XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo juridico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-601-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça, do direito e da decisão. 2. Teorias da argumentação e do realismo jurídico. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) promove uma série de encontros anuais, de abrangência nacional, nos formatos virtual e presencial, visando à produção e disseminação de pesquisas na área jurídica.

Esses eventos, além de contemplar palestras de juristas de destaque, nos âmbitos nacional e internacional, enfocam precipuamente a apresentação de artigos científicos, defendidos perante grupos de trabalho especializados por área (os GTs). Nesses grupos, promove-se a discussão sobre o estado da arte da produção da ciência jurídica brasileira e internacional. Trata-se de momento de compartilhamento e debate das diversas pesquisas realizadas no contexto da pós-graduação em direito e, portanto, de oportunidade de formação de relevantes redes de diálogo entre estudiosos, professores e cientistas nacionais e estrangeiros (networking).

Especificamente o grupo de trabalho Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e Realismo Jurídico, ora em apresentação, enfoca os seguintes temas: concepções de justiça; matrizes fundantes da ideia de justiça; justiça e direito; a justiça e sua relação com a busca da verdade; justiça universal e justiça particular; justiça substantiva e justiça procedimental; justiça distributiva; teorias modernas da justiça; utilitarismo clássico e contemporâneo; liberalismo, igualitarismo e libertarianismo; comunitarismo, particularismo, perfeccionismo, republicanismo e multiculturalismo; democracia deliberativa e justiça social como reconhecimento; razão jurídica; semiótica; retórica; lógica; argumentação e argumentação jurídica; direito e ciência jurídica; teoria da norma jurídica; teoria da norma e teoria da decisão; teoria do ordenamento jurídico; direito e linguagem; positivismo(s) jurídico (s); realismo(s) jurídico(s), modelos norte-americanos, escandinavos; o paradigma da cientificidade; falseabilidade; pragmatismo filosófico e jurídico; relações entre direito, estado e sociedade: os modelos formalistas, sistêmicos-operacionais e realistas; o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização; o direito como sistema de regras e princípios; a relação entre direito e moral; o discurso jurídico; judicialização; ativismo judicial; decisionismo; idealismo jurídico; neoconstitucionalismo; Teoria da norma x teoria da decisão; e, pragmatismo.

Na presente oportunidade, na agradável cidade de Balneário Camboriú (SC), entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2022, foram apresentados artigos científicos que tratam, de forma abrangente e interdisciplinar, sobre os assuntos afetos ao presente GT, antes indicados. A qualidade e a relevância dos trabalhos apresentados são indicativos da relevância do Conpedi, notadamente no tocante ao debate sobre as questões mencionadas, as quais reclamam constante aperfeiçoamento no âmbito da pós-graduação em direito.

Em continuidade às apresentações, os trabalhos geraram importantes interações acadêmicas, contextualizando os temas trabalhados com o devir dos cenários político, econômico e social atuais, que representam um notável desafio para os juristas.

Com satisfação e respeito, os coordenadores do grupo de trabalho convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua e leve leitura.

Não se pode encerrar, contudo, sem o merecido agradecimento aos pesquisadores que produziram o conhecimento ora disponibilizado e, além disso, contribuíram para os importantes diálogos, conduzidos no presente grupo de trabalho.

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior (UFRGS)

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior (Univali)

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva (UNOESC e UNIRV)

A CIENTIFICIDADE DO DIREITO E SEU OBJETIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PAZ SOCIAL

THE SCIENTIFICITY OF LAW AND ITS OBJECTIVE AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL PEACE

Bernardo Olive Dos Santos

Resumo

O principal objetivo de nossa pesquisa é realizar uma análise crítica do objetivo do direito em manter a paz social. Para este fim colocaremos como problemática o questionamento sobre a possibilidade de alcançarmos o conceito de justiça através de um sistema jurídico entendido como ciência. Derivadas desta principal linha de questionamento outras problemáticas se apresentaram, quais sejam: A Ciência do Direito almeja conhecer a verdade ou seu objeto seria a busca pelo consenso? A natureza do Direito seria uma ciência ou seria um fenômeno social? O Direito é um mecanismo de restrição ao poder ou, ao contrário, uma ferramenta de poder? Como seria possível para o jurista adquirir conhecimento, conhecer e aplicar a lei de forma a alcançar a paz social? Após o desenvolvimento de nossa pesquisa verificamos a importância que o jurista deve ser capaz de assimilar a realidade histórica e a intenção do legislador originário, sob pena de aplicar a lei de forma dogmática e descontextualizada. De igual forma se mostrou necessária a investigação de novas formas de pensar e interpretar a nossa estrutura normativa, evitando análises setorizadas que desconsideram o conjunto de leis que, em um Estado de Direito, deve necessariamente ser harmônico. Concluímos que a divisão do direito em diferentes ramos que não dialogam entre si e, igualmente, a criação de conceitos linguísticos extremamente técnicos e de difícil apreensão da população acaba por afastar do fim primário da justiça, qual seja, a manutenção da paz social.

Palavras-chave: Justiça, Ciência jurídica, Direito e linguagem, Realismo jurídico, Idealismo jurídico, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of our research is to carry out a critical analysis of the purpose of law in maintaining social peace. Our research problem will analyze the possibility of reaching the concept of justice through a legal system understood as science. Based on this main theme, other questions emerged, namely: Does the Science of Law aim to know the truth or would its object be the search for consensus? Is the nature of law a science or is it a social phenomenon? Is the law a mechanism for restricting power or, on the contrary, a tool of power? How would it be possible for the jurist to acquire knowledge, know and apply the law in order to achieve social peace? After the development of our research, we verified the importance that the jurist must be able to assimilate the historical reality and the intention of the original legislator, under penalty of applying the law in a dogmatic and decontextualized

way. Likewise, it was necessary to investigate new ways of thinking and interpreting our normative structure, avoiding sectored analyzes that disregard the set of laws that, in a State of Law, must necessarily be harmonious. We conclude that the division of law into different branches that do not dialogue with each other and the creation of extremely technical linguistic concepts that are difficult to apprehend by the population ends up moving away from the primary purpose of justice, that is, the maintenance of social peace.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Legal science, Law and language, Legal realism, Legal idealism, Judicial activism

1 INTRODUÇÃO

Em aspectos sociológicos mesmo as comunidades humanas minimamente organizadas tendem a serem governadas por algum sistema de regras, afinal, a finalidade da lei é garantir a paz. Sendo assim, não surpreende que a ciência do direito tenha nascido na tentativa de formular e estruturar essas normas de convívio. Esta teoria, como é natural, desenvolveu-se muito lentamente e seguindo a evolução da complexidade social.

A ciência do direito pode ser definida como o estudo sistemático da natureza do direito, as fontes do direito, os princípios e regras que governam o sistema jurídico e o papel do direito na sociedade. É um campo de investigação que se baseia em uma variedade de disciplinas, incluindo jurisprudência, história do direito, teoria do direito, ciência política, economia e sociologia.

Durante o curso de Direito o acadêmico adquire conhecimento sobre os diversos ramos jurídicos e seu conhecimento é avaliado através de métodos que demonstrem sua proficiência na atual legislação de nosso ordenamento. Este mesmo acadêmico, em sua colação de grau, promove juramento que merece destaque em determinado trecho: “Juro acreditar no direito como forma para a convivência humana, fazendo da justiça o meio de combater a violência e de socorrer os que dela precisarem (…). Acima de tudo, juro defender a liberdade, pois sem ela, não há direito que sobreviva, justiça que se fortaleça e nem paz que se concretize”.

É possível verificar que todos os juristas em determinado momento reconheceram que o Direito é o melhor mecanismo para a paz social e, igualmente, todos eles juram utilizar da justiça como o meio para alcançar este objetivo.

Tendo a paz social como objetivo juramentado do jurista é que o nosso trabalho tem como singelo objetivo principal se debruçar sobre o problema-tema: Mas afinal, será que é possível que o conceito de justiça seja compreendido através de um sistema de leis que se intitula como ciência?

Derivadas desta principal linha de questionamento outras problemáticas se apresentaram durante nossa pesquisa, quais sejam: Seria possível afirmar que a Ciência do Direito almeja conhecer a verdade? O objeto da ciência do Direito seria a busca pelo consenso? A natureza do Direito seria uma ciência ou seria um fenômeno social? O Direito seria, portanto, um mecanismo de restrição ao poder ou, ao contrário, uma ferramenta de poder? Como seria possível para o jurista adquirir conhecimento, conhecer a lei e, mais importante, aplicar a lei de forma a alcançar a paz social?

Para respondermos a problemática apresentada não pretendemos abordar o uso desmesurado de conceitos. Categorizar de forma desmedida objetos iguais culmina por comprometer a clareza e a previsibilidade do Direito, características tão almejadas àquilo que entende-se como ciência.

Nossa pesquisa adotará o método técnico-jurídico, sem que, por vezes, use-se de métodos históricos, sociológicos, dogmáticos e comparativos, tão-somente quando se faça necessário para melhor elucidar dado assunto. Há, ainda, preponderância para a bibliografia, envolvendo autores nacionais e estrangeiros, bem como a consulta direta a textos normativos.

2 CIÊNCIAS NATURAIS E CIÊNCIAS DO ESPÍRITO

As ciências naturais são um ramo da ciência que lida com o mundo natural e seus fenômenos. Isso inclui o universo físico e as leis que o governam, bem como as ciências da vida e da Terra. Os cientistas naturais usam o método científico para explorar e explicar o mundo natural.

O método científico, por sua vez, é o processo pelo qual os cientistas tentam entender o mundo natural. Começa com a formação de uma hipótese, ou uma possível explicação para um evento ou observação. Essa hipótese é então testada por meio de experimentos, que podem ser reproduzidos por outros cientistas. Se os resultados desses experimentos apoiarem a hipótese, ela se tornará uma teoria, que é nossa melhor compreensão de como o mundo natural funciona. Neste sentido, é possível dizer que as ciências naturais trabalham com a busca pela verdade pois, caso um experimento vá contra o que dita determinada teoria, simplesmente considera-se que esta teoria estava falsa.

Seria possível, em contraponto, afirmar que a Ciência do Direito almeja conhecer a verdade? Entendemos que a resposta seja negativa. O direito tem como objetivo a paz social da comunidade em que está estruturado e sobre a qual possui jurisdição. O Direito existe para negar o Estado de Natureza de Thomas Hobbes e evitar o uso da força como método para dirimir conflitos entre as pessoas (MYAGILLA, 2017).

A natureza do Direito seria, portanto, uma ciência ou seria um fenômeno social? Poderíamos argumentar que o direito é uma ciência do espírito e, portanto, que o Direito não é apenas um produto da sociedade humana, mas tem suas raízes em algo mais profundo e abstrato. É um estudo sistemático, racional e disciplinado dos princípios que fundamentam a vida social humana. O Direito é um produto da razão humana e reflete os valores e ideais

básicos de uma sociedade e, também, uma ferramenta que pode ser usada para atingir esses objetivos (MARIN, 2012).

O Direito não é simplesmente um corpo de regras ou um conjunto de normas, mas sim um instrumento por meio do qual a comunidade exerce sua autoridade e persegue seus fins. A lei deve ser entendida como uma expressão do entendimento compartilhado da comunidade política sobre a vida boa, e deve ser aplicada de maneira consistente com esse entendimento. Segundo Morin:

> A cultura humanística é uma cultura genérica, que, pela via da filosofia, do ensaio, do romance, alimenta a inteligência geral, enfrenta as grandes interrogações humanas, estimula a reflexão sobre o saber e favorece a integração pessoal dos conhecimentos. A cultura científica, bem diferente por natureza, separa as áreas do conhecimento; acarreta admiráveis descobertas, teorias gerais, mas não uma reflexão sobre o destino humano e sobre o futuro da própria ciência (MORIN: 2009. P. 17)

Esta noção pode ser denominada de império da lei e refere-se a uma sociedade em que prevalece o estado de direito. É uma estrutura conceitual em que o estado de direito é entendido como o princípio organizador primordial da sociedade. Isso significa que a lei é soberana, e não o governante. Sob esse quadro, a legitimidade de qualquer ordem social tem como premissa a existência de uma ordem jurídica justa e equitativa. O império do direito também é caracterizado por uma crença na eficácia do direito como ferramenta para a reforma social e a realização do potencial humano (DWORKIN, 2014).

Pode-se argumentar que a justiça e a moral estão intrinsecamente ligadas, pois muitas vezes se argumenta que a busca da justiça é um esforço moral. No entanto, também se poderia argumentar que moralidade e justiça são conceitos separados, sendo a justiça uma aplicação mais específica da moralidade. A moralidade pode ser vista como um conjunto de princípios orientadores que ditam como as pessoas devem se comportar para levar uma vida boa, enquanto a justiça pode ser vista como a aplicação desses princípios a uma situação ou contexto específico.

Existem duas fontes de moralidade, quais sejam a intrínseca e a extrínseca. A fonte intrínseca da moralidade é baseada na própria consciência da pessoa ou no senso de certo e errado, enquanto a fonte extrínseca da moralidade é baseada em ensinamentos religiosos, costumes ou leis. Cada fonte pode fornecer orientação sobre como viver uma vida boa, mas muitas vezes elas entram em conflito umas com as outras. Por exemplo, alguém pode

acreditar que é moralmente errado mentir, mas um texto religioso pode dizer que mentir é aceitável sob certas circunstâncias (BERGSON, 2005).

Ao considerar o Ser Humano e sua forma de compreender as relações sociais, o que pode ser verdade para uma pessoa pode não ser verdade para outra, e o que é verdade em um contexto pode não ser verdade em outro. A verdade na ciência do Direito seria, portanto, relativa.

O relativismo é a crença filosófica de que todas as verdades são relativas ao indivíduo ou ao contexto cultural em que são expressas. Isso significa que não existe uma realidade objetiva única que exista fora de nossas próprias percepções. Não existe verdade absoluta vez que todas as crenças são relativas ao indivíduo ou grupo que as sustenta (BOUDON, 2010).

A capacidade de refletir sobre o próprio pensamento e examinar as formas como o conhecimento é construído é um conceito filosófico de Edgar Morin nomeado como conhecimento do conhecimento. Isso pode ser feito considerando como chegamos a saber o que sabemos e explorando a relação entre crenças e evidências. O conhecimento do conhecimento nos permite refletir sobre nossos próprios processos de pensamento e nos tornarmos mais conscientes de como adquirimos conhecimento. O conhecimento não é inerente aos objetos em si, mas é algo que os humanos constroem por meio de suas interações com o mundo. Isso significa que nunca podemos saber nada com certeza, pois todo o nosso conhecimento é filtrado por nossas próprias percepções e preconceitos (MORIN, 2005).

A lei é um conjunto de regras e regulamentos que regem o comportamento das pessoas em uma sociedade. São projetadas para manter a ordem e estabilidade social e proteger os direitos e as liberdades dos cidadãos. Observa-se que o objetivo da lei não é a verdade mas, sim, a paz social. O método jurídico não pode ser confundido com o método científico das ciências naturais. Enquanto este almeja conhecer a verdade, aquele objetiva criar o consenso (STEIN, 2015).

A Ciência do Direito não almeja um conhecimento das leis da física que governam o universo mas, sim, conhecer e compreender as leis dos homens que governam a convivência social pacífica. É neste sentido que filósofo Hans-Georg Gadamer discute a natureza da verdade e como ela pode ser abordada pelo método da filologia, que é o estudo dos textos. Gadamer argumenta que a verdade não é algo que pode ser predeterminado ou acessado por meio de um método científico, mas sim emerge por meio do diálogo e do entendimento entre as pessoas. Ele também afirma que nossa compreensão dos textos muda ao longo do tempo, à medida que nós mesmos mudamos, pois nossos métodos de investigação jurídica são

moldados por nossos preconceitos, que por sua vez são moldados por nossas experiências históricas. A verdade não pode ser divorciada da experiência (GADAMER, 2007).

A busca pelo consenso merece importante destaque ao jurista. Enquanto a verdade refere-se ao estado real das coisas, o consenso refere-se a um julgamento coletivo que é alcançado após uma avaliação cuidadosa de todas as evidências relevantes. Para chegar a um consenso, é importante ter um diálogo aberto e honesto em que todos tenham a oportunidade de compartilhar seus pontos de vista. Desta forma, quaisquer vieses potenciais podem ser identificados e corrigidos. Também é importante ter um entendimento compartilhado dos termos que estão sendo usados, para que não haja confusão sobre o que está sendo discutido.

A verdade das ciências naturais é vista como algo estático e imutável, enquanto o consenso é visto como algo que pode ser fluído e mudar ao longo do tempo. No entanto, na ciência do Direito tanto a verdade quanto o consenso podem ser determinados pelo indivíduo ou grupo dentro de um determinado contexto. Conforme afirmamos anteriormente, o que pode ser verdade para uma pessoa pode não ser verdade para outra, e o que pode ser consenso para um grupo pode não ser consenso para outro. Sendo assim, o objeto da ciência do Direito não seria, portanto, a busca pelo consenso?

3 A VIRADA HERMENÊUTICA E O GIRO LINGUÍSTICO

A virada hermenêutica refere-se a uma mudança na forma como os pensadores filosóficos e religiosos começaram a pensar a interpretação a partir do final do século XVIII. Antes dessa época, a interpretação era vista como um processo mecânico, algo que podia ser feito de forma objetiva. Após esse período, a interpretação passou a ser vista como um processo criativo, algo que exigia subjetividade e intuição (GADAMER, 2007).

A virada linguística, por sua vez, é o movimento filosófico que começou no início do século 20 e colocou ênfase na linguagem e seu papel na cognição e no conhecimento. O movimento foi uma resposta aos crescentes avanços científicos e tecnológicos da época, que muitos filósofos sentiram que estavam minando os métodos e argumentos filosóficos tradicionais. A virada linguística foi marcada por uma mudança das questões metafísicas para uma análise das estruturas e funções da linguagem sob o argumento de que toda experiência é mediada pela linguagem (DÍAZ, 2006).

Podemos concluir que tanto a virada hermenêutica quanto a virada linguística marcam uma mudança no pensamento filosófico de uma ênfase na observação objetiva e científica para uma exploração do papel da interpretação e da linguagem em nossa

compreensão do mundo. A virada hermenêutica foi uma mudança para a compreensão da realidade através da interpretação, ao invés da observação. A virada linguística foi uma mudança para a compreensão da realidade através da linguagem, ao invés da experiência. Ambas as mudanças foram importantes no desenvolvimento de novas formas de pensar sobre o mundo.

A contemporaneidade da hermenêutica jurídica considera a aplicação de métodos linguísticos e interpretativos ao domínio jurídico. É o processo de entender o significado de um texto legal bem como o contexto em que foi escrito e, em seguida, aplicar esse entendimento a uma situação jurídica.

Neste sentido a hermenêutica jurídica estabelece um caráter exemplar para as ciências do espírito, significando que ela estabelece o padrão a ser seguido por outras disciplinas acadêmicas. É um modelo exemplar porque se baseia em uma abordagem sistemática, racional e fundamentada em princípios de interpretação. Esta abordagem permite uma compreensão clara e consistente dos textos jurídicos, o que é essencial para o bom funcionamento do sistema jurídico.

Apesar da tentativa positivista em aplicar uma verdade rígida e estrita à ciência do Direito, conforme podemos verificar na célebre obra "Teoria pura do Direito" de Hans Kelsen (KELSEN, 1939), o atual giro hermenêutico permite considerar que o Direito é influenciado pelo meio social em que está inserido. Neste sentido López Medina apresenta a teoria impura do direito, sendo uma teoria jurídica que sugere que o direito não é puro, mas sim misturado com outros elementos, como história, moralidade e política. Esta teoria sugere que o direito não é um conceito estático, mas está em constante evolução e mudança. Também sugere que o direito nem sempre é justo ou injusto, e que pode ser usado para fins políticos (LÓPEZ MEDINA, 2018).

O direito, portanto, não é apenas um produto da razão, mas também da política e da moral. Também sugere que o direito não é estático, mas muda ao longo do tempo à medida que responde às necessidades da sociedade.

Pode-se dizer que existe uma indeterminação do direito vez que o direito não é um conjunto fixo ou certo de regras, mas sim que é fluido e pode ser interpretado de diferentes maneiras. Isso significa que não há uma resposta certa para qualquer questão legal, e que pessoas diferentes podem ter interpretações diferentes da lei, algo que seria totalmente impossível nas ciências naturais. Tal, todavia, pode levar à insegurança jurídica, que é a falta de certeza sobre o que a lei realmente diz e como deve ser aplicada.

Diante de tamanha indeterminação como seria possível para o jurista adquirir conhecimento, conhecer a lei e, mais importante, aplicar a lei de forma a alcançar a paz social? É neste sentido que as teorias do conhecimento fornecem uma maneira sistemática de pensar sobre como sabemos o que sabemos. No contexto do direito, essas teorias podem nos ajudar a entender como as normas jurídicas são criadas, como são interpretadas e como são aplicadas. Uma importante teoria do conhecimento é a teoria da lei natural, que sustenta que existem certos princípios universais que governam o comportamento humano e que esses princípios podem ser discernidos através da razão (COELHO, 2019).

Como resposta da ciência do Direito à necessidade de adequar as leis ao contexto social atual e, assim, manter a ordem, ocorreu a chamada transformação da interpretação constitucional. A transformação da interpretação constitucional refere-se à forma como o Supremo Tribunal Federal alterou a forma como interpreta a Constituição ao longo do tempo. No início, o Tribunal tendia a interpretar a Constituição de forma muito restrita, o que significa que eles apenas olhavam para o que estava especificamente escrito no documento. No entanto, em anos mais recentes, o Tribunal começou a interpretar a Constituição de forma mais ampla, analisando o que o documento significa em termos de sua finalidade e intenção geral (WOLFE, 1991).

A forma como a Constituição é interpretada hoje não é a mesma de quando foi escrita, certo que a interpretação da Constituição mudou para refletir as necessidades de mudança da sociedade. A aplicação do texto constitucional deve considerar eventos e questões atuais, cabendo ao intérprete questionar-se como uma determinada passagem deve ser interpretada à luz de seu contexto original e o que isso pode significar para os leitores contemporâneos (BLEICHER, 1992).

Sendo o juiz o aplicador das leis aos casos concretos muito se discute acerca do ativismo judicial e seus reflexos. Ativismo judicial é um termo usado para descrever as ações de um juiz que interpreta a lei de uma forma que vai além do texto da lei, a fim de alcançar um resultado desejado. Isso pode envolver derrubar a legislação que o juiz acredita ser inconstitucional, ou ler as disposições da lei que não são explicitamente declaradas.

O ativismo judicial é muitas vezes controverso, pois pode levar os juízes a tomar decisões sobre políticas em vez de simplesmente interpretar a lei. Todavia, conforme juramento realizado por todos os juristas, o judiciário deve interpretar a lei de forma a promover o bem público, mesmo que isso exija que os juízes se afastem do significado original do texto.

Tal ativismo é possível em nosso ordenamento diante de nossa Constituição repleta de conceitos abertos a diversas interpretações. Uma constituição aberta é aquela que é interpretada de forma expansiva, a fim de permitir uma ampla ação governamental em resposta às mudanças nas condições sociais e econômicas. Uma constituição aberta também é mais provável de ser alterada com frequência para refletir essas mudanças. A interpretação judicial de uma constituição aberta também é mais expansiva, a fim de proteger os direitos e liberdades individuais.

A interpretação aberta da Constituição refere-se à prática do Supremo Tribunal Federal[1] de usar uma interpretação ampla e flexível da Constituição para garantir que as proteções e garantias da Constituição estejam disponíveis para o maior número possível de pessoas. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal considerou que a Constituição é um documento vivo, o que significa que pode ser interpretada para refletir as mudanças nas necessidades da sociedade. A Corte usa uma variedade de ferramentas, incluindo análise textual, contexto histórico e precedentes, para determinar a melhor forma de aplicar as disposições da Constituição.

Efetivar direito fundamental em tal contexto mostra-se tarefa árdua. A razão mais importante pela qual é impraticável implementar integralmente princípios constitucionais é que eles são conceitos abstratos. Eles estão abertos a uma variedade de interpretações, e sempre há espaço para discordância sobre a melhor maneira de aplicá-los em casos específicos. Além disso, a Constituição não fornece nenhuma orientação específica sobre como implementar esses princípios, deixando que os tribunais e outros funcionários do governo tomem decisões caso a caso.

4 DIFERENÇA ENTRE INTERPRETAR E ARGUMENTAR

Um desafio tanto para os profissionais do judiciário quanto para os juristas é a atual falta de uma teoria unificada da interpretação. Há uma variedade de teorias sobre como interpretar estatutos, regulamentos e contratos, e há um desacordo considerável sobre qual teoria é a melhor. Essa falta de consenso dificulta o acordo sobre o significado dos textos jurídicos, o que, por sua vez, dificulta a resolução de disputas por meio da argumentação jurídica.

[1] Ou qualquer outra suprema corte.

Uma das questões mais prementes na interpretação e argumentação jurídica é a questão de como dar conta da pluralidade de vozes e perspectiva em um sistema jurídico. Esta questão é particularmente premente dada a crescente diversidade da população em muitos países. Outra questão é como lidar com a tensão entre a necessidade de certeza no direito e a necessidade de flexibilidade para dar conta das mudanças nas circunstâncias sociais. Uma terceira questão é como conciliar os vários métodos de interpretação jurídica, que muitas vezes parecem estar em conflito (CABRERA, 2011).

Além disso, o uso de jargões jurídicos complexos muitas vezes pode dificultar a compreensão das nuances dos argumentos jurídicos por parte do público. A lei é uma forma de linguagem na medida em que é usada para comunicar ideias e conceitos específicos e, portanto, deve ser escrita focando a maior compreensão possível (CARRIÓ, 1994).

O direito é uma linguagem porque tem sua própria gramática, vocabulário e sintaxe. A linguagem do direito, portanto, é uma forma especializada de comunicação que é usada para discutir e interpretar textos jurídicos e tem por objetivo garantir que os textos jurídicos sejam precisos e consistentes (CAPELLA, 1968).

Apesar da busca pela máxima precisão do texto legal, ainda assim definir uma teoria unificada da interpretação seria tarefa hercúlea. Cada pessoa traz suas próprias experiências, preconceitos e conhecimentos para a mesa, o que pode levar a diferentes interpretações do mesmo texto. É neste sentido que a hermenêutica plural refere-se às várias maneiras pelas quais diferentes pessoas interpretam um texto, sendo uma forma de reconhecer as muitas vozes que estão envolvidas no processo de interpretação.

A hermenêutica plural admite a existência de uma variedade de métodos interpretativos que reconhecem a multiplicidade de perspectivas inerentes a qualquer situação textual ou interpretativa. Esses métodos variam em seu foco nas relações entre o texto, o intérprete e o mundo, mas todos se esforçam para explicar a complexa teia de fatores que contribuem para a construção de significado. A hermenêutica plural desafia as noções tradicionais de interpretação objetiva, enfatizando a situação tanto do texto quanto do intérprete (BOUCAULT, 2002).

5 CONCLUSÃO: OS ATUAIS DESAFIOS INTERPRETATIVOS

A tendência crescente de questões jurídicas interferindo na vida das pessoas culminou nas atividades e decisões cotidianas serem tomadas pelo sistema judiciário. A maneira como nossas vidas estão sendo cada vez mais decididas pelo sistema judicial é como

se tudo o que fazemos agora se tornasse uma questão legal. O Direito que até então era mecanismo para buscar a paz social torna-se, agora, instrumento para gerar conflitos.

A judicialização da vida refere-se à tendência crescente de assuntos que antes eram de competência de outras instituições sociais, como a família ou o local de trabalho, de chegarem aos tribunais. Esse processo foi alimentado em parte por uma crença crescente de que soluções legais podem abordar uma gama mais ampla de problemas sociais (BARROSO, 2018).

Em áreas como o direito de família, por exemplo, os tribunais estão cada vez mais tomando decisões sobre quem pode se casar, como os filhos devem ser criados e quem pode vê-los. Essa tendência pode ser atribuída a uma série de fatores, incluindo o crescimento do estado de bem-estar social e a expansão dos direitos individuais.

Transformar todos os aspectos de nossas vidas em um processo judicial é, ao nosso ver, contrário ao objetivo do Direito em manter a paz social e promover a justiça. Ao permitir que o sistema legal tome conta de nossas vidas transferimos a nossa liberdade de escolha e aprendizado pessoal através do bom sendo e da razão para uma casta de elite composta por juízes e advogados.

Verdade seja dita, atualmente até mesmo o pão francês possui legislação própria, existindo imposição Estatal sobre como deverá ser comercializado, medido, conferido e fabricado (INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, 2021):

> O PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, no exercício da competência que lhe foi outorgada pelos artigos 4º, § 2º, da Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, e 3º, incisos II e III, da Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999, combinado com o disposto nos artigos 18, inciso V, do Anexo I ao Decreto nº 6.275, de 28 de novembro de 2007, e 105, inciso V, do Anexo à Portaria nº 2, de 4 de janeiro de 2017, do então Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, e item 4, alínea "a" da Resolução nº 8, de 22 de dezembro de 2016, do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro). Considerando o que determina o Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, que dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto; Considerando a Portaria Inmetro nº 146 de 20 de junho de 2006, que aprova os critérios para a comercialização do pão francês ou de sal, e o que consta no Processo SEI nº 0052600.001557/2021-35, resolve:
>
> Art. 1º O pão francês, ou de sal, deverá ser comercializado somente a peso.
>
> Art. 2º A indicação do preço a pagar pelo quilograma do pão francês, ou de sal, deverá:
>
> a) ser grafada com dígitos de dimensão mínima de 5 cm (cinco centímetros) de altura; e

> b) ser afixada próxima ao balcão de venda e em local de fácil visualização pelo consumidor.
>
> Art. 3º A balança a ser utilizada quando da medição da quantidade do pão francês, ou de sal, deverá possuir, no mínimo, as seguintes características:
>
> a) menor divisão igual ou menor a 5 g (cinco gramas); e
>
> b) indicação de massa medida (peso) e do preço a pagar.
>
> Art. 4º Fica revogada a Portaria Inmetro nº 146, de 20 de junho de 2006, publicada no Diário Oficial da União em 22 de junho de 2006, Seção 1, página 88, na data de vigência desta Portaria.
>
> Parágrafo único. Ficam convalidados os atos e as demais disposições com base no objeto do caput.
>
> Art. 5º Esta Portaria entra em vigor em 1º de junho de 2021, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 2019.
>
> MARCOS HELENO GUERSON DE OLIVEIRA JUNIOR

É como se o povo tivesse perdido a capacidade de entender e interpretar as leis que ele próprio criou. Talvez seja pelo fato de que elas são incapazes de entender jargões jurídicos complexos e não têm a educação ou treinamento adequado para fazê-lo. Como resultado, as pessoas não são mais capazes de conhecer seus direitos e responsabilidades perante a lei, e estão à mercê daqueles que podem interpretar as leis. Isso é preocupante, pois as pessoas são incapazes de identificar seus valores em sua própria sociedade.

Estamos certos que o Direito pode ser um importante mecanismo para promover uma transformação social. Mudando a lei, é possível mudar a ordem social e criar uma sociedade mais justa (ATIENZA, 2006). Todavia, a mudança social não deve afastar-se dos valores da sociedade. O jurista não deve interpretar a lei e relativizá-la para aplicar uma decisão que não coaduna com o ideal de justiça que determinado povo considera.

O juiz enquanto intérprete legitimado pelo Estado para aplicar e fazer cumprir a lei detém inegável poder para alterar as vidas particulares dos cidadãos ou mesmo os aspectos de uma sociedade. O Direito seria, portanto, um mecanismo de restrição ao poder ou, ao contrário, uma ferramenta de poder?

Em sua essência, a ideia de direito e poder sugere que as instituições jurídicas não são apenas um reflexo das relações de poder dentro da sociedade, mas também desempenham um papel na formação e reforço dessas relações. Em outras palavras, o direito pode ser usado como ferramenta para manter ou fortalecer o poder de quem o detém (BOBBIO, 2008).

Em crítica à interpretação jurídica sugere-se que a ponderação das fontes jurídicas na tomada de decisões jurídicas é por vezes arbitrária e sem respaldo. Argumenta-se que a

Constituição deve ser tratada como a lei suprema do país, com outras leis recebendo seu peso apropriado com base em sua capacidade de resistir ao escrutínio constitucional. Impor pesos arbitrários e injustificados a diferentes fontes jurídicas pode levar a injustiça social bem como a uma falta de resposta às necessidades dos cidadãos comuns vez que norteia-se por desejos de indivíduos e organizações dos ricos ou poderosos (CAMPOS, 2016).

O problema da discricionariedade judicial é que, embora os juízes tenham grande poder para tomar decisões justas e imparciais em casos individuais podem, igualmente, usarem sua própria interpretação pessoal em vez de seguirem a lei. Isso pode levar a decisões consideradas injustas, pois juízes diferentes podem interpretar a lei de forma diferente. Isso ocorre porque os juízes podem usar seu arbítrio para interpretar a lei como bem entenderem, o que pode levar a injustiça e tratamento desigual. Além disso, como os juízes não são funcionários eleitos e não podem ser responsabilizados por suas decisões, o que pode levar a abusos de poder (IGLESIAS VILA, 1999).

Em essência, o ponto central está no problema que um estado de direito e governo deve resolver por sua própria vontade, sob os requisitos e condições de uma autoridade normativa justa e legítima. Conforme Otfried Höffe:

> cada um a seu modo, ambos os lados, o positivismo do direito e do Estado e o anarquismo, põem em dúvida o sentido e a possibilidade de um discurso sobre justiça. E esta dupla dúvida não se tornou hoje sem objeto. Visto do ponto de vista prático-político, um discurso de justiça se compreende certamente por si mesmo. Pois um mundo em que impera a justiça é, no presente, não menos que antigamente, um pensamento-guia da época: quer se defendam os direitos humanos, quer se procure a sua libertação de poderes estranhos, quer se exija mais participação, a igualdade da mulher ou um mundo mais seguro de ser vivido também para as gerações futuras – esta metas e, ocasionalmente, também pontos em debate da política atual, são determinados expressa ou tacitamente por uma idéia de justiça (HÖFFE: 2001. p. 6-7).

A interpretação da lei é um processo complexo e cuidadoso, pois o jurista deve considerar o texto do estatuto, bem como qualquer jurisprudência relevante ou outras fontes de informação. Para interpretar uma lei, um jurista deve primeiro determinar o que a lei diz e significa. Isso envolve ler e entender as palavras do estatuto, bem como considerar seu contexto de criação e o contexto atual em que será aplicada.

A interpretação jurídica não deve ser setorizada porque pode criar ambiguidade na lei. Se a lei é dividida em diferentes partes, torna-se difícil entender como as diferentes partes funcionam em conjunto. Quando diferentes grupos de pessoas recebem diferentes interpretações da lei, pode ser difícil saber o que é realmente legal. Isso pode levar a confusão e frustração tanto para o público em geral quanto para o governo. Além disso, o uso de jargões acadêmicos complexos pode dificultar a compreensão da interpretação jurídica para aqueles que não são especialistas na área. Isso pode impedir que as pessoas possam participar efetivamente do processo democrático.

A interpretação da lei deve ser capaz de ver o quadro geral, bem como todas as peças individuais que o compõem. Um intérprete do direito de hoje também deve conhecer os fatos e o direito, bem como suas ferramentas, seja um conhecimento prévio ou (pré)entendimento que pode ser confirmado ou modificado posteriormente pelo próprio processo de compreensão.

A circularidade hermenêutica proporcionaria o movimento dialético. Isso significa que a compreensão de um texto pelo intérprete sempre depende de sua compreensão anterior, que por sua vez é modificada pela nova compreensão. Isso cria um movimento contínuo de espiral que, por estar em constante evolução, permite uma compreensão mais completa do texto.

O círculo hermenêutico acaba com a ilusão de total imparcialidade do juiz, pois a interpretação do juiz sempre será influenciada por seus próprios preconceitos e noções preconcebidas.

A pré-compreensão é essencial na capacidade do jurista de reproduzir o significado dogmatizado. Ao compreender o contexto histórico e a intenção do autor original, o jurista pode aplicar a lei como ela foi originalmente pretendida. Sem essa pré-compreensão, o jurista estaria aplicando regras cegamente, sem nenhum contexto ou compreensão de sua finalidade. Isso levaria a uma aplicação dogmática da lei, em vez de uma interpretação fiel ao significado original.

Encontrar novas maneiras de entender, interpretar e aplicar a lei é um processo complexo que envolve linguagem jurídica. No entanto, em sua essência, essa busca por novas formas de pensar o direito é uma tentativa de torná-lo mais eficaz e justo. Ao explorar diferentes interpretações de textos legais e aplicar a lei de novas maneiras, estudiosos e juristas podem ajudar a criar um sistema jurídico mais justo e que atenda melhor às necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017.ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e da religião**. Coimbra: Almedina, 2005.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOUDON, Raymond. **O Relativismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

CABRERA, Carlos Alarcón & VIGO, Rodolfo Luis (Coords.). **Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CAMPOS, Ricardo (Org.). **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**. Barcelona: Ariel, 1968.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

DÍAZ, Vicente Lozano. **Hermenéutica y Fenomenología**: Husserl, Heidegger y Gadamer. Valencia: EDICEP, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **A virada hermenêutica, in Hermenêutica em retrospectiva**, vol. II. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

HÖFFE, Otfried. Justiça Política. **Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

IGLESIAS VILA, Marisa. **El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA. **Portaria Inmetro Nº 181**, de 21 de abril de 2021.

KELSEN, Hans; MACHADO, João Baptista. **Teoria pura do direito**. Saraiva, 1939.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2018.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. **O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, n. 2, p. 165-174, 2012.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem–Feita. Repensar a reforma e Reformar o pensamento**. Trad. Eloá Jacobina. 16ª Ed. Rio Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MORIN, Edgar. **O método 3: o conhecimento do conhecimento**. Porto Alegre, Editora Sulina, 2005.

MYAGILLA, Glenda; DE SOUZA, Ivan Clementino; BARBOSA, Jhone Heber. **Estado de Natureza e Contrato Social em Thomas Hobbes**. In: Congresso Interdisciplinar-ISSN: 2595-7732. 2017.

STEIN, Ernildo & STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WOLFE, Christopher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.