiências¹⁵⁹. Aqui estaria localizada com mais intensidade aquela influência determinista e conservadora da tradição sobre nossa compreensão.

Como visto, Gadamer chama esse processo receptivo dos preconceitos de apropriação, mas não analisa as implicações a que tal ideia levaria. Habermas preenche esse vácuo com a ideia da reflexão que sempre chega atrasada, mas que é capaz de romper produtivamente com a determinação (conservadora) da tradição com sua “força retroativa”¹⁶⁰. Para Tontti, contudo, tomar como conservadora a descrição de Gadamer do processo de compreensão seria ignorar que ela simplesmente teria explicitado as “condições transcendentais de todo o pensar”:

É importante ressaltar que ambos, autoridade e preconceito — enquanto constitutivos da “linguisticidade”, a primeira condição da interpretação — precisam ser considerados como **condições transcendentais necessárias de todo pensamento**. Eles não são diretrizes práticas de acordo com as quais se deve viver ou praticar pesquisa, por exemplo. Este hábito de interpretar os conceitos gadamerianos de autoridade e preconceito, e a subsequente acusação de “conservadorismo político”, são totalmente enganosos. Em outras palavras, preconceito e autoridade **não são opções** que se poderia aceitar ou rejeitar, mas **são condições necessárias** da possibilidade de toda interpretação e pensamento.¹⁶¹

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad.: Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 16ss. Para Habermas, a dominação é herdada por nós quando nos apropriamos da tradição através dessa autoridade, com cujos efeitos determinantes nós só conseguiríamos lidar posteriormente, através da reflexão.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad.: Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 18.

¹⁶¹ No original: It is important to stress, then, that both authority and prejudice — as constituents of linguisticity, the first condition of interpretation — must be conceived as necessary transcendental conditions of all thinking. They are not practical guidelines according to which one should live one’s life or practice research, for example. This habit of interpreting Gadamerian concepts of authority and prejudice, and the ensuing accusation of ‘political conservatism’, is utterly misleading. In other words, prejudice and authority are not options that one could accept or reject, but are necessary conditions of the possibility of all interpretation and

No lugar da “reflexão que sempre chega atrasada”, Tontti propõe que o resultado da fusão de horizontes gadameriana seja visto antes como um processo “dialético sem síntese”, um processo que modifica aquele que compreende para além de uma simples reprodução parcial do que foi interpretado. Assim, haveria sempre uma codependência dialética entre o momento ontológico-originário da compreensão e o momento explicativo, desenvolvido pelas teorias discursivas e argumentativas do Direito. Esse processo é estruturado como uma “narrativa temporal” sobre aquilo que se compreende, que, mesmo quando não se constitui por textos, é interpretado sempre como uma “entidade similar a textos”¹⁶².

2.4 ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O *ICEBERG* DOS MÉTODOS

Os trabalhos de Heidegger, de Gadamer e de Wittgenstein, levam, evidentemente, à reformulação dos limites, possibilidades e funções dos métodos de investigação nas Ciências Sociais. Uma tal reformulação também atinge as pretensões práticas de aplicação desses métodos, tais como a subsunção dedutiva. Mas não convence a alegação de que os métodos deveriam ser abolidos, de que a subsunção estaria completamente ultrapassada e de que a ponderação seria sempre irracional, como muitas vezes se sugere na doutrina jurídica brasileira numa postura relativista.

Mesmo do ponto de vista interno à hermenêutica ontológico-filosófica e ao pragmatismo linguístico de Wittgenstein, não há espaço estrutural (histórico e pragmático) para simplesmente abolir os métodos tradicionais de interpretação, como a subsunção dedutiva (“lógica”), a proporcionalidade e os cânones interpretativos. Esses métodos, verdadeiras formas de vida, já estruturam e possibilitam processos intersubjetivos de formação do sentido e de intercompreensão. Eles já estão nas próprias bases de jogos de linguagem que possibilitam a comunicação em determinados contextos dentro da “forma de vida” do Direito.

Dentro dos trabalhos da dogmática jurídica, em seu discurso interno, as conclusões da hermenêutica filosófica, principalmente a de que toda compreensão humana é necessariamente preconceituosa e criativa, diminuem a força epistêmica das certezas prévias que se relacionam com a pretensa universalidade e objetividade do conhecimento. Essas conclusões agravam a impossibilidade de formalização e de repetição objetiva e universal do conteúdo

thinking. TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 29, livre tradução.

¹⁶² TONTTI, Jarkko. *Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 58-59.

representacional das proposições, diminuindo consideravelmente a hegemonia e o espaço de atuação do valor da validade decorrente da subsunção dedutiva como método de conhecimento. Isto porque além de não guardar relação estrutural com a realidade apreensível pela proposição, o conteúdo do que é representado, na dimensão proposicional, depende da tradição, dos preconceitos do intérprete que pretende representar e, sobretudo, do uso que se faz da linguagem em determinado contexto¹⁶³.

Além disso, quanto aos métodos de aplicação *do direito* — que possuem pretensão prático-normativa — a validade de uma proposição de pretensões descritivas não induz à validade de conclusões normativas a respeito do que deve ser, menos ainda à validade dos efeitos práticos que decorrerão de uma intervenção normativa “no mundo dos fatos” em relação à normatividade prático-jurídica. No Direito, “os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciado em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade”, principalmente em razão de sua pretensão específica que o diferencia de outras ciências. Assim, “as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (o silogismo em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma)”¹⁶⁴.

Por outro lado, o método tradicional da dedução encontra limites semânticos internos decorrentes de sua estrutura lógica. Esses limites adquirem especial significado para o aplicador do Direito, na medida em que muitas vezes ele trabalha com a necessidade de buscar razões (novas ou diferentes) de sustentação para a sua tese, principalmente quando é defrontado com casos complexos para os quais o sistema não fornece uma resposta preliminar clara. Nesses casos, a subsunção pouco contribui para que ele chegue a uma resposta juridicamente defensável dentro daquele sistema, vez que a lógica “somente atinge as relações do argumento semanticamente já concebido”¹⁶⁵. A estrutura da lógica dedutiva também não é capaz de apreender ou de explicitar as relações de inferências que sustentam determinados conceitos indeterminados e proposições de maneira implícita, isto é, ela abstrai inferências intersubjetivamente compartilhadas que constituem os sentidos de proferimentos normativos.

¹⁶³ Habermas faz críticas às conclusões da hermenêutica filosófica que sobrevalorizam o caráter determinante da tradição na compreensão humana, ressaltando que a reflexão é capaz de romper com esse determinismo inclusive estruturalmente. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 89ss.

¹⁶⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 18.

¹⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista eletrônica do mestrado em direito da UFAL**. Maceió, v. 7, n. 2 (2016), p. 1-199, ISSN 1809-1873, p. 4.

De todo modo, para o Direito e especialmente para o processo de aplicação normativa, a dedução subsuntiva conserva uma importância prático-contextual e se expressa na forma do *silogismo jurídico*¹⁶⁶. Isso significa que apesar das reformulações decorrentes da virada linguístico pragmática da filosofia e da hermenêutica, e do reconhecimento da inviabilidade de se transmitir a validade lógico-proposicional para os enunciados de dever-ser, a dedução subsuntiva ainda estrutura o processo de aplicação normativa de maneira relativizada. Seja por já fazer parte da tradição dos jogos de linguagem inerentes ao Direito, cujas regras ou inferências pressupõem que se fale em consequências lógicas dos sistemas jurídicos ao aplicar as normas neles insertas¹⁶⁷ em sua dimensão fático-descritiva, seja por conservar uma função retórica relacionável à autoridade decorrente da necessidade de imposição prática dessas normas, a dedução subsuntiva ainda conserva sua importância.

No campo jurídico, apesar da inegável força dos processos hermenêuticos limitadores de uma atuação metodológica trazida pela hermenêutica ontológico-filosófica e pela pragmática de Wittgenstein, as teorias discursivo-argumentativas adquirem grande importância contextual para o “agir jurídico-comunicativo” na medida em que fornecem um pano de fundo teórico e prático adequado para a potencialização de comunicações intersubjetivas institucionalizadas com pretensões normativas, além de permitirem a tematização dos métodos sob o enfoque de uma racionalidade relativizada pela dimensão pragmática da compreensão.

A partir dessas reformulações das funções dos “métodos”, possibilitadas com as conclusões da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica, eles passam a ser vistos menos como “ferramentas de busca da verdade”, ou de estrita atribuição de validade lógico-proposicional, do que como caminhos metódicos¹⁶⁸ interpretativamente possíveis de serem percorridos, como razões possíveis dentro de um discurso prático-racional, cujas regras vão além da referência às proposições para englobar o “agir do falante”¹⁶⁹.

Uma proposta conciliatória entre os vocabulários de Heidegger, Gadamer e

¹⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 273ss.; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 15, 16, 18ss. Esse último faz elaborada crítica ao conceito tradicional de silogismo enquanto etapa da justificação de decisões jurídicas.

¹⁶⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 83ss.

¹⁶⁸ Distintamente de “metodologia”, emprega-se aqui o termo “metódica” no sentido de estudo da relação entre os métodos e a metodologia, de modo que “metódicos” são os procedimentos guiados ou construídos a partir desse estudo. Nesse sentido, cf. KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 296.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 223.

Wittgenstein, não é nem de longe livre dos mais diversos problemas, cuja análise não caberia na presente pesquisa. Mas um desses problemas, que parece ter mais relevância aqui, seria o de a que fins serviria uma tal conciliação conceitual. Poderíamos questionar, a partir de Rorty: até que ponto essa conciliação entre os vocabulários finais de Heidegger, de Gadamer e de Wittgenstein seria útil para a aplicação normativa, para a compreensão da função dos métodos na aplicação de conceitos indeterminados, apesar das conscientes possibilidades de assumir uma postura metafísico-universalista.

A resposta encontrada por Rorty¹⁷⁰, em Nietzsche, não foi pensada para os fins do Direito, mas sim para os da filosofia: ele considera que o vocabulário cunhado por autores como Heidegger e Wittgenstein “aumenta nosso poder; ajuda-nos a obter o que decidimos previamente que queríamos”.

A presente proposta de evidenciar a importância da dogmática jurídica em suas funções hermenêutica e pragmático-contextualista, especialmente face a casos complexos como os de aplicação de conceitos indeterminados, tornaria a dogmática jurídica local mais consciente e mais potente da sua própria história (e da história da aplicação normativa brasileira), das suas limitações de objetividade, de universalidade e de certeza. Antes de levar a arbitrariedades, a “subjetivismos”, às incertezas generalizadas de um relativismo irresponsável, essa visão pode fortalecer ideias de estabilidade e de segurança construídas a partir do reconhecimento da contingência da aplicação do direito, aliado a reconstruções intersubjetivas da nossa história, da nossa realidade normativa e do nosso futuro.

Além disso, o reconhecimento wittgensteiniano da normatividade linguística dos sentidos dos textos legais permite que se valorize a função pragmático-contextualista da dogmática jurídica, que busca explicitar e reconstruir através de seu discurso as inferências compartilhadas que sustentam os conceitos jurídicos problemáticos. Isso quer dizer que nessa função pragmático-contextualista a dogmática jurídica busca reconstruir inferências intersubjetivamente compartilhadas¹⁷¹ sobre, por exemplo, o que pode ser considerado um comportamento cruel contra animais a partir de situações similares nas quais a sociedade e a práxis judicial identificam aspectos normativos do que deve ser considerado *crueldade* e sobre as quais espera-se a adoção de um determinado comportamento.

Na prática, a proposta conciliatória assume a forma da argumentação jurídica. Não por

¹⁷⁰ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 199.

¹⁷¹ ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223.

uma autoridade internamente buscada pela dogmática em condições transcendentais da comunicação, ou numa “transcendentalidade das contingências”, mas pela ausência de outras formas de discurso que comportem as finalidades prático-normativas da aplicação decisória. As propostas alexyanas de descrever a aplicação do direito a partir de diferentes formas de argumento parecem ser capazes de considerar a temporalidade e a contingência inerentes à aplicação normativa. Isso não impede que os vocabulários dos jogos de linguagem já jogados pela prática jurídica sejam mantidos (com sua autoridade) num primeiro momento, tais como os jogos da “subsunção”, da “lógica”, da “busca pela verdade real”, da “dignidade humana”.

Com essa breve e pretenciosa revisão do discurso da filosofia da virada linguística, buscou-se evidenciar ao menos duas dimensões (hermenêutica e pragmática) dos problemas jurídicos no entorno da parte submersa do *Iceberg* dos métodos interpretativos, que serão analisados na última etapa do trabalho, e sua relação com a dogmática jurídica. Contudo, como passaremos a ver na próxima seção, essas duas dimensões também podem contribuir para uma compreensão do que representa a indeterminação do Direito sobre a qual se constitui a Quimera-dos-conceitos-indeterminados.

3 ENTRE CONCEITOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA: POR UMA COMPREENSÃO DA QUIMERA

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS: UMA VISÃO PRÉVIA DO PROBLEMA

Como visto na primeira seção, a depender do enfoque, o problema dos conceitos indeterminados também se confunde com o problema da discricionariedade jurídica (judicial e administrativa); ele também envolve as discussões sobre a relação entre vinculação à lei e o ativismo judicial (separação dos poderes), e sobre o papel da argumentação jurídica nessa relação; e também é constituído pelo próprio questionamento de até onde é possível existir uma normatividade comportamental predeterminada por construções conceituais textuais. Eis, então, a composição da nossa Quimera.

Tem sido comum no Brasil exigir dos discursos sobre normas jurídicas a já antiga diferenciação explícita entre texto legal (dispositivo, enunciado, etc.) e norma, que realmente não se confundem¹⁷². Uma norma que proíbe o homicídio pode ser expressa por vários enunciados, como “matar alguém: pena — reclusão, de seis a vinte anos”, ou “não se admite o assassinato”, ou “é vedada a pena de morte”, que contém a mesma *norma*¹⁷³. Essa diferenciação parte da premissa de que norma é o sentido normativo (mandamental) do texto, e termina por se relacionar com a ideia de método de aplicação, com a ideia de *como* as normas são/podem-ser/devem-ser aplicadas na prática.

Apesar de vinculado em grande medida ao sentido linguístico dos textos legais, o sentido normativo a ele não pode ser resumido, não apenas pela pretensão de normatividade de seu uso específico da linguagem, mas também pelas complexas finalidades prático-morais da *atividade decisória* que é a aplicação do Direito. Essas finalidades podem ser sintetizadas pelas pretensões de obrigatoriedade (ou normatividade prática), de correção e, principalmente, pela pretensão de decidibilidade, para além da tradicional pretensão assertórica de enunciados proposicionais que rege a visão tradicional subsuntivo-dedutiva¹⁷⁴.

¹⁷² GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y Argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 77ss.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 42 ss.

¹⁷⁴ Cf. KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 194ss.

Se reconhecemos que norma é o sentido normativo dos textos legais, a tarefa de aplicar normas a casos concretos pressupõe sempre o trabalho direto ou indireto com textos¹⁷⁵. Habermas ressalta que não se deve confundir normatividade linguística com a normatividade prática¹⁷⁶, que é a normatividade comportamental objeto do Direito e da moral. A normatividade linguística decorre da própria estrutura da linguagem e do uso que o ser humano faz dela, na medida em que construímos o sentido de afirmações a partir do seu emprego em acordo com inferências compartilhadas pelos participantes dos jogos de linguagem em determinados contextos¹⁷⁷. Já a normatividade prática se coloca no plano do agir prático e constitui-se pela própria pretensão de obrigar comportamentos e buscar determinadas consequências do agir, com base em razões morais ou jurídicas.

Müller, Christensen e Sokolowski, por exemplo, consideram que aplicar uma norma é sempre uma “luta semântica pelo significado do texto legal” até a fixação do sentido normativo comportamental através de esclarecimentos prático-conceituais sobre o que se pretende como “o Direito” num caso concreto¹⁷⁸.

Nesse contexto, a discricionariedade surge a partir da maior ou menor “*densidade mandamental*”¹⁷⁹ da norma construída a partir do texto legal posto no sistema normativo, num processo dinâmico que determina relativamente o *grau de vinculação/discricionariedade* a que o intérprete se submete. Em outras palavras, o maior ou menor grau de densidade mandamental diminui ou aumenta, respectivamente, o espaço de liberdade decisória relativa do aplicador, sua discricionariedade. Portanto, “densidade mandamental” é um conceito prático, determinado pelo sistema normativo e pelo contexto compartilhado das inferências normativas em que se insere a norma e não apenas a partir do texto isolado, ou do conceito indeterminado isolado.

Por outro lado, se na superfície descritiva a discricionariedade é determinada pela densidade mandamental das normas em relação ao espaço de liberdade decisória, na superfície prescritiva (da aplicação de um ordenamento constitucionalizado) essa discricionariedade assume a feição de um maior ou menor ônus metódico-argumentativo. Não faz sentido, por conseguinte, separar de maneira rígida discricionariedade judicial da administrativa, pois tanto

¹⁷⁵ ROBLES, Gregorio. *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 41, 53ss.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 145 ss.

¹⁷⁷ ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. In: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223, p. 215 ss.

¹⁷⁸ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 60, tradução livre, com destaque no original.

¹⁷⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

o Juiz quanto os administradores se veem obrigados a “preencher” conceitos indeterminados, interpretando-os e justificando o sentido mandamental do texto — posto num sistema normativo — em confronto com o caso concreto, pretendendo decidi-lo sob determinadas limitações¹⁸⁰.

Disso se sucede que apesar de a atuação do intérprete-aplicador estar plenamente vinculada à lei, ou seja, ao texto legal de um sistema normativo constitucionalizado, sempre haverá situações de maior ou menor discricionariedade jurídica, seja no preenchimento de conceitos indeterminados, seja na própria escolha relativamente discricionária entre possibilidades de agir ou de decidir¹⁸¹.

Tradicionalmente, as normas jurídicas têm estrutura hipotético-condicional, ou seja, elas são aplicadas a partir de uma hipótese prévia (antecedente, fato-tipo, suporte fático, etc.) e da imputação de uma consequência, numa operação mental estruturada em *se, então*¹⁸². As normas com essa estrutura definem fatos ou comportamentos abstratos aos quais atrelam efeitos jurídicos, que incidem com o preenchimento *in concreto* daqueles fatos ou comportamentos¹⁸³. Na maioria dos casos, as normas-regra admitem ser construídas direta e imediatamente a partir de um texto específico, seja um texto legal seja um texto de precedentes, e aplicadas através de uma dedução subsuntiva¹⁸⁴.

Para a dogmática tradicional mais influenciada pelo positivismo lógico, na falta desse texto, face às chamadas lacunas legislativas, as normas são construídas em referência indireta e mediata a um conjunto de normas e respectivos textos afins que levam, por imposição sistemático-teleológica, à construção e aplicação subsuntiva de uma nova norma, que alguns chamam de norma “sem texto”¹⁸⁵. Essa importante concepção, limitada às “lacunas legislativas” e ao método dedutivo-subsuntivo, é insuficiente, contudo, para ajudar a explicar a

¹⁸⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34, nota de rodapé nº 95.

¹⁸¹ Muitas vezes, o caso concreto gera dúvidas inclusive sobre quais normas incidem nele, o que desde logo impõe certa margem de discricionariedade ao intérprete-aplicador que deverá justificar essa incidência.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60 ss.

¹⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

¹⁸⁴ Método de aplicação de normas-regra através de duas operações complementares (a dedução abstrata com previsão de consequência, e a subsunção silogística do concreto ao abstrato, com imposição da consequência *in concreto*): se A, então B, e no caso concreto ocorreu A₁, então impõe-se B. Ao tratar do *iceberg* dos métodos interpretativos, retornaremos à dedução subsuntiva.

¹⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y Argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 83ss.

indeterminação dos conceitos jurídicos do ponto de vista dogmático, e não fornece elementos mínimos para a prática judicial lidar com essa indeterminação no momento da aplicação¹⁸⁶.

Em boa parte dos casos, o intérprete-aplicador não tem muitas dificuldades para encontrar um texto legal preliminar cuja norma potencial possa ser aplicada de pronto ao caso concreto sob análise. Nesses cenários, as seguintes etapas interpretativas parecem ocorrer para o aplicador sem maiores problemas, sob uma visão tradicional que apõe a subsunção como único momento jurídico do processo compreensivo da aplicação: a) analisar qual texto forneceria uma norma potencialmente incidente ao caso concreto; b) encontrar a estrutura normativa (antecedente e do conseqüente normativos, que muitas vezes aparecem em diferentes dispositivos textuais); c) construir/recortar discursivamente os fatos/conduas relevantes; d) subsumir esses fatos/conduas à estrutura normativa e imputar dedutivamente uma conseqüência jurídica à conclusão subsuntiva.

Acontece que, no cotidiano dos juristas, este cenário cômodo é jogado contra a parede quando alguma daquelas variáveis da cadeia de aplicação decisória (construção normativa do texto legal, características do caso, papel do aplicador em relação ao momento da aplicação) é tornada complexa por fatores hermenêutico-interpretativos e pragmático-contextuais, que muitas vezes aparecem correlacionados.

Além de desconsiderar o uso específico da linguagem — com pretensões práticas — que se faz no Direito, a visão tradicional, reduzida à subsunção silogística, obscurece ou simplesmente ignora algumas etapas não-proposicionais da aplicação, como ocorre quando da escolha interpretativa pelo aplicador de que norma, ou “projeto de norma” *prima facie* aplicável, incidiria no caso sob análise¹⁸⁷.

Uma tal visão também não fornece elementos para o aplicador *justificar* essa escolha interpretativa inicial, tampouco as demais etapas: ela não permite que ele considere o momento da cadeia histórica de decisão em que se encontra e, por tabela, o papel que deve assumir na reconstrução metódica dos conceitos legais para a tomada de decisão.

Nesses casos, mostra-se mais justificada a outrora citada afirmação — de fundo *metodológico* — de que o modelo positivista de aplicação do direito limitada à dedução subsuntiva diminui a responsabilidade “racional” e social dos aplicadores, enfraquecendo o potencial crítico do controle da aplicação decisória¹⁸⁸.

¹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

¹⁸⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 18 ss.

¹⁸⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

Uma construção textual normativa pode ser previamente indeterminada, trazendo um conceito ou um conjunto de conceitos cujo preenchimento positivo ou negativo não seja preliminarmente possível, já no momento prévio da aplicação. O conceito jurídico de *crueldade*¹⁸⁹, por exemplo, torna uma subsunção prévia/abstrata muito difícil, especialmente quando não há precedentes julgados pelos órgãos administrativos ou judiciais que tenham fixado, num momento anterior, elementos semelhantes para o seu atual preenchimento concreto.

Na prática, a dificuldade aplicar conceitos indeterminados se assemelha à dificuldade de lidar com normas principiológicas, mas são questões que não se confundem¹⁹⁰. Apesar da longa discussão sobre as razões diferenciadoras das espécies normativas (regras *versus* princípios)¹⁹¹, compreender um pouco da estrutura dessas espécies pode ajudar a não confundir a indeterminação dos conceitos jurídicos e as normas principiológicas. Essa diferença será abordada mais à frente.

Em termos “hermenêuticos”, a indeterminação ocorre quando o intérprete já não tem elementos prontos vindos das etapas anteriores do processo, do sistema normativo, da jurisprudência, dos seus próprios preconceitos etc., para anteciper uma subsunção do caso em questão àquela construção textual específica. Isso pode acontecer, por exemplo, caso o intérprete tenha de construir uma norma concreta a partir do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)¹⁹².

Apesar desse texto trazer, no mais das vezes, a estrutura de uma norma regra, por descrever imediatamente um comportamento a ser adotado (ainda que de maneira negativa: não utilizar tributo com efeito confiscatório) com pretensão de decidibilidade e abrangência a todos os casos iguais, o termo “*confiscatório*” não admite uma simples e fácil subsunção já no plano

¹⁸⁹ O inciso IV, do §1º, do artigo 225, da Constituição, traz o referido conceito sob a estrutura de uma norma-regra, descrevendo um comportamento a ser imediatamente adotado “é vedado submeter animais a crueldade”: “§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, *vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*” (grifo nosso).

¹⁹⁰ É comum que não se diferencie o “conteúdo principiológico” de uma norma da discricionariedade do juiz, como se pode encontrar em: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz; ENZWEILER, Romano José. A incerteza na responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RDBCivil**, Belo Horizonte, v. 25, p. 57-82, jul./set., 2020, p. 69.

¹⁹¹ *Vide*, por exemplo, a sequência de textos de autoria de Marcelo Neves e de Virgílio Afonso da Silva, respectivamente: NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de direito da Universidade de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília. Vol. 2, n. 1, jan./abr., 2016, p. 96-118; e NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan./abr., 2019.

¹⁹² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, *é vedado* à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com *efeito de confisco*;” (grifo nosso).

prévio da compreensão: o que torna, por exemplo, os efeitos de uma multa *confiscatórios*? O fato de uma multa, tida como uma obrigação acessória, superar o valor principal do tributo devido a torna confiscatória? Uma multa de 200% do valor do imposto devido se subsumiria ao antecedente normativo da proibição do artigo 150, inciso IV, da CF/88?

Essas perguntas devem ser respondidas pelos intérpretes que se veem obrigados a aplicar, num caso concreto, a referida norma-regra portadora de um conceito jurídico indeterminado (“confisco”).

Para além de uma concepção retórica da decisão jurídica, as respostas a essas perguntas *não estão prontas* “embora escondidas” por trás do sistema normativo¹⁹³. Elas também não serão “desveladas” por uma pretensa escola jurídica iluminada por qualquer filosofia. Principalmente em casos complexos de aplicação de conceitos indeterminados, essas respostas são sempre (re)construídas pelos intérpretes face aos casos concretos em cada aplicação em diferentes — embora conectados — contextos históricos¹⁹⁴.

O que se quer colocar em relevo é que, quando consideramos que norma é o *sentido normativo* do texto legal, não é possível realizar uma subsunção simples de casos concretos a conceitos indeterminados antes de passar por algumas etapas hermenêuticas e prático-metódicas voltadas ao seu “preenchimento”¹⁹⁵.

Essas etapas envolvem necessariamente um processo *discricionário* de justificação metódica proporcional ao nível de incerteza mandamental gerado pelo caso concreto em relação aos conceitos normativos¹⁹⁶. Muito embora seja difícil negar que aplicar esse tipo de conceito envolva um processo justificador, não é claro para a doutrina tradicional que interpretar conceitos indeterminados envolve sempre etapas discricionárias de compreensão e de justificação, etapas em que o intérprete possui uma maior liberdade relativa decisória¹⁹⁷. Isso não quer dizer que o aplicador é liberado para *escolher livremente* uma entre várias interpretações possíveis, mas que se há essa liberdade discricionária, essa margem de jogo para

¹⁹³ STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**. V. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016, p. 227.

¹⁹⁴ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 37 ss.

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107ss.

¹⁹⁶ Alexy chama esse ônus de justificação metódica de *carga de argumentação*, que deverá ser assumida pelo aplicador ou pela dogmática que antecipa a aplicação daquele conceito, cf. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 264 ss.

¹⁹⁷ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 188 ss.

a justificação, ela está sempre vinculada ao sistema normativo, não apenas de maneira procedimental, mas principalmente conteudística¹⁹⁸.

Além disso, como se verá na última seção do trabalho, a dimensão metódica do processo de aplicação de um conceito indeterminado também codetermina, ao fim, o conteúdo desse conceito, ainda mais quando se reconhece que a aplicação de um conceito é uma ação em cadeia que muitas vezes obriga o controle do preenchimento daquele conceito por diferentes órgãos julgadores, pela dogmática e pela sociedade.

A dogmática jurídica e os métodos interpretativo-aplicativos, como a subsunção, os tradicionais cânones interpretativos e o exame da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), adquirem uma importância pragmática e hermenêutica sem precedentes nesse processo de justificação, por serem capazes de pré-estruturar o discurso da decisão jurídica, fornecendo um contexto argumentativo prévio no qual os intérpretes devem preencher conceitos, como “*multa confiscatória*”, “*crueldade*”, “*matéria relevante*”.

Veja-se que, além do papel hermenêutico prévio da dogmática, os métodos se colocam como resposta preliminar às questões elencadas acima, e por isso serão melhor analisados na última etapa do trabalho. Na presente etapa, e após estas antecipações iniciais, a compreensão daquilo que chamamos de “a Quimera dos conceitos indeterminados”, a partir da visão dogmática que predomina nos tribunais e na doutrina tradicional ensinada nas faculdades, parece se impor de maneira natural.

3.2 INDETERMINAÇÃO, VINCULAÇÃO À LEI E DISCRICIONARIEDADE NA TRADIÇÃO BRASILEIRA

Para entender a constituição dessa Quimera, e assim também os problemas no entorno das ideias de interpretação, discricionariedade e vinculação, poderíamos dividi-la ao meio com fins explicativos. Metade dela seria composta pelos conceitos indeterminados e pela interpretação, e a outra metade se constituiria do problema da vinculação do aplicador à lei e sua discricionariedade. De modo geral, boa parte da dogmática brasileira trata a discricionariedade judicial como algo completamente diverso da discricionariedade administrativa, a partir de uma ideia muito peculiar de vinculação à lei e do que significaria interpreta-la. Nesse mesmo contexto, autores como Eros Grau e Di Pietro ainda mantêm uma

¹⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85 ss.

distinção qualitativa entre conceitos indeterminados e discricionariedade, numa oposição entre atos interpretativos e atos de escolha, entre volição e cognição¹⁹⁹.

A tese aqui defendida se coloca no sentido diverso: um *conceito dogmático* mais amplo de discricionariedade, que englobe a discricionariedade administrativa e a judicial, pode agregar mais elementos metódicos para o trato teórico e prático com conceitos indeterminados no Brasil. Isto porque a diferença entre discricionariedade e vinculação é uma diferença de grau, não de qualidade. Um ato é mais ou menos discricionário/vinculado, não *ou* outro.

Parte-se da mesma premissa da dogmática administrativista tradicional de que discricionariedade se constitui de um *espaço de liberdade decisória relativa*. Todavia, tal ideia de “liberdade decisória relativa” só é juridicamente viável na medida em que essa liberdade seja limitada internamente por um discurso racional, por um sistema normativo, por uma dogmática particular e por uma carência de legitimidade “democrática” prévia.

Segundo a visão tradicional, a discricionariedade administrativa é identificada apenas na consequência das normas, quando o legislador transfere para o administrador um poder de livre escolha entre várias possibilidades de agir igualmente válidas²⁰⁰. Para esta visão, ainda que tal antecedente normativo contenha um conceito jurídico indeterminado ou uma possibilidade de escolha para o administrador, não existiria discricionariedade no antecedente das normas, isto é, naquele fato-tipo ou hipótese que precisa ser preenchido para a norma incidir em um caso concreto. Contudo, mesmo entre autores tradicionais, sempre houve quem já entendesse existir discricionariedade também no antecedente normativo, em especial quando presente algum conceito indeterminado, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰¹.

Mesmo segundo uma visão tradicional que distingue discricionariedade das situações com conceitos indeterminados, apesar de se constituir de uma “livre-escolha”, “*Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade*”, vez que “é liberdade de agir dentro dos limites legais”²⁰². Por essa divisão, os conceitos indeterminados seriam aqueles dotados de

¹⁹⁹ Mesmo reconhecendo a inexorável subjetividade dos intérpretes e a estruturação do círculo hermenêutico da compreensão, autores mais recentes, como Luis Manuel Pires, ainda mantém a antiga divisão entre atos de interpretação e atos de escolha: cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 28, 72-73.

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25 ss. e 48.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 159. Mesmo com as atualizações após a morte de Hely Lopes Meirelles, em 1990, a obra conserva o núcleo das ideias tradicionais ainda constantemente reproduzidas pela doutrina e pela prática judicial brasileiras.

“imprecisão linguística” ou “fórmulas amplas”²⁰³, que não permitem uma subsunção imediata dos elementos do caso concreto à norma construída a partir do texto.

Exemplo é o texto do artigo 32, da Lei 9.784/99: “antes da tomada de decisão, *a juízo da autoridade*, diante da *relevância* da questão, *poderá* ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (grifo nosso).

Esse texto traz tanto uma hipótese de conceito indeterminado quanto um exemplo de discricionariedade administrativa, no mesmo dispositivo. Segundo a visão da doutrina tradicional, com o consequente normativo do artigo 32, o legislador atribuiu discricionariedade ao administrador ao estabelecer uma faculdade de realizar ou não uma audiência pública; a discricionariedade seria esse poder de escolha entre duas ou mais possibilidades de agir. Mas, de acordo com essa mesma visão, o legislador não teria atribuído discricionariedade ao utilizar um conceito indeterminado como o de “matéria relevante”. Nesses termos, a discricionariedade apenas surgiria depois que o próprio administrador reconhecesse que a matéria em questão é *relevante*. É aqui que o legislador aprisionou a nossa Quimera-dos-conceitos-indeterminados.

A hipótese normativa de uma tal regra seria “se a decisão administrativa recair sobre *questões relevantes*”; o consequente, “*poderá* ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. A complexidade aplicativa desse dispositivo está no fato de empregar pelo menos um conceito jurídico previamente indeterminado na hipótese normativa (“*questões relevantes*”), e de facultar, discricionariamente, ao aplicador a adoção de um comportamento na consequência normativa (realizar ou não audiência pública).

Os problemas causados pela Quimera começam com a questão, como o aplicador deve *demonstrar* que uma questão é ou não relevante? Esse preenchimento do conceito de “matéria relevante” é discricionário? Como ele deverá exercer essa discricionariedade atribuída pelo legislador? Ele precisa justificar o exercício da discricionariedade explicitamente atribuída pelo legislador? Se, num determinado caso, o aplicador reconhecer a presença de uma questão relevante, ele poderá dispensar a audiência pública? Uma parte dos problemas causados pela Quimera constituída por estas questões pode ser explicada a partir das origens da discricionariedade na dogmática brasileira e sua relação com o positivismo jurídico, conforme veremos no próximo tópico.

²⁰³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105.

3.2.1 Origens da ideia de discricionariedade jurídica (administrativa e judicial) enquanto “escolha entre duas ou mais possibilidades”

A questão da discricionariedade possui basicamente duas origens na literatura jurídica brasileira, uma na dogmática administrativista e outra na teoria do direito. Nesta, a discricionariedade é fruto das discussões teórico-positivistas de Hans Kelsen²⁰⁴ e de Herbert L. Hart²⁰⁵, bastante reproduzidas no Brasil quando se toca no tema da discricionariedade judicial relacionada à interpretação²⁰⁶. Na dogmática administrativista, a discricionariedade está nas origens do próprio direito administrativo²⁰⁷, e também na base da teoria do ato administrativo, debatida desde sempre por Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria S. Zanella Di Pietro, Odete Medauar e outros.

Embora ambas as origens fomentem discussões paralelas sobre discricionariedade na doutrina brasileira, que muitas vezes não se encontram, é possível relacionar características *positivistas* comuns nas origens da discricionariedade judicial (ou “interpretativa”) e da administrativa²⁰⁸.

Foi visto na primeira seção do trabalho que o positivismo jurídico possui ao menos duas raízes na tradição, uma relacionada ao positivismo lógico-filosófico, trazida para o Direito brasileiro através de Kelsen, Hart, Pontes de Miranda, Lourival Vilanova entre outros, e outra vinda do movimento de reação às arbitrariedades da jurisprudência jusnaturalista no início do século XIX em países como a Áustria e a Alemanha, que ganhou mais relevo na dogmática penalista de então com Paul J. A. von Feuerbach.

Já na década de 60 do século XIX, havia um outro movimento na dogmática administrativista alemã sintetizado por Friedrich Franz von Mayer, que separava duas formas de discricionariedade num contexto em que se pretendia aumentar o controle dos atos dos

²⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 393-397.

²⁰⁵ HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad.: Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009, p. 165ss.

²⁰⁶ Cf. STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (orgs.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PoD / PUC-Rio, 2014; STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**. V. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016, p. 229 ss; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica – CCJ**. Blumenau, v. 17, n° 33, p. 127-146, jan./jun., 2013, p. 131 ss.

²⁰⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 21.

²⁰⁸ Streck arrisca afirmar que a discricionariedade possui traços positivistas desde Hobbes (1588-1679): STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**. V. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016, p. 227-228.

tribunais administrativistas pelo Judiciário²⁰⁹. Essa separação foi refletida na posterior (século XX) distinção entre discricionariedade (*Ermessen*) e conceitos indeterminados (*unbestimmten Rechtsbegriffen*) importada para o Brasil através dos trabalhos do português, Afonso Rodrigues Queiró²¹⁰, e do espanhol, Eduardo García de Enterría²¹¹.

O positivismo reativo ao Jusnaturalismo fez-se notar desde o início do século XIX, em especial quanto aos excessos perpetrados na prática jurisprudencial penalista combatidos desde então pela dogmática que teve Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833) como relevante precursor²¹². Já o positivismo jusfilosófico, influenciado pelo Círculo de Viena, veio à tona na primeira metade do século XX, com uma roupagem teórica complexa e abstrata, mais distante da prática jurisprudencial.

Pode-se dizer que essas raízes (o positivismo e a dogmática administrativista alemã do século XIX) se conectaram ao longo da história ou que partiram de um mesmo contexto, mas não se justifica buscar explicar a atual discricionariedade judicial — um fenômeno com forte dimensão hermenêutico-interpretativa — apenas com o aparato conceitual fornecido pelo positivismo jurídico filosófico, ou com aquele fornecido pela dogmática administrativista alemã do início do século XX, que partia de um contexto específico e com finalidades diversas.

Esse positivismo jusfilosófico pré-hermenêutico é que é utilizado para explicar a discricionariedade judicial no Brasil atual, situação que tem causado boa parte da aversão da dogmática local à discricionariedade em geral. Talvez daí venha a dificuldade em se reconhecer que a discricionariedade tal como se conhece também significa o espaço de liberdade decisória decorrente da presença de conceitos indeterminados — além do sentido tradicional de liberdade de escolha entre duas ou mais possibilidades de decisão.

3.2.2 Conceitos indeterminados e discricionariedade na dogmática brasileira tradicional

Boa parte da dogmática administrativista brasileira considera que conceitos jurídicos indeterminados seriam aqueles imprecisos, em que há ambiguidade linguística ou abertura valorativa. Nesta linha, Celso Antônio Bandeira de Mello entende como indeterminados

²⁰⁹ EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*. Editor: Peter Häberle. Königstein: Athenäum, 1981, p. 176.

²¹⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, 1969.

²¹¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administracion*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

²¹² KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 114.

aqueles “conceitos imprecisos”, “vagos”, “fluidos”. Face a determinados casos concretos, tais conceitos poderiam comportar zonas de certeza positiva, em que seu preenchimento ocorre com alto grau de certeza, e zonas de certeza negativa, quando se pode chegar a um alto grau de certeza de que os elementos do caso concreto não o preencheram. O caráter linguístico da indeterminação abordada pelo autor parece se evidenciar no “*campo do significado possível daquelas palavras*”, por ele elevado²¹³. Igualmente, Di Pietro cita como indeterminados aqueles “vocábulo ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado”, ressaltando a “*mutabilidade*” desses vocábulos, compreendida como “a sua possibilidade de variar no tempo e no espaço”²¹⁴.

Ambos reconhecem que a aplicação desses conceitos está de alguma forma relacionada tanto com atividade interpretativa como com a discricionariedade do aplicador, mas divergem quanto à necessidade de se diferenciar conceitos indeterminados de discricionariedade. Nesse contexto, para Celso Antônio, discricionariedade seria compreendida como “fruto da impossibilidade de objetivamente reconhecer (quando a lei não o predetermina), qual será o comportamento, *in concreto*, apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa”. Ela representaria um “problema de *não se poder saber qual é a solução ótima*” de maneira prévia, já que o “campo de liberdade administrativa” só seria dimensionado pela situação em concreto.

Em resumo, a discricionariedade seria “*a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto [...]*”, no intuito de atingir com adequação a finalidade da lei, “*quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*”²¹⁵. Em todo caso, Celso Antônio reconhece que há uma grande diferença entre afirmar que uma situação abstrata legalmente prevista é vinculada em oposição a uma situação concreta: o contexto normativo no qual a situação é analisada influencia em sua (in)determinação ou vinculação, de acordo com as finalidades normativas de cada caso.

Por outro lado, Di Pietro enxerga na discricionariedade administrativa apenas “um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento jurídico” em

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22-31, grifo no original.

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 65 ss.

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42-48, grifo no original.

razão de critérios de “conveniência e oportunidade”, que só poderia ser exercido “com base em uma norma legal que confira esse específico poder a um determinado órgão público”. Embora entenda difícil determinar onde termina a interpretação e onde começa a discricionariedade, a autora afirma que “a aparente liberdade do juiz para aplicar a lei ao caso concreto, não se confunde com a liberdade da Administração de decidir discricionariamente”²¹⁶. Nesse mesmo sentido, Eros Grau considera que ver discricionariedade na atividade interpretativa decorrente da aplicação de conceitos indeterminados “presta-se a subverter a *legalidade*”²¹⁷. Segundo essa visão, que parte de uma separação rígida entre atos de cognição e atos de volição, considera-se que o juiz *interpreta* e o administrador *escolhe*, em atividades que se distinguiriam de maneira *qualitativa* e que, portanto, não se confundiriam.

Tanto Di Pietro quanto Eros Grau fixam a posição de que não se deve confundir conceitos indeterminados com discricionariedade, ao mesmo tempo em que sustentam uma separação entre discricionariedade e interpretação. Assim, ambos defendem um rígido apartamento entre discricionariedade administrativa, quando o administrador poderia fazer uma escolha livre entre duas ou mais possibilidades igualmente válidas, como no caso do consequente normativo no artigo 32, da Lei 9.784/99, e a interpretação de conceitos indeterminados, quando o juiz atuaria dentro da legalidade ao controlar o preenchimento do conceito de “matéria relevante” daquele antecedente normativo, por exemplo. Dessa visão estrita do fenômeno se sucede que a discricionariedade se constitui de livre-escolha e está para o administrador tal como a interpretação está para o juiz, que jamais poderia exercer uma livre-escolha, como o administrador, que, por sua vez, também não “poderia” interpretar conceitos indeterminados.

Com uma conclusão semelhante à de Eros Grau e à de Di Pietro, Lênio Streck entende que não se pode confundir discricionariedade administrativa com discricionariedade judicial. Esta jamais poderia existir já que “a discricionariedade abre as portas para a arbitrariedade”. Já aquela se constituiria como hipótese de livre-escolha administrativa previamente determinada pelo legislador dotado de legitimidade democrática. Apesar de partir de um conceito juspositivista de discricionariedade, Streck também distingue rigidamente a atividade interpretativa judicial da atividade volitiva do administrador, embora reconheça que toda interpretação é um ato de produção de sentidos, não de simples reprodução²¹⁸. O traço em

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 86.

²¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50 ss.

comum dos autores é o fato de partirem de um mesmo conceito estrito de discricionariedade, como apenas aquela atividade de *livre escolha* entre duas ou mais possibilidades de ação ou de decisão.

Voltemos ao exemplo do artigo 32, da Lei 9.784/99. O texto reafirma em dois momentos a margem de escolha administrativa, “*a juízo da autoridade*, diante da relevância da questão, *poderá* ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Não há dúvidas de que o legislador criou, assim, uma hipótese de *discricionariedade* estrita tal qual a mencionada por Streck, Di Pietro e Eros Grau, na qual o administrador, com base em “conveniência e oportunidade”, pode escolher entre duas possibilidades: realizar ou não a audiência pública. Mas de acordo com essa visão tradicional, ao empregar o conceito “questão relevante” o legislador não teria atribuído qualquer discricionariedade ao aplicador, a quem caberia apenas identificar se a questão é ou não relevante, num juízo pretensamente cognitivo e objetivo de pura legalidade.

Pode-se tentar resumir o problema a uma questão meramente conceitual. De um lado, existiriam aqueles, na esteira de Streck, Di Pietro e Eros Grau, que entendem que se deve chamar de discricionariedade apenas aquelas hipóteses em que há a possibilidade explícita de escolha outorgada pelo legislador, aqui chamada de discricionariedade estrita. De outro, haveria os que defendem poder chamar de discricionária a atuação metódica dos aplicadores que devem preencher conceitos indeterminados, além das hipóteses de discricionariedade concedida pelo legislador. Todavia, para além de uma disputa conceitual, a tese da discricionariedade estrita não fornece um contexto dogmático satisfatório para a compreensão da dimensão metódica da discricionariedade estrita. Ela também acaba por se omitir quanto ao problema de *como aplicar* conceitos indeterminados.

Tal omissão dogmática assume maior agudeza quando se olha tanto para a concepção predominante na legislação e no entendimento dos tribunais superiores sobre os elementos do ato administrativo, quanto para as possibilidades de seu controle pelo Judiciário.

Em geral, vinculação e discricionariedade podem ser vistas por diversos ângulos dentro da teoria do direito administrativo, às vezes assumindo a feição de um poder/dever²¹⁹, de um “princípio” como o da legalidade ou o da supremacia do interesse público, ou, ainda, a feição de elemento dos atos administrativos²²⁰. Essa última feição assume maior destaque, na presente análise, na medida em que a legislação e o entendimento dos tribunais impõem uma subdivisão

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13-14.

²²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 135.

dos atos administrativos em diferentes elementos, classificando alguns deles como “sempre discricionários” e outros como “sempre vinculados”, numa divisão qualitativa. Nesse sentido, pelo menos três fontes normativas trabalham com a divisão qualitativa do ato administrativo em discricionário *ou* vinculado: legislação, jurisprudência e dogmática.

A Lei da Ação Popular (nº 4.717/1965) normatizou a teoria qualitativa do ato administrativo, que o divide em cinco elementos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade²²¹. O legislador também chegou ao ponto de conceituar como se daria a caracterização de cada um desses elementos para efeito de nulidade do respectivo ato²²².

Nessa linha, a doutrina considera que *motivo* do ato são os “pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam sua realização”, podendo ser dividido em motivo material, presente na “situação subjetiva que ensejou a expedição do ato”, e em motivo legal, constituído pela composição abstrata do “fato jurídico administrativo”. O *objeto* do ato é aquilo “o ato dispõe, enuncia, estatui (o efeito jurídico imediato)”²²³. Ambos poderiam ser ou discricionários ou vinculados a depender de como a lei os dispõe²²⁴.

Segundo essa teoria, os elementos da competência, da forma e da finalidade seriam “sempre vinculados”, enquanto o objeto, o motivo e o mérito seriam discricionários²²⁵. Tal divisão leva Hely Lopes Meirelles a conceituar atos discricionários como aqueles que “a Administração, autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”²²⁶, o que demonstra a imbricação entre a separação qualitativa dos atos administrativos e a subdivisão interna do ato em elementos.

²²¹ “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”

²²² “Parágrafo único. Para a *conceituação dos casos de nulidade* observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” (grifo nosso)

²²³ Sobre essa visão tradicional, cf. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

²²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 195.

²²⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

²²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192. Faz-se referência à 14ª edição, antes da morte do autor.

Como explicam Di Pietro e Odete Medauar, não há unanimidade dogmática nessa classificação interna, especialmente quanto à forma do ato e quanto à finalidade, que poderiam ser ou discricionárias ou vinculadas a depender de como dispôs o legislador²²⁷.

Em todo caso, como visto, a maior parte da dogmática administrativista tradicional que influencia os tribunais brasileiros ainda entende, na mesma linha da Lei nº 4.717/1965, que discricionariedade e vinculação são situações que se distinguem de maneira qualitativa, isto é, ou o elemento do ato é discricionário (motivo, objeto e mérito) ou é vinculado (competência, forma e finalidade).

Os tribunais superiores têm endossado essa distinção qualitativa entre discricionariedade e vinculação em especial no que toca às possibilidades de controle dos atos administrativos pelo Judiciário. O Supremo Tribunal Federal (STF) considera possível o controle de atos considerados discricionários apenas quando estes são abusivos ou ilegais²²⁸. Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sustenta como regra geral uma visão mais autolimitada de que os atos tomados com base na “conveniência e oportunidade” da Administração apenas seriam controláveis sob o aspecto da legalidade, portanto, não caberia ao Judiciário controlar os elementos discricionários do ato relativos ao “mérito”. Essa visão é bem exemplificada pelo desfecho do julgamento pelo STJ do Recurso em Mandado de Segurança nº 53.847/MA, em 17 de outubro de 2017, relatado pelo Min. Benedito Gonçalves, de cuja ementa se extrai o posicionamento do tribunal, no sentido de que “não cabe ao Poder Judiciário rever o juízo de conveniência do ato administrativo”²²⁹.

Nesses posicionamentos, que são aplicados como “regras gerais” a uma gama de situações diversas, os dois tribunais superiores partem de uma visão bastante obscura de “legalidade”, que aparentemente ignora o ordenamento jurídico enquanto sistema normativo e tem resistência de lidar com as dimensões pragmática e hermenêutica da aplicação normativa.

Todavia, não se pode deixar de mencionar que, em momentos anteriores, quando confrontado pela necessidade de lidar com a inércia do Poder Público na aplicação de políticas

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 51 ss; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 134.

²²⁸ Conforme o bastante reproduzido posicionamento da Corte no Recurso Extraordinário nº 654.170/MA.

²²⁹ A Recorrente, servidora pública estadual, afirmava ter sido transferida, de ofício para outro órgão por ato da autoridade impetrada pelo Mandado de Segurança, com base na “conveniência e oportunidade” da administração, situação que ocasionou supressão em gratificações e verbas indenizatórias, motivando o manejo do Recurso, ao fim julgado pelo STJ, em 10.10.2017 e publicado em 17.10.2017, com a seguinte ementa aqui resumida: “[...] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REDISTRIBUIÇÃO. INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. LEGALIDADE DO ATO. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO REVER O JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. [...]”.

públicas, como no caso de necessidade de reforma de presídio em condições subumanas, o STJ assumiu posição de que a discricionariedade da administração não impede a intervenção do Judiciário para obrigar a adoção de medidas administrativas, inclusive determinação de inclusão orçamentária da referida reforma²³⁰. Em sentido semelhante foi o posicionamento da Corte no julgamento do Recurso Especial nº 1.366.331/RS, em 30 de abril de 2015, de relatoria do Min. Humberto Martins, cuja conclusão foi no sentido de que a discricionariedade do administrador — entendida como liberdade de escolha de como e de quando agir —, não pode servir de impedimento para a execução de políticas públicas decorrentes de determinação constitucional, como no caso de implantação de rede de tratamento de esgoto por município²³¹. Em nenhum desses julgados, contudo, houve manifestação explícita sobre as distinções feitas pela dogmática a respeito das formas de discricionariedade, apreendida apenas como possibilidade de livre-escolha do administrador.

Segundo a regra geral adotada também pelo STJ, sob o prisma dessa separação qualitativa de ato discricionário *versus* ato vinculado, o ato administrativo decorrente da aplicação do citado artigo 32, da Lei 9.784/99, seria um ato puramente discricionário, pouco importando o contexto prático do caso concreto em relação às finalidades impostas pelo sistema normativo àquela situação material. Além disso, segundo essa visão, a dispensa da realização de uma audiência pública pela autoridade administrativa não demandaria qualquer justificação, dado que realizar ou não a audiência estaria dentro da conveniência e oportunidade da Administração a partir de um juízo cognitivo sobre a presença/ausência de uma questão relevante. Em termos de controle, o Judiciário não poderia rever um tal ato que se negasse a realizar uma audiência pública, uma vez que tal ato seria discricionário (teria o motivo discricionário), só poderia ser controlado sob o aspecto da legalidade e somente se fosse considerado ilegal ou abusivo (STF).

²³⁰ Foi justamente essa a posição firmada pela Corte no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952/MT, de relatoria do Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014 (Informativo nº 543), de cuja ementa se extrai a seguinte passagem: “Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição –, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da CF. Há, inclusive, precedentes do STF (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas”.

²³¹ Em seu voto, ao abordar a ideia de discricionariedade enquanto livre-escolha do administrador, sustentada, no caso analisado, também pelo princípio da reserva do possível, o Relator justifica que: “Com isso, observa-se que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Não priorizar os direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo; ofende, às claras, o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Com esse panorama, deve-se fixar o seguinte. O problema da tese da discricionariedade estrita (ou tese da distinção qualitativa) possui ao menos duas dimensões mais relevantes na presente análise, uma interna e outra externa. Quanto à dimensão interna, foi antecipado na introdução da seção que não se pode identificar de antemão que um ato administrativo, ou a norma jurídica que o constitui, é apenas discricionário ou apenas vinculado. Isso é uma questão que depende tanto da constituição jurídico-conceitual da norma a ser aplicada, quanto das características do caso concreto constituintes do sentido normativo e dos elementos que o órgão decisório possui de maneira antecipada, que juntos fazem com que os atos sejam discricionários e vinculados ao mesmo tempo: *é uma questão de grau que se determina pelo contexto e por fatores hermenêutico-interpretativos*²³².

Na dimensão externa, a dogmática que se associa à tese da discricionariedade estrita não admite de antemão o emprego de elementos metódicos para auxiliar o aplicador a lidar com sua subjetividade e com seus preconceitos na prática decisória. Além disso, nessa dimensão, tudo o que não é discricionariedade estrita parece ficar num limbo dogmático-metódico, isto é, tudo que diz respeito aos conceitos indeterminados, à liberdade interpretativa (discricionariedade) do aplicador e ao caminho que ele deve percorrer para justificar uma conclusão decisória.

3.3 A DISCRICIONARIEDADE COMO ESPAÇO DE LIBERDADE DECISÓRIA RELATIVA

A tese aqui defendida se coloca no sentido de que um *conceito dogmático* mais amplo de discricionariedade, que englobe a discricionariedade administrativa e a judicial, pode agregar mais elementos metódicos para o trato teórico e prático com conceitos indeterminados no Brasil. Parte-se da mesma premissa da dogmática administrativista tradicional de que discricionariedade se constitui de um *espaço de liberdade decisória relativa*. Essa liberdade decisória é relativa na medida em que limitada internamente por um discurso racional, por um sistema normativo, por uma dogmática particular e por uma carência de legitimidade “democrática” prévia²³³.

²³² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 21 ss; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 207 ss.

²³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 39 ss.

Não se pode negar que a ideia da liberdade/vinculação das decisões administrativas e judiciais é historicamente marcada por uma artificialidade, constituída pela distância entre a dimensão ideal da vinculação à lei e a realidade prática de sua aplicação e dos efeitos dessa aplicação. Nesse contexto, é justificável defender que a luta positivista pelo primado da lei, do texto legal, teria fracassado no plano da aplicação e da consecução prática dos seus ideais, ainda mais a partir do que foi feito ao longo da história com os ordenamentos jurídicos, como o caso do nacional socialismo alemão, do fascismo italiano e da Ditadura brasileira de 1964.

A destinação dada ao ordenamento jurídico alemão pelo nacional-socialismo foi o exemplo extremo de algumas das limitações práticas do juspositivismo, tais como o baixo potencial crítico da aplicação pela dogmática e a baixa responsabilidade social dos próprios aplicadores em relação aos resultados práticos de suas decisões.

Como se viu, além do controle crítico da aplicação do direito, uma das principais funções da dogmática jurídica é a de reduzir a complexidade existente entre contextos de diferentes jogos de linguagem da prática, estabilizando conflitos de entendimento decorrentes dessa complexidade. Pode-se dizer que um dos meios para isso é a tentativa de reconstrução e de compatibilização das inferências compartilhadas que sustentam determinadas posturas da prática e teses dogmáticas. Ao exercer essas funções, a dogmática cria um contexto normativo prévio baseado no constrangimento de seu controle sobre as decisões jurídicas da prática, da “constante ameaça desse controle” e da permanente possibilidade contingente de ter seus argumentos empregados pela prática na fundamentação de decisões.

Nesse contexto, como visto, é comum que se relacione um conceito mais amplo de discricionariedade à dogmática jurídica ligada ao positivismo jurídico, como faz Lênio Streck. O que se deve fixar é que, ao falar em vedação à arbitrariedade, ao subjetivismo e ao decisionismo, a dogmática jurídica tradicional “de espírito positivista” compartilha as mesmas inferências da dogmática pós-positivista que a critica, de que a aplicação do direito deve ser pautada pela segurança jurídica, pelo reconhecimento de expectativas legitimamente criadas sobre a atuação estatal, pela confiabilidade, pela supremacia das regras etc.

O ponto de choque entre as concepções de discricionariedade (estrita *versus* ampla) não se constitui apenas a nível conceitual, a respeito do que pode ser chamado de discricionariedade, mas também, e principalmente, no nível das necessidades práticas da aplicação do direito, que parecem ser relegadas pela tese da discricionariedade estrita.

Ao invés de auxiliar a restringir a margem de liberdade de atuação interpretativa do aplicador, a tese da discricionariedade estrita termina permitindo que tanto o preenchimento de conceitos como “questão relevante”, “multa confiscatória”, “boa-fé”, quanto o seu controle pelo

Judiciário, aconteçam de maneira “arbitrária”. Isso por não fornecer respostas claras sobre o que o administrador deve fazer com sua *liberdade relativa de decidir* decorrente de conceitos indeterminados, ou mesmo sobre como o administrador deve se comportar ao aplicar uma norma de discricionariedade estrita, *escolhendo* uma entre outras possibilidades.

Na prática da aplicação de conceitos indeterminados, que possuem menor densidade mandamental, quanto menos recursos metódico-dogmáticos o aplicador possui para justificar suas decisões, e quanto mais deficitárias elas forem nesse aspecto, mais incisivo deverá ser o controle do ato pelo Judiciário, tendo em vista a constante necessidade de justificação da atuação estatal, em especial quando dessa atuação resulte a restrição de direitos dos administrados²³⁴.

Em todo caso, tal controle judicial não é necessariamente bom para a cultura local de aplicação. Acontece que por não oferecer essas respostas metódicas, ou um *contexto metódico-dogmático prévio*, essa visão estrita de discricionariedade permite que o aplicador tome o caminho que quiser para preencher uma “questão relevante”, inclusive caminho nenhum, sem que haja um constrangimento institucional prévio certo e claro.

Resultado é que decisões administrativas e judiciais de órgãos mais próximos aos fatos (juízes de primeiro grau e administradores-fiscalizadores) — que seriam os mais importantes papéis da cadeia de aplicação — têm tido uma baixíssima densidade de justificação. Essa baixa densidade torna a decisão metodicamente mais frágil e aumenta a necessidade/possibilidade de seu posterior controle por órgãos mais distantes dos fatos, das provas produzidas no processo.

A questão é que afirmar que o administrador efetuará um mero “juízo de legalidade” ou um mero “juízo de conveniência e oportunidade” para preencher esses conceitos mantém o problema em aberto. Questões essenciais como a subjetividade do aplicador, seus preconceitos, e a necessidade de abertura legitimadora dos processos de tomada de decisão, são abstraídos e ficam latentes, embora produzam efeitos no resultado das decisões e na forma como a sociedade enxerga a aplicação do direito.

Pode-se dizer que essa visão parte de uma ideia estrita e limitada do que significa interpretar, ou do que significa a dimensão hermenêutica da aplicação. Na prática, a tese da discricionariedade estrita não fornece os mínimos elementos para a atuação institucional do aplicador, ainda que fosse para potencializar a legitimidade intersubjetiva de suas conclusões decisórias.

²³⁴ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218.

Uma separação estrita entre discricionariedade e indeterminação conceitual precisaria lidar com o fato de que o exercício da discricionariedade e o preenchimento de conceitos indeterminados são sempre processos interpretativos, seja por parte do administrador seja por parte do juiz: o aplicador da norma do citado artigo 32, da Lei 9.784/999, *sempre* deve identificar uma “questão relevante” para aplicar a norma, não importa se juiz ou administrador. Mas essa separação não costuma encontrar conforto teórico na filosofia do pós reviravolta linguístico pragmática, em outras palavras, no pós-positivismo lógico.

É lugar comum que, no contexto do pós-positivismo, não há mais espaço para afirmar que os intérpretes têm plena liberdade para aplicar o direito da forma como entenderem, mesmo nos chamados casos difíceis. Liberdade para aplicar se coloca sempre dentro do contexto de um sistema normativo constitucionalizado, que vai muito além da simples moldura citada por Kelsen²³⁵. É sempre uma liberdade controlável exercida legitimamente dentro de um contexto metódico-normativo impositivo e vinculativo²³⁶.

Em termos metódicos, “o grau de variação entre a vinculação e a liberdade das decisões proferidas por órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário depende, sobretudo, do conteúdo material da legislação de cada país”²³⁷. Isso porque aqueles mesmos elementos, de que melhor disporiam os órgãos de decisão mais próximos aos fatos para reconstruí-los argumentativamente dentro do discurso da aplicação, são em parte levados para o texto legal pelo próprio legislador. Nesses casos, a responsabilidade metódica do aplicador é diminuída a depender dos interesses, esforços e possibilidades hermenêuticas do legislador de antecipar os mecanismos materiais de aplicação.

Mas não é só. A interpretação de conceitos indeterminados, a discricionariedade e a vinculação não estão apenas interconectadas, como as diferentes partes da nossa Quimera, mas totalmente seladas pelo mesmo pano de fundo da argumentação racional formado pelo sistema normativo posto, pela dogmática jurídica e pelos meios metódicos de aplicação do Direito²³⁸.

²³⁵ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 394. A moldura kelseneana possui profundas limitações práticas, que foram conscientemente relegadas pela teoria pura: KRELL, Andreas J.; MAIA, Vítor Mendonça. A racionalidade na interpretação e aplicação do direito: do desafio kelseniano ao desafio dos bons argumentos. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 19, n. 32, p. 85-116, set./dez., 2021, p. 89 ss.

²³⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 7 ss.

²³⁷ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

²³⁸ PAIVA, Raí Moraes Sampaio de. Entre legalidade e “juridicidade” na aplicação normativa: pressupostos metódicos para o preenchimento de conceitos indeterminados. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (org.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 110 ss.

Do ponto de vista dogmático, podem-se destacar pelo menos dois argumentos principais que sustentam a separação entre discricionariedade judicial e administrativa. Como visto, o argumento mais comum é o de que o regime de legalidade não permitiria uma atuação interpretativa dos aplicadores (juiz e administrador) que crie o direito em todo caso concreto, quando o texto legal assim não o determine expressamente²³⁹. Logo em seguida, costuma-se colocar o argumento da segurança jurídica, já que a criação interpretativa de “direito novo” em todo caso concreto vilipendiaria a confiança dos particulares no Estado de Direito e estaria sempre sujeita à vontade do aplicador.

De maneira mais específica, os regimes de legalidade e de segurança jurídica não permitiriam a atuação discricionária do Juiz no preenchimento de conceitos indeterminados, uma vez que este não estaria investido de legitimidade democrática para tal, como está o Legislador²⁴⁰. Já o administrador poderia atuar com discricionariedade apenas quando o legislador expressamente concede a liberdade de escolha, como no caso da consequência normativa do artigo 32, da Lei 9.784: “*poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo*”.

Sob enfoque hermenêutico, tal separação é fundada numa distinção qualitativa entre atos de vontade (*escolha* entre mais de uma possibilidade) e atos de cognição (*interpretação* jurídica de um conceito), como fossem atos totalmente diversos²⁴¹. Já sob o prisma da pragmática, a separação parece ignorar por completo que não há uma diferença fundamental entre o contexto de *liberdade relativa de decidir* do Juiz e o contexto do administrador, para além do momento da cadeia de aplicação em que cada um se encontra e do papel institucional que lhe é conferido.

As dificuldades de se fazer essa rígida separação começam com o questionamento, se o administrador não pode interpretar um conceito indeterminado, como o de *matéria relevante*, para determinar sua incidência ou não a um caso concreto, o que ele faz ao aplica-lo?

Responder que ele realiza um juízo puramente cognitivo e fático, identificado a presença (+) ou ausência (-) da “relevância” da questão (art. 32, da Lei 9.784) como faz boa parte da dogmática tradicional e da jurisprudência, não é apenas irreal, mas não descreve o que ocorre nesse processo do ponto de vista hermenêutico, tampouco do ponto de vista pragmático, e não

²³⁹ Conferir, por exemplo, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 386 ss.

²⁴⁰ Madalena, por exemplo, vai além e afirma que a “discricionariedade libertária” dos juízes implicaria numa ilegítima e individualista atuação interpretativa: cf. MADALENA, Luis Henrique. **Discricionariedade administrativa e hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120 ss.

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 83 ss.

confere elementos dogmático-prescritivos para o controle/aprimoramento constante da aplicação desse tipo de conceito.

É na presença de conceitos indeterminados sem um contexto metódico-dogmático anterior que os preconceitos nem um pouco objetivos dos aplicadores têm efeitos práticos deletérios. Ainda que não explicita isso nos motivos de sua decisão, de uma forma ou de outra, o administrador *interpretará*, criando o Direito no caso concreto ao aplicar essa e todas as outras normas, da mesma forma que o Juiz também *reinterpretará* ao controlar a prática de atos administrativos²⁴².

Não é possível separar estritamente até onde vai a cognição e até onde vai a vontade nos processos de compreensão humana. No contexto institucional da aplicação do Direito, essa impossibilidade se agrava, já que não há como se controlar, caso a caso, se o aplicador chegou à conclusão decisória apenas através de sua “cognição” ou pelo alvedrio de sua vontade.

Como visto na primeira seção, o caráter estruturalmente preconceituoso da compreensão humana e o uso específico da linguagem que se faz na aplicação normativa ressaltam que todo ato de compreensão envolve sempre uma interpretação criativa, e uma anterior vinculação inteiramente subjetiva do intérprete à tradição²⁴³. Assim, não é sustentável distinguir atos interpretativos daqueles atos volitivos de escolha entre possibilidades: a escolha está imbricada na interpretação, e vice-versa²⁴⁴.

Buscar entender o que pode significar a vinculação dos intérpretes à lei, aos conceitos normativos, para o papel do aplicador no processo decisório também constitui uma parte²⁴⁵ do núcleo do problema do ativismo judicial. Delimitar até onde os “juízes ativistas” poderiam ir sem perder essa vinculação durante o processo de aplicação e de controle constitui o cerne das discussões sobre a discricionariedade jurídica e métodos de aplicação. Sem impedimento da metáfora da Quimera, não se pode esquecer que o significado da vinculação à lei e o exercício da discricionariedade são a pedra de toque da aplicação dos conceitos indeterminados.

²⁴² TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29-30.

²⁴³ KRÄMER, Hans. *Kritik der Hermeneutik: Interpretationsphilosophie und Realismus*. München: C. H. Beck, 2007, p. 26 ss.

²⁴⁴ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45ss, 58ss.

²⁴⁵ A outra parte do “problema” do ativismo judicial é constituída pelos problemas da aplicação de normas principiológicas.

3.3.1 A ideia de “vinculação à lei”

As ideias de legalidade e de segurança jurídica que regem as democracias liberais codificadas impõem que a atuação legítima do Estado se dê de forma vinculada aos textos legais e de precedentes. Segundo a visão tradicional de legitimidade provinda do sistema representativo majoritário, os textos legais seriam legítimos por derivação da vontade popular das maiorias que elegeram os representantes-legisladores, desde que observados os procedimentos formais de produção legislativa e os conteúdos materiais mínimos estabelecidos pela Constituição que constituem a ideia de legalidade²⁴⁶. É uma ideia de legitimidade ainda baseada numa versão textualista da segurança jurídica e da legalidade²⁴⁷.

Essa visão unívoca de legitimidade majoritária, que engloba a legalidade e a segurança jurídica textualistas, ainda é a base da concepção de tripartição de poderes que prevalece no discurso jurídico e político do Brasil hodierno²⁴⁸. Mesmo por essa visão tradicional, legitimidade, legalidade e procedimento constitucional de produção normativa andam lado a lado, necessitando de uma complementação prático-metódica para fazer sentido também no momento da aplicação do direito. Em todo caso, essa visão ainda não assimilou a segurança jurídica e a legalidade enquanto mecanismos que potencializem o controle de decisões judiciais, isto é, uma ideia de legalidade enquanto *vinculação metódica* à Constituição²⁴⁹.

Sob o primado da legitimidade majoritária e textualista, diz-se que os juízes são ativistas sempre que ultrapassam os ditames dos textos legais e invadem o espaço que seria constitucionalmente reservado apenas ao legislador majoritário, dada sua pretensa legitimidade democrática “única”.

A discussão em termos normativos não é muito diferente quando se põe em cheque a atuação interpretativa dos administradores, que se submetem ao regime de legalidade estrita imposto pela Constituição Federal de 1988²⁵⁰. Isso porque tanto o juiz quanto o administrador

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32, p. 28.

²⁴⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 206.

²⁴⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, nº 1, p. 37-58, p. 41.

²⁴⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 214 ss.

²⁵⁰ Tanto juízes quanto administradores são vinculados à legalidade, que se impõe à atuação estatal em geral: *vide* artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*”, e artigo 37, *caput*, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (grifo nosso).

devem partir de textos legais para tomar uma decisão; tanto um quanto o outro deve aplicar conceitos indeterminados em seu cotidiano, quando se vê obrigado a lidar com uma maior discricionariedade. Como ficaria a ideia tradicional de legalidade nesse cenário? O que a legalidade pode significar nos casos de aplicação de conceitos indeterminados?

É comum que se coloquem as concepções positivistas de Direito e de norma como absolutamente incapazes de lidar com as relações hodiernas massificadas, com os complexos objetivos da Constituição brasileira, ou mesmo com a aplicação e controle de conceitos indeterminados²⁵¹. Tais colocações, contudo, são reducionistas em boa parte das vezes.

Influenciados pelo logicismo e empirismo do Círculo de Viena, mesmo os antigos modelos neopositivistas de Direito, como o de Kelsen (1962) ou o de Pontes de Miranda (1970), já pressupunham o ordenamento positivo enquanto *sistema lógico*, que não pode ser aplicado sem a consideração das demais normas, especialmente da norma fundamental, numa espécie de “geometria jurídica” (Kelsen).

É cediço que a aplicação com pretensões lógicas das normas de um ordenamento jurídico não pode se resumir a um isolamento dos dispositivos aplicados em relação ao sistema normativo posto, tão menos pode ignorar a aplicação desses mesmos dispositivos por outros órgãos (judiciais e administrativos) dotados de competência interpretativa constitucional²⁵².

Não se nega, aqui, que a concepção tradicional predominante ou “paradigmática”²⁵³ de legalidade textualista traz consigo questões estruturais que dificultam o trato com conceitos jurídicos indeterminados, ou, mais amplamente, com as novas relações sociais massificadas e complexas. Todavia, o que se põe em destaque é que essa concepção tradicional já constitui a cultura jurídica local, inclusive de maneira produtiva como meio ou “pretensão” de restringir arbitrariedades ou decisionismos: ela não é algo imprestável, que deve ser superado a todo custo, “mas constitui quem somos hoje” enquanto cultura jurídica.

Tal concepção pode ser bem representada pelo entendimento de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a legalidade,

como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às

²⁵¹ Cf., por exemplo, GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 130 ss.

²⁵² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009; CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013, p. 67; QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

²⁵³ Neste sentido, cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 23ss; GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 130 ss.

exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.²⁵⁴

Nessa linha, não deveria haver “liberdade nem vontade pessoal” no desempenho da função administrativa pela autoridade submetida ao Regime Jurídico-Administrativo. Consequentemente, não haveria espaço para subjetividades e, menos ainda, para arbitrariedades na aplicação da lei pelo administrador, cuja precípua finalidade seria a consecução imediata do interesse público. Essa visão rígida da legalidade, defendida por autores como Seabra Fagundes²⁵⁵, Di Pietro²⁵⁶ e Celso Antônio²⁵⁷, também dá apoio à versão clássica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Dada a rigidez ao menos ideal ou preliminar dessa concepção, ela será aqui chamada de “legalidade fechada”.

Apesar de dizer muito pouco quanto ao cerne dos problemas interpretativo-aplicativos locais, relacionados aos conceitos jurídicos indeterminados e à discricionariedade, essa concepção de legalidade ainda encontra amplo reflexo na jurisprudência atual dos tribunais pátrios, seja de maneira mais crua ou direta, seja de forma indireta, através de “subprincípios” que muitas vezes vêm sendo aplicados como verdadeiras normas-regras. Exemplo é o “princípio” da vinculação ao instrumento convocatório ou o da vedação de “interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispôs”²⁵⁸.

Críticas recentes vêm colocando este modelo de legalidade como “defasado” face aos novos desafios da aplicação do direito constitucionalizado, repleto de normas principiológicas que complexificam a atuação do aplicador e o posterior controle dessa atuação pelo Judiciário e pela sociedade. Como resultado do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, afirma-se que o paradigma da legalidade enquanto vinculação à lei entrou em

²⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

²⁵⁵ FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 3-5, 145, onde se lê, respectivamente, “Administrar é aplicar a lei de ofício” e “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão”.

²⁵⁶ “Também o princípio da legalidade estaria em crise. É preciso entender, no entanto, que a palavra *crise*, que tem aí um sentido pejorativo, pode conduzir os incautos à conclusão de que o princípio está enfraquecido e caminhando para o fim. Na realidade, o princípio vem passando por toda uma evolução, desde os momentos iniciais sem sua formação, sempre no sentido da ampliação de seu conteúdo e não da redução”: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 8.

²⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 99.

²⁵⁸ Essa tese é reiteradamente invocada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), através da reprodução da síntese do precedente firmado com o Recurso Especial de nº 1.473.150/RS, de relatoria do ministro Mauro Campbell, de 09.12.2015.

crise, e que teria sido superado pela ideia mais ampla e atualizada de juridicidade²⁵⁹, já que não seria suficientemente bem equipado para dar conta desse novo cenário. A juridicidade se constituiria pela ideia mais ampla de adequação às finalidades e ao conteúdo material impostos pelo ordenamento enquanto um sistema normativo constitucionalizado²⁶⁰.

Acontece que a maior parte desses problemas (e soluções) da aplicação do direito administrativo não é nem um pouco nova, especialmente os problemas de subjetividade e de voluntariedade que decorrem da indeterminação do Direito e se relacionam com a discricionariedade²⁶¹. Além disso, se o fato de representar uma concepção predominante na prática judicial e administrativa brasileiras não lhe confere certa legitimidade e força teóricas, especialmente quando posta como objeto de análise da dogmática e da ciência jurídica, as ideias por trás (inferidas) dessa forma fechada de enxergar a legalidade certamente o confeririam. Por isso, no momento histórico atual, parece pouco produtivo antagonizar a legalidade fechada, de um lado, e a ideia de constitucionalização dos direitos, de outro. A rigor, do ponto de vista histórico-efeitual, *essas ideias se complementam*, não se excluem.

É bem verdade que o reconhecimento do caráter principiológico de parte das normas constitucionais também impõe a necessidade de sua concretização ao menos reflexa quando da aplicação das normas infraconstitucionais, em especial através da eficácia objetiva (irradiante) dos direitos fundamentais²⁶². Nesse sentido, após a constitucionalização dos direitos, há uma mudança radical com a institucionalização de complexas finalidades sociomateriais da aplicação dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Mas isso não quer dizer que a dogmática anterior ao neoconstitucionalismo não possuísse elementos para lidar com pretensões mais complexas da aplicação normativa, ou que os instrumentos dessa dogmática fossem completamente inúteis para os “novos problemas” da pós-modernidade.

²⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 25ss.

²⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 142 ss.

²⁶¹ Como se viu, na Alemanha, a discussão dogmática especificamente sobre a relação entre discricionariedade da Administração e a controlabilidade judicial dessa atuação discricionária remonta à década de 60, *do século XIX*. Cf. EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*. Editor: Peter Häberle. Königstein: Athenäum, 1981, p. 175ss.

²⁶² A respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que obriga os aplicadores a interpretar o ordenamento jurídico, especialmente o infraconstitucional, de maneira metodicamente adequada à Constituição, Cf. GIUDICELLI, Gustavo B. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. 2017, p. 139ss; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96ss; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 148ss.

Apesar dessa maior complexidade teleológica — de fundo axiológico —, a dogmática do neoconstitucionalismo ainda tem dificuldades em oferecer respostas concretas para os problemas da aplicação de ordenamentos jurídicos repletos de normas principiológicas. O próprio Alexy critica com dureza a chamada “tese da irradiação”, isto é, a tese da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, considerando que ela não diz muita coisa para além do caráter apenas *prima-facie* obrigatório dos princípios²⁶³.

Contudo, não é preciso concordar com Alexy para reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe severos deveres procedimentais e metódicos ao aplicador, inclusive condicionadores de sua competência interpretativa. São esses deveres procedimentais que fortalecem o significado de discricionariedade jurídica enquanto espaço de liberdade decisória relativa, na medida em que quanto menor for a densidade mandamental da norma e, conseqüentemente, quanto maior for sua liberdade, maior será a carga de justificação (de responsabilidade institucional) a ser empregada pelo aplicador em sua decisão.

É preciso reconhecer que muitas vezes o cumprimento desses deveres metódicos é verificável apenas num momento posterior à decisão, com relação à possibilidade de controle gerada pela justificação concreta e com relação à contribuição dos procedimentos metódicos para a resolução do problema prático anterior²⁶⁴. Embora assumir maiores cargas de justificação diminua a responsabilidade funcional e social do aplicador, isso não exclui a necessidade de controle desse processo justificador, apesar de diminuí-la.

Mas a questão da indeterminação dos textos legais e da discricionariedade não foi inaugurada em si apenas com a constitucionalização dos direitos. A aplicação de normas principiológicas não se confunde com a discricionariedade judicial. Também não há novidade na discussão dogmática mais desenvolvida, que remeteria à ideia de “juridicidade”, sobre a aplicação do Direito enquanto aplicação de um sistema de normas teleologicamente orientado com pretensão de unidade lógica interna, que remonta a Savigny desde o século XIX²⁶⁵.

Dizer que o aplicador do Direito está vinculado à lei pressupõe sustentar que tal aplicação deve ser *sistemática e teleologicamente* guiada pelo ordenamento posto. Isso significa dizer que essa aplicação deve ser guiada por valores normatizados constitucionalmente, como

²⁶³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 477ss.

²⁶⁴ Ávila traz elementos para esta posição ao tratar das eficácias dos princípios: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 101, 136ss.

²⁶⁵ Sobre a discussão da aplicação do Direito enquanto a aplicação de um sistema teleologicamente orientado, cf. CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Trad.: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 10ss, 154ss.

a liberdade dos particulares, que a nada são obrigados senão em virtude de lei²⁶⁶, a segurança jurídica, a previsibilidade da atuação estatal — ainda que relativa e muitas vezes procedimental —. Não há nada de absurdo, de novo ou de indefensável nessas ideias.

Assim, a afirmação de que a aplicação do direito brasileiro *vinculada à lei* entrou numa crise paradigmática deve ser lida *cum grano salis*, como um meio retórico de expressar a necessidade de mudança/adaptação do espírito positivista brasileiro de aplicação do Direito, já que a Constituição faz parte do sistema normativo e codetermina o sentido do que é legal/ilegal²⁶⁷.

Sustentar uma crise, uma superação da ideia fechada de legalidade, pode gerar efeitos contrários negativos, tais como a “alta dose de pessimismo em parte da doutrina de direito administrativo”²⁶⁸. Essas posturas excessivamente críticas também afetam a própria prática judicial no contexto brasileiro, na medida em que alimentam o forte ceticismo interpretativo ainda predominante nos órgãos julgadores (judiciais e administrativos)²⁶⁹. Alimentar o ceticismo e reforçar a incompreensão do papel argumentativo dos métodos interpretativos termina por limitar as possibilidades de adaptação e de reformulação racional da prática jurídica brasileira em sua tarefa de aplicação do Direito²⁷⁰.

É necessário considerar que a dogmática jurídica (administrativista) deve fomentar a prática jurídica de um contexto instrumental necessário e constitucionalmente adequado para a interpretação e aplicação das normas do sistema posto, além de exercer sua função de controle técnico-epistemológico dos métodos bem ou mal utilizados por essa *práxis*²⁷¹. Como mais um elemento de uma “ciência da decisão”, a dogmática deve auxiliar a prática servindo como forma de redutor e de estabilizador da complexidade intercontextual inerente à aplicação normativa,

²⁶⁶ Vide o artigo 5º, da Constituição (“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), além do *caput* do artigo 37 (“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”). Da regra da legalidade extraível desses dispositivos, são deriváveis a segurança jurídica e a necessidade de previsibilidade da aplicação normativa e correspondentes normas metódicas da aplicação do sistema normativo que se impõem no mínimo indiretamente.

²⁶⁷ Como se verá, a vinculação à lei deve ser entendida como *vinculação metódica da argumentação do aplicador ao texto legal* e à “vontade do legislador” hipotético, objetivamente compreendida. Neste sentido, cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 501ss.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2ss.

²⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 297.

²⁷⁰ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 187ss.

²⁷¹ Para as funções e instrumentos da dogmática jurídica, remete-se o leitor para a primeira seção do trabalho.

processando informações e fornecendo respostas para as questões que surgem no confronto da prática judicial com a realidade²⁷², tais quais as que podem surgir quando os interpretes são confrontados com conceitos jurídicos indeterminados e casos complexos, como o conceito de “matéria relevante” exemplificado do citado artigo 32, da Lei 9.784/99, ou o de “crueldade” disposto no art. 225, §1º, VII, da Constituição.

Por outro lado, é bem verdade que a visão brasileira tradicional da legalidade fechada parece levar à conformação excessiva sobre os (d)efeitos da aplicação acrítica da teoria qualitativa do ato administrativo, que, como visto, foi importada da Alemanha para o Brasil através dos trabalhos do português, Afonso Rodrigues Queiró²⁷³, e do espanhol, Eduardo García de Enterría²⁷⁴, com a divisão rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade, que ainda refletia uma realidade da dogmática alemã ligada a um processo histórico do fim do século XIX.

Como visto, para a versão brasileira dessa teoria, que pretende reduzir o controle vindo do Judiciário, o ato seria vinculado quando “não há possibilidade alguma” de seu executor exercer qualquer margem de liberdade ou de voluntariedade quanto ao comportamento a ser adotado. Tal comportamento estaria predeterminado pela norma “perante situação descrita em termos de objetividade absoluta”²⁷⁵. Essa relação entre discricionariedade e vontade, originada na superada divisão entre atos de cognição e atos de volição, leva autores contemporâneos a identificar uma separação forte entre interpretação e discricionariedade²⁷⁶.

É uma teoria que parte de uma antiga — e pré-hermenêutica — separação qualitativa entre discricionariedade e conceitos indeterminados, a partir de uma distinção injustificada entre atos cognitivos e atos volitivos, entre interpretação e decisão, para definir qual seria a atuação do aplicador face a conceitos indeterminados, de um lado, e face à discricionariedade, de outro²⁷⁷. Partindo dessas premissas, autores tradicionais de peso ainda defendem essa

²⁷² WENGER, David R. **Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik**. Vienna: Springer, 2010, p. 83ss.

²⁷³ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, 1969.

²⁷⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 386. Já no capítulo XIX, página 1016, o autor afirma que a discricionariedade não seria do ato administrativo em si, mas da “*apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais*”.

²⁷⁶ Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 72-73.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 83ss.

separação rígida entre discricionariedade e conceitos indeterminados, como Eros Grau²⁷⁸. Essa posição, todavia, não convence.

É preciso considerar, de início, que o contexto de surgimento dessa construção teórica foi completamente diverso e oposto ao contexto em que ela vem sendo empregada no Brasil. Na Alemanha, essa concepção teórica relacionada com a atuação dos tribunais surgiu, na década de 50 do século passado, como forma de *aumentar* o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública, que em outros países e na mesma época seriam enquadrados todos sob a pecha de “discricionários”, apesar de partirem de conceitos indeterminados²⁷⁹. No Brasil, como visto, ela vem sendo utilizada como forma de *diminuir* o controle dos atos administrativos pelo Judiciário “ativista”, sem quaisquer diferenciações contextuais por parte da dogmática local sobre essa justificação prática “originária”, demonstrando que o instituto não foi adequadamente compreendido em seu contexto com relação às suas finalidades de aplicação.

Não há um necessário problema teórico (hermenêutico, pragmático, etc.) em buscar reduzir o controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário. Mas a separação rígida ignora que não há parâmetros seguros e objetivos para estabelecer até onde o processo hermenêutico-interpretativo do aplicador é uma tarefa de vontade, e até onde é uma tarefa de cognição pura (se é que isso existe)²⁸⁰. Esse processo, na verdade, conjuga as duas atividades (vontade e cognição) em vários momentos e dimensões da compreensão hermenêutica que envolve a aplicação do Direito, ainda mais no contexto do agir prático-normativo.

Nesse mesmo sentido, nos anos 80, Ehmke já considerava injustificada essa distinção entre atos volitivos e cognitivos, que buscava definir “discricionariedade” e “conceitos indeterminados” a partir da oposição entre “agir” e “julgar”, respectivamente. Ela ignora que “face à diversidade de situações da vida, toda norma da administração comporta uma certa ‘liberdade de escolha’, uma discricionariedade”. O agir a partir de prescrições normativas, como “poder” e “dever”, é guiado por diferentes graus de volição-cognição, na medida em que as normas estabelecem diferentes densidades mandamentais que são trabalhadas interpretativamente²⁸¹.

Como se viu, diferentemente do objeto de outras áreas do conhecimento como a sociologia ou a psicologia, a aplicação do direito possui pretensões prático-normativas, isto é,

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204-205.

²⁷⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34ss.

²⁸⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45ss, 58ss.

²⁸¹ Cf. EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*. Editor: Peter Häberle. Königstein: Athenäum, 1981, p. 186ss., livre tradução (grifo no original).

aplicar uma norma significa, também, fornecer razões para o agir em relação ao que deve ser, ao que é bom. Quando se diz que o administrador *deve* motivar a aplicação de uma multa, quer-se dizer, também, que é bom que ele motive, que há um resultado prático útil nesta ação de motivar (como o de possibilitar a defesa do sujeito que foi multado). Nesse campo do agir prático-normativo no qual se situa o Direito, todo ato (discursivo) é um ato necessariamente intencional, no sentido de que para ele devem ser fornecidas razões que o justifiquem e que possibilitem uma objetividade²⁸².

Mesmo a ideia de que “a lei”, o texto normativo, sempre deveria trazer respostas prontas e predeterminadas (“em termos de objetividade absoluta”) para os atos vinculados em oposição aos discricionários, abstrai tanto o papel hermenêutico e subjetivo do intérprete quanto a força pragmática que os casos concretos e as modificações históricas exercem sobre os próprios conceitos jurídicos envolvidos. Tais conceitos podem estar tanto no mandamento (consequente) da norma quanto em seu fato-tipo (antecedente), mas a posição dos conceitos nessa estrutura da norma por si só não é determinante para a maior ou menor indeterminação do conceito ou a discricionariedade do aplicador, como supõe a tese da discricionariedade estrita.

Pode-se justificar, com base na experiência, que de modo geral a indeterminação é menor no mandamento, embora se possa supor que uma norma do tipo, “práticas cruéis contra animais são vedadas, sob pena equivalente à crueldade”: a alta indeterminação é gerada pelos dois elementos da norma, antecedente e consequente. Antes dessa indeterminação levar à necessidade de diferenciação de tipos de conceitos indeterminados, parece ser fulcral que os aplicadores tenham condições e deveres de chegar a uma conclusão sustentável, defensável. E no plano do agir orientado por normas, isso só pode significar uma decisão justificada, controlável.

Como visto, Müller chega a afirmar que o texto em si não traz uma norma, uma imediata vinculação comportamental, na medida em que ela seria *sempre* o resultado hermenêutico final de uma construção metódico-argumentativa do aplicador. O texto em si só possuiria “sentido” (potencial) e, portanto, validade (*Geltung*)²⁸³. Contudo, o texto traz mais do que meras “diretivas de agir”: a depender de sua formulação e do seu contexto ele é capaz de vincular mais ou menos o comportamento do aplicador.

²⁸² TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 125 ss.

²⁸³ Cf. MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 32ss, tradução livre.

A ideia dogmática que separa volição e interpretação deposita excessivas expectativas de segurança no “direito prévio”, não fornecendo elementos mínimos para que o intérprete lide satisfatoriamente com sua discricionariedade, decorrente da indeterminação atual ou potencial dos conceitos jurídicos. A visão qualitativa da discricionariedade, portanto, não consegue trabalhar de maneira produtiva e realista com a indissociável subjetividade “preconceituosa” do intérprete-aplicador do Direito, menos ainda com as dimensões *pragmática* e *hermenêutica* da aplicação normativa.

Pelo que foi visto até aqui, é importante fixar algumas conclusões. No caso exemplificado, do texto do artigo 32, da Lei 9.784/99, o intérprete-aplicador terá discricionariedade tanto para preencher o termo indeterminado (questões relevantes) presente no antecedente normativo, quanto para realizar ou não a audiência pública (poderá realizar audiência pública) prevista no consequente. Ele pode chegar à conclusão, contudo, de que há maior discricionariedade no preenchimento desse conceito específico do que na faculdade de realizar ou não a audiência pública, especialmente frente ao sistema normativo e a um determinado caso concreto. Isto porque caso ele resolva não realizar a audiência pública, após preencher o termo “questão relevante” positivamente e com uma argumentação referida ao caso concreto, ele deverá justificar argumentativamente sua atuação discricionária de não realiza-la, considerando inclusive a argumentação anteriormente feita no preenchimento do termo indeterminado.

Essas conclusões apontam para a necessidade de se considerar que o processo de aplicação normativa discricionária se constitui, em sentido *lato*, desde a construção dos textos legais (pelo legislador ou por quem lhe faça as vezes), até sua aplicação por diferentes órgãos (várias instâncias administrativas e judiciais, muitas vezes com competências conflitantes) e seu controle prévio, concomitante ou posterior, pelos órgãos de controle e pela sociedade, num complexo processo prático de construções e reconstruções interpretativas dos sentido normativos do texto.

A dimensão mais textual desse processo de aplicação frequentemente tem de lidar com *diferentes tipos de conceitos indeterminados*, que exigirão uma distinta atuação interpretativa e muitas vezes uma específica capacidade técnica e uma competência especializada mais complexa do órgão decisório. Essa dimensão textual e, portanto, prévia, também poderá influenciar na medida do posterior controle realizado pelo Judiciário sobre a atuação discricionária da Administração²⁸⁴.

²⁸⁴ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71ss.

Além disso, os mesmos textos legais estabelecem normas que têm como destinatários mediatos e imediatos tanto os particulares quanto os próprios interpretes-aplicadores, na medida em que toda norma pressupõe sua aplicação por alguém, mesmo quando o texto isolado não se refira literalmente ao seu aplicador. Por isso, fora de um contexto do controle judicial dos atos administrativos, não faz muito sentido separar rigidamente a discricionariedade judicial da administrativa, já que em ambas as situações o aplicador atua com discricionariedade *jurídica*²⁸⁵.

Nessa esteira, conclui-se que quando se parte da premissa de que discricionariedade pode ser dogmaticamente conceituada como liberdade relativa de decisão, infere-se, também, que tanto a chamada discricionariedade estrita quanto os conceitos jurídicos indeterminados constituem hipóteses de aplicação discricionária do ordenamento jurídico.

Impõe-se reconhecer, nesse sentido, que, face à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, há discricionariedade tanto na atuação do administrador quanto na do juiz. Do ponto de vista metódico-normativo, à toda liberdade de agir do Estado corresponde um proporcional ônus de justificação dessa atuação. Além de trazer soluções, essa visão traz grandes problemas, pondo em questão, também, sua utilidade, que será melhor analisada na última etapa do trabalho.

3.4 POSSÍVEIS CAMINHOS PARA UMA COMPREENSÃO ESTRUTURAL DA QUIMERA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

Do ponto de vista dogmático-teorético, conceitos indeterminados devem ser vistos como uma técnica legislativa de abertura interpretativa daquelas matérias sobre as quais o legislador não antecipou sua decisão. Nesses casos de indeterminação, o legislador relega decisões políticas, morais, normativas etc. para outro momento: o da aplicação decisória pelo juiz ou pelo administrador. Com isso, ele também transfere a responsabilidade política e o foco do controle jurídico e social para o aplicador do Direito e para a dogmática jurídica²⁸⁶.

Mas é evidente que em boa parte dos casos a indeterminação dos conceitos normativos decorre de fatores não antecipados pelo legislador. São os casos em que a vagueza normativa provém de fatores pragmáticos ou histórico-hermenêuticos, em situações de “vagueza

²⁸⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.

²⁸⁶ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 287 ss.

pragmática”, ou potencial, e de “vagueza atual”, prévia ou hermenêutica²⁸⁷. Aqui, é válido questionar até que ponto é justificável considerar como técnica legislativa a indeterminação não antecipada pelo legislador, embora a ideia de técnica legislativa assuma uma natureza artificial e normativa.

Tem-se, portanto, que os trilhos para a compreensão da indeterminação dos conceitos jurídicos são constituídos por basicamente três linhas, reciprocamente imbricadas — sobre as quais anda a Quimera da indeterminação: uma técnico-legislativa, uma hermenêutica e uma pragmática. Por questões didáticas, associaremos à primeira linha técnico-legislativa uma indeterminação *direta* ou *imediate*, vinda diretamente do texto legal e da situação topográfica desse texto em relação ao ordenamento jurídico. Já as linhas hermenêutica e pragmática serão associadas a uma indeterminação *indireta* ou *mediata*, relacionada aos intérpretes e aos diferentes contextos de aplicação.

A linha técnico-legislativa do trilho da indeterminação depende, sobretudo, dos interesses políticos do legislador e das questões de política legislativa. A linha hermenêutica desse trilho pode ser vista sob o aspecto coletivo (dos órgãos colegiados, da dogmática, da sociedade) e sob o aspecto individual (do julgador, sua formação técnica, sua história e seus preconceitos), que se codeterminam. Tal linha está relacionada, também, a como esses atores constroem a história da aplicação normativa na tradição em que estão inseridos.

Já a linha pragmática desse trilho pode ser enxergada a partir da linguagem, com sua estrutura contextual e normativa, do contexto de aplicação e das consequências dessa aplicação. Na aplicação normativa de conceitos indeterminados, essa linha pragmática tem a ver com as ideias de comparação (analogia) entre casos concretos e entre normas, complementação a partir de casos semelhantes, indução a partir de casos exemplares, proporcionalização através da consideração de consequências práticas em relação a determinadas finalidades, etc.

O conceito jurídico de “matéria relevante” fornece alguns exemplos desse trilho triplo (técnico, hermenêutico e pragmático) da indeterminação normativa direta. O legislador pode muito bem refletir no conteúdo material de determinada lei quais as matérias que considera relevantes, face à presença das quais os aplicadores têm mais elementos metódico-normativos para identificar interpretativamente uma “matéria relevante” e se determinar em relação ao seu

²⁸⁷ Neste sentido, Cf. KRELL, Andreas J. **Discrecionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20; STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In*: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (orgs.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PoD / PUC-Rio, 2014, p. 171-219, p. 180ss.

papel na cadeia de aplicação, para além da cláusula geral trazida pelo citado artigo 32, da Lei 9.784/99.

Exemplo dessa normatização de conteúdos materiais é a obrigatoriedade da realização de audiências públicas especificamente para o processo de elaboração dos planos diretores e de sua fiscalização, determinada pelo inciso I²⁸⁸, do §4º, do artigo 40, da Lei 10.257/2001, que regulamentou os artigos 182 e 183, da CF/88. Por uma decisão técnico-legislativa, que normatizou o conteúdo material relacionado ao “processo de elaboração do plano diretor”, pode-se dizer que a elaboração dos planos diretores é uma matéria relevante sem maiores problemas metódicos iniciais: nesse contexto normativo, a indeterminação do conceito jurídico de “matéria relevante” foi reduzida por uma decisão legislativa.

Do ponto de vista hermenêutico, ao normatizar maiores conteúdos materiais, o legislador também confere mais elementos pré-conceituais para o interprete reconstruir os sentidos dos conceitos jurídicos envolvidos, como no caso de “matéria relevante”: indeterminação direta e indireta estão correlacionadas. Por outro lado, ao não aumentar esse conteúdo material das normas, o legislador confere menos elementos pré-conceituais para os aplicadores a partir dessa omissão decisória, de maneira que haverá uma maior carência de argumentos jurisprudenciais, sistemáticos, teleológicos, históricos, dogmáticos, etc.

Consequentemente, a indeterminação direta e os esforços metódico-hermenêuticos do órgão de decisão serão proporcionalmente maiores quanto menos elementos materiais o legislador lhes antecipou. Esses esforços serão menores, contudo, em casos como o do artigo 40, §4º, I, da Lei 10.257/2001, onde há a antecipação direta de conteúdos materiais.

Numa dimensão institucional e coletiva, esses trilhos hermenêuticos da indeterminação indireta também possuem outros exemplos, como quando se olha para o papel que os precedentes dos Tribunais assumem para as posteriores aplicações (pelos Juízos de primeira instância, e pelo próprio órgão que criou o precedente) dos conceitos indeterminados objetos de decisões anteriores, ou sobre a capacidade técnica específica exigida em concursos públicos, ou em processos de indicação, para determinados órgãos de decisão/fiscalização (como o Instituto do Meio Ambiente – IMA).

Na dimensão individual (que também pode se relacionar às competências técnicas do órgão de decisão), a indeterminação pode advir da maior ou menor capacidade técnico-informacional do órgão ou autoridade decisória, já que isso pode aumentar ou diminuir o

²⁸⁸ “Art. 40. [...] § 4o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;” (grifo nosso)

aparato preconceituoso que constituirá as razões de decisão daquele órgão dentro de um determinado espaço de tempo. É uma questão de maior ou menor pré-delimitação das fronteiras da “luta semântica pelo significado do texto legal” a que se referem Müller e Christensen²⁸⁹, constituída pela pré-compreensão daqueles envolvidos na tomada de decisão num determinado momento histórico.

Já do ponto de vista pragmático-contextual, a indeterminação direta pode ser aumentada ou diminuída por conta da escassez ou não de um contexto normativo relacionado ao conceito indeterminado. Seguindo o exemplo do conceito de matéria relevante, pode-se dizer que no contexto normativo do processo de elaboração dos planos diretores, os aplicadores possuem mais elementos pragmáticos para reconstruir o sentido normativo de matéria relevante e determinar com mais segurança quando devem ou não realizar audiências públicas sem precisar fazer recurso a outros argumentos. Essa lógica também se aplica a casos *análogos*, que conseguirão um apoio contextual maior para identificar a presença ou não de uma matéria relevante, mesmo sem disposições normativas específicas.

Mesmo com essas descrições prévias, as três linhas dos trilhos nas quais anda a Quimera da indeterminação jurídica continuam soltas, elas precisam de algo para amarrá-las, para torná-las estáveis, elas precisam de travessas de madeiras (também chamadas de “dormentes”) para ganharem alguma estabilidade. Essas travessas são constituídas pelo que mais cedo chamamos de os três pilares da aplicação normativa: discurso racional, dogmática (especialmente suas funções hermenêutica e pragmática) e métodos de interpretação. Dessa constituição e da busca pela estabilidade na aplicação normativa é que decorre a relação necessária entre a aplicação de conceitos indeterminados e os métodos de interpretação, abordados na próxima seção.

²⁸⁹ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 60 ss.

4 A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE O PREENCHIMENTO DISCRICIONÁRIO DE CONCEITOS INDETERMINADOS E OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Num contexto em que o constitucionalismo estava em ascensão desde o período pós-guerra, o processo de redemocratização do Brasil foi formalmente marcado pela promulgação da Constituição de 1988. Como resultado de um complexo processo político, ela reuniu as pretensões mais diversas da sociedade brasileira. Até mesmo grupos minoritários, politicamente sub-representados ao longo da história, encontraram alguma forma direta ou indireta de proteção jurídica de seus interesses. Mas como conciliar todas essas pretensões na prática decisória da aplicação do Direito? O que essa discussão tem a ver com a Quimera-dos-conceitos-jurídicos-indeterminados e com o *Iceberg* dos métodos interpretativos?

Responder a essa pergunta constitui o cerne dos maiores problemas metódicos da aplicação normativa no cotidiano dos operadores do direito brasileiro, inclusive nos ramos mais tradicionais como o Penal e o Civil, já solidificados com seus próprios métodos e costumes, muitas vezes refratários ao caráter contraditório das normas constitucionais. Nesta senda, os métodos de interpretação do direito voltaram ao centro das discussões dogmáticas sobre os problemas da aplicação após a normatização de complexos objetivos e valores sociais pela nova Constituição.

Por geralmente suscitarem discussões a partir da superfície da prática dos tribunais, comportando também profundas questões filosóficas, a respeito das funções dos métodos na atualidade do período pós-metafísico, como as vistas na primeira seção, o problema de pesquisa a eles relacionado é aqui chamado de *iceberg* dos métodos interpretativos.

Em termos gerais, faz um bom tempo que a doutrina constitucionalista já extrai da história importantes elementos para a aplicação do direito brasileiro em tempos de neoconstitucionalismo. Autores como Paulo Bonavides²⁹⁰, Ricardo Lobo Torres²⁹¹, Luís Roberto Barroso²⁹², Cláudio Pereira em coautoria com Daniel Sarmiento²⁹³ e Humberto

²⁹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447 ss.

²⁹¹ Veja-se, TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135 ss.

²⁹² Vide BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110 ss., 347 ss.

²⁹³ Cf. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 410 ss.

Ávila²⁹⁴, trabalham com afinco as questões dos métodos interpretativos (subsunção, ponderação de interesses, cânones interpretativos etc.), de forma construtiva e com uma preocupação dogmática com a prática, embora no campo eminentemente constitucional e tributário. Ainda são incomuns esforços para a contextualização dos métodos a ramos mais específicos do direito, como o Administrativo e o Ambiental.

Inegável que, como todos os outros, tais ramos têm seus alicerces na Constituição, a exemplo da normatização trazida pelos artigos 37²⁹⁵ e 225²⁹⁶, cuja aplicação depende, ao fim e ao cabo, do aparato formado pelas normas constitucionais. Mas a relação de sua prática específica e os métodos de interpretação ainda é recheada de lacunas metódico-dogmáticas, o que diminui a densidade do contexto normativo prévio e aumenta a insegurança hermenêutica da prática, em especial quando esta se vê obrigada a aplicar e controlar normas resultantes da aplicação de conceitos indeterminados²⁹⁷.

Atualmente e de forma geral, como visto, o STF e o STJ fixaram o posicionamento de que o chamado “mérito administrativo”, as questões de “oportunidade e conveniência”²⁹⁸, e a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração somente seriam controláveis em casos de “grave ilegalidade”²⁹⁹. Além disso, em matérias de direito Administrativo é difícil que a prática judicial associe a aplicação de suas normas aos métodos interpretativos, como se estes fossem restritos ao campo do direito constitucional, ou como se o direito constitucional e o direito administrativo fossem coisas completamente diversas.

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 158 ss.

²⁹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

²⁹⁶ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁹⁷ Sobre a importância de um padrão metódico hermenêutico-dogmático prévio, como garantia de uma melhor programação de eficácia de normas (ambientais), cf. KRELL, Andreas J. *The Reduced Normative Programming Of Environmental Protection Laws In Brazil And Their Poorly Organized Methodically Interpretation*. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 15, n. 03, p. 3-17, set./dez., 2020.

²⁹⁸ Cf. o julgamento do Agravo Interno em Mandado de Segurança nº 22.526/DF pelo STJ, com relatoria do Min. Gurgel de Faria, em 10/05/2017, de cuja ementa se extrai a seguinte conclusão vinculativa em relação ao controle do processo administrativo: “2. No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade, de maneira que se mostra inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar para adotar conclusão diversa da adotada pela autoridade administrativa competente.” (grifo nosso)

²⁹⁹ É comum que as turmas do STJ façam menção ao posicionamento consolidado da Corte no seguinte sentido, de acordo com excerto extraído da ementa do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial 1271057/PR, relatado pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/05/2017: “1. Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo.”

A aplicação de conceitos indeterminados — uma verdadeira Quimera — pela prática em geral já não é nada fácil, como visto com a tripla estrutura dos trilhos da indeterminação, que possui uma linha técnico-legislativa, uma hermenêutica e outra pragmática. Sem um contexto prévio de uma dogmática antiga, enraizada na própria história, de um encadeamento discursivo racional e sem métodos de interpretação, a instabilidade e insegurança causadas pela Quimera da indeterminação ficam ainda mais insustentáveis.

4.2 O DISCURSO PRÁTICO-ARGUMENTATIVO COMO CONTEXTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Ainda não é claro para boa parte da doutrina, e para a maior parte da prática judicial, por que tomar decisões com base em interpretações possíveis não é uma atividade arbitrária ou equiparável a “dar opiniões desprezíveis”, especialmente no contexto de uma argumentação jurídica metodicamente articulada. As metáforas da Quimera, do *Iceberg* e dos trilhos do trem sobre o qual a Quimera anda, vêm para tentar demonstrar, ao fim de tudo, que a aplicação de normas jurídicas por seres eminentemente subjetivistas, “interpretativistas”, parciais, não implica aceitar que “tudo vale”, que qualquer coisa pode ser verdade, ou que esforços metódicos e racionalistas de nada servem.

Não se trata, por outro lado, de estabelecer uma objetividade última e universal sob a imposição discreta de uma única forma de racionalidade que deveria ser seguida pela aplicação normativa. Trata-se de buscar trazer à evidência, a partir de alguns consensos e reconhecimentos intersubjetivos, que há “pontos de apoio” na linguagem, na cultura linguística do nosso povo, na história de aplicação do direito, no ordenamento jurídico interno, que permitem falar numa “racionalidade histórica”³⁰⁰ palpável para o agir jurídico-decisório, necessariamente mutável³⁰¹.

No plano ideal, a pretensão de racionalidade do discurso prático em geral levaria ao estabelecimento de algumas “regras de ação”, derivadas de uma “situação ideal de fala” na qual se busca garantir aos partícipes iguais condições de comunicação livre de coações. São regras antes de tudo procedimentais, mas que ao fim e ao cabo determinam o sentido que os conceitos utilizados nessa forma de agir possuem.

³⁰⁰ VATTIMO, Gianni. **Da realidade:** finalidades da filosofia. Trad.: Klaus Brüsche. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 45 ss.

³⁰¹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 255-257; JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28, 33 ss.

Essas regras visam garantir, através de “redistribuições institucionais” mínimas³⁰² das oportunidades de uso dos atos de fala, que todo aquele que levanta uma pretensão de correção moral ou de dever-ser possa fundamentá-la, isto é, possa fornecer razões para sustentar sua pretensão sobre o que é bom, *justo, devido, correto*³⁰³. No nível do discurso prático, essa situação ideal se expressa também através de deveres de potencialização da comunicação — embora sob condições limitadas — que envolvem a abertura dos processos interpretativos.

Sob o enfoque do agir prático, como o que predomina na aplicação do Direito, essas pretensões (morais/normativas) de racionalidade *exigem* que o falante fundamente seus enunciados “assertóricos”, ou seja, enunciados em que o falante toma uma posição entre sim e não, sempre que isto lhe seja requerido ou imposto pelo sistema normativo, ou que ao menos dê razões que justifiquem o porquê de não o fazer.

Tal exigência seria universalmente justificada, de forma curta, por necessidades “pragmático-transcendentais” de comunicação que visam a garantir uma espécie de “mínimo potencial de compreensibilidade comunicativa”³⁰⁴. Veja-se que essa exigência assume uma dimensão normativa, já que todo aquele que participa do discurso deve fornecer elementos mínimos para que os demais o compreendam e, eventualmente, entrem em consenso, complementem-no ou dele discordem. A partir dessa “regra geral de fundamentação”³⁰⁵, são derivadas como um conjunto de possíveis teias argumentativas as demais regras fundamentais do discurso prático-racional, além das regras específicas de justificação dos enunciados normativos, das regras de carga de argumentação, das formas de argumento e das regras de fundamentação³⁰⁶.

Apesar das dimensões universalistas e objetivistas dadas por Alexy a sua Teoria da Argumentação, a ideia alexyana de discurso jurídico-argumentativo como caso especial do

³⁰² Mínimas porque os discursos práticos sempre acontecem sob limitações contextuais de tempo, material, etc.: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 269 ss.

³⁰³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 135ss.

³⁰⁴ A respeito de parte do pensamento que antecedeu a pragmática comunicativo-transcendental, Vide HABERMAS, Jürgen. *A lógica das ciências sociais*. 2. ed. Trad.: Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 144ss.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 155ss, 167-168.

³⁰⁶ Tais regras do discurso formam o pano de fundo da argumentação prático-normativa, especialmente para a Teoria dos Direitos Fundamentais alexyana, mas sua análise crítica mais detalhada não é suportada pelo necessário pelo corte predominantemente descritivo do presente trabalho. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 233ss.

discurso prático em geral parece se justificar face ao caso específico do contexto brasileiro de aplicação.

A estruturação do discurso dogmático e do discurso da práxis em argumentação racional se justifica na medida em que esse modelo argumentativo admite o exercício de uma racionalidade histórica local, isto é, uma racionalidade jurídica individualizada que parta, num primeiro momento, das interpretações concretas da Constituição Federal de 1988, da legislação local, do discurso travado pela jurisprudência do STF, do STJ, dos demais órgãos de decisão, e da dogmática jurídica brasileira, sem deixar de lado as normas internacionais e o direito comparado. Não é uma forma de racionalidade alienígena que se impõe abstratamente ou em razão de uma pretendida universalidade.

No discurso jurídico-racional, enquanto caso especial do discurso prático em geral, há algumas especificidades contextuais que se impõem pragmaticamente, já adiantadas na primeira seção do trabalho quando falamos das pretensões inerentes à aplicação normativa³⁰⁷. Para Alexy, as próprias pretensões de correção e de fundamentabilidade adquirem especificidade quando consideradas dentro do contexto jurídico, na medida em que as decisões jurídicas pretendem ser justas/corretas sempre em referência a um dado ordenamento jurídico (constitucionalizado)³⁰⁸.

As regras gerais do discurso argumentativo levam, num primeiro momento, à proibição *a contradição interna*, além da vedação de *utilização de mesmas expressões* (normativas) *com significados diferentes*, e obrigam *a aplicação de predicados determinados a objetos com as mesmas características*, elevando a importância da comparação analógica como método interpretativo³⁰⁹.

Sob uma justificação interna ao ordenamento jurídico (com pretensão de logicidade e coerência)³¹⁰, a justeza ou correção de uma decisão depende, em última instância, do quão adequada sua justificação é com base na Constituição. A partir das premissas delineadas acima, fica claro que o sentido prévio e estrutural dessa adequação à Constituição é o de adequação metódica, “procedimental”, na medida em que através dos procedimentos de justificação é que os demais sentidos propriamente materiais e axiológicos são postos em evidência, tornando-se

³⁰⁷ Pretensões de “decidibilidade” (decidir, isto é, fixar um desfecho definitivo a um caso prático a partir de razões argumentativamente formuladas, ainda que envolva alguma forma de composição) e de “obrigatoriedade” (obrigar, vincular ou normatizar a conduta de terceiros, inclusive dos próprios aplicadores das normas).

³⁰⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 265ss.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 234ss.

³¹⁰ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; Contraponto, 2016, p. 21 ss.

controláveis e integráveis.

Não por outro motivo é que, quanto menor é a densidade mandamental das normas incidentes num caso concreto, maior é a discricionariedade jurídico-interpretativa do aplicador e maior (em termos de qualidade e de quantidade) é a carga de argumentação referida ao ordenamento e à Constituição que deve ser assumida por ele. Discricionariedade e ônus metódico-argumentativo são, como visto, igualmente proporcionais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 eleva essa genérica “referência ao ordenamento” ao nível normativo de uma regra que obriga a fundamentação de todas as decisões judiciais expressa pelo seu artigo 93, inciso IX³¹¹, o que permite uma justificação de uma teoria da argumentação, como a alexyana, com referência interna ao ordenamento brasileiro.

Isso significa que pode ser teoricamente válida a proposição de que a correção racional das decisões jurídico-normativas tomadas pelos três poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) depende sempre do fato de sua justificação estar em adequação à Constituição de 1988 e ao sistema normativo por ela instituído³¹². Essa adequação genérica possui um significado sobretudo metódico, que é mais ou menos determinado pelo legislador na medida em que fornece mais ou menos elementos normativos para que o intérprete justifique suas decisões a partir do contexto prévio de que dispõe.

Um tal refinamento procedimental, com a imposição de maiores e mais qualificadas cargas argumentativas ocorre de maneira explícita no plano infraconstitucional, como nos casos do mencionado artigo 50, da Lei 9.784/99, além do artigo 20 e parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), e do artigo 489, §1º, inciso IV³¹³ e demais, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Apesar desse ônus metódico preliminar do art. 93, IX, da CF/88, normativamente densificado pela norma do art. 489, §1º, do CPC/15, ainda há grande resistência por parte dos tribunais brasileiros de conferir-lhe eficácia social, efetividade. Exemplo tem sido o caso de o STJ reiterar seu entendimento no sentido de que “*o julgador não está obrigado a responder*

³¹¹ Artigo 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Da própria ideia de legalidade (artigo 5º, II), segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, que também predetermina relativamente aquilo que é (in)constitucional, são deriváveis regras metódicas de fundamentação de decisões jurídicas (judiciais, administrativas e legislativas).

³¹² ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 272.

³¹³ “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”.

todas as questões suscitadas pela parte”³¹⁴, conforme se extrai de diversas ementas de seus julgados em recursos especiais que alegam violação ao citado artigo 489, §1º, IV, do CPC/15. Tal situação também aumenta a responsabilidade da dogmática jurídica local no que tange ao tema dos métodos de interpretação.

Fica claro que, apesar dessa atual resistência da prática em assumir/reconhecer que possui um maior ônus metódico-argumentativo em determinados casos, o próprio ordenamento brasileiro já impõe normas estruturais claras (com alta densidade mandamental) que determinam uma espécie de “mínimo comportamento metódico” que os intérpretes devem observar. Além de expressarem uma forma de eficácia legislativa (vinda do Poder Legislativo) da regra constitucional do inciso IX, do artigo 93, da Constituição, normas como as dispostas no artigo 50, da Lei 9.784/99, no artigo 20 e parágrafo único, da LINDB, e no art. 489, §1º, do CPC/15, podem ser vistas como um reconhecimento institucional local da necessidade de melhor fundamentação das decisões jurídica no Brasil.

Nesta senda, a conjugação da norma contida no citado texto do artigo 93, inciso IX, por exemplo, que se volta predominantemente à vinculação da conduta dos intérpretes formais da constituição, com a norma do artigo 5º, inciso II, que, em sua dimensão vertical, obriga que toda atuação do Estado ocorra dentro do sistema legal-constitucional, acaba trazendo de maneira normatizada as mencionadas regras do discurso que estabelecem *cargas de argumentação* diferentes para determinados contextos materiais e axiológicos — portanto, com pesos normativamente predeterminados.

Do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, esse ônus metódico-racional pode ser considerado uma das feições da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que não se impõem à concretização do ordenamento apenas como valores de aplicação³¹⁵, mas também se impõem sob a forma de deveres estruturais de maiores cargas argumentativas para eventual restrição, em casos concretos, dos valores materializados pela Constituição.

Para Ana Paula de Barcellos, essa feição metódica do discurso jurídico se expressa como uma “eficácia interpretativa” dos princípios constitucionais, impondo que “os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados”. A natureza normativa desse dever metódico decorrente dos direitos

³¹⁴ Conferir, por todos, o restante da conclusão do Acórdão no REsp 1757744, do Rio Grande do Sul, julgado em 07/02/2019, sob a relatoria do Ministro Francisco Falcão.

³¹⁵ Como explica Giudicelli, para além da feição instrumentalizada em espécies normativas (regras e princípios), os direitos fundamentais possuem uma eficácia objetiva transcendente de valores materializados pela Constituição, “impondo o reconhecimento do caráter axiológico desses direitos, enquanto elemento de legitimação do ordenamento jurídico”: GIUDICELLI, Gustavo B. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. 2017, p. 142.

fundamentais se materializa com o fato de que “se deve poder exigir que o magistrado faça essa opção” interpretativa³¹⁶.

Pelo visto até aqui, não é difícil concluir que o próprio sistema normativo constitucional brasileiro já antecipa os limites de uma argumentação racional juridicamente possível a ele referida, em especial quando impõe de maneira direta e expressa os objetivos que devem pautar a aplicação de suas normas, com fortes conteúdos materiais e valores formalizados³¹⁷.

Exemplo desse tipo de “formalização de conteúdos materiais e de valores” são os diversos objetivos trazidos pela Constituição que devem sempre orientar, objetivamente, sua interpretação em toda aplicação normativa individual, ainda que do ordenamento infraconstitucional, como os literalmente trazidos pelos incisos do seu artigo 3º³¹⁸.

Nesse contexto interno mais concreto, a obrigação de racionalidade metódica instituída pela Constituição (tal como o exemplo do artigo 90, IX) resulta menos de “necessidades pragmático-transcendentais” de comunicação intersubjetiva ou de uma universal “situação ideal de fala” do que de um compromisso metódico baseado em visões de mundo, preconceitos culturais normatizados por uma maioria democrática de uma determinada sociedade, tal qual o compromisso conjunto de buscar “uma sociedade livre, justa e solidária”³¹⁹.

Por conseguinte, as redes de argumentações juridicamente possíveis, isto é, adequadas à Constituição, implicam em exigências metódico-objetivas preliminares em todo ato de aplicação dos direitos fundamentais, especialmente no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, como o da “crueldade”, o do “confisco”, “dano moral coletivo”, que deve ser pautado por uma argumentação referida às normas constitucionais formadoras do contexto no qual o conceito indeterminado está inserto.

Isto também significa que o processo de aplicação normativa discricionária deve tanto ser *coerente*³²⁰ em relação às aplicações anteriores do mesmo texto normativo em casos

³¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96-97, 102.

³¹⁷ GIUDICELLI, Gustavo B. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais:** parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. 2017, p. 139ss.

³¹⁸ “Art. 3º. Constituem *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:* I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifo nosso).

³¹⁹ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. **Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre.** 7. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 368.

³²⁰ Em sua forma mais simples, a coerência não permite contradições internas: se a dignidade humana é protegida pela Constituição, e num caso concreto conclui-se que uma conduta viola a dignidade humana, tal conduta não é suportada pelo sistema objetivo de valores. Essa situação não ignora a conflituosidade inerente às colisões normativas que ocorrem principalmente *in concreto*, mas obriga a uma sintonia entre as conclusões da argumentação e a solução final do caso prático.

análogos³²¹, como também ser *íntegro* com o sistema normativo posto³²². No Brasil, o legislador infraconstitucional reconheceu a importância das exigências metódico-interpretativas de coerência, de coesão e de integridade, e as impôs também explicitamente pela sistemática do CPC/15³²³.

Uma crítica “realista” à pretensa racionalidade da argumentação metódica é bastante invocada, no sentido de que as formas de argumento da fundamentação de uma decisão podem ser empregadas de forma estratégica, apenas com vistas aos resultados práticos (bons ou ruins) que seu emprego irá proporcionar.

A essa crítica objeta-se que mesmo quando os argumentos são expostos estrategicamente na fundamentação de um resultado pré-selecionado, eles acabam sendo expostos, aptos, portanto, a serem intersubjetivamente compreendidos, controlados e eventualmente reformulados³²⁴. Além disso, mesmo nesses casos de emprego estratégico de argumentos, a fundamentação da decisão se desprende das intenções do órgão decisório, gerando efeitos históricos imprevisíveis, que enriquecerão o debate, a crítica e, conseqüentemente, a cultura de aplicação.

Isso não quer dizer que haverá um maior subjetivismo, decisionismo, arbitrariedade ou insegurança jurídica do que já existe. Essas ideias são alimentadas pela utopia da neutralidade/anti-subjetividade do aplicador da lei e pela ausência de um contexto dogmático e metódico que pudesse preencher o vazio argumentativo deixado pelo neopositivismo lógico. Como visto, após a virada linguística, os métodos interpretativos assumem funções de racionalização do discurso jurídico, eles potencializam a compreensibilidade, a possibilidade de controle e a própria reformulação dos motivos das decisões no futuro. Ao potencializar essa compreensão, permitir o controle e a previsibilidade das decisões, os métodos reúnem legitimidade³²⁵ e objetividade³²⁶.

³²¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2009, p. 197ss, 255ss.

³²² Complementando a coerência, a integridade obriga o aplicador a considerar as normas individuais anteriormente estabelecidas em casos semelhantes, ressaltando argumentativamente quais as características do caso sob análise são semelhantes às dos anteriores e quais são diferentes, como forma de encaixá-lo na mesma estrutura normativa de um caso anterior ou de excluí-lo do âmbito de aplicação dessa estrutura normativa.

³²³ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, *íntegra e coerente*” (grifo nosso).

³²⁴ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 307ss.

³²⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 140 ss.

³²⁶ No contexto do pós-reviravolta linguístico-pragmática, é comum a referência a uma objetividade “fraca”, em oposição à aqui rechaçada objetividade “forte”, que é aquela objetividade universal: Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, p. 363-380. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto;

Além dessa função quádrupla de uma argumentação metódica — de compreensão, controle, previsibilidade e possibilidade de reformulação — para cada argumento em relação ao enunciado que ele pretende sustentar, essa exposição permite que o próprio modelo de argumentação jurídica possa ser reformulado como um todo a qualquer momento. Isto porque a obrigação que se assume de exposição de razões aptas a sustentar afirmações e de potencialização das comunicações, exigida por um tal modelo argumentativista, possibilita uma análise histórica permanente de seus efeitos prático-discursivos, garantindo a possibilidade de questioná-lo a todo momento numa espécie de discurso histórico contínuo. Um modelo que permite a ação institucional a partir da omissão discursiva de razões (morais, normativas, históricas, teleológicas, sistemáticas etc.) impede sua avaliação em diferentes momentos históricos, dificulta o controle posterior de seus efeitos e sua previsibilidade, também prejudicando as possibilidades de reformulação.

Pelo que foi visto, a Constituição brasileira obriga, assim, que a afirmação de um direito seja sustentada, antes de tudo, por razões normativas, por argumentos controláveis construídos a partir de referências ao sistema objetivo de normas e de valores por ela instituído³²⁷, e não por meras opiniões dos intérpretes ou por livres escolhas entre interpretações possíveis. Quando da aplicação do direito, os próprios fatos a partir dos quais se pretende justificar a existência de um direito são construídos dentro, não fora dessas estruturas discursivo-argumentativas constitucionalmente adequadas³²⁸.

Pode-se concluir, portanto, que a exposição metódica das razões de quem decide permite uma justificação “mais pragmática” da decisão jurídica e das consequências práticas a ela atribuídas, levando à exposição dos preconceitos que guiam as instituições e tornando possível que se verifique, hermeneuticamente, quando as mesmas caem em contradição e em incoerência em relação às finalidades que perseguem, ampliando as possibilidades de controle, de conformação e de estabilização intersubjetivos³²⁹. Por isso, o discurso racional figura como um dos três pilares da aplicação de conceitos indeterminados, ao lado da dogmática e dos métodos interpretativos, que formam o contexto de densidade mandamental no entorno da aplicação desses conceitos.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367.

³²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 477ss

³²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125ss.

³²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.

4.3 O PAPEL DA DOGMÁTICA JURÍDICA PARA A APLICAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS NUM CONTEXTO DE RACIONALIDADE DEFICIENTE

Foi visto que uma visão hermenêutica do fenômeno da aplicação de conceitos indeterminados enxerga a dogmática como uma tradição que lega preconceitos, razões para a práxis judicial preencher aqueles conceitos indeterminados, o que envolve, também, uma atividade de revisar e de estabelecer os efeitos históricos da aplicação desses conceitos.

Há tempos que a dogmática brasileira tradicional já indica importantes elementos hermenêuticos e pragmáticos que auxiliam a explicar e a lidar melhor com os conceitos indeterminados e com a discricionariedade deles decorrente, tais como os cânones da interpretação, o silogismo dedutivo, a ponderação etc.

Eros Grau, por exemplo, ressalta o papel do que chama de “direito pressuposto” para a compreensão “mais ampla” do fenômeno do Direito. Aspectos do que aqui foi destacado como “temporalidade hermenêutica” e “contingência intercontextual” constituem o direito pressuposto, “que funciona como uma das linguagens sociais (*direito pressuposto* = relação jurídica involucrada nas relações sociais)”.³³⁰

Essas linguagens sociais normativas pressupostas, que codeterminam de maneira originária a compreensão e aplicação do Direito, são expressões daqueles preconceitos e das regras de jogos de linguagem que a tradição histórica, que o mundo da vida nos deixam em nosso desenvolvimento linguístico-social (e também jurídico).

Nos casos de aplicação de conceitos indeterminados, essas linguagens pressupostas assumem papéis de maior destaque, já que a indeterminação decorre da ausência de um contexto mandamental imediato/prévio, que forneça mais elementos para o intérprete justificar suas reconstruções conceituais a partir do texto legal.

A dogmática jurídica e seu discurso constituem uma dessas linguagens, mas adquire uma importância especial pelas relações tradicionais formadas entre a dogmática e a prática de aplicação do direito. Essas relações estruturais prévias tornam essencial o fortalecimento de uma autocompreensão histórica da dogmática jurídica, que deve desenvolver seus elementos hermenêuticos e pragmáticos da maneira mais acessível possível à prática³³¹.

³³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

³³¹ Pode-se citar, como exemplo dessa atividade da dogmática, a análise feita por Débora Ferrazzo e Ivone Lixa a respeito de uma decisão do Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, que, sob o título de um novo método interpretativo chamado de “ponderação intercultural”, proferiu uma decisão que se baseou na cultura própria de uma tribo indígena (e não apenas na constituição do país) para reformar uma decisão da comunidade que havia expulsado um membro acusado de furto. Apesar do fato de que o caso poderia ser resolvido a partir de um exame de proporcionalidade que englobasse os costumes tradicionais da tribo, chegando à mesma conclusão, a análise do

É bem verdade que os desdobramentos da compreensão de norma como sentido normativo (mandamental) dos textos podem levar a complexas discussões hermenêutico-interpretativas e pragmático-contextuais num plano filosófico, como as questões trazidas por parte da doutrina brasileira, em especial pela “escola gaúcha” de hermenêutica ontológico-filosófica³³².

Ocorre que, quando levado ao nível do discurso da aplicação do Direito, esse processo de “filosofização” de questões jurídicas tem um potencial de diminuir a compreensão e a inteligibilidade dos motivos das decisões judiciais e administrativas; ele obscurece e elitiza os argumentos trazidos por essas decisões, que se transformam em argumentos de pura autoridade “filosófica”. Nessa medida, o recurso à filosofia pode levar à perda ou diminuição da legitimidade dos processos de fundamentação teórica e prática.

Mesmo no nível do discurso dogmático, é sempre questionável até que ponto se mostra proveitoso ou útil trazer essas discussões filosóficas, já que ele está sempre voltado para a prática e suas questões de aplicação. Tal situação também é capaz de colocar em xeque o presente trabalho, falseando suas incursões no discurso filosófico, na medida em que forem incompreensíveis ou completamente inúteis para a prática jurídica³³³.

Em um Acórdão da 8ª Turma do TRF4, que julgava um crime contra o sistema financeiro, o voto vencido do Relator, espelhado na ementa do julgamento colegiado, fazia menção direta a conceitos da Hermenêutica Filosófica.

Foram citados, “Heidegger e Gadamer” (*sic*), “pré-compreensões”, “círculo hermenêutico”, “tradição, experiência, história efetual”, “onticidade da regra”, “pré-compreensão autêntica”, “verdadeira historicidade”, para fundamentar o dispositivo decisório, no sentido de reconhecer a atipicidade da conduta por ausência de lesividade ao Sistema Financeiro Nacional. O voto foi colocado em sentido contrário à conclusão dos demais integrantes do órgão colegiado fracionado e ao consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

[...] Explicito o caminho: sucede que a minha existência no mundo, a minha experiência vital, mesmo que eu não queira e antes mesmo de eu começar a compreender, mercê da existência de **estruturas de conhecimento que precedem a**

caso a partir dos diferentes, embora específicos, contextos normativo-culturais põe em evidência o papel histórico-contextualista da dogmática jurídica. Cf. FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, p. 2629-2657, 2017, p. 2647-2651.

³³² Vide, por exemplo: MADALENA, Luis Henrique. **Discrecionariiedade administrativa e hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2016; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³³³ POPPER, Karl. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Trad.: Antônio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 318 ss.

qualquer método que possa tentar aplicar, me apanha como **ser histórico** e me apresenta uma noção de Sistema Financeiro. Neste contexto, não posso lidar com a existência do objeto histórico, que Gadamer denomina de fantasma, como algo natural e ou dado, pois um pensamento **verdadeiramente histórico** tem de pensar também a sua própria historicidade. No caso em comento, o objeto histórico (tipo penal) não se enquadra na **verdadeira historicidade** atualmente vivida, daí a metáfora do fantasma. Com isso, posso tentar saltar para além do apofântico, do **ôntico da regra**, para o ontológico e à transcendência dos princípios. O transcendental ao objeto me permite a **pré-compreensão** de que a conduta em questão não é lesiva ao SFN, muito menos pela onticidade da regra e muito mais pela transcendência dos princípios. Os princípios, incorporando inclusive a regra de justiça e moral, irão permitir que eu vá além da explicação causalista do âmbito da regra. Posso tentar fugir da objetividade e, num exercício de **pré-compreensão autêntica**, me desafiar a construir norma adequada para a solução do caso posto com base no texto legal, que nada representa sem a normação que o caso posto me possibilita concretizar³³⁴. (grifo nosso)

Os conceitos trazidos no trecho mencionado não contribuem para a justificação da conclusão adotada pelo voto, de desclassificar a conduta do Réu com base em baixa ofensividade e lesividade da conduta analisada pelo julgador. A reprodução desses conceitos da forma colocada torna esse trecho da justificação incompreensível para os direta ou indiretamente impactados pela conclusão decisória (apelante, apelado, demais julgadores, cortes superiores de revisão, membros do ministério público, grupos de pressão, sociedade, dogmática jurídica, etc.), que não têm nenhuma obrigação de dominar os conceitos filosóficos de Gadamer e de Heidegger, ainda que houvesse sido demonstrada alguma compreensão adequada desses conceitos pelo órgão julgador.

Além disso, esse é mais um exemplo entre vários de como — entre suas demais funções — a dogmática jurídica pode influir nas decisões judiciais e de como a prática tem utilizado “argumentos dogmáticos” tais quais golpes de autoridade teórica para justificar (bem ou mal) suas decisões: o Relator da Apelação citou diversas passagens de “Hermenêutica jurídica e(m) crise” e de “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, para trazer as citadas referências a Heidegger e Gadamer, além de outros autores, como Ronald Dworkin.

Por outro lado, esse tipo de utilização de argumentos dogmáticos como argumentos de autoridade para a fundamentação de decisões evidencia um modelo cultural de justificação deficiente mais amplo. Foi essa a conclusão de José Rodrigo Rodriguez após a análise qualitativa de considerável número de decisões dos tribunais superiores, no sentido de que “os

³³⁴ Conferir a íntegra do voto do Des. Relator Paulo Afonso Brum Vaz, cuja argumentação é reproduzida parcialmente na ementa do Acórdão, publicado em 16.01.2013, que julgou a **Apelação Criminal de nº 0010944-45.2006.404.7100/RS**, na qual se pretendia desclassificar a conduta do Apelante-Réu, com base na por ele alegada baixa ofensividade e lesividade da ação, o que foi acatado pelo Relator com base nos conceitos de Gadamer. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=5582532&hash=a902f134f9d6202653b14474ae20413c>, acesso em 09.06.2019.

juízes argumentam em nome próprio, oferecem sua opinião, mas o fazem revestidos da autoridade da instituição, que prevalece no final das contas”³³⁵.

Esse modelo cultural se expressa nos casos em que, além de não haver articulação entre as estruturas argumentativas empregadas (texto legal, precedente, casos análogos, dogmática etc.) e o caso concreto, é comum não haver qualquer coerência entre essas estruturas e a conclusão, que passam a figurar apenas como verdadeiros “golpes de autoridade”, tal qual no citado exemplo do Acórdão do TRF4. Mesmo nas decisões mais “completas” a argumentação por autoridade segue o mesmo modelo:

elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto.³³⁶

Os problemas práticos desse contexto brasileiro aumentam nos casos de aplicação de conceitos indeterminados, que exigem maiores esforços de articulação concreta e de coerência interna e externa das decisões. Face às maiores exigências da atuação do aplicador nesses casos em que sua discricionariedade aumenta, seja em razão da técnica empregada pelo legislador, seja por questões hermenêuticas e pragmáticas, o papel da dogmática jurídica também é intensificado, assim como a sua ausência.

Um exemplo da relação entre a aplicação de conceitos indeterminados e a baixa racionalidade da cultura de fundamentação de decisões pode ser encontrado no julgamento do Recurso Especial de nº 598.281/MG. Nesse caso, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou a possibilidade de indenização por “dano moral coletivo ambiental” (um complexo conceito indeterminado, que envolve outros conceitos indeterminados, como “extensão do dano”, “justa indenização”, etc.) e decidiu pela improcedência do pedido³³⁷. Na ementa do acórdão, constou como “necessária” a vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, com caráter exclusivamente individual.³³⁸

³³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 84.

³³⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 80-81.

³³⁷ Posteriormente, a Segunda Turma do STJ entendeu pela possibilidade jurídica do dano moral coletivo ambiental e de sua cumulatividade com as reparações de danos materiais. Essa posição vigora até a atualidade. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0526**, Segunda Turma, DF, 25.12.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0526>>.

Acesso em: 14.03.2016.

³³⁸ “**EMENTA.** PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE

O acórdão desse julgamento tem 48 páginas, das quais pouco mais de dez são dedicadas às formalidades gerais (ementa, resumo final, relatório, ementa da decisão objeto do recurso e certidões dos votos). Das quase 38 páginas restantes, o voto do ministro relator Luiz Fux ocupa pouco mais de 22, das quais 19 são citações diretas (da decisão impugnada, de textos legais, de outras decisões e de doutrina, nacional e estrangeira), ou seja, não há nenhuma consideração própria do ministro relator em aproximadamente 82,6% da extensão do seu voto.

Além disso, não há qualquer articulação explícita entre essas citações diretas e o teor da decisão impugnada ou do caso concreto³³⁹. Pouco mais de três páginas são dedicadas à argumentação própria do ministro. Apesar de ter sido vencido pela maioria, o referido voto concluiu pelo provimento do recurso, no sentido da admissão da indenização por dano moral coletivo ambiental.³⁴⁰

Das 15 páginas restantes, 4 são ocupadas pelo voto-vista do ministro Teori Albino Zavascki. Entre elas, três são preenchidas pela ementa do voto, por um resumo do objeto do julgamento e por citações diretas (pouco mais de duas páginas) sem articulação com o caso. Isso significa que aproximadamente 75% da extensão do voto não se preocupa com a argumentação que não seja de autoridade. Mesmo nas passagens que se preocupam em fundamentar a conclusão final, enunciados como “a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa” e “[...] o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica [...]” restam sem fundamentação. O voto em questão conclui pelo improvimento do recurso.³⁴¹

O voto-vista da ministra Denise Arruda ocupa 5 páginas, das quais pouco mais de três contém a ementa do voto, um resumo do objeto do julgamento, e citações diretas de doutrina e das ementas dos votos dos ministros Luiz Fux e Teori Zavascki. Assim, aproximadamente 60% da extensão do voto não se ocupa de argumentação.

Em comparação com os outros, há mais articulação nesse voto entre as citações doutrinárias e o caso em questão. Nas duas páginas restantes, a ministra procura relações entre a configuração concreta do dano moral coletivo ambiental e as informações sobre o caso concreto constantes nos autos, mas não encontra “qualquer evidência de violação do sentimento

DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO”, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 598.281/MG**, Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, julgado em 02.05.2006, publicado em 01.06.2006.

³³⁹ O objeto do recurso especial é bastante abrangente, principalmente por abarcar divergências interpretativas em torno de leis federais, de acordo com a alínea a) do inciso III do artigo 105 da CF, que podem ensejar a necessidade de (re)interpretação dos elementos materiais do caso concreto, principalmente quando se procede com o controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2012, p. 327ss.

³⁴⁰ Cf. o acórdão do julgamento do **Recurso Especial nº 598.281/MG**, p. 6-28.

³⁴¹ Cf. o citado acórdão, p. 30-34.

coletivo da comunidade local”. Por fim, o voto da referida ministra conclui pela improcedência do recurso.³⁴²

As 6 páginas restantes do acórdão contêm os votos dos ministros José Delgado e Francisco Falcão, respectivamente. O voto-vista do primeiro ministro ocupa 5 páginas, das quais duas fazem um resumo do objeto do julgamento com uma citação direta da ementa do voto do ministro Luiz Fux. As três páginas restantes são preenchidas por uma só citação direta (de uma “tese de mestrado ainda não publicada”), ao fim da qual encontra-se “isto posto, com meu pedido de vênica, acompanho o relator para dar provimento ao recurso”.

Isso significa que o voto do ministro José Delgado não contém qualquer fundamento argumentativo próprio minimamente articulado seja com o caso concreto seja com algum enunciado normativo. Dito de outra forma, 100% da extensão do seu voto não se preocupa com a argumentação que não seja de autoridade.

O mais próximo de um argumento individualizado pode ser expresso quando o ministro afirma que “Estou de acordo com as razões desenvolvidas pelo Mininistro [*sic*] Luiz Fux. Além da doutrinação exposta no voto que apresentou, acrescento o pensamento de José Ricardo Alvarez Vienna [...]”. Como nenhum enunciado é discutido ou fundamentado, não se pode afirmar que há argumento que não os de autoridade. Há, desse modo, um “voto-conclusão” no sentido de admissibilidade do recurso.³⁴³

Por fim, o voto-vista do ministro Francisco Falcão ocupa menos de uma página. As cinco primeiras linhas do voto resumem os votos anteriores. O restante do voto se resume a um excerto de menos de seis linhas, sem qualquer referência ao caso concreto, elementos dos autos ou aos argumentos trazidos pelas partes, de maneira que o trecho mais “concreto” (mais individualizado ao caso) do voto se resume à passagem “perfilho-me ao entendimento exarado nos votos divergentes, uma vez que a hipótese dos autos, ou seja, dano ambiental, não comporta, em sua generalidade, a responsabilização por dano moral do agente causador [...]”.

Diferente do último, há no voto do ministro Francisco Falcão enunciados dele que pretendem justificar a conclusão que negou provimento ao recurso em exame. Não há, contudo, fundamentação (ou saturação) para esses enunciados. Das 15 linhas do voto em questão, quatro se preocupam em justificar a conclusão da decisão, apesar de não o fazerem. Isso significa que aproximadamente 73% da extensão do voto não se ocupa com a argumentação.³⁴⁴

Considerando o acórdão como um todo, das suas 48 páginas apenas 6 se preocupam

³⁴² Cf. o citado acórdão, p. 35-39.

³⁴³ Cf. o acórdão do julgamento do **Recurso Especial nº 598.281/MG**, p. 41-45.

³⁴⁴ Cf. o acórdão citado, p. 47.

com a argumentação. Isso representa que aproximadamente 12,5% da extensão do acórdão expressa algum tipo de argumentação dos julgadores. A ementa desse acórdão expressa apenas enunciados do voto do ministro Teori Zavascki, que não foram fundamentados ou saturados. Assim, conclui-se que os enunciados trazidos na ementa do acórdão analisado não fundamentam racionalmente a sua conclusão pela inadmissibilidade do recurso.

Em outras palavras, a irracionalidade desse modelo brasileiro se expressa pela inviabilidade de se reconstruir os passos que precedem as conclusões das decisões judiciais, tendo em vista que a argumentação por autoridade admite que se decida sem qualquer justificação individualizada, simplesmente com base na opinião do julgador, cuja fundamentação se limita reafirmar a autoridade própria do Juízo ou da Instituição através de outras autoridades.

Do ponto de vista hermenêutico, os preconceitos dos intérpretes-julgadores não são sequer explicitados, o que torna sua eventual verificação impossível em qualquer dos planos (individual e intersubjetivo) da compreensão. Sob a dimensão pragmático-contextual, também não há como estabelecer qualquer cadeia de coerência entre os entendimentos anteriores e posteriores do tribunal a respeito da aplicação do mesmo conceito indeterminado em casos semelhantes, nos quais as inferências compartilhadas são as mesmas, justificando um tratamento normativo igual.

Pode-se concluir, por outro lado, que as regras da argumentação racional não são cumpridas nesses casos, uma vez que não ocorre a saturação de enunciados conclusivos (como “o dano moral é necessariamente individual”), ou seja, tais enunciados ficam sem apoio de outros argumentos que não os de autoridade. Coincidentemente, nesses mesmos casos, não se identifica o emprego ou utilização de caminhos metódicos de interpretação, como os cânones ou a ponderação de interesses. Também se tornam raras referências concretas à dogmática jurídica especializada, mesmo quando ela existe.

Nessas situações, entre as funções da dogmática que mais se destacam, está a de controlar a impossibilidade de se reconstruir os caminhos que o órgão julgador percorreu até sua conclusão, apontando a deficiência metódica da aplicação normativa, num primeiro momento.

Num segundo momento, a dogmática funcionará como um “órgão” redutor de complexidade e estabilizador, auxiliando esse tipo de atuação discricionária dos aplicadores, processando e “tipologizando” diferentes tipos de conceitos indeterminados a partir dos diferentes espaços de atuação que surgem em determinados contextos, com determinadas

características³⁴⁵.

A dogmática antecipa respostas possíveis a partir dos caminhos possibilitados pelos métodos interpretativos, explicitando as ponderações (em tese) realizadas pelo legislador em determinados casos concretos que podem servir de parâmetro para decisões judiciais, ainda que de maneira indireta. Especificamente em relação aos conceitos indeterminados, a dogmática tem papel de destaque na “tipologização” de conceitos indeterminados, ela antecipa a aplicação de métodos interpretativos e de determinados argumentos para fixar determinadas compreensões normativas a respeito de conceitos jurídicos indeterminados específicos.

Tais situações também levantam uma dúvida teórica que parece abrir mais espaço para justificar uma relação necessária entre a aplicação de conceitos indeterminados e os métodos de interpretação e de aplicação para o direito brasileiro. A dúvida se constitui em se, e até que ponto, os métodos interpretativos devem ser considerados elementos racionalizadores das decisões jurídicas, conforme se verá.

4.4 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS: UMA RELAÇÃO “NECESSÁRIA”?

Não é de agora que a dogmática brasileira tradicional se acostumou a invocar métodos de aplicação, como a subsunção, os quatro cânones da interpretação e a ponderação, enquanto caminhos possíveis à resolução de problemas da prática judicial. Após a Constituição de 1988, pode-se dizer que foi instaurado um movimento de renovação metodológica com o objetivo de evidenciar os “novos” métodos de aplicação das normas constitucionais, como a ponderação de bens (valores, interesses etc.) ou o que se chama de “método do construtivismo”, com referências a Friedrich Müller. Essa relação da dogmática brasileira com os métodos se colocou historicamente como uma preocupação com a prática judicial, como se percebe em obras como a de Carlos Maximiliano³⁴⁶, e a de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda³⁴⁷.

Enquanto na filosofia metafísica tradicional e na lógica das ciências exatas e naturais a

³⁴⁵ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71ss.

³⁴⁶ Uma das obras brasileiras mais citadas quando o assunto versa sobre hermenêutica é a de Carlos Maximiliano, “Hermenêutica e aplicação do direito”, publicada em 1925. Apesar das notáveis contribuições para o contexto brasileiro pós-guerra, da primeira metade do século XX, a obra pouco trata sobre a metódica interpretativa, abordando apenas dois dos cânones interpretativos de maneira superficial. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³⁴⁷ Pontes de Miranda já indicava a importância dos métodos clássicos de interpretação como forma de lidar com a complexidade do processo de aplicação do Direito: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 17-18.

ideia de método (como a indução e a dedução) se coloca como um conceito predominantemente abstrato e universal, voltado ao *pensar* e à atribuição do valor de verdade a determinadas proposições teóricas³⁴⁸, no direito o método não pode escapar de uma finalidade eminentemente prática, voltada ao agir, ao decidir, a “de que forma pode ser *útil* proceder assim ou assado em determinados casos”. Nesse sentido, não é absurdo ou sem-sentido dizer que a racionalidade dos métodos se expressa em sua possível utilidade para a prática jurídica.

Uma das premissas iniciais da presente pesquisa, sintetizada na metáfora do *iceberg* dos métodos interpretativos, colocou-se no sentido de que não seria necessário um recurso à filosofia para a compreensão e resolução dos problemas metódicos da prática jurídica, que representaria a parte emersa do *iceberg*. Ao investigar o discurso da hermenêutica ontológica, com Heidegger e Gadamer, e o vocabulário particular da filosofia pragmática de Wittgenstein, tal premissa foi parcialmente falseada, na medida em que o discurso filosófico pôde auxiliar a compreender melhor as dimensões histórico-hermenêutica e pragmático-contextual da constituição da Quimera-dos-conceitos-indeterminados e das funções da atividade dogmática em geral, e especificamente em relação à indeterminação normativa.

Para o Direito, não se nega que o método compartilha uma função teórica racional, desde sempre enfatizada pelos positivistas. Mas as principais funções desses métodos no contexto do pós virada linguístico-pragmática são as de expor, organizar e tornar compreensíveis e controláveis os motivos das decisões jurídicas. Nesse sentido, somente pode existir uma relação necessária entre métodos e a aplicação de conceitos indeterminados, na medida em que ela viabilize a comunicação, a compreensibilidade, a controlabilidade das decisões judiciais. Para além desses casos, não parecem existir elementos teóricos e práticos para afirmar-se uma tal relação necessária.

Essas funções dos métodos são instrumentais às pretensões de fundamentabilidade, de correção, de decidibilidade e de obrigatoriedade, inerentes à aplicação normativa³⁴⁹. O fato de muitas vezes a *invocação* desses métodos causar situações arbitrárias já parece pressupor o seu emprego inadequado ou a má-compreensão de suas funções³⁵⁰.

Muitas vezes, essas situações em nada têm a ver com a herança da filosofia da

³⁴⁸ POPPER, Karl. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Trad.: Antônio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 314 ss.

³⁴⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 165 ss.

³⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 115-143, p. 135-136.

consciência³⁵¹. A origem dessas distorções normalmente reside na má-compreensão da função dos métodos invocados e na ausência de uma dogmática mais desenvolvida em suas dimensões hermenêutica e pragmática (que inclusive trabalhe com os métodos interpretativos a nível dogmático). Essas distorções também são potencializadas pelo problema da fundamentação deficiente das decisões jurídicas, que é o grande problema da aplicação normativa no Brasil³⁵².

Como visto, apesar de algumas das objeções da hermenêutica ontológico-filosófica às pretensões universalistas e objetivistas do emprego de métodos, expostas na primeira seção, pode-se encontrar recursos interpretativos no vocabulário cunhado por Heidegger, em *Ser e Tempo*, para ajudar a explicar a importância prática dos métodos de interpretação e aplicação do direito.

Não se pretende, de modo algum, que Heidegger figure com sua autoridade hermenêutica e mística — fruto de descontextualizações brasileiras e da linguagem poeticamente “violenta” por ele empregada — que tem sobrevoado os congressos brasileiros de interpretação constitucional³⁵³. Se esse for o caso, o presente trabalho já começará fracassado neste ponto.

Para Heidegger, “um método autêntico apoia-se em um adequado olhar-prévio na estrutura-fundamental do ‘objecto’ ou do âmbito-de-objetos por abrir”³⁵⁴. Não se pode esquecer que a ideia heideggeriana de método se coloca no contexto de seu particular conceito de ser, que se expressa menos como um ser estável, invariável e universal, mas como o ser que é evidenciado e escondido pelos intérpretes e suas linguagens a depender de sua própria história, daquilo que eles carregam desde antes e que está disponível (*Vorhaben*), daquilo que eles pretendem fazer (*Vorsicht*), e do aparato pré-conceitual (*Vorgriff*) que lhes permite uma idiossincrática visão do ser.

Do ponto de vista hermenêutico, a adequação desse “olhar prévio” para o objeto depende, como visto com Gadamer, de uma investigação preliminar da história efetual daquilo

³⁵¹ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, jul./dez. – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 192.

³⁵² No mesmo sentido, RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 70s.

³⁵³ Sobre as críticas que recebeu pela apropriação agressiva que fez da língua alemã e sobre suas traduções personalíssimas de Aristóteles, cf. KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez., 2016, p. 101-147.

³⁵⁴ No original, “*Echte Methode gründet im angemessenen Vorblick auf die Grundverfassung des zu erschließenden ‚Gegenstandes‘ bzw. Gegenstandsbezirkes*”: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 828-829.

que se interpreta³⁵⁵. Em última instância, é essa história efetual que constitui os sentidos apenas aparentemente estáveis da compreensão, aqueles sentidos que ficam em evidência na história a partir de seus efeitos.

Na *práxis* jurídica, isso pode significar uma necessidade de investigar-se a cadeia de aplicação dos conceitos jurídicos, em especial dos conceitos indeterminados, seja em outros momentos da história desses conceitos na cultura local de aplicação, seja em outros casos semelhantes aos quais os mesmos conceitos foram aplicados, o que não deixa de se relacionar com os precedentes, com anteriores posicionamentos dos tribunais e com a analogia. Esse olhar prévio pode vir, portanto, como uma exigência metódica inicial de *coerência* e de *integridade* em razão da matéria sob decisão, que deve pautar toda a aplicação do direito local em relação àquela mesma matéria, tal como uma sequência de atos numa mesma peça teatral representada por uma sequência de atos conectados por um determinado contexto preliminar³⁵⁶.

Por outro lado, a ideia de método de interpretação ainda carrega consigo uma natureza meramente instrumental. Acontece que, ao colocar em evidência ou tirar de evidência determinados dados histórico-discursivos, os métodos e sua natureza instrumental também determinam ao mesmo tempo o sentido interpretativo do resultado de sua aplicação³⁵⁷. Isso quer dizer que os métodos interpretativos também codeterminam os sentidos dos conceitos jurídicos resultantes de seu emprego, fato que não permite opor com rigor “procedimentalismo *versus* substancialismo”, como muitas vezes se faz em relação à aplicação da Constituição.

Em todo caso, não parece existir ainda uma forma de compreensão alternativa à dos métodos de aplicação do direito, que justifique falar da necessidade atual do seu abandono pela prática jurídica. Nesse contexto, é função da dogmática jurídica e da filosofia do direito controlar, no próprio discurso e no discurso da prática, o que se toma pelo “emprego de métodos interpretativos” a partir de suas consequências histórico-discursivas. Essa função daria elementos periódicos para propor outras formas de método, de uso ou — eventualmente — sua extinção numa dada tradição, como a brasileira.

Todavia, enquanto os métodos interpretativos forem de alguma forma úteis para a prática, ainda que seja “apenas” para uma melhor compreensão intersubjetiva, haverá espaço para sustentar uma relação “necessária” entre eles e a aplicação de conceitos indeterminados,

³⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 392 ss.

³⁵⁶ TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 161 ss.

³⁵⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 213 ss.

seja por aliviarem parte da insegurança causada pelo ceticismo interpretativo e pelo anti-subjetivismo jurídico inerentes a essas situações de indeterminação, seja por potencializarem a comunicação e o controle intersubjetivos da aplicação de conceitos indeterminados.

4.4.1. Princípios, Regras e a Discricionariedade decorrente de Conceitos Indeterminados

Viu-se que não se deve confundir a discricionariedade ou baixa densidade mandamental dos conceitos indeterminados com a espécie normativa dos princípios. Essa afirmativa acaba exigindo uma breve análise da dissociação entre princípios e regras, para que se possa justificar a diferença entre princípios e conceitos indeterminados. Além disso, para se falar em métodos de aplicação normativa, cumpre deixar de alguma maneira claras as premissas teóricas de que se parte, já que “difícilmente poderá existir método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sem uma teoria dos direitos fundamentais que esteja por trás desse método”³⁵⁸.

Apesar de fundar uma “teoria dos princípios” que é, em boa medida, englobada pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, tendo por cerne uma proposta bastante específica de dissociação entre normas-regra e normas-princípio, Humberto Ávila termina divergindo em pontos específicos em relação a Alexy. A principal diferença com maior relevância para o presente trabalho em relação à teoria alexyana é a interpretação que Ávila faz da proporcionalidade e de sua função para a aplicação normativa³⁵⁹. Ele a considera antes um “postulado” normativo-aplicativo do que um critério de diferenciação entre regras e princípios, já que adota uma série de critérios adicionais em relação à proposta de Alexy que serão abordados logo à frente.

Em todo caso, ambos concordariam que quando se afirma que alguém possui um direito fundamental a algo, também se pressupõe a validade de uma correspondente norma de direito fundamental que possibilite a exigência prática do conteúdo desse direito³⁶⁰. Com o neoconstitucionalismo, foram reforçados modelos de princípios enquanto normas autônomas e diretamente aplicáveis, sem a necessidade de se recorrer apenas à estrutura tradicional de uma norma-regra, já que esses modelos pressupõem que princípios não são meros programas

³⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, p. 363-380. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 372.

³⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199 ss.

³⁶⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 40.

interpretativos³⁶¹.

Isto significa dizer, por exemplo, que no caso de “A” afirmar possuir um direito fundamental, “D”, à intimidade ou à imagem, garantidor de uma indenização pelos danos decorrentes de uma divulgação não consentida de imagens íntimas suas publicadas por seu ex-namorado, “B”, pressupõe-se que exista uma equivalente norma de direito fundamental (regra, “R”, e/ou princípio, “P”), que proíba direta ou indiretamente esse tipo de conduta nesses casos³⁶².

Tradicionalmente, os principais modelos de princípios, adotados por Esser, Larenz, Hart e Kelsen, fazem a classificação das espécies normativas com base no critério formal da *estrutura hipotético-condicional* da respectiva norma: por não possuírem de maneira prévia uma estruturação em hipótese (antecedente, fato-tipo, suporte fático etc.) e consequência (conclusão, efeito jurídico necessário), os princípios serviriam apenas como *fundamento normativo*, como diretiva interpretativa para a aplicação de regras, estas sim com uma tal estrutura³⁶³. Do ponto de vista metódico, este modelo reduz o momento da aplicação-interpretativa e da compreensão hermenêutica ao método da subsunção dedutiva, “includo” na estrutura hipotético-condicional das regras³⁶⁴.

Por fechar previamente o processo discursivo-comunicativo e compreensivo da aplicação, essa visão tradicional que reduz os princípios a mero fundamento normativo não parece ser capaz de considerar a necessidade de justificação argumentativa, estruturada num discurso prático-racional, dos sentidos normativamente atribuídos aos textos legais.

Ela deixa de lado aspectos importantes como a força pragmática exercida pelos contextos dos casos concretos sobre os sentidos dos conceitos jurídicos dos textos (na dimensão pragmático-contextual), como o papel preconceituoso do aplicador e do órgão decisório na formação dos sentidos normativos (na dimensão histórico-hermenêutica), e ignora a possibilidade de maior participação interpretativa intersubjetiva no processo que antecede a

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 35 ss.

³⁶² Não se ignora, aqui, o sistema de responsabilização instituído pela legislação infraconstitucional (especialmente pelos os artigos 21, 186, 927 e 944, do Código Civil de 2002), mas ao fim e ao cabo a discussão no plano constitucional determina a forma de aplicação deste sistema.

³⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55ss.

³⁶⁴ Sobre a dedução na visão neopositivista, Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2009, p. 67ss. Hart e Kelsen derivam da norma de reconhecimento e da norma fundamental os respectivos critérios de validade lógico-normativa, enfatizando direta e indiretamente o caráter hipotético-condicional das normas (regras) e o método da subsunção para a sua aplicação: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009; HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad.: Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009.

imposição do consequente normativo (Häberle)³⁶⁵.

Além disso, a redução da identificação dos princípios a essa estrutura formalista impede que se considere adequadamente as finalidades objetivas perseguidas pelo legislador e pelo sistema normativo frente aos casos concretos, através de razões explicitadas num discurso e, portanto, controláveis por outros órgãos e pela sociedade.

Em tal contexto, partindo de uma análise crítica dos critérios tradicionalmente adotados para a justificação do modelo “fraco” de princípios, e incorporando o critério de abertura argumentativa proporcionada pelas concepções principiológicas “fortes” de Dworkin e de Alexy, Ávila justifica sua proposta de dissociação prévia entre princípios e regras³⁶⁶. Representar essa diferenciação, aqui, trará mais elementos para que não se confunda a indeterminação mandamental dos conceitos indeterminados com a dimensão abstrata das normas principiológicas, além de permitir uma contextualização mais clara dos métodos interpretativos tratados logo abaixo.

A proposta de Ávila diferencia os princípios das regras com base em pelo menos três critérios: a) “natureza da descrição normativa”, já que enquanto as regras descrevem imediatamente condutas, sujeitos, situações, etc., os princípios descrevem estados ideias de coisas a serem perseguidos; b) “natureza da justificação”, tendo em vista que as regras obrigam a um exame de correspondência entre a descrição normativa dos fatos/condutas e os atos praticados e fatos ocorridos no caso concreto, e os princípios impõem uma “avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido”; c) “natureza da contribuição”, vez que as regras já visam a fornecer uma solução provisória (pretensão de decidibilidade) ao problema previamente antecipado do caso concreto, e os princípios têm “pretensão de complementariedade” por servirem como razões dentro do discurso racional da justificação da solução de um problema³⁶⁷.

Assim, retomando o exemplo anterior, ao afirmar possuir direito fundamental “D” à intimidade e à imagem, A pressupõe que exista uma respectiva norma de direito fundamental, “R” e/ou “P”, que proíba condutas que violem a intimidade ou a imagem, garantindo sua pretensão à indenização pela exposição não consentida de sua intimidade por B. Segundo a proposta de Ávila, se A afirmasse seu direito fundamental com base no dispositivo do inciso X, do artigo 5º, da Constituição, “são invioláveis a *intimidade*, a vida privada, a honra e a *imagem*

³⁶⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

³⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

³⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107.

das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, A poderia identificar preliminarmente, e face ao seu caso, uma regra R’ que descreve imediatamente um comportamento proibido (“violar a intimidade e a imagem das pessoas”). Para aplicar uma tal R’ ao caso, o intérprete deve fazer uma avaliação argumentativamente justificada, mas reduzida pela estruturação prévia da regra, entre a descrição normativa da conduta de “violar a intimidade e a imagem” e a descrição que ele próprio faz dos fatos, de por que a conduta de B (considerando seus efeitos) *violou* a intimidade e a imagem de A, considerando a finalidade objetiva de proteção aos direitos da personalidade.

O citado dispositivo do inciso X, do artigo 5º, também permite a identificação de um princípio P’ e de uma imposição metódica decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente se tomamos o presente caso sob o enfoque infraconstitucional. Tomemos que a norma-regra infraconstitucional de responsabilização civil, R’’, trazida pela cláusula geral do artigo 927³⁶⁸, do Código Civil, permite a descrição normativa de conduta mais genérica do que a que acabamos de analisar, na medida em que não se refere ao bem jurídico especificamente protegido: “se uma conduta ilícita causar dano, o autor da conduta deverá indenizá-lo”.

Esse antecedente normativo fixado com o artigo 927 é complementado pelo dispositivo do artigo 186³⁶⁹, que sistematicamente inclui o aspecto subjetivo da conduta no conceito de ilicitude e especifica o que se quer dizer com conduta (omissão e comissão), e tem seu consequente complementado pelo dispositivo do artigo 944³⁷⁰, que especifica de maneira relativa o conceito jurídico de “indenizar”.

Esse exemplo também esclarece a diferença entre uma norma e toda a sua estrutura mais abrangente (regra ou de princípio) e um conceito jurídico indeterminado. Veja-se que o fato de os princípios não descreverem imediatamente condutas a serem adotadas — como o fazem as regras —, mas sim ideais, estados de coisas a serem perseguidos, podendo servir como razões complementares para a aplicação de outras normas, faz com que eles sejam considerados, com frequência, “abstratos”, “genéricos”, “imprecisos”³⁷¹. Mas a proposta de Ávila traz mais segurança para afirmar que um princípio não se reduz a uma mera prescrição abstrata ou genérica: uma norma-princípio a) descreve um estado de coisas a ser atingido, b) impõe uma

³⁶⁸ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁶⁹ Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁷⁰ Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

³⁷¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 352 ss.

justificação específica e c) serve como razão dentro de uma fundamentação sem necessariamente fornecer uma solução provisória imediata para o caso concreto.

Além disso, não é suficiente dizer que um conceito é indeterminado em razão de sua abstração. Como visto, a indeterminação dos conceitos jurídicos não decorre de sua abstração ou generalidade, mas sim da falta de material normativo (histórico-hermenêutico e pragmático-contextual) para o seu preenchimento positivo ou negativo *in concreto*. Pode-se concluir que: dispor que “a indenização se mede pela *extensão do dano moral*” ou que “são vedadas práticas que submetam animais a *crueidade*” não faz com que as normas decorrentes dessas construções sejam princípios. Ainda assim, elas estabelecem comportamentos a serem adotados com uma solução imediata, sem maiores questões, apesar de carregarem conceitos indeterminados.

Tais conceitos (crueidade e extensão do dano moral) não são indeterminados em razão de abstração ou generalidade, mas sim por conta do tipo de construção normativa com baixa densidade mandamental que representam, além de pouco material prévio (dos precedentes, do ordenamento, da dogmática) e de poucos parâmetros contextuais (outras situações materiais que já são capituladas pelo ordenamento com consequências jurídicas semelhantes).

Esse tipo de construção normativa pode exigir o recurso a princípios e métodos enquanto razões de seu preenchimento, mas com eles não se confundem. Por outro lado, em razão do sistema objetivo de princípios imposto pela Constituição, muitas vezes o recurso a princípios e a métodos, como a subsunção (silogismo jurídico), a ponderação e os cânones interpretativos, é necessário, como se verá no próximo tópico.

4.4.2 O método mais básico: como fica a dedução subsuntiva após a virada linguístico-pragmática?

No Direito ocidental e, conseqüentemente, no brasileiro, o programa do Círculo de Viena se manifestou de maneira duradoura tanto com a visão neopositivista de Kelsen, de Hart e de seus seguidores, quanto com a de Pontes de Miranda. Para os primeiros, as normas de um dado sistema deveriam ser logicamente deriváveis da norma fundamental ou da norma de reconhecimento. Para Pontes, as ideias do Círculo encontraram maior expressão na chamada “incidência infalível”, segundo que as normas incidem logicamente sobre os fatos, de maneira abstrata e independente de ação humana.

Kelsen desconsidera elementos contingentes, pragmáticos e sociológicos, reduzindo os elementos interpretativos à autenticidade da interpretação dos aplicadores, a sua “livre

valoração”.³⁷² Essa logicidade, contudo, é exclusivamente normativa, relacionada à validade e não à verdade das proposições normativas. Segundo o autor, de “uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever ser) e vice-versa”, já que elas participam de linguagens e lógicas diferentes; assim, “o sentido da norma jurídica não pode ser o fato de ela poder ser verificada como verdadeira ou falsa”.³⁷³

Para este tipo de neopositivismo, as proposições normativas são construídas não a partir de uma isomorfia com a realidade empírica, mas a partir de uma “relação sintático-semântica (formal) com uma norma superior e com o fato que a produziu”³⁷⁴, afastando-se do *empirismo* e aproximando-se do *logicismo* na forma de uma lógica proposicional estrutural.³⁷⁵

O conteúdo dessas proposições seria dado pela “interpretação autêntica” do aplicador do Direito, que o fixaria através de um ato de vontade atribuidor de um sentido objetivo. Neste ato, a lógica não teria nenhum papel, já que ele representaria um ato eminentemente axiológico.³⁷⁶

Já o neopositivismo de Hart³⁷⁷ deposita suas expectativas de neutralidade do sistema na ideia da norma de reconhecimento, formulada a partir da obediência a critérios de validade e aceita pelas autoridades que a aplicam e pela comunidade a ela submetida. A norma de reconhecimento proveria de validade as demais normas do sistema dela dedutivamente derivadas. Quanto à questão da interpretação, Hart reconhece a problemática da indeterminação dos textos legais, por ele chamada de “textura aberta”, mas ao fim encerra a questão com a autoridade da decisão do aplicador, num voluntarismo semelhante ao de Kelsen³⁷⁸.

Tanto a concepção de Kelsen quanto a de Hart dependem da dedução como procedimento validador das normas de um dado sistema jurídico, inclusive das normas individuais resultados da submissão de casos concretos à premissa normativa abstrata. Ainda que, em Kelsen, a dedução não atribua o valor de verdade à conclusão normativa, ela atribuiria validade, já que a norma individual deve ser produzida de acordo com os critérios de validade fornecidos pelo sistema³⁷⁹.

³⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2009, p. 387ss.

³⁷³ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 67.

³⁷⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 68.

³⁷⁵ Para Catão, no pensamento de Kelsen, o papel que a lógica assume nas proposições normativas é limitado, principalmente em razão da separação que ele faz entre ser e dever-ser. Ainda assim, sua teoria se insere no programa neopositivista do Círculo de Viena (ob. cit., p. 63ss.).

³⁷⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 72.

³⁷⁷ Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2009.

³⁷⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2009, p. 165ss.

³⁷⁹ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 74ss.

MacCormick observa que, a partir das visões de Kelsen e Hart, o processo de aplicação normativa envolve, necessariamente, uma dedução, já que em razão de uma formulação normativa geral prévia será definida uma norma individual concreta considerada dedutivamente válida por derivação, numa estrutura que pode ser simbolicamente expressa, em sua forma mais simples, com “se *p*, então *q*”³⁸⁰.

Influenciado pelo Círculo de Viena, mas não de maneira menos autêntica³⁸¹, Pontes de Miranda traz o conceito de incidência infalível da norma³⁸². Segundo este conceito, as normas jurídicas incidiriam infalivelmente aos casos concretos, assim que ocorridos os fatos aos quais o sistema atribui relevância jurídica³⁸³. A incidência infalível representaria o ápice da logicidade do ordenamento jurídico, garantida no processo de aplicação através da dedução realizada entre a premissa maior (suporte fático) e a premissa menor (fatos), com a correta constatação de ocorrência dos fatos juridicamente relevantes do suporte fático (antecedente) e a imputação da sua consequência jurídica (consequente)³⁸⁴. Por ocorrer independentemente de ato ou da vontade humana, de maneira incondicionada e inesgotável, a incidência infalível é eminentemente abstrata e puramente lógica.³⁸⁵

Para explicar o logicismo do pensamento pontesiano por trás da incidência infalível, Catão cita a influência do “naturalismo científico”, que coloca o Direito no campo dos fatos e ressalta a necessidade do “método científico como formalização e quantificação”³⁸⁶. Esta visão neopositivista parte da ideia de verdade enquanto representação da realidade, em que as proposições correspondem efetivamente a fatos, tal como ocorre no *Tractatus* de Wittgenstein.³⁸⁷ Ocorrido ou representado o fato juridicamente relevante, incidiria a norma pertinente de maneira infalível, independentemente de qualquer ato humano.

³⁸⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. 2009, p. 67ss.

³⁸¹ Ainda que tenha sido influenciado por pessoas ligadas ao Círculo de Viena, Pontes construiu um pensamento autêntico, com ideias plurais, desde a visão lógica do Direito do Tratado, com a incidência infalível e os três planos do fato jurídico (existência, validade e eficácia), até a visão sociológica do Direito como forma de adaptação social. Cf. ALDROVANDI, A. *et al.* Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda. **Civilistica.com**. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>, acesso: 03/04/19.

³⁸² MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 1. 1999, p. 56ss.

³⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 2013, p. 108.

³⁸⁴ Mello considera o “*silogismo da consequência jurídica*” um “automatismo” que deve ser repudiado pela melhor doutrina em razão da muitas vezes alta complexidade do processo de aplicação normativa; cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Ob. cit.*, p. 118 (nota de rod. 94).

³⁸⁵ “Se a norma jurídica NJ^1 , *abstratamente*, define os fatos ABC como suporte fático do fato jurídico FJ^1 , ao qual imputa o efeito jurídico E^1 , e no mundo aquele suporte fático (ABC) se *concretiza*, a norma NJ^1 incide sobre ele, criando o fato jurídico respectivo (FJ^1), o qual poderá gerar a eficácia E^1 . Esse *processo* ocorre na dimensão dogmática (normativa) do direito, portanto, em plano lógico, de valência, não da realidade fática social” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 2013, p. 117, grifos no original).

³⁸⁶ CATÃO, Adrualdo de L. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 45ss.

³⁸⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**. 2013, p. 39ss. No *Tractatus Logico-Philosophicus* (3. ed. São Paulo: USP, 2017, p. 135ss.), Wittgenstein intenta estruturar um escalonamento lógico de proposições cuja estrutura representaria as estruturas dos estados de coisa presentes no mundo.

Podemos concluir que, guardadas as individualidades de cada modelo, as teorias tradicionais do Direito ocidental de matiz neopositivista ainda hoje influenciam a dogmática jurídica e a prática judicial no Brasil.³⁸⁸ Estas teorias atribuem à dimensão proposicional da linguagem – associada aos métodos lógico-empíricos do Círculo de Viena – o papel central e muitas vezes solitário na estruturação da norma jurídica. Contudo, o pluralismo filosófico de Pontes de Miranda já o leva a indicar a importância dos métodos clássicos de interpretação como forma de lidar com a complexidade do processo de aplicação do Direito.³⁸⁹

No processo de aplicação normativa, segundo a visão tradicional, a dedução ocorreria sempre a com a passagem da premissa fática para o conseqüente normativo, de modo que a aplicação de qualquer norma assumiria a forma dedutiva. Isso fica evidente quando reconhecemos que toda aplicação normativa depende da pré-existência de uma norma jurídica pertinente (hipótese geral e conseqüência: se p então q), ainda que implícita, que será confrontada com elementos fático-concretos (se p), para a posterior indicação das conseqüências jurídicas (de efeitos práticos) impostas pelo ordenamento jurídico (então q). O papel tradicional da subsunção dedutiva consiste, assim, em *justificar* a passagem da hipótese para a conseqüência de dever-ser de efeitos práticos, atribuindo-lhe “validade lógico-jurídica”.³⁹⁰

Além da importância dada pelo Círculo de Viena ao método científico em geral, o primado da dimensão proposicional da linguagem, fortalecido pelo neopositivismo, parece ter levado à visão tradicional da dedução silogística (subsuntiva) enquanto único caminho até a aplicação do conseqüente normativo, seja como forma de atribuir-lhe o valor de verdade ou de validade, seja para que a conclusão possa ser considerada correta de acordo com a incidência infalível da norma.

No Brasil, tanto na prática judicial como na doutrina e no ensino jurídico, são perceptíveis alguns traços do pensamento lógico-positivista, especialmente o de Kelsen e o de Hart, acentuados durante a ditadura militar (1964-1985). Exemplo é o ceticismo interpretativo causado pela demonização da subjetividade cognoscente e volitiva dos “operadores” do Direito, como se esta pudesse ser suprimida através da aplicação logicamente metodológica. No intuito

³⁸⁸ Uma busca online do termo “subsunção” no repositório da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL), chega a 1.347 resultados de ementas em que o termo é listado, na maior parte das vezes como conclusão positiva ou negativa de enquadramento do caso julgado a alguma hipótese legal. Algumas vezes, o termo é listado sem relação com a prática de subsunção; outras vezes, esta é empregada sem menção ao termo. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=subsun%C3%A7%C3%A3o&p=4&idtopico=T10000389>. Acesso em 4.8.2019.

³⁸⁹ Cf. MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 1, 1999, p. 17-18.

³⁹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. 2009, p. 23ss.

de suprimir os fatores subjetivos da interpretação, as influências do positivismo lógico na aplicação do Direito foram exageradamente intensificadas, expressando-se através de um tecnicismo formalista que sobrevalorizava a lógica no trato com textos legais, resumindo o complexo processo interpretativo-aplicativo ao método da subsunção dedutiva.³⁹¹

Essa postura excessivamente textualista, formal e “automatista”, todavia, vem sendo cada vez mais abrandada e reinterpretada pela doutrina, especialmente a partir da necessidade de se trabalhar com um ordenamento jurídico constitucionalizado há mais de 30 anos, repleto de cláusulas gerais, de normas terminologicamente indeterminadas, moralmente carregadas, axiologicamente abertas, e de objetivos coletivos complexos, numa sociedade que demanda por cada vez mais legitimidade na atuação estatal e, conseqüentemente, por decisões minimamente defensáveis e controláveis.

Neste ponto, deve ser ressaltado que a subsunção, que é o ato de enquadrar os fatos reais relevantes no “fato-tipo” ou “suporte” legal,³⁹² não é idêntica com a operação mental denominada “silogismo”, visto que este representa apenas uma forma de dedução lógica de premissas já tidas como verdadeiras. Contudo, quando o intérprete tenta subsumir fatos relatados ao preceito de uma lei, ele ainda está na fase da formação da premissa *maior* correta, que constitui a etapa verdadeiramente problemática do processo dedutivo por sempre correr o risco de ser dominada por motivos subjetivos pouco racionais. O ato (posterior) da subsunção silogística, que é a definição da premissa *menor*, dificilmente guarda dificuldades, já que os erros de inferência lógica são excepcionais na práxis da aplicação do Direito.

O próprio ato de subsunção interpretativa costuma de se tornar mais simples na medida em que os conceitos³⁹³ normativos incidentes possuem uma linguagem mais concisa (“determinada”). Porém, jamais deve ser olvidado que as dúvidas do intérprete podem surgir do mesmo jeito por parte dos fatos reais do caso a ser decidido, fazendo com que a aplicação de dispositivos legais, que normalmente permitem uma subsunção pouco complicada e contestável, de repente se torna problemática.

Por outro lado, o ato de subsumir fatos a conceitos legais que, em virtude de sua própria formulação normativa, já são dotados de alto grau de indeterminação – muito comuns no Direito

³⁹¹ SOUZA NETO, Claudio P. de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. 2012, p. 392ss.

³⁹² Sobre o significado ambíguo do termo “suporte legal”, *vide* TORRES, Ricardo L. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 2006, p. 250ss.

³⁹³ Embora a palavra *conceito* (“representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais”) seja menos adequada para assinalar uma expressão linguística inserida num texto normativo do que a palavra *termo* (“vocábulo ou locução que denomina conceito, prévia e rigorosamente definido, peculiar a uma ciência, arte, profissão, ofício”), se mantém aqui a primeira por ser amplamente utilizada por parte da doutrina e da jurisprudência neste contexto; cf. FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. 1999, pp. 518, 1948. *Vide a respeito*: GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2003, p.197ss.

Constitucional – é quase sempre mais complexo e costuma de abrir espaços abrangentes de avaliação e complementação judicial.

Não é, portanto, o próprio processo de subsunção que torna a interpretação jurídica meramente “dedutiva”, “logicista”, “mecânica” ou “positivista”. Essas etapas dependem de como se imagina que esses processos mentais ocorreriam. Essencial destacar que, apesar das agudas críticas à ideia de que seja possível “subsumir” fatos a normas de modo lógico-dedutivo, tal forma de se imaginar o acontecer da interpretação já constitui as bases para a sua compreensão em geral, que ocorre já ocorre todos os dias na prática, representando um dos pilares do sistema estatal liberal, “cujo desmoronamento poderia causar efeitos imprevisíveis”.

Assim, a subsunção jurídica pode ser entendida como a “equiparação do caso concreto a ser analisado com os casos indubitavelmente abrangidos pelo fato-tipo legal”, sendo tarefa da interpretação de descobrir quais casos são estes. Há, portanto, uma relação recíproca entre interpretação e subsunção. O método da subsunção se constitui, portanto, como o método-base para a aplicação do direito que, por já se colocar nas bases culturais da linguagem jurídica brasileira, acaba determinando a visão ordinária que se tem das etapas interpretativas iniciais de toda aplicação.

Contudo, a dedução subsuntiva não dá conta de auxiliar o intérprete em todas as situações possíveis, em especial quando o mesmo se vê acuado com um caso complexo em que há uma oscilação significativa de alguma daquelas variáveis que influenciam na densidade mandamental dos conceitos jurídicos: construção conceitual do texto, características do caso concreto, preconceitos e papel do aplicador em relação ao momento da decisão. A norma-regra trazida pelo artigo 225, §1º, VII, da Constituição, costuma ser um bom exemplo, na medida em que traz uma proibição muito clara ao dispor que incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, *vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*”.

A operação mental auxiliada pela dedução subsuntiva forma a estrutura da norma-regra em questão com bastante clareza: se uma prática submete animais a crueldade, ela é vedada. O conceito de crueldade pode não trazer dúvidas sobre a incidência ou o preenchimento concreto do antecedente dessa norma em casos de alta crueldade contra animais, quando há maior densidade mandamental: ele pode permitir uma subsunção sem recurso necessário a outros métodos interpretativos.

Exemplo pode ser trazido com o caso da “farra do boi”, analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento RE 153.531/SC, em 03/06/1997. A prática, tradicional no Estado de Santa Catarina, consiste em torturar o animal durante várias horas, ferindo-o de

diversas formas, com espetos nos olhos e no corpo, enquanto o mesmo sai em fuga, muitas vezes fraturando ossos, é perseguido pelos participantes até ficar exausto e morrer afogado, ou ser sacrificado.

Considerando a dor, a aflição, a agonia, enfim, a tortura do animal intencionalmente prolongada pelos participantes, não parece ser difícil considerar que tal prática é uma crueldade contra o boi, de maneira que o preenchimento (+) positivo do conceito jurídico de crueldade ocorre, nesse caso, sem um necessário recurso a outros métodos, como a ponderação geralmente utilizada em casos de colisão entre princípios. Por isso é que Steinmetz argumenta, com razão, que nesse julgamento o STF não deveria realizar qualquer ponderação, dada a ausência de colisão entre princípios que a justificasse³⁹⁴.

Mesmo quando se pressupõe a possibilidade de ponderação para a aplicação de um conceito indeterminado dentro de uma norma-regra³⁹⁵, como o da crueldade, há bastantes elementos argumentativo-processuais para concluir que tal ponderação não é necessária face à alta densidade mandamental reunida pelo conceito de crueldade nesse caso concreto, justificando de maneira simples uma subsunção da “farra do boi” à regra proibitiva do citado artigo 225, §1º, VII.

Há casos, contudo, em que não há tamanha densidade mandamental que tornam necessário o recurso a outras formas metódico-interpretativas que vêm para enriquecer a controlabilidade do processo de aplicação, como a ponderação de bens e os cânones da interpretação.

4.4.3 O método da ponderação e a aplicação de conceitos indeterminados

Foi visto que a presente pesquisa parte da premissa teórica de que a proporcionalidade não constitui critério de dissociação entre regras e princípios, ao contrário do que propõe Alexy. Antes de poder ser considerado um princípio propriamente dito, ou mesmo uma “máxima”, a proporcionalidade constitui um postulado normativo-aplicativo³⁹⁶, isto é, um dever estrutural

³⁹⁴ STEINMETZ, Wilson. “Farra do boi”, fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais?. **Direitos fundamentais e justiça**, p. 260-273, nº 9, out./dez., 2009, p. 272. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/461/273>. Acesso em 22/05/2021.

³⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71, 79ss.

³⁹⁶ “Os postulados diferenciam-se das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (*os postulados situam-se no metanível ou no segundo nível, e as normas objeto de aplicação situam-se no nível do objeto ou no primeiro nível*), quanto ao objeto (*os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas, e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção de fins, se forem princípios*), e quanto ao destinatário (*os postulados dirigem-se aos aplicadores, e as normas a quem deve obedecer a elas*)”: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 223, grifo nosso.

que se justifica como um possível/útil caminho interpretativo a ser percorrido pelo órgão de decisão, na medida em que contribuir para a resolução do caso concreto.

Tradicionalmente, a proporcionalidade é um exame trifásico, entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que estabelece uma relação entre meios (medidas) e fins normativos. Uma medida é adequada quando apta a promover um fim; é necessária quando não há uma outra medida igualmente adequada, mas menos gravosa aos direitos envolvidos; é estritamente proporcional quando as vantagens trazidas pela promoção do fim superam desvantagens provocadas pela adoção do meio³⁹⁷. A última fase da proporcionalidade também é chamada de ponderação ou sopesamento e pode ser considerada de forma autônoma (sem a adequação e a necessidade).

Do ponto de vista metódico, ao conceitua-las como postulados aplicativos, o recurso à proporcionalidade e à ponderação não está adstrito ao conflito entre normas principiológicas, mas a toda aplicação problemática face à qual a subsunção não seja suficiente. É justamente esse o caso da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que integram a estrutura de uma norma-regra, seja em sua hipótese seja em sua consequência, como visto no caso da regra do artigo 225, §1º, VII, da Constituição, que proíbe a crueldade contra animais. Nesses casos, a ponderação pode auxiliar na argumentação que preencherá o conceito indeterminado, expondo os elementos normativos e estabelecendo relações conceituais para o preenchimento positivo ou negativo do conceito no caso concreto.

A ponderação, ou sopesamento, exige que o intérprete-julgador atribua pesos (leve, moderado ou forte) à restrição de um bem (interesse, valor). Esses pesos representam o grau de afetação ou de intervenção *concreta* sofrida por esse bem em razão da sua colisão com outro. A afetação concreta precisa ser justificada pela importância da satisfação do outro bem. Quanto maior for o grau de intervenção em um bem, maior deverá ser a importância da satisfação do bem oposto. Como na maior parte das vezes os bens jurídicos colidentes têm pesos abstratos (ou *prima-facie*) iguais, na maior parte das vezes “tudo dependerá exclusivamente dos pesos concretos”³⁹⁸.

Pode-se antecipar que o aplicador não é livre para ponderar sempre que quiser, em qualquer caso: a ponderação é um recurso metódico necessário quando a dedução subsuntiva sozinha “não dá conta do recado” sem prejuízos para a fundamentação da conclusão decisória. Na extensão em que a subsunção não compromete a compreensibilidade, controlabilidade e

³⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204-205.

³⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 601 (versão com o posfácio de 2002).

previsibilidade das decisões jurídicas, ela é recurso suficiente para a aplicação normativa; é o que ocorre nos chamados “casos fáceis”, quando há uma alta densidade normativa nos conceitos aplicados, ou seja, quando estão estáveis os elementos hermenêuticos e pragmáticos (as inferências compartilhadas permitem um “consenso conceitual” em relação ao contexto do caso).

Não faltam trabalhos para criticar a ponderação enquanto método de interpretação em geral³⁹⁹, ou para criticar especificamente sua inadequação à realidade brasileira, ou sua má-aplicação pela prática brasileira, sem negar sua estrutura ou sua possibilidade de resolver conflitos normativos⁴⁰⁰. Muitas dessas críticas são procedentes de alguma forma, tal como a de que a ponderação não é absolutamente racional ou a crítica de que sua (má) aplicação pode levar a arbitrariedades, como ocorre no caso da ponderação prévia⁴⁰¹. Também há críticas feitas pela dogmática brasileira a partir da interpretação que a “escola gaúcha” faz da hermenêutica filosófica gadameriana⁴⁰², que, como visto na primeira seção do trabalho, não convencem. Mas, mesmo se analisadas em seu conjunto ou em sua frequência, essas posições não são capazes de inviabilizar a ponderação enquanto método de aplicação, seja do ponto de vista teórico seja do prático, principalmente porque não sugerem uma alternativa palpável à ponderação.

Müller faz parte dos que criticam a ponderação menos por sua estrutura interna do que pelos efeitos de sua aplicação prática e pelos pressupostos teóricos que lhe dão suporte. Ele considera que a aplicação da ponderação “frequentemente desemboca num decisionismo [*Dezision*] irracional por falta de recursos metódicos auxiliares mais precisos”, e que, do ponto de vista teórico, “pressupõe-se uma harmonia preestabelecida dos bens jurídicos individuais constitucionalmente reconhecidos”, harmonia tal que não ocorre e que deveria ser fundamentada⁴⁰³. Essas críticas procedem em parte, já que realmente é possível que um juiz afirme estar realizando uma ponderação quando na verdade está apenas decidindo “conforme

³⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75 ss.; CAMPOS, Ricardo. **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65-71; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59, 60, 65, 66, 235, 243.

⁴⁰⁰ Cf. NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁴⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50-52, 53 ss.

⁴⁰² Recentes trabalhos continuam partindo de passos deixados pela “escola gaúcha”: RODRIGUES, Gabriel Benedetti Marques. MARCOLINO, Marcela Helena. Métodos de interpretação do direito: uma abertura para o ativismo judicial. **Transições**. V. 1, n. 2, dez. de 2020, p. 55-79.

⁴⁰³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

sua consciência”, sem explicitar seus motivos ou sem ponderar no sentido técnico da palavra. Mas isso tem menos a ver com o método do que com sua recepção pela cultura de aplicação: são críticas que não levam à inviabilização teórica ou prática da ponderação.

Não só há caminhos metódicos auxiliares mais precisos, tal como os cânones interpretativos e a subsunção, que o próprio Müller reconhece como importantes. Para além disso, viu-se que pode haver uma dogmática jurídica desenvolvida em suas funções e em sua autocompreensão hermenêutico-pragmática, que fortaleça o contexto metódico prévio ao emprego da ponderação e ajude a diminuir os problemas de sua má-aplicação.

Também não é necessário pressupor uma harmonia anterior dos bens jurídicos para que eles sejam ponderados. Contudo, o próprio Müller não “resolve” esse problema da conflituosidade permanente dos direitos colidentes, com sua proposta de norma subdividida em âmbito normativo e programa normativo, que comportaria as ideias normativas fundamentais⁴⁰⁴. O problema é simplesmente transferido para outro momento da construção da norma, ainda que haja algum tipo de vantagem nessa construção que, aqui, não será analisada mais afundo.

Ocorre que, na ponderação, a “desarmonia” inicial entre bens (conflitos linguístico-discursivos) é artificialmente levada para dentro de sua estrutura ou para a fase preliminar que antecede o sopesamento, a partir de um recurso retórico-dogmático. Isso não quer dizer que apenas naquele momento ponderativo é que os conflitos entre os bens ponderados acontecem. Quer dizer apenas que pode ser proveitoso/útil, do ponto de vista prático, e justificado, do ponto de vista teórico, concentrar a explicitação desses conflitos através do método da ponderação como forma de completar a estrutura de uma norma (regra ou princípio) que contenha um conceito jurídico indeterminado, considerando a limitação de tempo, de material, de informações, de precedentes, etc. a que estão vinculados os órgãos de decisão.

É comum encontrar em decisões judiciais brasileiras referências à “ponderação” que na verdade não passam de mera invocação abstrata do método, não passam de uma *ponderação prévia*, utilizada como argumento de autoridade sem relação com o caso concreto. Ocorre que a atribuição de diferentes pesos à restrição de um direito e à promoção do direito contraposto apenas pode ser feita em referência a elementos materiais concretos: não faz sentido atribuir pesos que estão apenas na cabeça do julgador. São casos em que o intérprete diz estar realizando uma ponderação, mas apenas cita dos bens jurídicos que entende estarem em conflito e opta (abstrata e implicitamente) por um deles, afirmando que o mesmo prevalece sobre o outro, sem

⁴⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 238 ss.

explicitar o processo de atribuição de pesos. Esse tipo de ponderação prévia é irracional, ela não permite a compreensibilidade, controlabilidade e previsibilidade das razões que levaram à conclusão “ponderativa”.

Outro caso completamente diverso se passa quando o legislador realiza ponderações para a elaboração dos textos legais. Essas ponderações são abstratas — e, em certa medida, “prévias” —, mas estão sempre limitadas e condicionadas pelo contexto material criado pelo sistema constitucional posto e pela legislação em vigor. Além disso, tais ponderações figuram (ou deveriam figurar) nas justificativas das propostas de emenda à Constituição, dos projetos de lei, dos decretos etc.

Nesse contexto, não há razões para cunhar de “irracional” o método da ponderação em si simplesmente a partir do seu mau exercício pela prática brasileira⁴⁰⁵. Alexy demonstra que a ponderação não é irracional, uma vez que a “racionalidade de um esquema inferencial depende essencialmente da questão se ele combina premissas que, enquanto tais, podem por sua vez ser fundamentadas”⁴⁰⁶. Dentro do contexto do discurso jurídico racional, em que as posições são guiadas por argumentos, a possibilidade de se chegar a soluções contraditórias através da ponderação por si só não a torna irracional, uma vez que a sua racionalidade dependerá de como o intérprete irá saturar os enunciados que pretendem fundamentar a conclusão do sopesamento.

Além disso, a objetividade/racionalidade da ponderação depende do fato de se ela foi capaz de tornar o caminho percorrido pelo órgão de decisão mais compreensível, controlável e previsível. É comum que quem afirma que a ponderação é irracional pressuponha uma racionalidade absoluta, tal qual aquela que predominava com o neopositivismo lógico. Não é demais afirmar que “muitos daqueles que veem no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita”⁴⁰⁷. Mas essa racionalidade absoluta não existe e a ponderação permanece como relevante método de aplicação⁴⁰⁸.

Para ter importância metódica, é um consenso que a ponderação precisa de critérios formais e materiais⁴⁰⁹. Ao demonstrar como pode ocorrer a aplicação da ponderação, parte da

⁴⁰⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 158.

⁴⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, p. 363-380. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367.

⁴⁰⁸ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218.

⁴⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 185-186.

dogmática brasileira indica três etapas argumentativas a serem percorridas, que já reúnem alguns desses critérios: a preparação da ponderação; a realização da ponderação; e a reconstrução da ponderação⁴¹⁰.

Apesar de cada proposta conter suas particularidades, elas já são mais complexas e mais abrangentes do que a indicada por Alexy especificamente para os casos de conflitos entre princípios. Para Alexy, as três etapas se resumem a primeiro estabelecer o grau de afetação (não-satisfação) do princípio; em seguida, avaliar o nível de promoção do princípio oposto, e, por fim, determinar se o nível de importância da promoção do princípio oposto justifica aquele grau de afetação do princípio inicial⁴¹¹. Mesmo quando se considera a versão mais refinada do sopesamento alexyano, que envolve não três, mas nove graus de intervenção/afetação⁴¹², a ponderação aqui trazida enquanto postulado ou método interpretativo-aplicativo é mais abrangente e, portanto, mais suscetível de críticas.

A primeira etapa dessa ponderação se constitui em identificar e exaurir conceitualmente os enunciados normativos que estão em conflito, com a saturação dos enunciados com que se pretende trabalhar nas demais etapas. É nessa fase que “devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível”⁴¹³, o que não deixa de exigir que os elementos do caso concreto sejam confrontados com os enunciados normativos para dar-lhes sentido historicamente atual e concreto: ela não pode ser uma etapa meramente abstrata e formal⁴¹⁴. Essa etapa se presta a justificar o próprio recurso à ponderação naquele caso específico, que não pode ser aplicada quando o intérprete bem quiser, mas quando for possível justificar a insuficiência da subsunção como único critério metódico de aplicação.

É aqui que o intérprete indicará com pretensões analíticas a presença de um conceito indeterminado, confrontando-o com os elementos do caso concreto (provas produzidas pelas partes, pareceres do Ministério Público e de peritos, contribuições dos amigos da corte, etc.) para identificar o grau de densidade mandamental (determinado, moderadamente

⁴¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92 ss.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 594 (versão com o posfácio de 2002).

⁴¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 609 (versão com o posfácio de 2002).

⁴¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186-187.

⁴¹⁴ Não é sustentável considerar que nessa primeira etapa da ponderação não deve haver incursão material nos elementos concretos do caso, como parece sugerir Ana Paula de Barcellos em sua proposta, principalmente porque os próprios sentidos normativos dos enunciados que se justificam como incidentes ao caso dependem de uma reconstrução do caso concreto com um sentido normativo durante o processo de tomada de decisão, não são etapas separáveis com rigor: Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115 ss.

indeterminado ou altamente indeterminado) que o conceito pode reunir em sua relação com os demais elementos da estrutura da norma, em sua relação específica com outras normas (regras e princípios) do ordenamento direta ou analogamente aplicáveis, e com a consideração de outros casos semelhantes em que o órgão tenha se manifestado em sua história institucional (exigência de coerência e de integridade). Nesse momento, se o conceito for identificado como altamente indeterminado, a carga de justificação será também alta, tornando obrigatórias as demais etapas da ponderação com recurso aos cânones interpretativos.

O já trazido exemplo da farra do boi pode evidenciar a importância dessa etapa na linha trazida por Wilson Steinmetz, que justificou que o conceito indeterminado de “crueldade”, trazido pela regra do artigo 225, §1º, VII, da Constituição, reunia densidade mandamental suficiente face à farra do boi para que a regra proibitiva fosse aplicada ao caso mediante subsunção simples, sem que fosse necessário qualquer recurso à ponderação completa: o conceito de crueldade possui baixa indeterminação, ele pode ser considerado *determinado*. Assim, com a instrução que lhe foi dada pelo STF, o caso da farra do boi não passaria pela etapa preparatória da ponderação que não seria necessária ao caso.

Aqui também se evidencia que a primeira etapa da ponderação pode já integrar, também, uma parte da aplicação da subsunção, tendo em vista que uma justificação de que a subsunção é suficiente para resolver um caso concreto já abrange, também, parte dessa etapa preliminar de justificação da necessidade de ponderação nesse mesmo caso: quanto mais insuficiente for a subsunção como caminho de decisão, maior será a necessidade de ponderar, de recorrer a métodos interpretativos complementares e a princípios enquanto razões argumentativas.

É exatamente nessa etapa que outros métodos, em especial os cânones da interpretação, podem ser mais importantes, já que, antes de estabelecer as relações de afetação *versus* promoção, o interprete argumentará sobre os limites da literalidade dos textos relacionados, sobre as finalidades normativas em jogo, sobre o significado que o sistema normativo reúne para determinar o sentido dos conceitos trabalhados em relação àquelas finalidades, sobre como os conceitos em conflito já vem sendo aplicados pela jurisprudência a casos semelhantes. Ela não exclui, contudo, um recurso aos cânones nas demais etapas, em especial na que estabelece as relações de precedência, mas nessa etapa preliminar é que eles parecem ser mais necessários como garantia de clareza, compreensibilidade, controle e previsibilidade das premissas da ponderação e, conseqüentemente, de sua conclusão.

Essa etapa da argumentação ponderativa irá fixar o que está sendo ponderado em termos conceituais, isto é, qual o objeto da ponderação, abrangendo o seguinte: os bens jurídicos em jogo, que “são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios

jurídicos”; os interesses, que “são os próprios bens jurídicos *na sua vinculação com algum sujeito* que os pretende obter”; os valores, que nada mais são do que “o aspecto axiológico das normas, na medida que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”; e os princípios, que “constituem o aspecto deontológico dos valores”, estabelecendo um estado de coisas a ser promovido⁴¹⁵.

A segunda etapa é a realização da ponderação em si. Nela é fundamentada o grau da importância da satisfação dos elementos (bens, interesses, valores e/ou princípios) que se pretendem promover, e o grau de afetação dos elementos que serão restringidos, argumentando-se sobre as finalidades sistemático-normativas e as possíveis consequências jurídicas e fáticas dessa promoção/afetação⁴¹⁶.

A terceira e última etapa é a conclusão do sopesamento em si, chamada de reconstrução da ponderação, em que há o estabelecimento das regras de relação entre os elementos e a conclusão final no sentido de qual deverá prevalecer, em razão de toda a argumentação anterior. Essa conclusão possui pretensão de validade para além do caso concreto: todos os casos em que já for possível, de antemão, identificar a presença dos mesmos elementos ponderados, com as mesmas características concretas, devem ser decididos no mesmo sentido.

4.4.4 Os quatro cânones da interpretação

Foi antecipada a importância dos cânones como caminhos metódicos complementares à ponderação e à subsunção. De toda sorte, isso não impede que eles sirvam como razões autônomas dentro da fundamentação de uma decisão. Para o presente trabalho, voltado à sua relação com a aplicação de conceitos indeterminados, eles têm uma abordagem limitada às possíveis contribuições para o trato com a indeterminação normativa.

Já no século XIX quando canonizados por Friedrich Karl Von Savigny, os quatro métodos interpretativos clássicos eram chamados de “elementos” da interpretação e compreendidos não como métodos propriamente, tais quais os utilizados pelas ciências exatas e naturais, mas como possíveis caminhos que orientam o intérprete-aplicador na direção de determinadas perguntas, que poderão ter um peso distinto a depender do quanto cada um contribuiu para a solução do caso concreto⁴¹⁷. Para as decisões jurídicas a partir de conceitos

⁴¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186.

⁴¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 187.

⁴¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129; PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e dos princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional

indeterminados, a importância desses caminhos interpretativos é elevada na medida em que os métodos da subsunção e da ponderação não conseguem, sozinhos, conferir densidade mandamental aos conceitos em jogo e, conseqüentemente, à decisão ao mesmo tempo em que potencializam a compreensibilidade, controlabilidade e previsibilidade da justificação dessas decisões.

O elemento gramatical, literal, semântico ou filológico, direciona a pergunta do intérprete para o sentido das palavras contidas no texto legal. Apesar de não haver parâmetros para estabelecer uma hierarquia entre os cânones, impõem-se, a partir da regra constitucional de vinculação à lei e da assumpção de cargas argumentativas na medida em que se distancia dessa literalidade, que os intérpretes tenham como ponto de partida (na maior parte das vezes, terminativo) o sentido literal dos textos legais⁴¹⁸. Com esse elemento, há “uma tensão entre duas tendências: por um lado, a de fazer prevalecer o sentido natural e corrente da linguagem e, pelo outro, a de privilegiar o sentido técnico-jurídico da mesma linguagem”⁴¹⁹.

Isso significa que o sentido corrente (linguístico) dos termos tem relevância inicial, a partir da experiência do intérprete enquanto falante daquela língua, mas ele muitas vezes não é capaz de determinar o sentido *normativo-comportamental* mais adequado do texto legal. Como visto, esse sentido normativo envolve a possibilidade de se identificar o comportamento que será imposto a alguém através do resultado da interpretação, ao mesmo tempo em que fornece (ou não) o caminho metódico que se deve percorrer para essa decisão. Além disso, o legislador se utiliza de técnicas legislativas específicas dotadas de artificialidade linguística em relação à linguagem corrente, na elaboração dos textos legais, empregando conceitos jurídicos indeterminados, com sentidos mais ou menos específicos, que exigem — por força de suas finalidades práticas — uma atividade argumentativo-constructiva mais intensa do que o simples recurso à literalidade⁴²⁰.

Geralmente, esse elemento possui da maior relevância *metódica* entre os cânones, já que ele ajuda o aplicador a delimitar, preliminarmente, quais os limites da linguagem comum em relação às finalidades normativas naquele caso, determinando, conseqüentemente, o grau de discricionariedade a que ele está vinculado: quanto menor a densidade mandamental que

renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 32.

⁴¹⁸ Neste sentido, *vide* RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. **Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 433ss.

⁴¹⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 138.

⁴²⁰ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 197ss.

vincula seu comportamento interpretativo, maior será a carga argumentativa imposta a ele em sua justificação⁴²¹. Como visto, é preciso ter em mente que toda fixação do conteúdo de uma norma é *sempre* “resultado de uma interpretação”, que não está adstrita à literalidade linguística do texto.

Exemplo é o texto do artigo 50⁴²², da Lei 9.784/99, que estabelece previamente uma norma-regra com pelo menos um antecedente (hipótese, fato-tipo, etc.) por inciso, como o do inciso I, “se o ato administrativo negar, limitar ou afetar direitos ou interesses”, mas todos com a mesma consequência normativa de “tal ato deve ser motivado”. Nesse caso, o aplicador normalmente não encontra maiores dificuldades para construir a estrutura (antecedente e consequente) de uma regra metódica (= uma metanorma) a partir do sentido literal do seu texto, principalmente a partir do inciso I: “se o ato administrativo negar, limitar ou afetar direitos ou interesses”, “tal ato deve ser motivado com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”.

Já no exemplo antes abordado, do artigo 32⁴²³ da Lei 9.784/99, o problema da aplicação começa com o termo “questão relevante”, somente quando o intérprete poderia ou não escolher realizar uma audiência pública. Esse conceito indeterminado antecipa os limites do elemento gramatical da interpretação, confirmando que a “interpretação gramatical não leva, no mais das vezes, a decisões unívocas: produz um número maior ou menor de possibilidades interpretativas [...]”⁴²⁴.

Já o elemento sistemático representa as exigências de coerência, a partir de uma “estrutura interna de referência”, e de consistência, de “ausência de contradições” dentro do sistema normativo⁴²⁵. Assim, “cada norma jurídica deve ser interpretada em consideração de todas as demais, e não de forma isolada”, a partir tanto do ponto topográfico da norma dentro do ordenamento, como da harmonia lógico-teleológica entre essa norma e o sistema⁴²⁶. Nesse

⁴²¹RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. **Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre**. 7. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 434, livre tradução.

⁴²² “Art. 50. Os atos administrativos *deverão* ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, *quando*: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.” (grifo nosso)

⁴²³ “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

⁴²⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 412.

⁴²⁵ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 305.

⁴²⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 415.

contexto, a interpretação de cada norma também deve observar o caráter vinculatório dos direitos fundamentais tanto na escolha e valoração das normas (regras e princípios) e fatos que determinarão as premissas normativas e fáticas, quanto na justificação da conclusão dessas premissas⁴²⁷.

Assim, segundo o texto do artigo 32, da Lei 9.784/99, para preencher o conceito “questão relevante”, o intérprete deve buscar argumentos no sistema que possam se relacionar com a aplicação do dispositivo em questão, tanto a partir de uma análise dos textos topologicamente próximos e/ou de conteúdo material análogos, quanto a partir de uma diferenciação prático-sistemática orientada pelas finalidades perseguidas “pelo ordenamento jurídico” naquele caso concreto.

Veja-se que mesmo o elemento sistemático ainda possui uma forte vinculação ao texto legal, o que não acontece com todos os elementos interpretativos. A partir dele, é possível que se construa soluções para quando o sentido literal do texto é insuficiente ou inexistente sem perder referência legal, ou “vinculação à lei”: ele implica numa necessária *contextualização* da norma dentro do sistema normativo⁴²⁸. Caso não exista um dispositivo textual da legislação local que possibilite, por exemplo, a realização da audiência pública nos casos de relevância da questão, com vistas a garantir uma decisão o mais bem-informada e eficaz quanto possível da Administração, pode-se construir uma norma com densidade análoga à extraível do citado artigo 32, a partir da própria CF/88 sem perder “vinculação à lei”, já que ela obriga que a atuação da Administração seja eficiente/eficaz, observando o interesse público “geral”.

Considerando que a referência entre a norma interpretada e o ordenamento jurídico como um todo é, em boa medida, finalística, no sentido de que se busca conectar ambos (norma e sistema) também a partir de seus fins, Karl Engisch afirma como custosa a separação entre o elemento sistemático e o elemento teleológico. Isso porque as normas jurídicas “têm em grande parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, completar finalisticamente essas outras normas”⁴²⁹. Também para Alexy, o argumento sistemático engloba, num sentido amplo, “tanto a referência à situação de uma norma no texto legal, como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios”. Para ele, todavia, só se deve considerar sistemáticos em sentido estrito os argumentos que se

⁴²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 477ss.

⁴²⁸ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 439ss.

⁴²⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 140-141.

referem a “relações lógicas entre normas”⁴³⁰.

A pergunta orientada pelo elemento teleológico ou finalístico direciona o intérprete para as finalidades normativas, pelas decisões de valores normatizados pelo legislador, tais como as trazidas superficialmente com o nosso exemplo (atuação estatal eficiente, garantia da saúde, moradia e segurança da população)⁴³¹. Aqui, não se trata de estabelecer os fins do legislador do ponto de vista subjetivo, mas, sim, do ponto de vista objetivo. Toma-se, nesse sentido, o legislador como um “sujeito hipotético”, de maneira que as “afirmações finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre os fins estabelecidos por este sujeito hipotético”. Esse elemento faz com que o intérprete precise argumentar sobre as razões normativas, num processo de identificação dos bens jurídicos e estados de coisas que a norma visa tutelar e alcançar, e de determinação de suas implicações para o caso concreto: as consequências concretas; a representação concreta dos estados de coisas; e os meios de ação (condutas) necessários à promoção desses estados de coisas⁴³².

Não se pode negar que o conceito de fim é bastante elástico e abrangente. Costuma-se considerar os fins de um ato humano tanto a partir das desejadas consequências fáticas mais específicas como por suas implicações mais abstratas⁴³³. Na verdade, é o intérprete quem vai distinguir argumentativamente o ato de suas consequências, numa atividade que envolve sua própria vontade (subjetiva), seus preconceitos (o que ele experimentou como “atos” e/ou “consequências” durante a vida; a forma como ele os valoriza e os relaciona com o que interpreta concretamente), sua capacidade hermenêutica, tendo em vista que não há qualquer parâmetro objetivo para que se afirme algo como consequência de um ato para além da argumentação histórico-normativa. A norma, por sua vez, exige sempre que lhe sejam atribuídas finalidades razoáveis, que se pretendem corretas, aptas a serem fundamentadas por um procedimento racional de argumentação⁴³⁴.

Contudo, diferentemente dos demais elementos (literal, sistemático e histórico), o argumento teleológico não guarda relação direta com o texto legal inicial. Como visto, quanto

⁴³⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 295.

⁴³¹ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 425-429.

⁴³² ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 295ss; ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 143.

⁴³³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 142.

⁴³⁴ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 306.

mais o intérprete se distancia do sentido literal, maior é a carga argumentativa assumida por ele. Assim, ainda olhando para o nosso exemplo, ao preencher o termo de “questão relevante”, o intérprete deve argumentar por que aquela matéria é relevante do ponto de vista do sistema normativo (constitucional) e de como ele vem sendo aplicado pela prática jurídica (judicial e administrativa).

Na argumentação teleológica, afirma-se um fim empiricamente constatável como algo objetivo. A passagem argumentativa do plano prático-empírico (do caso concreto) para o objetivo-normativo e o seu retorno é o que assegura a racionalidade relativa do procedimento, uma vez que quem escolhe e valora os fatos que integrarão definitivamente a norma e quem faz os juízos de prognose quanto às consequências de sua aplicação é o intérprete aplicador. Não obstante, o elemento literal da interpretação impõe constantemente o dever de se observar a eventual pré-seleção material elaborada pelo legislador na hipótese ou no consequente normativos, inclusive de normas aplicáveis a casos análogos, sob as mesmas circunstâncias⁴³⁵.

A pergunta pelas finalidades normativas concede um considerável espaço argumentativo ao intérprete, que necessitará despender mais esforços para conseguir densificar racionalmente a fundamentação de suas escolhas. Dessa maneira, “o elemento teleológico da interpretação resguarda e aumenta a racionalidade da produção da decisão, uma vez que exige um convencimento argumentativo sobre o juridicamente correto”⁴³⁶.

O elemento histórico leva o intérprete a perguntar, num primeiro momento, pelo contexto histórico em torno da elaboração do texto legal. Apesar de guardar relação com a interpretação teleológica, não se trata de determinar os fins reais do legislador do ponto de vista histórico, ou a interpretação genética do texto legal, uma vez que, “nos complexos processos legislativos atuais, não há mais ‘uma vontade’ legislativa a ser descoberta; o que interessa é somente o texto aprovado e não as pretensas vontades subjacentes”⁴³⁷.

Uma das funções da atividade interpretativa é a de revisão (temporal, cultural, científica, etc.) do sentido da norma e dos efeitos históricos de sua aplicação anterior. Essa função é acentuada quando se leva em conta o elemento histórico. Alguns autores até afirmam que “a relevância do elemento histórico é inversamente proporcional ao tempo decorrido desde a

⁴³⁵ KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218, p. 199.

⁴³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 306.

⁴³⁷ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320, p. 305-306.

edição da norma constitucional”⁴³⁸.

Em sua função geral mais tradicional, o elemento histórico leva à coleta de informações sobre a situação histórico-cultural da sociedade em que o texto legal foi elaborado, para a melhor compreensão possível do significado da tradição frente ao caso concreto⁴³⁹. Nesse sentido, o trabalho do intérprete “se assemelha ao do historiador”⁴⁴⁰, na medida em que ele é levado a considerar os precedentes legislativos da época de edição do texto legal, as propostas ou emendas de texto rejeitadas, bem como os fatos que foram documentados nesse contexto histórico⁴⁴¹.

Mas, em termos estruturais, esse elemento leva o intérprete a revisar a história de aplicação dos conceitos jurídicos sob análise, não apenas dentro da jurisprudência formada no entorno daquele conceito ou de situações materiais semelhantes por ele abarcadas, mas também dentro de um mesmo processo, quando deverá ser analisado o preenchimento daquele conceito por cada órgão da cadeia de aplicação (juiz de primeiro grau, tribunal, instância superior; órgão fiscalizador, comissão administrativa processante, autoridade superior etc.) e os elementos de que cada órgão dispunha para justificar aquele conceito.

Esse elemento atua subsidiariamente no estabelecimento das finalidades normativas de uma argumentação teleológica, tendo em vista que, a partir de argumentos sobre informações históricas, pode-se afirmar que o legislador ou mesmo um determinado órgão da cadeia de aplicação estava condicionado ou limitado por sua tradição, por sua capacidade técnica ou informacional, e que essa limitação o impediu de considerar determinados fatos ou o condicionou a considerá-los com valores diferentes dos atuais⁴⁴².

⁴³⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 414.

⁴³⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 144.

⁴⁴⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 413.

⁴⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

⁴⁴² ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, p. 294.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou trazer algum conforto interpretativo para a prática judicial e alguma contribuição para uma autocompreensão da dogmática jurídica brasileira, analisando até que ponto se pode afirmar que há uma relação necessária entre a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e os métodos de interpretação, no contexto do pós-reviravolta linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica. Dada a complexidade e abrangência dos temas envolvidos, o trabalho se colocou em quatro níveis discursivos complementares e codeterminantes: filosófico, jusfilosófico, dogmático e prático. Nesse contexto, as três metáforas principais do Mestre e seus adeptos, da Quimera-dos-conceitos-indeterminados e do *Iceberg* dos métodos interpretativos vieram como uma tentativa de fixação e compreensão do problema da presente investigação, que mais representa um conjunto de problemas de diferentes áreas do direito ligadas pelas duas linhas da hermenêutica e da pragmática.

Viu-se que a antiga figura da dogmática jurídica enquanto o Mestre, sua escola e seus adeptos deveria ser aposentada, justamente por não mais conseguir oferecer respostas satisfatórias e palpáveis a problemas de aplicação normativa causados por casos mais complexos, que surgem quando da aplicação de conceitos indeterminados. Ainda muito influenciadas pelo positivismo lógico, muitas vezes se colocando como reação a ele, essa figura do Mestre e sua escola termina se impondo à aceitação de seus adeptos apenas em razão de sua autoridade cética ou relativista.

Por outro lado, parece ser cada vez mais requisitada pela prática jurídica brasileira uma dogmática que consiga se impor através de seu potencial crítico intersubjetivo, que tem mais elementos para fortalecer suas atividades hermenêutica e pragmática a partir do reconhecimento da própria história, consciente dos efeitos da intercontextualidade de um país multicultural como o Brasil. Essa dogmática se move através de sua tradicional função analítica, mas se alimenta e se fortalece através de suas funções hermenêutica e pragmática, que também garantem sua constante reformulação e a revisão crítica de seus preconceitos, de suas visões de mundo.

A Quimera-dos-conceitos-indeterminados não conseguiu trazer, sozinha, um conforto para a compreensão no entorno da discricionariedade jurídica (judicial e administrativa) que deles decorre. Por se constituir de várias partes de diferentes animais, que representam os diferentes momentos da aplicação de conceitos indeterminados, e por lançar o fogo da indeterminação normativa pelas narinas, ela não pôde ser domada apenas com o aparato conceitual fornecido pelo vocabulário do positivismo lógico-filosófico. Foi útil, no fim das

contas, recorrer a Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, para conseguir entender por que a subjetividade, os preconceitos dos intérpretes e as diferentes culturas, submetidas a um mesmo ordenamento, não são um problema da aplicação normativa, mas sim o pressuposto de sua estruturação sobre os três pilares defendidos ao longo do trabalho: o discurso argumentativo-racional, as funções pragmática e hermenêutica da dogmática e os caminhos metódicos da interpretação.

Já o *Iceberg* dos métodos interpretativos foi concebido de forma mais natural, considerando o cotidiano da prática judicial brasileira, que é a parte emersa do *Iceberg*, sua ponta, e as discussões da filosofia a respeito dos métodos, que são a parte mais profunda da grande pedra de gelo. Com a preocupação de fornecer algum conforto seguro para a prática jurídica, a última parte do trabalho trouxe uma breve sistematização crítica sobre os possíveis caminhos metódicos da aplicação normativa, considerando os desdobramentos da reviravolta linguística da filosofia para a ideia de método e sua possível relação com a verdade.

Não se pôde negar que o método ainda compartilha uma função teórica racional, desde sempre enfatizada por positivistas, embora se fale, hoje, numa *racionalidade histórica relativa a determinadas culturas*. Isto porque as principais funções desses métodos no contexto pós-metafísico da virada linguística são as de expor, organizar e tornar compreensíveis e controláveis os motivos das decisões jurídicas. Concluiu-se que somente pode existir uma relação necessária entre métodos e a aplicação de conceitos indeterminados na medida em que ela viabilize a comunicação, a compreensibilidade, a controlabilidade intersubjetiva das decisões jurídicas (judiciais e administrativas). Para além desses casos, não parecem existir elementos teóricos ou práticos para se afirmar uma tal relação necessária. Considerando as conclusões da virada linguística, na última seção da pesquisa, foi subentendida uma proposta escalonada dos seguintes caminhos metódicos: a subsunção dedutiva, a ponderação e os quatro elementos clássicos da interpretação.

Neste cenário, que nada tem de pós-apocalíptico como os Mestres, suas escolas e adeptos deixam a entender, a dogmática jurídica domina sua própria história, seus próprios preconceitos, reconciliando-se com os diferentes contextos culturais da aplicação normativa, reunindo elementos para domar a Quimera-dos-conceitos-indeterminados ao mantê-la sempre sobre a parte emergente do *Iceberg* dos métodos interpretativos. Sempre que seus impulsos bestiais se aguçam pelo fogo da indeterminação, a dogmática lhe direciona para o *Iceberg*, que derrete, aos poucos, e torna mais tragável a convivência com a Quimera-dos-conceitos-indeterminados.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael L.; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre o Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>, acesso em 03/04/2019.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, versão com o posfácio de 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2. ed. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32.

CAMPOS, Ricardo. **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Trad.: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do Fato Jurídico**: uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013.

DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR., Marcos A. de A (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*. Editor: Peter Häberle. Königstein: Athenäum, 1981.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administracion*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

ESFELD, Michael. *Normativität der Bedeutung und normative Wissenschaftsphilosophie*. *In*: GESANG, Bernward (Hg.). *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?* Frankfurt am Main: Ontos-Verlag, p. 205-223.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2017, p. 2629-2657.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais:** parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade:** uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos.** Trad.: Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **A lógica das ciências sociais.** 2. ed. Trad.: Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica:** para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad.: Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Trad.: Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Trad.: Fausto Castilho, edição bilíngue. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem.** 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

HOERSTER, Norbert. *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie.* München: C.H. Beck, 2006.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação.** São Paulo: Saraiva, 2014.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Trad.: Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRÄMER, Hans. **Kritik der Hermeneutik: Interpretationsphilosophie und Realismus**. München: C. H. Beck, 2007.

KRELL, Andreas J.; MAIA, Vítor Mendonça. A racionalidade na interpretação e aplicação do direito: do desafio kelseniano ao desafio dos bons argumentos. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 19, n. 32, p. 85-116, set./dez., 2021.

KRELL, Andreas J. *The Reduced Normative Programming Of Environmental Protection Laws In Brazil And Their Poorly Organized Methodically Interpretation*. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 15, n. 03, p. 3-17, set./dez., 2020.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raí M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 11 – n. 37, julho/dezembro – 2017, diretores: Carlos Alberto Molinaro; Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Fórum, p. 185-218.

KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul/dez., 2016, p. 101-147.

KRELL, Andreas Joachim. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista eletrônica do mestrado em direito da UFAL**. Maceió, v. 7, n. 2, 2016, p. 1-199, ISSN 1809-1873.

KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 10, n. 1, jan./jun., 2014, p. 295-320.

KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR., Marcos A. de A (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. p. 75-96, São Paulo: Saraiva, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2009.

MADALENA, Luis Henrique. **Discrecionabilidade administrativa e hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad.: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan./abr., 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, vol. 9, n. 1, 2017, p. 33-41.

PAIVA, Raíi Moraes Sampaio de. Entre legalidade e “juridicidade” na aplicação normativa: pressupostos metódicos para o preenchimento de conceitos indeterminados. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (org.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 91-123.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2 ed. *E-book*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

POPPER, Karl. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Trad.:

Antônio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, 1969.

QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

RIBEIRO, Caroline Vasconcelos. O fim da metafísica segundo Habermas: ponderações à luz do pensamento heideggeriano. **Princípios**, Natal, v. 16, nº 26, jul./dez., 2009, p. 107-134.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Volume 45, n. 177, p. 265-583, janeiro/março, 2008, Brasília/DF.

ROBLES, Gregorio. *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*. Madrid: Civitas, 1998.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUES, Gabriel Benedetti Marques. MARCOLINO, Marcela Helena. Métodos de interpretação do direito: uma abertura para o ativismo judicial. **Transições**. V. 1, n. 2, dez. de 2020, p. 55-79.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2013.

SANTOS, Antonio Wilker dos. A teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda em face do pragmatismo analítico de Wittgenstein. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17 (33), p. 187-210, jul./dez., 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; Contraponto, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de direito da Universidade de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília. Vol. 2, n. 1, jan./abr., 2016, p. 96-118.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional, p.

363-380. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. São Paulo: Duas Cidades, 1973.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia** — 50 anos de Verdade e Método. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STEINMETZ, Wilson. “Farra do boi”, fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais?. **Direitos fundamentais e justiça**, Curitiba, nº 9, out./dez., 2009, p. 260-273. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/461/273>. Acesso em 22/05/2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Analítica e Argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, vol. 25, n. 2, p. 371-387, mai./ago. de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**. V. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto — decido conforme minha consciência?** —. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In*: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (orgs.). **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PoD / PUC-Rio, 2014, p. 171-219.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, nº 1, jan./jun., 2012, p. 37-58.

TONTTI, Jarkko. **Right and Prejudice: Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law**. Aldershot: Ashgate, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições introdutórias à filosofia analítica da linguagem**. Trad.: Ronai Rocha *et alii*. Ijuí: Unijuí, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Necessidades falsas**: introdução a uma teoria social antideterminista a serviço da democracia radical. Trad.: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. São Paulo: Boitempo, 2005.

VATTIMO, Gianni. **Da realidade**: finalidades da filosofia. Trad.: Klaus Brüscke. Petrópolis: Vozes, 2019.

VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Trad.: João B. Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WENGER, David R. **Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik**. Vienna: Springer, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad.: Marcos G. Montagnoli. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad.: Luiz Henrique Lopes dos Santos, edição bilíngue. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cultura e valor**. Trad.: Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 2: crítica às características centrais. **Direito e Democracia**. Canoas, v. 13, nº 1, p. 21-46, jan./jun., 2012.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 1: conceito e características centrais. **Revista Jurídica – CCJ**. Blumenau, v. 17, nº 33, p. 127-146, jan./jun., 2013.