

IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Hermenêutica e interpretação constitucional - GT 3

Direitos das minorias no Brasil - GT 4

Organizadores

Anna Cândida da Cunha Ferraz

Luís Rodolfo de Souza Dantas

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas



LIVRO II



Reitor e Pró-Reitor Administrativo	Edmo Alves Menini
Pró-Reitor Acadêmico	Nivaldo Elias Pilão
Pró-Reitor de Extensão e Cultura	Fernando Pavan Baptista
Pró-Reitor de Desenvolvimento e Relações Comunitárias	Antônio Cláudio da Costa Machado
Coordenadora do Curso de Mestrado	Anna Candida da Cunha Ferraz
Editor Chefe	Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
Editora Adjunta	Anna Candida da Cunha Ferraz
Editor Adjunto	Gerson Amauri Calgaro
Editora Adjunta	Margareth Anne Leister
Revisor	Antônio Cláudio da Costa Machado
Revisora	Ana Maria de Pinho
Técnico Editorial / Diagramação / Capa	Rodolfo Rodrigues Domingos

Direitos reservados à
EDIFIEO Editora da **FIEO**

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco
06020-190 Osasco SP Brasil
Fone 11 3651 9980
www.unifieo.br
edifieo@unifieo.br

**Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo**

IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais: XLVI ciclos de estudos jurídicos (recurso eletrônico); organizado por Anna Cândida da Cunha Ferraz, Luis Rodolfo de Souza Dantas e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas. – Osasco : UNIFIEO, 2016.
115p.

Conteúdo: v.2 – Hermenêutica e interpretação constitucional – GT3;
Direitos das minorias no Brasil – GT4.

1. Direito - Ciência 2. Norma jurídica 3. Justiça 4. Juízo de valor
5. Interpretação

CDU 1:34

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300
06020-190 Osasco SP Brasil

Campus Wilson
Av. Franz Voegeli, 1743
06020-190 Osasco SP Brasil

Organizadores

Anna Candida da Cunha Ferraz

Luís Rodolfo de Souza Dantas

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

**IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS
HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - GT3
DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL - GT 4**

Novembro 2016

Osasco
EDIFIEO
2018

CONSELHO CIENTÍFICO

Adriana de Mello Zawada - USP - SP

Ana Maria Viola Santos - Unisal - SP

Daisy Rafaella - Unisal - SP

Davi Tangerino - UERJ - RJ

Fernando Pavan Baptista - Unifieo - SP

Gerson Amauri Calgaro - Unifieo e FALC - SP

Juliano Ralo - Universidade Nilton Lins - AM

Márcia Cristina de Souza Alvim - Unifieo - SP

Maria Alckmin - Unisal - SP

Regina Vera Villas Boas - Unisal/PUC-SP

Rubens Beçak - USP/RP - SP

Samyra Napolini - Uninove - SP

ORGANIZADORES

Anna Candida da Cunha Ferraz(Unifieo/SP)

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1956), mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1974) e doutorado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1982). Tem o Título de Livre-Docente pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1994) e de Professora Associada da mesma Instituição. Atualmente é professor titular e coordenadora do Mestrado do Centro Universitário FIEO – Unifieo. Coordena a Revista Direitos Humanos Fundamentais (Unifieo) - impressa e *on line*, e é coorganizadora da Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais (digital) do corpo discente desta Instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, direito constitucional, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade e constituição de 1988.

Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas (Unifieo/SP)

Bacharel em Direito pela PUC/SP (1994). Possui mestrado (2002) e doutorado (2007) em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado em Direitos Humanos e da Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo. Foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2001-2013) e chefe de seu núcleo temático de Filosofia e Teoria Geral do Direito de 2007 a 2012, além de ter ministrado aulas nas instituições Faculdade de São Bento, FAAP, Uninove e UNIP. Tem experiência acadêmica na área de Direito, Filosofia, Lógica, Semiótica, Hermenêutica e Metodologia, com ênfase em Direito do Estado, História da Filosofia, Filosofia do Direito, Teorias da Argumentação, Lógica Jurídica, Semiótica Jurídica, Hermenêutica Jurídica e Metodologia da Pesquisa Científica em Direito. Autor integrante da antologia Paixão por São Paulo. Antologia Poética Paulista, organizada por Luiz Roberto Guedes (São Paulo, Editora Terceiro Nome, 2004). Autor, coautor e coordenador de obras como Desnorte (Nankin, 1997), Hermenêutica Plural (Martins Fontes, 2002), Justiça Plural (Manole, 2006), Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência (Impetus, 2013), A Lei Maria da Penha (Edifio, 2014), Comentários ao Estatuto do Idoso (Edifio, 2015), Domínios Contemporâneos da Teoria das Normas Jurídicas (Unesp, 2015), Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos: o Núcleo Jusfundamental da Constituição Brasileira de 1988 (Edifio, 2016) e Direitos Fundamentais Sociais (Unoesc, 2016). É o coordenador editorial da Edifio e editor-chefe da revista Direitos Humanos Fundamentais da pós-graduação *stricto sensu* do Unifieo.

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE/SP)

Possui Doutorado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestrado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Atualmente é professor no Curso de Mestrado e bacharelado em Direito da Uninove - Universidade Nove de Julho. Professor visitante permanente em universidades nacionais e estrangeiras, em programas de mestrado e especialização, notadamente na UFMG (Brasil), UIT (Brasil), UCLM (Espanha); UAH (Espanha); UDE (Uruguai); UDELAR (Uruguai), entre outras. Professor licenciado no Curso de bacharelado em Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de advocacia consultiva e contenciosa no Brasil e em Portugal, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente com os seguintes temas: governança, regulação, licitações públicas, contratos administrativos, concessões administrativas, parcerias público-privadas e sustentabilidade, inclusive em contextos interdisciplinares de Direito Administrativo, Ambiental, Tributário e Empresarial com o Direito da Integração, Comunitário e Internacional Público.

AUTORES

Fernando Pavan Baptista

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito – USP. Coordenador do curso de graduação em Direito da Unifieo. Professor do curso de Mestrado do Centro Universitário FIEO – Unifieo.

Kareen Zanotti De Munno

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo

Luís Rodolfo A. de Souza Dantas.

Advogado. Mestre (2002) e Doutor (2007) em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado em Direitos Humanos e da Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO - Unifieo.

Mayra Zago de Gouveia Maia Leime

Advogada. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo

Raquel Silva Cunha Bruneto

Advogada. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo

Renata Gomes Paiva

Advogada. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo

Renato Augusto de Almeida

Bolsista CAPES/PROSUP. Mestrando em Direito do Centro Universitário FIEO - Unifieo

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Coordenador e Professor da Pós-Graduação de Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD). Professor na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB). Especialista em Processo Penal pela UNIFIG. Mestrando em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo.

Sylvia Ono

Advogada atuante na Justiça Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Professora da pós-graduação em Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo.

Vanessa Silva Lira

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo.

SUMÁRIO

Apresentação	8
Anna Candida da Cunha Ferraz	
Luís Rodolfo de Souza Dantas	
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	

ARTIGOS

GT 3 - HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

É papel do magistrado fazer justiça? Reflexões kelsenianas	10
Raquel Silva Cunha Brunetto	
Vanessa Silva Lira	
A equidade e a responsabilidade social do juiz.....	24
Renato Augusto de Almeida	
Mayra Zago de Gouveia Maia Leime	
A interpretação judicial no âmbito criminal, a segurança jurídica e a aplicação da lei em face dos direitos humanos	41
Fernando Pavan Baptista	
Ronaldo João Roth	
A moldura hermenêutica de Kelsen e seu reflexo na proteção constitucional dos direitos humanos.....	62
Luís Rodolfo A. de Souza Dantas	
Sylvia Ono	

GT 4 - DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL

Reconhecimento da parentalidade socioafetiva e a efetivação do direito das minorias.....	85
Raquel Cunha Brunetto	
Casamento homoafetivo como concretização do direito das minorias.....	102
Renata Gomes Paiva	
Kareen Zanotti De Munno	

APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação temos a honra de trazer à lume este livro, que contem artigos apresentados nos GT 3 - HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL e GT 4 - DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL, que integraram o rol de atividades do IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais, realizado pelo Mestrado em Direito do Centro universitário FIEO – Unifio, com apoio das instituições paulistas conveniadas: Unisal, Uninove, FGV e IBCCRIM.

Trata-se de obra que compõem uma coletânea de livros sendo este o de número II e que contém trabalhos resultantes de projetos de pesquisa desenvolvidos pelo Mestrado aos quais docentes e discentes estão engajados e que estão organizados sob a forma exigida para publicação coletiva: obra envolvendo temática relacionada ao Programa do Mestrado, exame e aprovação dos textos pelo “double blind peer review” pelos participantes do Conselho Científico que assina a obra e observância das normas técnicas da ABNT.

A excelência dos trabalhos que compõem este livro se revela a partir dos títulos enfrentados pelos autores.

Esse livro, além de revelar estudo e pesquisa por parte dos autores, traz excelente contribuição aos estudos jurídicos no Brasil, enfrentando à luz da doutrina e da jurisprudência, questões polêmicas e atuais relacionadas à área de concentração de estudos do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifio.

Desejamos sejam eles de grande proveito para a comunidade jurídica do Brasil

Anna Candida da Cunha Ferraz
Luís Rodolfo de Souza Dantas
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

**GT3 - HERMENÊUTICA E
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

É PAPEL DO MAGISTRADO FAZER JUSTIÇA? REFLEXÕES KELSENIANAS

IS THE ROLE OF THE MAGISTRATE MAKING JUSTICE? KELSENIAN REFLECTIONS.

Raquel Silva Cunha Brunetto

Vanessa Lira Silva

Sumário: 1 Introdução – 2 Normas de justiça – 3 Teoria Pura do Direito – 4 Direito e Moral – 5 Conclusão – 6 Referência

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar a problemática teórica e hermenêutica acerca da principal obra Hans Kelsen (1881-1973), *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, em especial quanto ao aspecto em que o autor objetivou eliminar qualquer juízo de valor do direito, na medida em que isso não caberia ao cientista. Se juízo de valor não é ciência, não caberia nenhum juízo de valor. Tratar-se-ia de trabalhar com o conceito de juízos de fato, ou seja, a norma válida ou inválida, criada por uma autoridade legítima. Pode-se dizer que tal perspectiva de objetividade trouxe forma ao direito, esvaziando seu conteúdo. Para o jurista e filósofo em questão a ciência só poderia ser feita com fatos e não com valores. Assim, justiça e eficácia não poderiam ser consideradas enquanto racionalizadas e objetivas, o direito seria definido como ele é, não como ele deveria ser, de tal forma que o direito não teria uma valoração única, ou seja, as coisas devem ser válidas dentro conteúdo jurídico, eliminando a ética do direito.

Palavras-chave: Direito como ciência. Norma válida. Justiça. Juízo de valor. Interpretação.

Abstract: The present article aims to present the theoretical and hermeneutic problems about the main work Hans Kelsen (1881-1973), *LAW Pure Theory*, published in 1934, aimed at eliminating any value judgment of the right, since it would not be up to the scientist. If judgment of value is not science, no value judgment would fit. It would be a question of working with the concept of de facto judgments, that is, the valid or invalid norm created by a legitimate authority. It can be said that such a perspective of objectivity brought form to the law, emptying its content. For the jurist and philosopher in question Science could only be done with facts and not with values. Thus, justice and efficacy could not be considered as rationalized and objective, the law would be defined as it is, not as it should be, in such a way that the law would not have a single valuation, in other words, things must be valid within content Eliminating ethics of law.

Keywords: Law as science. Valid statute. Justice. Value judgment. Interpretation.

1 Introdução

O jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen (1881-1973), naturalizado estadunidense, debruçou-se sobre o estudo da teoria do direito natural (jusnaturalismo), com objetivo de firmar o direito enquanto ciência. Tal metodologia teve por objetivo desconstruir as teorias do direito natural, bem como desvincular a ciência pura do direito de outras ciências como a política, sociologia, psicologia, moral, ética, entre outras. Inicialmente, Kelsen “limitou” o operador do direito a aplicar a norma, porque o valor de justiça não é o mesmo para todos, não cabendo ao juiz ser um justiceiro. Entretanto, no final de sua obra ele se contradiz ao admitir a interpretação das leis pelo magistrado. O operador do direito deve aplicar a norma posta, mesmo aplicando a forma de interpretação, criando jurisprudência; o julgador tem uma “moldura” com possibilidades hermenêuticas, permitindo ao magistrado decidir *contra legem*. Kelsen foi um gênio em graduar tais efeitos, ele nos ensinou que a hermenêutica jurídica é uma questão de política judiciária, já que a ciência, ou melhor, a integridade da Teoria Pura do Direito permanece preservada.

Sem dúvida, tal fundamento foi acertado, uma vez que seu objeto de estudo foi alicerçado no direito enquanto ciência, sua expertise foi tamanha que ele utilizou o termo moldura normativa, que é um conjunto vazio, abrindo a possibilidade do juiz de “pintar, elaborar sua decisão de acordo com a política judiciária”, ou seja, sua tese emancipou o magistrado para atuar diante de seu livre convencimento motivado. A hermenêutica kelseniana, visto que Kelsen não se aprofundou na perspectiva hermenêutica, não se direcionou no sentido de que o juiz deva ser justo, apenas indica que o magistrado tem a liberdade ao produzir suas decisões de forma ponderada e de acordo com a constituição. O legado de Hans Kelsen é que sua teoria decodifica qualquer ordenamento jurídico; tal limitação faz com que a interpretação seja realizada de acordo com o ordenamento jurídico local.

Hans Kelsen é considerado um autor polêmico, muito conhecido e pouco compreendido. Kelsen foi um positivista, cientista, catedrático e jurista meramente formalista e preocupou-se apenas em definir o direito enquanto ciência. É uma falácia dizer que Kelsen era um legalista, já que o legalista é um positivista extremado por definição que deve cumprir a lei. Nasceu em 1.881, em Praga, que estava sob o controle do Império Austro-húngaro. Saiu da Áustria e foi para Alemanha, onde sofreu as consequências do nazismo porquê de ascendência judaica. Com mais de 60 anos foi obrigado a imigrar para os Estados Unidos onde faleceu em 1.973, com quase 92 anos. Kelsen escreveu durante 66 anos e com certeza sua obra passou por inúmeras evoluções, a prova disso é que em 1.911 ele se preocupou apenas em descrever o ordenamento jurídico, tanto que sua obra mais conhecida *Teoria Pura do Direito* foi publicada duas vezes, sendo que a segunda publicação ocorreu mais de 20 anos após a primeira. Pode-se dizer que Kelsen abriu a possibilidade de o magistrado utilizar hermeneuticamente vinculando a interpretação às questões de direito, bem como à questão de fato. Assim, o autor, não só se interpreta o direito, mas também as possibilidades jurídicas fáticas.

Precisamente, à luz do direito positivista, as normas só valem se forem produzidas por autoridade competente de acordo com o processo legislativo. Para Kelsen, a norma inconstitucional é válida, pois foi produzida por uma autoridade competente e sob a forma competente. Logo se a norma é válida e existiu, caberia apenas sua anulabilidade. Assim, para o autor, não existiria norma constitucional nula, apenas anulável com produção de efeitos “*ex nunc*”; de outro lado, com tal posicionamento abre a prerrogativa de o juiz preservar os efeitos da norma, ou seja, modular seus efeitos, com fundamento na segurança jurídica. A ideia de Kelsen era que uma norma inconstitucional é existente porque entrou no ordenamento jurídico; tal gradação objetivou preservar a *Teoria Pura do Direito*, na medida em que o magistrado poderia utilizar a hermenêutica jurídica como uma questão de política judiciária. A saída utilizada por Kelsen demonstrou o quanto foi coerente em fazer o direito uma ciência, sendo incontestável que abriu a perspectiva para o campo da exegese.

Pode-se dizer que a prova de que Hans Kelsen é muito conhecido e pouco compreendido se dá pelo simples fato de que o positivismo kelseniano não limitou o juiz, abrindo a possibilidade de refletirmos até sobre o ativismo judicial à luz de sua teoria, se levarmos em consideração a moldura normativa defendida por ele. Nesse aspecto, poderia a decisão judicial ser arbitrária. De fato, as poucas páginas de sua obra dedicada à hermenêutica constituem, sob esse aspecto, uma verdadeira fonte.

Nessa linha, torna-se relevante o esclarecimento proposto por Anderson Vichinkeski Teixeira em artigo ligado ao tema:

Os termos “ativismo judicial” e “judicialização da política” são frequentemente tratados pela doutrina brasileira – ora como um mesmo fenômeno ora de forma aleatória –, sendo raros os que fazem uma clara diferenciação entre os termos. Considerando que a distinção entre os movimentos ativistas e a judicialização da política é o cerne de onde partem as considerações centrais deste trabalho, torna-se relevante esboçar uma diferenciação entre tais termos para o desenvolvimento da ideia de que o neoconstitucionalismo, em especial na forma como foi importado pela doutrina brasileira, contribui para a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 92) acentua tal distinção no fato de que a judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O inverso do ativismo judicial seria a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), de modo que a principal diferença metodológica entre as duas posições “está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (TEIXEIRA, 2014, p. 170).

2 Normas de Justiça

O filósofo e jurista em questão defende a tese de que a virtude seria igual à moral, sendo que esta poderia ser igual ou diferente de justiça. Para Kelsen (1963, p. 1-2), o homem deve agir de acordo com a regra geral, ou seja, uma lei universal entendida por toda humanidade, na medida em que moral é um pressuposto (*v. g.* não se apropriar de coisa alheia):

[...] A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral. [...] Porém, nem toda norma moral é uma norma de justiça, nem toda a norma de uma moral constitui o valor justiça. (KELSEN, 1963, p. 1-2).

Pode-se argumentar que uma vez positivado o direito, não se trataria mais de uma posição filosófica, mas de uma norma posta que deveria ser observada, analisando-se assim se a norma seria válida ou inválida. Nesse sentido, não teria como ser e não ser ao mesmo tempo, de modo que no direito positivo não haveria como se falar em norma injusta.

A justiça é, portanto, a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta (KELSEN, 1963, p. 3).

Ademais, caberia a outras ciências analisar se o texto normativo vigente seria verdadeiro ou falso, na medida em que validade normativa seria diferente do enunciado. Logo, em caso de descumprimento, o indivíduo sofreria sanções, de modo que o Estado seria obrigado a aplicar o *jus puniendi*.

[...] Como a justiça ou a injustiça consiste nesta correspondência ou não correspondência dos *actos legiferantes*, são estes actos fixadores do direito positivo, a conduta dos homens que estatuem a normas do direito positivo, factos de ordem do ser, portanto, que formam o objeto da apreciação efectuada através da norma de justiça, que, medidos pelo estalão desta norma de justiça, são valorados como justos ou injustos, têm um valor de justiça positivo ou negativo. Este valor de justiça do acto normativo, porém, deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas do direito positivo constituem (KELSEN, 1963, p. 7).

Importante destacar que o filósofo e jurista ora discutido não teve como objetivo definir justiça, mas de fazer do direito uma ciência. Tratar-se-ia, portanto, de separar

filosofia e direito. Posteriormente, já no último quartel do século XX, pensadores, tais como John Rawls, buscariam reconstituir os princípios da filosofia constitucionalista, apontando para a necessidade de se relacionar filosofia e direito, enquanto forma determinativa de uma ética normativa e de uma concepção de justiça procedimental. Todavia, para Kelsen, a pureza da aplicação metodológica seria aplicar a norma pura, na medida em que a norma seria um esquema de interpretação, objetivando garantir a segurança jurídica e a paz social:

[...] Como ciência, não tem que decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas que descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor (KELSEN, 1963, p. 17).

Para Kelsen, norma de justiça poderia ser definida como a prescrição da conduta de homens em face uns dos outros, ou seja, seria a norma descritiva, de modo que toda teoria do direito derivaria do direito humano, posto pelo homem. Vale lembrar, que para Kelsen não existiria pensamento na norma, na medida em que esta seria um ato posto pelo legislador. Assim, “toda apreensão de um fenômeno científico deve passar por uma forma de entender, ou seja, uma metodologia, definindo os princípios, regras, descrevendo aquele direito” (KELSEN, 1963). Poder-se-ia definir norma superior como um pressuposto de validade, até ser positivado pelo legislador, ou seja, sairia do campo do *ser* (vontade do legislador) para o *dever ser* (norma descritiva positivada).

Pode-se dizer que a crítica mais contundente que se faz a Kelsen encontra-se no princípio da generalidade da norma superior, denominada norma hipotética, pois criaria o caráter vinculativo e válido para descrever a norma criada. Entretanto, Kelsen não respondeu quem estaria acima da Constituição, apenas apresentou uma analogia no sentido de que não se deveria questionar o criador (quem fez Deus), caso contrário a pergunta não teria fim. “[...] O homem deve acreditar na justiça que eles constituem – tal como acredita na existência da instância de que elas promanam –, mas não pode compreender racionalmente essa justiça” (KELSEN, 1963, p. 18).

Para melhor compreensão do assunto é de suma relevância o comentário de Pavan Baptista:

Kelsen, certamente, percebeu que o método analítico-transcendental estava esgotado e que a incursão da pragmática já era inevitável na ciência jurídica, como também nas demais ciências sociais, mas talvez fosse muito tarde para reformular todo seu modelo teórico e permitir que a porosidade do novo sistema fizesse ruir a “pirâmide” que foi por ele idealizada (PAVAN, 2004, p. 205).

De acordo com os princípios defendidos pelo pensamento kelseniano, juízo de valor deveria se pautar na aplicação da norma jurídica, ou seja, o juiz deveria analisar

o ato concebendo-o enquanto manifestação externa da conduta humana (intenção do indivíduo), bem como a conduta do indivíduo para aplicar a norma. A fórmula do *suum cuique* é constantemente evocada pelos operadores do direito, na medida em que sua essência encontrar-se-ia no princípio de dar a cada qual o que lhe seria devido, de acordo com a ordem jurídica prescrita. Por um lado, poder-se-ia dizer que a *regra de ouro* seria uma utopia, pois ela estaria fundamentada em um elevado grau de subjetividade: *não faça aos outros o que não queres que façam a ti*. Por outro, tratar-se-ia da afirmação do princípio do direito liberal desenvolvido por Kant na forma do imperativo categórico “[...] faça de sua ação uma máxima universal que seja válida para todos [...]” (KANT, 2007). Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que Kelsen poderia ser caracterizado enquanto neokantiano, todavia, com uma leitura original e particular do pensamento kantiano.

Se tomamos esta fórmula ao pé da letra, imediatamente verificamos que ela conduz a resultados que decididamente não são pretendidos por aqueles que dela se servem. Se devemos tratar os outros como queremos ser tratados, fica excluída toda a punição de um malfeitor, pois nenhum malfeitor deseja ser punido. Deste modo, é afastada uma parte essencial do direito positivo. Ninguém gosta de ser censurado. Sem a possibilidade de censurar, a educação é impossível. [...] Mas, como é que devemos ser tratados? Qual é o conteúdo desta norma geral? A esta questão, que é a decisiva, não dá a regra de ouro qualquer resposta, tal como a fórmula do *suum cuique* não dá qualquer resposta à questão de saber o que é o seu de cada um. Aquela pressupõe, como esta, uma ordem normativa que fixe as determinações (regulamentações) decisivas, que prescreva como é que devemos ser tratados. Tal como acontece com a fórmula do *suum cuique*, também com a regra de ouro se harmoniza toda e qualquer ordem social, especialmente, toda e qualquer ordem jurídica positiva (KELSEN, 1963, p. 21-3).

Pode-se afirmar em hipótese que a dinâmica da ordem social observaria o *meio termo* aristotélico, na medida em que o homem deveria ser comedido. Ao mesmo tempo, o operador do direito deveria analisar a conduta humana de acordo com a norma positivada, ou seja, deveria aplicar a norma de acordo com a conduta individual apresentada, tomando-se como princípio a norma instituída. De acordo com essa linha de pensamento, pode-se afirmar que o direito seria uma norma estatuidora de sanções, de modo que a coercibilidade se faria necessária para garantir o cumprimento e a validade da norma instituída.

Punido deve ser quem se conduz tal como, de acordo com a norma pressuposta, se não devesse conduzir. Mas o mal da reacção estatuída pela norma retributiva não pode ser um desvalor neste sentido objetivo, pois a reacção, o castigo, é posto pela norma de retribuição como devido (devendo ser) e a sua execução opera-se em consonância com esta norma, pelo que não é, conseqüentemente, um desvalor, mas um valor (KELSEN, 1963, p. 43).

Por fim, vale lembrar que Kelsen analisou em sua obra o princípio da justiça comunista, o preceito do amor ao próximo, a ideia de liberdade como fundamento, o contrato social, a justiça de igualdade, ideias de justiça de Platão e Aristóteles, entre outros, fortalecendo sua tese de que a subjetividade não é objeto de estudo do direito. O homem viveria em constante busca pela felicidade absoluta, da satisfação de seus desejos, e caberia a norma limitar essas vicissitudes. Nesse sentido, tratar a outrem de modo desigual na proporcionalidade da sua desigualdade seria aplicar o direito de modo racional.

Compreende-se como de per si evidente que a exigência ou postulado de que todos os homens sejam tratados por igual, ou seja, de que não deve fazer-se acepção de qualquer das desigualdades de facto existentes, qualquer que seja o conteúdo que posso ter o tratamento conforme à norma pressuposta pela norma de justiça, conduz a consequências absurdas [...]. Com efeito, se apenas os são iguais devem ser tratados igualmente e não há apenas indivíduos iguais, mas também os há desiguais, os que são desiguais devem ser tratados desigualmente [...]. Por isso – e tal é desta sabedoria a última conclusão – não pode haver qualquer resposta para a questão da essência da justiça. Pois que, com efeito, a justiça é um segredo que Deus confia – se é que confia – apenas a alguns poucos eleitos e que tem de permanecer segredo destes porque eles o não podem comunicar aos demais. [...] Pois que, com efeito, ela apenas é contradição para a razão humana limitada, não para a razão absoluta de Deus, que é inacessível ao homem. Por isso ensina PAULO, o primeiro teólogo da religião cristã, que a sabedoria deste mundo é insensatez em face de Deus (KELSEN, 1963, p. 69-87).

Não resta dúvida que o papel do judiciário não é fazer justiça, uma vez que esta é dotada de alta subjetividade, cabe ao magistrado sentenciar de modo racional, observando as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, a decisão judicial respeitará a proporcionalidade das igualdades: dar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

3 Teoria Pura do Direito

De acordo com Kelsen, a norma seria pautada em um *dever ser* com caráter subjetivo, na medida em que a vigência seria legalmente estatuída: norma posta. Por outro lado, a eficácia seria a aceitação da sociedade no que tange a norma, ou seja, o que importaria seria a validade da norma, visto que toda norma implicaria em um ordenamento. Torna-se importante destacar que para Kelsen a norma válida teria legitimidade de acordo com quem a teria determinado. Se fosse originária de uma norma superior, logo seria um ato de poder.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. [...] Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2006, p. 1).

Pode-se dizer que vigência e eficácia são essenciais para aplicação da norma jurídica, na medida em que o costume pode ser encarado enquanto originário da norma jurídica instituída. Todavia, torna-se necessário a positivação da norma, de tal forma a desvincula-la do costume. Logo, a norma pode atingir o plano da eficácia sem estar vigente, portanto, a eficácia não teria nenhuma função de validar a norma. Ora, da eficácia não surge a validade de uma norma jurídica, mas a falta de eficácia tira a validade da norma. Pode-se citar como exemplo, uma relação social que era tida como crime em épocas pretéritas, como o adultério no Brasil, que com o decorrer do tempo tornou-se letra morta (lei não aplicada). Kelsen como um formalista que foi, apresenta o argumento de que a eficácia seria um detalhe, ou seja, a eficácia não daria validade à norma, uma vez que a autoridade que a elaborou teria autoridade para tal. Logo, de acordo com tal pensamento, uma norma só deixaria de ser válida na medida em que não fosse aplicada.

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, como o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. [...] Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. [...] Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz. A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência (KELSEN, 2006, p. 11-2).

Pode-se dizer que Kelsen se preocupou em apenas descrever o direito, positivando a norma elaborada por uma autoridade. Nesse sentido, pouco importaria se o cidadão estaria cumprindo a norma ou não. Hans Kelsen não se preocupou com o conteúdo, pouco importaria se seria ou não moral, na medida em que costume, religião, justo ou injusto, não criariam validade. O que importaria de fato seria o ato de autoridade, que decorreria em outro ato de autoridade. Entretanto, a falta de eficácia poderia tirar a validade da norma, como ocorreu com o adultério no Brasil. Ora, assim sendo, regulamentação

negativa para Kelsen seria uma norma positivada, sendo o limite para o não positivado, ou seja, o que não estivesse proibido seria permitido. Entretanto, os direitos fundamentais deveriam ser assegurados para preservar a liberdade. No que tange a liberdade negativa, tudo que não é proibido é permitido por lei, não estaria escrita como comportamento, mas valida um comportamento. Pode-se dar como exemplo a placa de trânsito: onde não existe sinalização horizontal e/ou vertical determinando a proibição de se estacionar; pressupõe-se que seria permitido utilizar tal espaço para o estacionamento do veículo. Nesse caso, a sinalização presente apontaria para a existência da norma instituída.

O caráter positivo de uma permissão sobressai especialmente quando se opera uma limitação de uma norma proibitiva de determinada conduta, através de uma outra norma que permite a conduta proibida sob a condição de esta permissão ser concedida por um órgão da coletividade que para tal tem competência. A função – tanto negativa como positiva – da permissão está, assim, essencialmente ligada com a da prescrição. Somente nos quadros de um ordenamento normativo que prescreve determinada conduta humana pode ser permitida uma determinada conduta humana. (KELSEN, 2006, p. 18).

Pode-se dizer que ao tentar diferenciar o bem e o mal, Kelsen buscou analisar o que seria lícito e ilícito. Tratar-se-ia de uma relação fundamentada em nexos causais, a partir dos quais se observaria o meio e o fim, ou seja, a vinculação às normas comparada à conduta humana. O direito seria aplicado em uma ordem social, de acordo com a realidade fática, devendo observar o tempo e espaço. Porém, ao aplicar o direito, seria necessário estatuir sanções (caráter coercitivo). Ao tratar da ordem coativa, Kelsen buscou desconstruir inúmeras teorias, de tal forma a desenvolver uma tentativa de provar a importância do caráter coercitivo, inclusive argumentando que mesmo as normas que não trouxessem sanções expressas em seu texto constitucional, haveria legislações espartas que iriam regulamentá-las.

Uma ordem normativa que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas é uma ordem social. A moral e o direito são ordens sociais deste tipo. [...] Devemos a propósito notar que, com o ser - “prescrita” ou ser - “proibida” de uma determinada conduta se significa não o ser - devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é, da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. [...] como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo (KELSEN, 2006, p. 25-37).

A Constituição primária poderia ser definida a partir da apresentação de como determinada sociedade teria construído sua Constituição. A crítica a Kelsen se daria no

que toca á origem da Constituição, ou seja, a norma não escrita, fictícia, que justificaria juridicamente a validade do ato, ao criar a primeira Constituição (não tem justificativa transcendente). Tratar-se-ia de aceitar que tal poder seria legítimo para criar o Poder Constituinte Originário (PCO – não haveria como provar sua validade, visto que não teria como provar sua origem [analogia de quem criou Deus], não se poderia questionar o criador). Para Kelsen, a norma jurídica instituída seria legítima, independentemente de sua criação inclusive toda e qualquer forma de Estado Exceção. Ao defender o princípio retributivo, no qual as pessoas se pautam pelo medo da sanção, defendeu a tese de que toda sociedade “desejaria” uma constituição. Nesse sentido, o medo de ser sancionado faria parte da paz social (contrato social).

4 Direito e Moral

De acordo com a linha de pensamento ora apresentada pelo pensador austríaco, pode-se dizer que as normas morais, bem como as normas sociais, originam-se na convivência do homem com a sociedade, ou seja, sua conduta em determinado contexto e momento social. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que temos inúmeras normas sociais que são normas jurídicas. Por outro lado, a moral seria de fato a regulamentação da conduta interior. Logo, moral e direito não poderiam ser distintos da conduta, tanto a moral quanto o direito dependeriam da conduta externa (não é a moral, apenas, uma conduta interna e, o direito uma conduta externa). Novamente emerge o neokantismo kelseniano, na medida em que se utiliza das concepções de legislação interna, vinculada a autonomia; e, legislação externa, vinculada a heteronomia. Assim sendo, a norma seria definida como um condutor das ações do homem.

Ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural. Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais (KELSEN, 2006, p. 36).

O que diferenciaria as regras jurídicas da moral seria o seu caráter sancionatório. Ora, de acordo com o raciocínio apresentado, toda norma moral teria um conteúdo, portanto, um tipo particular de conduta permitida e proibida. Nesse sentido o não cumprimento da norma implicaria em um conjunto de sanções. Logo, toda norma jurídica teria um conteúdo moral. Entretanto, o que não pode ser avaliado, seria esse conteúdo moral, na medida em que o direito teria força coercitiva institucionalizada (sanção externa). Por outro lado, a moral, por ter caráter subjetivo, dependeria da consciência de cada indivíduo (sanção interna). Apenas a moral positivada seria objeto de estudo do direito.

[...] O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto, a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 2006, p. 71).

Para Kelsen seria complicado associar o direito com a moral, uma vez que não haveria como se falar em justo ou injusto, moral ou imoral, na medida em que buscou assegurar que não existiria moral absoluta. Portanto, a moral seria relativa, na medida em que seu valor, ou melhor, o sistema da moral, sofreria variações de acordo com o momento histórico, com a comunidade e época em questão. O objeto de estudo da moral seria a relação dos indivíduos da mesma comunidade em um mesmo momento histórico. Por outro lado, o direito constituiria valor por ser norma, ou seja, o direito não seria vinculado com a moral. Nesse sentido, poderia haver uma norma positivada não concebida como moralmente justa.

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui o *valor jurídico* que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma (KELSEN, 2006, p. 74).

De acordo com Kelsen, a norma positivada deveria ser obedecida. A ciência do direito não deveria levar em consideração se uma norma seria moralmente boa ou má. Todavia, esse tipo de argumentação acabaria por legitimar ordenamentos jurídicos de Estados autocráticos. Historicamente, pode-se observar que Kelsen condenou moralmente o nazismo, mas, ao mesmo tempo, disse que tais normas deveriam ser obedecidas por serem válidas. Portanto, faz-se necessário separar o direito da moral, uma vez que o direito positivo valeria ainda que contrariasse uma norma moral, de modo que não existiria moral absoluta, na medida em que a validade de uma ordem jurídica independeria da valoração moral. O direito não se justificaria pela moral, na medida em

que uma norma jurídica seria válida ainda que contrariasse as normas morais instituídas. O operador do direito deveria aplicar a norma posta, mesmo aplicando a forma de interpretação e criando jurisprudência.

Se a ordem moral não prescreve obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então, a existência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral. [...] Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem, interesse do Estado, progresso etc. [...] A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é função criadora de Direito que somente pode ser realizada por órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente (KELSEN, 2006, p. 393-5).

A respeito da temática, é importante destacar a percepção de José Afonso da Silva acerca do direito constitucional positivo:

Direito Constitucional Positivo ou Particular é o que tem por objeto o estudo dos princípios e normas de uma constituição concreta, de um Estado determinado; compreende a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídico-constitucionais desse Estado, tal como configuradas na Constituição vigente, nos seus legados históricos e sua conexão com a realidade sociocultural existente (ex: Direito Constitucional brasileiro, francês, inglês, mexicano etc., de acordo com as respectivas constituições) (SILVA, 2011, p. 35).

É incontestável a necessidade de flexibilização do Direito para preservar a segurança jurídica; nesse sentido destacamos a edição de súmulas, jurisprudência, posição doutrinária, resoluções e a própria modulação de efeitos utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal (Kelsen assegurou que um ato inconstitucional ingressa normalmente no ordenamento jurídico devido à sua validade).

5 Conclusão

Pode-se dizer que Kelsen foi coerente com seus princípios em limitar o que seria positivo jurídico. Tratar-se-ia da defesa de uma teoria objetiva da ciência do direito, de tal forma que buscou descrever o direito de forma objetiva e imparcial, utilizando-se de pressupostos metodológicos, construiu a ciência do direito “bebendo da fonte” do próprio direito. Como uma fórmula matemática, o direito foi o único objeto de estudo de Kelsen. A crítica que se faz é que o direito não é abstrato e alheio às realidades sociais. O filósofo e jurista austríaco escreveu obras e outras teorias sobre outros temas como democracia, mas não as integrou à sua teoria pura do direito. Para Kelsen, a teoria só se sustentaria no seu viés analítico, científico, puro.

Certamente, pode-se afirmar que Kelsen representou uma divisão de águas no campo do direito. Para Kelsen, a norma hipotética seria fundamental e a razão de ser de todo ordenamento jurídico. No final da sua vida, substituiu a norma hipotética como ficção de causalidade. Impossível nos dias atuais não se vislumbrar o quão precioso seria a possibilidade de se “fazer justiça”, entretanto, partindo do pensamento de Kelsen, a justiça absoluta seria uma utopia, só haveria justiça absoluta para os *jusnaturalistas* (campo espiritual, divino) que se fundamentavam em princípios que iam além do conhecimento humano. O homem terreno deveria contentar-se com a justiça relativa, vislumbrada pelo ordenamento jurídico vigente, ou seja, o juiz deveria aplicar a norma instituída à luz da realidade fática (caso concreto).

Seria imperioso notar que “como pode um valor ser valorado, um valor valioso é um pleonasma, um valor desvalioso é uma contradição” (Kelsen). Além disso, pode-se dizer que é de origem filosófica; a norma válida deve ser observada, de tal forma que a ciência deveria fundamentar-se no campo da objetividade (o que pode ser comprovado). A Teoria Pura do Direito buscou eliminar o juízo de valor, com objetivo de fazer do Direito uma ciência pura. Desta forma, ante todo o exposto, conclui-se que, o direito positivo não avalia o justo ou o injusto, a justiça ou a injustiça, na medida em que cada indivíduo teria seu ideal de justiça e sofreria variações no tempo e espaço. Desse modo, pode-se concluir, de acordo com o pensamento kelseniano, que aplicar o direito, não implica necessariamente em se fazer justiça.

A ciência do direito é descrita do objeto do direito, não se pode pretender que o direito seja avaliado pelo conteúdo moral, já que temos diversas morais contraditórias prevalentes em uma mesma sociedade. Kelsen apresenta como argumentação que qualquer conteúdo nessa forma jurídica é legítimo, mesmo que contrarie a moral dominante, ou seja, a moral não valida a norma, mas a invalida, na medida em que a moral seria uma construção social, não nasceria com o indivíduo. Ademais, defende-se a tese de que todos teríamos uma consciência e precisaríamos de uma organização e normas para regulamentar nossa convivência, na medida em que tal sentimento de necessidade seria o elemento a conduzir as sociedades a elaboração de uma Constituição,

visto que os indivíduos necessitariam de segurança jurídica e de que seus direitos fossem preservados. Portanto, o direito seria definido como é não como deveria ser; assim sendo, o direito não teria uma valoração única, as coisas deveriam ser válidas dentro do próprio conteúdo jurídico, eliminando-se a ética do direito.

Nesse sentido, toda norma jurídica teria um conteúdo moral que poderia ser ou não uma moral dominante, uma vez que a moral é relativa. O fato de a maioria extrema de uma sociedade aprovar ou reprovar determinado tema não afasta a possibilidade de a minoria ser contrária. Logo, seria subjetivo, cabendo desta feita argumentações contrárias, mas não comprovação científica, na medida em que tal tema seria abarcado de conteúdo valorativo.

6 Referências

BAPTISTA, Fernando Pavan. **O Tractatus e a Teoria Pura do Direito**: uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

KANT, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito**: Doutrina do Direito. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. 2ª ed. Tradução e Prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Ed. Arménio Amado, Sucessor, 1963.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. As Influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014.

A EQUIDADE E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO JUIZ*

THE EQUITY LAW AND THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE JUDGE

Renato Augusto de Almeida

Mayra Zago de Gouveia Maia Leime

Sumário: 1 Introdução – 2 Do conceito de equidade e a sua formulação histórica pelo Common Law – 2.1 Da conceituação de equidade para o Direito – 2.2 Da evolução histórica da equidade e da sua afirmação pelos juízes e pelo *Judicature Acts* do Reino Unido de 1873 e 1875 – 3 A *aequitas* e a sua relação com o direito brasileiro – 3.1 A equidade no direito brasileiro – 3.2 A equidade e a jurisprudência – 4 A equidade na ótica da doutrina de Norberto Bobbio e Ronald Dworkin – 4.1 Norberto Bobbio e a relevância dada à equidade conforme a teoria do ordenamento jurídico e os ordenamentos jurídicos de Brasil e Itália – 4.2 A crítica de Herbert Hart à questão dos princípios para Ronald Dworkin – 5 A Equidade à Luz da Sistemática Constitucional Norte Americana – 6 A responsabilidade social dos juízes – 6.1 A Responsabilidade Social dos Magistrados à Luz da Equidade – 6.2 A Adaptabilidade da Equidade à Sistemática do Direito Brasileiro – 7 Conclusão – 8 Referências

RESUMO: O presente artigo trata do conceito de equidade tanto como instituto no *Common Law* quanto como fonte integradora no direito romano e o seu desenvolvimento histórico. Será analisado também o papel dos juízes do sistema constitucional norte-americano e a questão da responsabilidade social dos juízes para com a sociedade. Desta feita, pode-se avaliar como a equidade impacta na atividade dos magistrados. Ainda, através do estudo da doutrina de Norberto Bobbio, Herbert Hart, e Ronald Dworkin, será estudado o papel do juiz para interpretar e criar direitos no uso da equidade em ambos os sistemas jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Equidade; Juízes; Responsabilidade Social.

ABSTRACT: The present article issues the concept of Equity as an institute in the Common Law system, as well as its creative role in the roman law and its historical development. It will be studied the role of the judges in the American constitutional system and the magistrate's social responsibility with the people that they are bound. Therefore, it will be analyzed how equity impacts the judge's interpretative activity. Finally, throughout the studies of the doctrine of Norberto Bobbio, Herbert Hart, and Ronald Dworkin, it will be studied the role of the judges to interpret and create rights by equity.

KEY-WORDS: Equity; Judges; Social Responsibility;

*O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

1 Introdução

O conceito de Equidade como instituto e o seu desenvolvimento histórico provem da Inglaterra, diante de situações fático-concretas às quais o *Common Law* não era capaz de dar vazão em razão das várias demandas que surgiam. Foi a partir do século XVI que a equidade passou a ganhar maior relevância diante da dinamicidade social e a parca estrutura oferecida pela Coroa Britânica para resolver os casos em que o *Common Law* tardaria a resolver. Diante deste cenário, veio o *Judicature Act* de 1873 como forma de redimensionar o direito inglês, e a equidade, por sua vez, foi disposta de maneira mais concreta no ordenamento jurídico no Reino Unido.

O conceito de equidade foi desenvolvido no Reino Unido à vista da relevância que este instituto teve para que os magistrados encontrassem soluções para dirimir omissões legislativas, bem como conflitos que não tivessem soluções precedentes no ordenamento jurídico.

Além do mais, busca-se estudar a equidade diante da *aequitas*, que se desenvolveu durante o direito romano como um instrumento interpretativo para que os juízes resolvessem casos onde não houvesse amparo legal. Mediante esse instituto cabia ao magistrado realizar constantes interpretações de normas, fatos sociais e valores para suprir lacunas legislativas. Importa perpassar pela *aequitas* pelo fato de o direito brasileiro ter o seu embasamento legal proveniente do direito romano, que, em sua essência, consolida a lei escrita como fonte principal do direito.

Tendo em vista tais considerações, se torna imperiosa a análise do conteúdo legislativo nacional e estrangeiro, com o fito de entender a relevante função que os juízes possuem em sua função típica de interpretar e determinar o sentido e alcance de uma norma. De outro lado, para o bom desenvolvimento deste trabalho, busca-se adentrar nas obras de Norberto Bobbio, Herbert Hart, e Ronald Dworkin que permitem analisar a equidade como instrumento para que o juiz interprete e crie direitos. É que o estudo doutrinário permite um amplo entendimento acerca do relevante papel interpretativo por parte dos magistrados.

Desta forma, tratar-se-á de buscar uma solução que torne a participação do juiz, na resolução das problemáticas atuais concernentes a questões legislativas e concretas, adequada ao direito em razão de suas responsabilidades institucionais no exercício de sua função típica.

2 Do Conceito de equidade e a sua formulação histórica pelo *Common Law*.

2.1 Da conceituação de equidade para o Direito

Para analisar o uso da equidade pelos juízes através da história, é imprescindível tratar da conceituação dada ao referido instituto pelo direito ou pela doutrina jurídica. O *Duhaime's Law Dictionary* dá a seguinte definição ao termo “equidade”:

Uma divisão do direito inglês que se desenvolveu ao longo de séculos quando os litigantes reclamavam ao Rei de leis inflexíveis e rígidas do *Common Law*, onde este fazia com que a “justiça” não prevalecesse (tradução livre)¹.

Diante da definição mencionada, a equidade foi considerada como uma forma de suplantar ou superar o *Common Law* quando este não era capaz de dar a devida prestação à solução de um conflito devido a uma lei tida como inflexível. Portanto, foi estabelecida a equidade, em sua conceituação mais genérica, no acesso jurisdicional à justiça como oposição à rigidez do *Common Law*.

Da conceituação do referido instituto e da motivação que veio a instituir a equidade no ordenamento jurídico inglês, é possível traçar as razões do desenvolvimento da equidade, especialmente pelos juízes.

2.2 Da evolução histórica da equidade e da sua afirmação pelos juízes e pelo *Judicature Acts* do Reino Unido de 1873 e 1875

De início, é importante traçar algumas linhas históricas do ordenamento jurídico inglês para fundamentar a criação da equidade. Até o ano de 1066, ano da conquista normanda da Inglaterra, não havia um ordenamento jurídico unitário, o que desencadeou o surgimento do *Common Law* (KELLY & SLAPPER, 2011, p. 4), representando assim a afirmação do poder soberano do Rei dentro do território inglês.

Num primeiro momento², o *Common Law* consistia na análise dos melhores costumes locais que acabavam por serem transformados na base do direito inglês. Os costumes, por sua vez, eram selecionados por grupos de juízes que viajavam pelo país de modo a estabelecer “a paz do Rei”. Logo, tornar-se-ia o *Common Law* comum a todos os habitantes locais.

Mas, a partir do século XIII, a Justiça local, formada pelas Cortes do *Common Law*, passou a ganhar maior autonomia dada à resistência do Rei em lidar com questões que não

1 Informação retirada do sítio eletrônico do *Duhaime's Law Dictionary*. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/Equity.aspx>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

2 Os dados históricos para explanar brevemente a história do direito inglês foram retirados de KELLY, David; SLAPPER, Gary. **O Sistema Jurídico Inglês**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

se compatibilizavam com as formas de ação instituídas previamente. A justificativa para esse rompimento foi o fato de os parâmetros particulares não se amoldarem às soluções dadas pelo *Common Law*, havendo a necessidade de corrigir as falhas encontradas neste sistema e a solução encontrada foi o uso da equidade.

A equidade desenvolveu-se do século XII ao XIX pelo *King's Chancellor* e pela *Court of Chancery* de modo a prover justiça nos casos em que o *Common Law*, dada a sua rigidez, não dispunha de uma medida efetiva para eles. A importância histórica da equidade para o direito dá-se pelo fato de, através dela, desenvolverem-se os conceitos de *mortgages* e *trusts*. A equidade também estabeleceu novos remédios³, como as *injunctions*, ressaltando-se que o referido instituto não traz uma compilação completa e encerrada das leis, mas, acaba por preencher as lacunas do *Common Law*, sendo descrita como a “glosa do *Common Law*” (GIBBINS; MARTIN, 1999, p. 87).

Além da questão da rigidez do *Common Law*, o número de pretensões vencidas crescia à medida que os autores recorriam das ações judiciais diretamente ao soberano, este representado pelo Lorde Chanceler. Logo, criou-se uma Justiça específica para proferir decisões “equitativas” nos processos recusados pela corte do *Common Law*, estabelecendo-se assim, princípios que seriam usados para decidir casos posteriores.

A equidade ganhou grande relevância especialmente após a reforma da Corte Britânica pelos *Judicature*⁴ Acts de 1873 e 1875. Antes destas reformas, as Cortes do *Common Law* não poderiam aplicar os princípios equitativos, mas os atos jurídicos em questão mencionados mudaram este panorama.

A partir de então, em havendo qualquer conflito entre as regras da equidade e as regras do *Common Law* em qualquer juízo, registra Wilson (1875, p. 67) quando se referiam à mesma matéria, deveria prevalecer as regras da primeira.

O que se pode concluir face à evolução histórica do instituto é a impossibilidade de os juízes julgarem, de plano, os processos que lhes eram submetidos com base em suas ideias pessoais sobre a justiça do caso concreto. A discricionariedade judiciária era pautada, portanto, por princípios e dependia do comportamento das partes perante o magistrado.

A partir de uma primeira análise acerca da equidade sob a sistemática do *Common Law*, concluiu-se, por conseguinte, ser o verbete em comento um instrumento interpretativo.

3 Os “remédios equitativos” consistem em remédios discricionários dos quais a Corte se vale numa casuística na seara cível conforme “máximas equitativas”, a saber: A Corte apenas concederá o remédio se este for justo em todas as circunstâncias, ou seja, o petionário deve agir de maneira justa para ingressar com a demanda; Em sendo justa, a Corte verifica se houve demora no ingresso da ação; por fim, a não pode a Equidade um caso sem um remédio específico, mesmo que um novo precise ser criado (GIBBINS; MARTIN, 1999, p. 87).

4 Ato Parlamentar que reorganizou o sistema das *Higher Courts* no Reino Unido, de modo a unificar o sistema e acabar com práticas antigas e não mais eficazes. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/>>. Acesso em: 28 de jun. de 2016.

3 A *aequitas* e a sua relação com o Direito Brasileiro.

Diferentemente do Reino Unido, o direito brasileiro sofre grande influência do direito romano. A equidade, intitulada como *aequitas* no direito romano e denominada como justiça, vem a dirimir conflitos de acordo com a imparcial consideração das circunstâncias do caso (ARAUJO, 2013, p. 13396). Desde logo, os romanos, através da *aequitas*, tratavam de fixar conceitos jurídicos concretos e revelar o direito justo para situações de difícil solução, complementando, desenvolvendo, ou modificando a lei, de modo a reformar o *ius civile* (SOUZA, 2016, p. 55 e p. 58).

Carmignani (2009, p. 119-125) descreve que na medida em que Roma se desenvolvia, os litígios passavam a ser mais complexos, exigindo-se a criação de magistraturas públicas. A função judiciária, por sua vez, era exercida por pretores, que não tinham a atribuição de julgar, mas tão somente de organizar o litígio e remetê-lo ao *iudex*, árbitro privado do julgamento. Em suas funções, os pretores passavam formular novas regras com o propósito de adequar o ordenamento jurídico aos novos valores sociais.

No entanto, à época do Imperador Adriano, o absolutismo dos imperadores mostrava-se crescente, o que resultava no engessamento da atividade dos pretores e na consolidação da lei como a única fonte do direito (CARMIGNANI, 2009, p. 126), restringindo, assim, a vontade do legislador (GIGLIO, 1972, p. 267). É a partir das características da *aequitas* como conceituado no direito romano que se discorre acerca da equidade no direito brasileiro.

3.1 A Equidade no Direito Brasileiro

A equidade como instrumento interpretativo a ser utilizado pelos magistrados veio configurada no artigo 113 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a saber:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade (grifo nosso).

Da leitura do extrato do texto constitucional supracitado, pode-se perceber que o juiz deve decidir por equidade quando ocorre omissão na lei ou omissão legislativa. Diante disso, o magistrado deve integrar as lacunas normativas ao julgar por equidade, criando assim uma norma para o caso em concreto⁵. Neste sentido Giglio (1972, p. 267), discorre o seguinte:

5 OLIVA, José Roberto Dantas. O Magistrado em Face da Equidade como Instrumento Válido de Interpretação e Integração Normativa. Trabalho desenvolvido no curso de Mestrado em Direito das Relações sociais (subárea Direito do trabalho) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18243/O_Magistrado_em_Face_da_Eq%C3%BCidade.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016.

O processo legislativo é lento, e enquanto subsistem as lacunas o juiz não poderia se eximir de dar solução às controvérsias sob escusa de imprevisão legal. É forçoso, para a sobrevivência da sociedade, que o julgador resolva os litígios: Se falta a lei escrita, deve se valer de outras formas de manifestação do direito para solucionar as pendências.

Já no que toca à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), encontram-se dispostos os artigos 4º e 5º. O primeiro estabelece que, na omissão legislativa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁶, ao passo que o segundo descreve que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais que a que ela se dirige, e às exigências do bem comum⁷.

Pode-se dizer que os artigos acima mencionados conferem ao juiz o poder de decidir um caso em concreto quando houver omissão legislativa e, por consequência, poderá atender os fins sociais da lei a ser aplicada. Logo, pode-se dizer que a LINDB dá respaldo para a validação do juízo de equidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a integrar o direito, bem como solucionar pendências litigiosas.

Importante ressaltar que o instrumento integrativo tem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente para o direito em âmbito judicial como forma de integração do direito.

3.2. A Equidade e a Jurisprudência

A partir do recorrido acerca do julgamento por equidade no direito brasileiro, há se de tratar acerca da sua relação com a jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio. Souza (2016, p. 177 e p. 178) perpassa pela jurisprudência como um modelo jurídico construído em face de casos particulares, especialmente para se resolver crises sociais e descobrir novas soluções para problemas não resolvidos ou apenas tangenciados pelo legislador. Desta feita, o magistrado vale-se da equidade de modo a suplantiar uma lacuna legislativa, bem como os inconvenientes de sua generalidade.

A Suprema Corte brasileira, em seus julgados, perpassa pela equidade da seguinte maneira:

Se o juiz pode e deve preferir, entre várias interpretações aquela que atende mais às aspirações da justiça e ao bem público, se ele é o adaptador consciente da lei ao fato, da norma legal à vida e, dentro nessa função move-se com liberdade, não pode jamais perder de vista o ponto de partida de sua atividade, e que é a lei, em sua letra e em seu espírito, e que lhe cumpre aplicar inteligentemente e não modificar ou alterar, com

6 Redação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

7 Redação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

habilidade e argúcia, fazendo contra ela prevalecer seus sentimentos pessoais de cidadão e jurista⁸.

Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério⁹.

Diante os julgados em comento, apercebe-se que a equidade constitui um método interpretativo a ser utilizado pelos magistrados com o simples propósito de integrar uma lacuna legislativa. É com este propósito que acaba por ser de grande monta os estudos de doutrinadores como Ronald Dworkin, Norberto Bobbio e Herbert Hart para analisar a função interpretativa dos magistrados para embasar sua responsabilidade social face às demandas litigiosas e sociais.

4 A equidade na ótica da doutrina de Norberto Bobbio e Ronald Dworkin.

A fim de tratar da importância das obras de Norberto Bobbio e Ronald Dworkin para o exame desta questão, torna-se imperioso traçar a linha introdutória que justificou a redação de suas compilações jurídicas debruçando-se sob as circunstâncias históricas.

Diante dos excessos cometidos pelos juízes à época do absolutismo, por volta dos séculos XVII e XVIII, surgiu um movimento de teóricos que, em resistência ao regime em questão, trataram de denunciar as ações cometidas pelos magistrados de modo a mudar o sentido e alcance das leis aprovadas pelo Parlamento (DALLARI, 2007, p. 99). É nesta linha que Francis Bacon, teórico do século XVII, em seu ensaio *Da Magistratura*, menciona que aos juízes compete à estrita função de interpretar a lei (*jus dicere*), não de fazer ou dar a lei (*jus dare*) (BAPTISTA, 2002, p. 28).

É a partir deste mote que se desencadeou a Revolução Francesa. No campo do direito, veio a gerar diversas inovações, como o “princípio da legalidade”, com o desiderato de circunscrever os Poderes aos limites estabelecidos pela lei, obrigando-os a cumprir exatamente o que o texto legal estipular.

A partir do que foi tratado quanto ao conceito de equidade como instituto do direito inglês, Bobbio (1991, p. 56) fala em “juízos de equidade” como instrumento interpretativo utilizado pelos magistrados, definindo-os como aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida.

Logo, a equidade como instrumento interpretativo, apesar de ter a importância reconhecida por ambos os autores, fica num plano de relevância abaixo das leis para o ordenamento jurídico como um todo.

8 Trecho de decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro Oroszimbo Nonato da década de 1940. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/decisao-por-equidade-no-Estado-Democratico-de-Direito.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

9 Julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.701-MG. Disponível em: <<http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1147/1080>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

4.1 Norberto Bobbio e a relevância dada à equidade conforme a *teoria do ordenamento jurídico* e os ordenamentos jurídicos de Brasil e Itália

Aprioristicamente, ao se dizer que o juiz tem o dever de aplicar a lei quando da prolação da sentença significa, em outras palavras, que o conteúdo da mesma deve estar em correspondência com o conteúdo material – âmbito da matéria vigente – ditado no texto legal (BOBBIO, 1991, p. 56). Caso contrário, a referida sentença judicial pode ser declarada inválida. Isso se justifica dado o fato da sentença judicial, em regra, ser tida como uma norma jurídica individual, de modo a criar direitos a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas (BAPTISTA, 2002, p. 29).

No que concerne ainda a Bobbio (1991, p. 54-56), este aponta os limites formais a que o juiz deve adstringir-se, ou seja, o ritual procedimental – como deve fazer – deve ser obedecido conforme a Lei estabelece, quando da função típica julgadora do magistrado. Diante do estrito vínculo do juiz para com a Lei, especialmente quanto ao seu aspecto material, o autor ainda sugere a hipótese da formulação de um ordenamento jurídico onde a Constituição estabeleça um critério para que o magistrado venha a julgar conforme a equidade no caso concreto.

No denominado juízo de equidade, o juiz tem a autorização de produzir direito fora do alcance material imposto pelas normas, e o poder de criação por parte dos juízes também é maior. O juízo de equidade não vem a ser a regra, mas sim a exceção nos países aderentes à tradição do direito romano. É o caso da *Costituzione della Repubblica Italiana*, que estabelece em seus artigos 25 e 101 (este artigo estabelece que o juiz somente é submetido à lei) que nada pode ser retirado do juiz natural se previamente estabelecido por lei¹⁰, e que a justiça é administrada em nome do povo, estando os juízes submetidos apenas à lei¹¹, respectivamente. Em suma, o juiz está submetido, em regra, ao que o ordenamento jurídico italiano estipula. Excepcionalmente, quando da falta de disposição legal, cabe ao juiz natural, constituído de sua função típica, decidir o caso por equidade.

Quando o poder normativo dos juízes não deriva da lei material escrita, outras fontes, como o costume e a analogia tratam de suprir uma eventual lacuna legislativa. Nesta toada, Bobbio (1991, p. 57) ainda trata do interesse do legislador ordinário ao que toca às matérias vigentes na lei:

Pode-se formular o princípio geral segundo o qual, com respeito à autonomia privada, ao legislador ordinário não interessam tanto as matérias nas quais possa interferir quanto às formas pelas quais deve fazê-lo. Do ponto de vista da teoria geral, isso levou à conclusão, por uma extrapolação ilícita, de que ao Direito não interessa tanto aquilo que os homens fazem, mas de que maneira o fazem; ou que o Direito não prescreve aquilo

10 Redação disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

11 Redação disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

que os homens têm que fazer, mas a maneira, isto é, a forma da ação; em suma, que o Direito é uma regra formal da conduta humana.

A preocupação do legislador, assim, reside à forma que se dará um ato de vontade humana, bem como “ao quê” o juiz deve atentar-se quando do julgamento do caso em concreto, obedecendo aos limites materiais dispostos pela lei, a exemplo do artigo 1.846, do Código Civil Brasileiro de 2002, que estabelece que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo assim a legítima¹².

Desta feita, o uso do juízo de equidade terá fundamentação desde que o juiz se atenha aos limites formais e materiais da lei, assim como quando, num critério objetivo de conveniência e oportunidade poderá a equidade ser aplicada ao caso concreto.

4.2 A crítica de Herbert Hart à questão dos princípios para Ronald Dworkin

O uso dos princípios é de grande monta tanto para o Legislativo quanto para o Judiciário. Para o primeiro, os princípios são usados como forma de preencher um ordenamento jurídico. Já para o segundo, trata-se de uma valiosa ferramenta para dar sentido às normas e, principalmente, fundamentar uma decisão judicial.

Dentro do escopo da preocupação da indeterminação descrita por Norberto Bobbio em a *Teoria do Ordenamento Jurídico* (v. 4.1), da mesma linha de raciocínio vale-se Hart (1994, p. 335) em *O Conceito de Direito*. Neste, o autor inglês reconhece que há casos não regulados pelo direito, havendo assim uma indeterminação jurídica. O juiz, por sua vez, teria a função de suprir as respectivas lacunas através do exercício de seu poder discricionário, criando o direito para o caso em concreto em detrimento do direito preexistente. Logo, o direito novo criado não deixa de obedecer a parâmetros estabelecidos legalmente, que vem a restringir uma ampla criatividade judiciária.

No entanto, mesmo tecendo as referidas críticas a um direito novo, criado pelos juízes, há o reconhecimento por parte do próprio autor de que o poder de criação do direito seja usado, desde que a decisão não seja dada de forma arbitrária, ou seja, de modo a justificar a sua decisão com base em suas próprias regras e valores (HART, 1994, p. 336-339). Isso se justifica pelo fato de existirem princípios implícitos, sendo este um direito indeterminado, capaz de fazer referências e tomar como esteio regras e princípios morais para determinar uma decisão sobre certos pontos do direito. Trata-se assim de uma tarefa inerente ao juiz, de modo a resolver os casos não explicitados num texto legal.

A partir do que foi exposto, Hart acaba por considerar tal liberdade como antidemocrática e injusta, uma vez que os juízes não são eleitos, numa democracia, pelo povo, tecendo críticas a Ronald Dworkin ao discorrer sobre as proposições quanto à liberdade criativa dos juízes. Além do mais, a referida argumentação pode

¹² Redação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

ser usada como pretexto para desencadear numa reforma em larga escala ou num novo código, inclusive.

Dworkin (1999, p. 4), por sua vez, em sua obra *Uma Questão de Princípios*, adentra na questão da função do juiz além da questão de interpretar e criar direitos. A função política do magistrado também é trazida a tona especialmente no âmbito constitucional, como por exemplo, ao acreditar que a igualdade é um princípio político essencial que não pode deixar de ser levado em consideração, haja vista ser um objetivo a ser perseguido por um ente político como é o Poder Judiciário.

Ainda na seara do papel político dos juízes, o autor mencionado acima se refere à questão do Estado de Direito e as regras presentes do texto jurídico. O problema colocado num texto legal, que rotula como “livro de regras”, contrasta com a chamada concepção pautada e “centrada nos direitos”. Nesta, direitos morais e políticos devem ser reconhecidos no âmbito do Direito Positivo por meio de decisões judiciais, de modo que sejam aplicados através do retrato oferecido pelo texto legal (DWORKIN, 1991, p. 5-6).

Em síntese, com relação ao entendimento dos dois autores mencionados, registre-se que há grande resistência por parte de Hart quanto à questão da liberdade criativa. Apesar de não concordar com a presente tese, põe em relevo a sua opinião ao admitir flexibilização quanto a assuntos não pautados num texto legal. Dworkin, por sua vez, defende uma ideia mais liberal, tendo em vista que a concepção de direitos centrada “em direitos” é muito mais ampla e complexa do que é percebido nos textos legais, onde os princípios carregam uma alta carga valorativa como forma de extrair do texto legal direitos implícitos. Por este caminho, os estudos quanto à função dos juízes exercida de maneira atípica, torna-se essencial para se adentrar à sua responsabilidade para com o ordenamento jurídico ao qual está adstrito.

5 A equidade à luz da sistemática constitucional norte americana.

As atribuições dos juízes, conforme discorrido em tópicos anteriores, acaba por abarcar funções que lhes são atípicas, como a de legislar quando há lacunas legislativas. À medida que a sociedade evolui, novas problemáticas surgem conforme a época em que fatos históricos marcantes ocorrem, e o legislador, por conseguinte, não acaba por ser capaz de prever e encerrar todas as possibilidades fáticas em um ordenamento jurídico. É a partir deste diapasão que a equidade entra em voga; paralelamente surge, também a questão que envolve o *governo dos juízes*.

A Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 1787, deixa em evidência a condição dada ao Poder Judiciário norte-americano de Poder de Estado, equivalente ao Legislativo e ao Executivo, com as suas respectivas competências (DALLARI, 2007, p. 95). O Artigo III da referida Lei Fundamental norte-americana discorre o seguinte sobre o Poder Judiciário na Seção 1:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Suprema Corte e pelos tribunais inferiores, onde estes devem ser ordenados e estabelecidos pelo Congresso de tempo em tempo¹³.

Na própria Carta Magna norte-americana há uma nota explicativa quanto à redação acima. Nesta, identifica-se o Poder Judiciário como sendo o terceiro poder, que permite às cortes a decidir casos concretos, bem como as limitando de exercer certos tipos de autoridade. Ainda, a referida nota faz menção ao *Judicial Review*, instituto este mencionado na própria Constituição local que confere o direito à Suprema Corte de declarar leis federais e estaduais inconstitucionais, que foi sedimentado historicamente quando do julgamento do Caso *Marbury v. Madison* em 1803¹⁴.

A Seção 2 do mesmo Artigo III estabelece o seguinte quanto ao rol de competências relativas ao Poder Judiciário:

O Poder Judiciário deve ser estendido a todos os casos, de direito e de equidade (grifo nosso), que surgirem diante esta Constituição, das Leis dos Estados Unidos da América, e dos tratados celebrados ou que se celebrarem ainda sob a autoridade Judiciária¹⁵. (grifo nosso)

Para a redação dada acima, há também uma nota explicativa, onde o uso do verbete *casos* confere a devida ênfase à natureza do poder judicial. É importante notar ainda a menção ao uso da palavra *equidade*, pela qual a Constituição confere poder aos magistrados locais a atribuição de resolver os litígios por meio deste instituto.

É cediço acrescentar ainda que Nona Emenda à Constituição Norte-Americana acrescenta que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada de modo a negar ou desamparar outros preservados pelo povo¹⁶.

A motivação para a edição da respectiva emenda à Constituição norte-americana consiste em dizer que a falha da Constituição ao mencionar direitos específicos não significa que o governo deva restringi-los, mas com o escopo de protegê-los de alguma maneira quando um direito decorre implicitamente dos enumerados na Lei Magna. Assim, a decisão da aplicar uma norma num determinado sentido emana de uma responsabilidade social, de modo a inserir o direito no contexto ao qual está vinculado o magistrado de modo a resolver um litígio.

13 Redação disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

14 De acordo com o juiz Marshall, responsável pelo julgamento do caso *Marbury v. Madison*, quando há o conflito entre duas leis, cabe ao Judiciário dizer especificamente o que é o direito e, de acordo com o juiz citado, é um dever de todo o juiz não aplicar atos legislativos que contrastam com a Constituição, haja vista que esta é uma lei fundamental, não podendo ser alterada por procedimentos ordinários (HALL; PATRICK, 2006, p. 14 e p. 19).

15 Redação disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

16 Redação disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

6 A Responsabilidade Social dos Juízes.

O cenário nos dias atuais da figura do juiz mostra que tal personagem carrega consigo uma questão implícita e inerente à sua função de interpretar o direito legislado. A referida discricionariedade interpretativa pelos juízes se mostra plausível, pois interpretar requer a compreensão de um ato legislativo para aplicá-lo no contexto que lhe é apresentado (CAPPELLETTI, 1999, pp. 20 a 22).

Quando se fala em discricionariedade judiciária, isso não quer dizer que os magistrados deixem de aplicar as regras vigentes no ordenamento jurídico vigente. Em certos casos, quando não há uma norma legal que embase uma decisão do juiz, este pauta-se pela equidade, onde o campo de decisão judiciária acaba sendo mais largo do que à vinculação a leis e jurisprudência.

Em certo modo, há uma revolta por parte dos juízes em razão do formalismo apregoado tanto no direito positivo (leis) quanto no *case law* (precedentes), tendo em vista que a atividade do juiz acaba por ser mais complexa que a do legislador. A discricionariedade judiciária não fica adstrita apenas à interpretação das leis, mas também permite balancear valores e ter consciência das implicações práticas que uma decisão judicial pode acarretar em determinada sociedade. Além do mais, a responsabilidade moral e principalmente jurídica do juiz, ao tomar uma decisão sem responsabilidade pode acarretar na desmoralização da instituição do Poder Judiciário.

Quando o juiz, em sua atividade cotidiana, assume posição com características de criação de norma para o caso sob sua análise, cria direito novo frente ao caso concreto. Assim, sua atividade deixa de ser apenas interpretativa, envolvendo, além do esclarecimento, integração e transformação do direito, verdadeira inovação no mundo jurídico.

Cappelletti (1999, p. 74-75) traz à tona os ensinamentos de *Lord Diplock* quanto à função atípica assumida pelos juízes:

O que realmente faz um juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (...), mas sim (...) a) a conexão da sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as *partes* de tais casos concretos, e b) a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos “poderes políticos”.

Em contrapartida, a legitimação da figura do juiz como criador de norma vem enfrentando objeções, dadas as circunstâncias históricas mencionadas anteriormente. Também é apontado criticamente o fato de o Judiciário ser tido como uma “elite intelectual” capaz de desviar os rumos do habitual processo legislativo e a atipicidade da respectiva função legislativa por parte dos magistrados. Tal raciocínio foi proposto por

Lord Devlin quanto à atuação criativa do juiz (CAPPELLETTI, 1999, p. 93), onde a tentativa de elevar o Judiciário perante o Legislativo é antidemocrática. A justificativa reside no fato do segundo ser eleito democraticamente, ao passo que o primeiro não, o que seria uma objeção fundamental para a preservação do caráter democrático de um país.

6.1 A responsabilidade social dos magistrados à luz da equidade.

O magistrado tem a inerente responsabilidade de valer-se de suas prerrogativas tanto legais quanto morais com o desiderato de a sua atividade rotineira ter eficácia na sociedade contemporânea, haja vista que a gama de casos tem se particularizado cada vez mais.

Exige-se, assim, dos juízes, nos dias de hoje, um maior exercício hermenêutico para ampliar o alcance das normas jurídicas e de institutos presentes no ordenamento jurídico, dadas as vicissitudes sociais, sem que haja uma ruptura à sistemática jurídica proveniente do direito romano (v. 3.1), sistema jurídico ao qual o direito brasileiro embasa o seu ordenamento jurídico.

Zahnd (1996, p. 290), primeiramente, registra que o legislativo tem a função de ponderar acerca de situações que podem ocorrer futuramente. Logo, a responsabilidade inicial do juiz consiste em discernir os casos em suas respectivas particularidades, com o propósito de aplicar uma regra universal ao caso em concreto.

Gardner (1960, p. 200 e 204), por sua vez, ressalta que Juiz Black relutava em aceitar o papel de responsabilidade social por parte dos magistrados para que estes aplicassem juízos interpretativos numa situação inédita, sem disposição estatutária. Contudo, o referido magistrado dizia que tal exceção deveria ser feita quando da ineficácia do direito positivo ou da não contemplação de uma situação em concreto.

Logo, as situações em comento seriam submetidas à criatividade judicial, de modo que os juízes deveriam se valer de todos os meios razoáveis para assegurar o progresso do direito em grandes períodos de mudanças e agitações. Para tanto, os juízes deveriam se valer do empirismo judicial, da razoabilidade judicial, e da história, por exemplo. Dentro dos limites de inovação, os magistrados teriam de manter uma estreita relação entre o direito e a moral, bem como acerca dos preceitos da jurisprudência e da boa consciência.

Conforme o analisado, a equidade como juízo interpretativo, observando-se critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pode ter relevância no direito brasileiro como um instrumento de grande valia para que os magistrados possam suprir lacunas legislativas. Além do mais, dada a responsabilidade intrínseca do juiz quando do julgamento de litígios, a equidade tem papel precípua para que o magistrado utilize a equidade razoavelmente para integrar o direito, quando de sua omissão ou falta de clareza.

6.2 A adaptabilidade da equidade à sistemática do direito brasileiro

Diante dos argumentos mencionados anteriormente (v. n. 6) é importante trazer à tona duas questões que sintetizem a problemática em deslinde. A primeira delas reside na quantidade e na gravidade dos problemas que o Executivo enfrenta nos dias atuais, assim como o volume de trabalho que chega ao Legislativo, que cresce constantemente à medida que a sociedade evolui (CAPPELLETTI, 1999, p. 113). Para tanto, o papel criativo dos juízes, diante do dinamismo atual da sociedade, pode se tornar uma solução para resolver as mais penosas demandas que aguardam por vários anos uma resolução *lato sensu*.

Logo, conforme o percorrido no presente artigo, a equidade pode vir a ser um instrumento válido e eficaz para suplantar diversas antinomias jurídicas. Importa também a acomodação da equidade à sistemática jurídica brasileira, pois não se trata de aplicar integralmente a equidade como na sistemática *Common Law*. Trata-se de auferir a possibilidade de se buscar elementos do instituto em comento que passem a dar base ao magistrado de modo a emitir juízos equitativos, sem que haja uma ruptura total com o sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

7 Conclusão

A Equidade, na sua concepção histórica, teve papel fundamental para a solução adequada de processos quando da sua criação no Reino Unido. Com a evolução do presente instituto, é possível dizer que o mesmo se presta efetivamente para a consecução de litígios no *Common Law*. Consequentemente, os juízes têm maior flexibilidade na resolução dos casos concretos quando da falta de disposição legislativa, especialmente no sistema em comento.

Desde logo, importa dizer que se o instituto da Equidade não acaba por compatibilizar-se com a sistemática originada no *Common Law*, o direito romano, pela análise da *aequitas*, permite a sua utilização com um propósito valorativo para encontrar soluções para situações ímpares, de modo a suprir uma falta do legislador. É o caso de Brasil e Itália, onde os juízes, primordialmente, acabam por adstringir-se aos limites formais e materiais impostos pela lei ao tangenciarem o caso em concreto que devem sentenciar. Excepcionalmente, a equidade é utilizada como método para estabelecer juízos de valores onde uma solução não se encontra presente no ordenamento jurídico. Logo, os magistrados utilizam-na pautados em critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Ocorre que à medida que a sociedade evolui, novas situações fáticas e concretas que impactam consideravelmente no ordenamento social surgem necessitando constantemente de inovações no ordenamento jurídico. É neste sentido que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vem a reconhecer a impossibilidade de se julgar

com justiça ao se aplicar a lei em seu sentido literal. A mudança do sentido das palavras faz com que os juízes tenham a necessidade imprescindível de atualizá-las, dadas às circunstâncias sociais, os costumes e a escala de valores do próprio povo.

Portanto, necessário se torna aos magistrados entender as vicissitudes sociais de modo que a sua função típica seja exercida da maneira mais proveitosa para o ordenamento jurídico. É com este propósito que a equidade entra em voga para que os juízes se valham dela por motivos de responsabilidade para com a sociedade e, conseqüentemente, com o ordenamento jurídico, dando assim o sentido e alcance mais propícios à época que os magistrados exerçam suas atividades habituais.

8 Referências

ARAUJO, Fernando. Os sentidos de *aequitas* em Marco Túlio Cícero. In. CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, I, 2002, p 13396. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13365_13492.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BAPTISTA, Fernando Pavan. O juiz-legislador. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 1, p. 27-52, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1991.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657 de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

CANADÁ. **Duhaime's Law Dictionary**. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/Equity.aspx>>. Acesso em 21 jun. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juiz-legisladores**. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1999.

CARMIGNANI, Maria Cristina. A *aequitas* e a aplicação do direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 115-129, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67851/70459>>. Acesso em 25 nov. 2016.

CÔRREA-LIMA Osmar Brina. *Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade)*. Disponível em: <<http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1147/1080>>. Acesso em 26: nov. 2016.

DELFINO, Lúcio. **A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “Relatório Paulo Teixeira”**. Associação Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/decisao-por-equidade-no-Estado-Democratico-de-Direito.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2ª Tiragem, 1ª ed. tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **o poder dos juízes**. 3ª ed., de acordo com a Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States of 1787**. <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.

GARDNER, James A. The Supreme Court and Philosophy of Law. **Villanova Law Review**, Pennsylvania, v. 5, n. 2, p. 181-205, 1960. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1479&context=vlr>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

GIBBINS, Mary; MARTIN, Jacqueline. **The Complete A-Z Law Handbook**. London: Hodder Arnold H&S, 1999.

GIGLIO, Wagner D. A equidade e o Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 263-281, jan. 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66828/69438>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

HALL, Kermit; PATRICK, John J. **The pursuit of justice**. Michigan: Oxford University Press, 2006.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana de 1947**. <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 23: jun. 2016.

KELLY, David; SLAPPER, Gary. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marçílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa.** Trabalho desenvolvido no curso de Mestrado em Direito das Relações sociais (subárea Direito do trabalho) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18243/O_Magistrado_em_Face_da_Eq%C3%BCidade.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016.

REINO UNIDO. **United Kingdom Parliament Website. Judicature Acts Overview.** <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SOUZA, Carlos, Aurélio Mota de. **Equidade e jurisprudência: fundamentos filosóficos e jurídicos, interpretação e aplicação das normas jurídicas, humanização da justiça, novos paradigmas judiciais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

WILSON, Arthur. **The Supreme Court of Judicature Acts of 1873 and 1875 – schedule of rules and forms and other rules and orders with notes.** London: Stevens and Sons, 1875.

ZAHND, Eric G. The application of universal laws to particular cases: a defense of equity in aristotelianism and angloamerican law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 59, n. 1, p. 263-296, 1996. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4318&context=lcp>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO CRIMINAL, A SEGURANÇA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DA LEI EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

JUDITION INTERPRETATION IN THE CRIMINAL FIELD, LEGAL SECURITY AND THE HUMAN RIGHTS LAW APPLICATION

Ronaldo João Roth
Fernando Pavan Baptista

Sumário: 1 Interpretação: aspectos gerais – 1.1 Limites à interpretação – 1.2 Aplicação dos princípios – 2 A visão e o Direito – 2.1 Interpretação como ato de conhecimento ou ato de vontade – 2.2 A interpretação é ato neutro ou ideológico – 2.3 Por qual método deve ocorrer a interpretação: lógica formal, teleológica ou a lógica do razoável? – 3 O trabalho interpretativo do Juiz – 3.2 O poder criativo do Juiz – 3.2 O discricionarismo judicial – 3.3 A Interpretação Judicial Criminal – 4 A segurança jurídica – 5 A aplicação da lei em face dos direitos humanos – 6 Conclusão. – 7 Referências

Resumo: Cuida o presente artigo da análise da decisão judicial e a aplicação da lei tendo como balizas a segurança jurídica e os direitos humanos. A abordagem da matéria permitirá reconhecer a imprescindível tarefa da interpretação do texto jurídico como condição adequada de sua aplicação, a linguagem jurídica, a escolha da melhor interpretação, a criação da norma jurídica pelo Magistrado quando decide, os limites dessa interpretação, tornando efetiva a aplicação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Decisão judicial. Interpretação. Segurança Jurídica. Direitos Humanos.

Abstract: In this article the analysis of the Court decision and the application of the law as base to juridical safety and human rights. The matter approach will allow to recognize the essential task of interpretation of legal text as a condition of its application, legal language, choosing the best interpretation, the creation of the rule of law by the Magistrate decides the boundaries of that interpretation, making effective application of human rights.

Keywords: Court ruling. Interpretation. Legal Certainty. Human Rights.

1 Interpretação: aspectos gerais

A atividade cognitiva do operador do Direito impõe-lhe não só o conhecimento, mas o domínio e a aplicação do texto jurídico para a realização da aplicação do direito.

Toda a atividade jurídica tem como base um texto normativo, o qual declara um direito, prescreve uma determinada conduta ou prescreve uma sanção, de forma que o texto normativo (a lei) deve sempre ser objeto de interpretação para sua aplicação.

Ocorre que para existir interpretação, há necessidade de existir, primeiro, a compreensão, e esta imporá a explicitação. Na lição de Lenio Luiz Streck¹, “sem compreensão, não há interpretação; sem compreensão, não há explicitação”.

Assim, nota-se que a *interpretação* e a *aplicação* do direito caminham juntas – lado a lado –, implicando que a interpretação jurídica não se faz sem motivo, de modo que a exegese jurídica vem marcada por esse direcionamento para a aplicação.

Na presente abordagem, sem prejuízo dos métodos de interpretação tradicionais existentes, tais quais: gramatical, histórico, sistemático, teleológico-axiológico e sociológico, aqui nos ateremos à atuação do Juiz criminal na decisão à luz dos direitos humanos e a segurança jurídica.

A interpretação é realizada, portanto, para a melhor aplicação da lei, de forma que, partindo do texto normativo, diante da realidade fática, realizamos a interpretação para se atingir a norma de decisão, que é aquela que dá solução ao caso concreto. A esse procedimento se dá o nome de concretização do direito.

A prática aplicativa jurídica é aquela que visa alcançar a juridicidade.

Como leciona Eduardo C. B. Bittar²,

A aplicação do direito ocorre após a interpretação jurídica, de forma que o conjunto de textos jurídicos (ordenamento) que compõe a **juridicidade** implica na multiplicidade de atos de compreensão, busca, compatibilização, valoração de conceitos jurídicos, em fricção com a realidade concreta. A aplicação jurídica, operação de transmutação, conjugação e subsunção entre duas esferas – a da **faticidade** e da **juridicidade** –, cuja tensão é ineliminável, pressupõe sempre interpretação. (grifos nossos)

Portanto, a aplicação do direito não ocorre sem juízos interpretativos de fatos e de normas.

Assim, as questões fático-jurídicas demandam sempre a interpretação que é uma atividade cognitiva, onde o intérprete é o coparticipante do processo de criação do Direito.

1 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 485.

2 BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 137-138.

Caminha a interpretação no sentido da juridicidade do texto e, como leciona Eduardo C. B. Bittar³, de um lado, o texto apresenta um “buraco negro” e, de outro lado, depende da decisão jurídica para ter sentido.

Há uma nuance de flutuações na linguagem do texto jurídico que concorrem para a calibração do discurso jurídico, pois o intérprete se depara no texto normativo (a lei) com expressões abertas, indeterminadas, vagas que lhe impõem a necessária interpretação aos casos concretos, para a sua adequada aplicação.

Nessa linha, como ensina Bittar⁴, a interpretação é um exercício de racionalidade, pressupondo fundamentação, argumentação e coerência, daí se falar em *razoabilidade* interpretativa.

Logo, a atividade decisória com base num texto normativo é a criadora de *juridicidade*⁵.

1.1 Limites da interpretação.

Os signos do texto jurídico muitas vezes são ambíguos e vagos e, assim, a interpretação jurídica deve ocorrer dentro de uma liberdade controlada que é delimitada por princípios do ordenamento jurídico, pela hierarquia normativa existente, pela hermenêutica, pela contextualização em que se resolve ou aplica o direito, há limites, portanto, na normatividade do texto, na imperatividade dos comandos e na decidibilidade.

Conforme ensina Eduardo C. B. Bittar⁶, o sistema jurídico está voltado para a práxis; a decidibilidade é-lhe um axioma.

Volta-se, assim, a teoria-hermenêutica, na limitação da interpretação, para o pressuposto que lhe é finalístico, o do funcionamento dos textos jurídicos.

As hipóteses de ambiguidade, equivocidade, imprecisão terminológica, carência de definição de vocábulo técnico introduzido pela lei, entre outras, são resolvidas a partir de construção normativa imposta pelo legislador, de forma que isso restringe a abertura indefinida do sistema jurídico⁷.

1.2 Aplicação dos princípios.

Na interpretação houve uma mudança de paradigma no século XX que é o *paradigma dos princípios*. A nossa Constituição Federal de 1988 é essencialmente principiológica. O Direito, pelas lições de Dworkin, deixou de ser um “sistema de normas”, ou seja, de *regras*,

3 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 156.

4 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 159.

5 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 161.

6 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 171.

7 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 172.

e passou a ser concebido como um “sistema de princípios”, como leciona Eros Roberto Grau. Valendo-se da lição do mesmo autor, *princípios são regras* e já estão positivados⁸.

Para Kelsen, a norma individual que trata uma decisão judicial de um caso concreto pode ser influenciada por princípios morais, políticos ou dos costumes, todavia, seu fundamento de validade encontra-se no direito positivo e não nos princípios em si.

Como leciona Eros Roberto Grau⁹, regra é o gênero do qual princípio é espécie e, acrescenta, que

operada distinção entre *texto normativo* e *norma jurídica* e verificado que se normas jurídicas são produzidas, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e da realidade, teremos que os textos são *regras* das quais os princípios configuram *espécie*. O intérprete, tomando-as em conjunto com a realidade, transforma-as em *normas*.

A importância dos princípios, na lição de Eros Roberto Grau¹⁰, citando Larenz, é que aqueles

cumprem uma *função positiva* – que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo de regulação que tais decisões instalam – e uma *função negativa* – que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousem sobre esses valores.

A respeito da proporcionalidade e razoabilidade, Eros Roberto Grau¹¹, ensina que

são, destarte, postulados normativos de interpretação/aplicação do direito e não princípios. Deveriam prestar-se unicamente a informar a formulação da *norma de decisão*, no momento da aplicação do direito – o que afirmo, sem negar, contudo, que interpretação e aplicação do direito não se realizam autonomamente, como observei no item 16 – embora os juízes delas abusem para justificar a transgressão do sistema.

2 A visão do Direito.

A visão do direito é multifária e depende da corrente de pensamento que se apegue o estudioso para conceituá-la. Assim, para Kelsen, o direito é norma; para Cossio, o Direito é conduta; e para Alf Ross (realismo escandinavo), o direito é fato; para Dworkin, (visão sociológica), direito é o fato e deve ser visto sob a integralidade; Para Kant (racionalismo), direito é liberdade; Para Miguel Reale (visão tridimensionalista), direito é fato, valor e norma.

8 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 97/98.

9 GRAU, Eros Roberto, Op. cit. p. 112/113.

10 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 158.

11 GRAU, Eros Roberto. op. cit. p. 191-192.

Para Hans Kelsen¹², em sua obra “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica, criação do legislador ou do juiz, admite uma variada interpretação de seus enunciados, pois estes são calcados em linguagem comum, de forma que a variedade de interpretações sobre uma norma é compreensível. Na visão kelseniana, as interpretações fazem parte de uma moldura e não há interpretação que seja a mais correta. O ordenamento jurídico, como numa pirâmide, encontra fundamento na Lei Maior e esta por sua vez encontra o seu fundamento na norma fundamental. O direito deve ser visto separadamente da moral.

Nessa linha, na visão de Kelsen, o sentido de um texto normativo não é auto evidente, mas, deve o exegeta, no caso o juiz, criar o Direito, no exercício da aplicação do mesmo em detrimento do próprio texto legal e, em consequência, do próprio legislativo.

Assim, para Kelsen, a interpretação da norma é um procedimento volitivo, de forma que o resultado interpretativo deve vir determinado pelo próprio ordenamento jurídico e a moral levada em consideração na decisão judicial só pode ser aquela positivada.

Nota-se que a visão objetiva científica da Escola de Viena, como leciona Fernando Pavan Batista¹³, não apregoava a idolatria ao legalismo jurídico e Kelsen, na Teoria Pura do Direito, jamais admitiu que a norma formalmente válida tivesse de ser obedecida, pois o viés legalista não se mostra compatível com a exigência de neutralidade dos cânones científicos, uma vez que confunde a validade com justiça, o que conduziria a uma visão ideológica do direito nos moldes do jusnaturalismo. Esse objetivo é o que Bobbio denomina positivismo ético, ou seja, sustentando o dever absoluto e incondicional de obediência à lei.

Para Ronald M. Dworkin¹⁴, sob a visão sociológica, direito é o fato e deve ser visto sob a integralidade. Defende, portanto, o autor a jurisprudência dos valores que caracteriza uma forma de se entenderem os conceitos de incidência e interpretação da norma jurídica, bem como sua divisão em regras e princípios, além de conceitos como igualdade, liberdade e justiça. Assim, o direito é interpretativo, de maneira que os juízes devem decidir o que é o direito, interpretando-o. Assim, teorias gerais do direito são, na realidade, interpretações gerais de nossa própria prática judicial. Em consequência, a discussão entre os intérpretes sobre o sentido da norma é ampla causada não pela textura aberta das normas jurídicas, mas porque o sentido mais coerente da norma deve observar os princípios e a prática jurídica.

Já as teorias realistas do direito interpretam a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas.

Para Alf Ross¹⁵, o direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força. Deste modo, é sempre uma ordem para a criação de uma

12 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.

13 BAPTISTA, Fernando Pavan. **O Tractatus e a Teoria Pura do Direito**, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 108-110.

14 DWORKIN, Ronald. M., **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 488.

15 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2003, p. 100.

comunidade que busca a manutenção da paz. Todo ordenamento jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, é produtor da paz, ainda que não passe da paz da prisão. Portanto, só é possível formular uma interpretação da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental.

A interpretação é a forma de enxergar a norma sob sua melhor luz, o Direito é orientado por um ideal político de integridade.

Para Luis Ricasen Siches, o direito, como toda obra humana, é circunstancial e deve ser afastada a lógica racional e apelar-se para outro tipo de lógica peculiar à consciência do produtor, diante de critérios oferecidos pela moral, justiça etc., com o fim de se atingir o razoável. Defende, pois, a lógica do razoável.

Para Miguel Reale, direito é fato, valor e norma, ou seja, defende a tridimensionalidade do direito, que busca *valores* ligados ao bem comum (bilateralidade axiológica), por meio da criação de *normas* éticas heterônomas que limitam os *atos* de modo coercível e atributivo.

Como visto, não há um único conceito de direito, mas vários, contendo eles pontos em comum onde cada pensador expõe a sua visão sustentando a teoria correspondente.

De toda forma, não podemos aqui deixar de reconhecer que o Direito regula a conduta e o comportamento das pessoas, distingue o permitido, o autorizado e o proibido, diferencia o lícito do ilícito, define institutos jurídicos, prescreve sanções.

No aspecto penal, o Direito disciplina toda uma gama de valores voltados à conduta das pessoas, prevendo tipos penais ou o fato típico abstrato (o *tatbestand* do Direito alemão ou a *fattispecie* do Direito italiano), ou seja, fato-tipo ou suporte fático previsto pela norma; é o fato abstrato, de forma que uma vez ocorrido no mundo dos fatos, ocorrerá a subsunção daquele ao tipo penal, fazendo incidir a norma correspondente.

O tipo penal ou o tipo penal delitivo, ou, ainda, o fato típico abstrato é uma espécie normativa que delimita a conduta denunciada, examinada e julgada criminalmente.

Há, assim, estrita legalidade na definição do crime, bem como para a subsunção da conduta fática praticada pelo réu, de forma que ninguém pode ser condenado por tipo penal que não praticou.

Isso nos faz lembrar a figura mitológica grega do Procusto, o qual impunha terror às suas vítimas, as quais submetidas ao seu leito, eram castigadas, com as pernas ou a cabeça esticadas, ou cerradas, para se ajustarem às medidas do tamanho de sua cama, tendo ao final sido capturado por Teseu, o qual fez com que Procusto pagasse com a vida, em sua própria cama, tendo as pernas e cabeça cerradas¹⁶.

O tipo penal pode ser comparado com o leito de Procusto, de forma que o réu não pode, figurativamente, ser condenado se o tamanho de sua conduta não for subsumido no leito da definição legal do crime, não se podendo esticar a conduta ou reduzi-la para se albergar a mesma num tipo penal aproximado. E é essa a regra do artigo 437, alínea

16 **Procusto:** texto capturado na internet em 11.10.15 em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Procusto>.

“a”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), o qual não permite que haja alteração da definição jurídica do fato pelo julgador no julgamento.

Percebemos, assim, que a interpretação é o procedimento que move a aplicação do Direito e esta, na matéria criminal, toma maior relevo, pois diz respeito aos direitos humanos da liberdade.

De se concluir que a interpretação será num ou noutro sentido, se o interprete for positivista (exegético, normativista, ético etc.) ou jusnaturalista, ou seja, a interpretação, na primeira corrente, não se valerá de aspectos morais, a não ser se estes estiverem positivados, ao passo que, na segunda corrente, sim.

2.1 A interpretação como ato de conhecimento ou ato de vontade

Para os racionalistas, as leis produzidas pelo homem são perfeitas e harmônicas, criando o ordenamento jurídico, de tal sorte que a atuação do juiz na aplicação do Direito consiste num ato de conhecimento para solucionar o caso concreto. Nessa linha, o Juiz é um ser neutro, imparcial e um servo da lei, nada acrescentando ao fenômeno jurídico senão a intermediação entre o abstrato da lei e o concreto da sentença, a que deve chegar por meio da lógica formal.

Por outro lado, para os antirracionais, a interpretação é ato de vontade, influenciado por diversos fatores de ordem psíquica, social, política etc. Assim, o ato de criação da norma, seja pelo legislador, seja pelo aplicador (juiz) é um ato de vontade devendo ser sopesada a interpretação justa em detrimento da interpretação injusta.

Para Kelsen, a atuação do jurista corresponde ao ato de conhecimento da ordem jurídica, no sentido de estabelecer o âmbito de execução da norma aplicável, todavia, ao juiz a escolha da interpretação cabível ao caso concreto é um ato de conhecimento e de vontade.

Note-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o Juiz deve adotar uma decisão razoável e juridicamente motivada e isso o leva a optar dentre a melhor escolha diante das alternativas que o julgamento lhe propicia. Logo, com base na lei e sua compreensão, faz a essencial interpretação, decidindo, de tudo justificando a fim de tornar aceitável a norma jurídica individual criada. Portanto, como leciona Alf Ross, o Juiz ao decidir realiza um ato de vontade e sua tarefa é um problema prático¹⁷.

Na visão de Carlos Cossio (*La Teoría Ecológica del Derecho*), por outro prisma, na interpretação, é a conduta o objeto do estudo da ciência jurídica, superando a concepção racionalista. Nessa linha, ao jurista não interessa tanto a lei, senão aquilo a que ela se refere, quer dizer, a conduta dos homens.

O Direito, como objeto, é conduta em interferência intersubjetiva; é um ser cultural (cultura é tudo o que o homem faz com fins valorados), real, está no mundo da

17 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000, p. 166.

experiência, tem valor positivo ou negativo, podendo ser conhecido através de um ato capaz de apreender a realidade que está no mundo da experiência e seu valor.

Para Cossio, a interpretação é esse ato de compreensão da conduta através de certos esquemas conceituais fornecidos por *standards* chamados leis, atingível mediante um método empírico-dialético.

Já, por parte dos realistas, a ciência jurídica deve ocupar-se de fatos, não entes metafísicos, tais como dever jurídico, direito subjetivo etc. Toda a palavra que não tenha provisão de fundos no mercado dos fatos à vista está falida (Cohen).

Note-se que a interpretação está relacionada à corrente que o jurista adota, dentre elas, como vimos, a atividade do jurista pode ser: a) conhecimento da norma (Kelsen); b) compreensão da conduta (Cossio); c) criação da norma para o caso (Cohen), e outras variantes.

2.2 A interpretação é ato neutro ou ideológico.

Na escolha da interpretação ao caso concreto que o Juiz realiza, muito embora ele tenha de ser imparcial, que é um pressuposto da jurisdição (juiz natural) e uma exigência ética, é um ato neutro ou ideológico?

De um lado, os positivistas (racionalistas) entendem que a interpretação é um ato de conhecimento e a atividade do juiz é neutra e imparcial. O que interessa ao intérprete é o texto, não a testa. É o modelo napoleônico. Para essa corrente de pensamento, o que vale é a vontade da lei, sem modificação por parte do intérprete. O juiz é a boca da lei!

Opondo-se àquela corrente, há a escolha de valores, a sua fixação numa escala hierarquizada, a aceitação dos princípios dela decorrentes e sua efetiva concretização, por meio da aplicação, são atitudes que caracterizam uma posição ideologicamente comprometida do Juiz. Aqui, há a aplicação do Direito calcada em valores maiores e princípios previstos na Constituição Federal.

Dentre os dois sistemas, cremos que prevalece em nosso ordenamento jurídico a segunda posição (o juiz ideológico), vez que, comprometido com o sistema de justiça e dos direitos humanos, suas decisões irão se nortear por tais valores.

2.3 Por qual método deve ocorrer a interpretação: lógica formal, teleológica ou a lógica do razoável?

Inicialmente, é de se dizer que o resultado da interpretação sempre é apresentado pelos ditames da lógica formal, porém a interpretação pode se realizar por qualquer dos três caminhos sugeridos (lógica formal, teleológica ou lógica do razoável).

Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁸, citando Kalinowski, afirma que toda a interpretação jurídica, porque raciocínio, é lógica, pois todo o raciocínio necessita da lógica. Assim,

18 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

o conhecimento válido advém do texto legal, por meio da lógica formal, que é a utilizada por positivistas, dogmáticos e os adeptos da jurisprudência dos conceitos.

A lógica jurídica, assim, é uma lógica do dever ser, não do ser, que leva ao conhecimento válido dos conceitos contidos dentro da norma e da compatibilidade deles com o ordenamento jurídico global.

Por outro lado, a interpretação teleológica supera a lógica formal, pois dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol).

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “a conclusão interpretativa deve estar afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui, ainda, a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão, fazendo reflexão sobre as consequências.”

Outra linha de interpretação é a defendida por Luis Recaséns Siches, o qual sustenta que “o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável”. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz *aportes de circunstâncias* extralegais, pondera as consequências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição.

3 O trabalho interpretativo do juiz.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁹, “o Juiz não é servo da lei, nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável de que essa ordem aspira à justiça.”

Para o referido autor, citando Bodenheimer,

o primeiro compromisso do julgador é com a justiça, de forma que ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Nesse procedimento, o intérprete não fica relegado ao imobilismo e à passividade: o Juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia à lei, mas, assim procedendo, às vezes ele amolda e modifica a mesma consciência que é chamado a interpretar. Há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial.

Na visão de Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

A sujeição ao ordenamento jurídico como um sistema aberto não é a mera servidão à lei formal. O Direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do direito natural, o sentimento de jus-

19 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. op. cit.

tiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o Juiz habita. No seu trabalho de aplicação do sistema, o Juiz cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção), pela sua razão e pela sua vontade. É um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos do caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

Para aproximar-se dos dados com que trabalha, o Juiz emprega método empírico-dialético, que consiste em ir ao fato, conhecer o seu sentido e visualizar o fim do comportamento estudado, apreender em função disso o seu valor (positivo ou negativo), e confrontá-lo com a norma individualizada, com o ordenamento jurídico global e com as consequências possíveis.

3.1 O poder criativo do juiz.

A subjetividade em ação. O juiz ao aplicar a lei ao caso concreto sentencia. Sentença vem do latim *sententia*, cuja raiz é *sentire*, sentir. Assim, para sentenciar o juiz necessita do conhecimento da lei a ser aplicada, mas também implica num ato de vontade ao fazer a escolha devida ao caso julgado.

Assim ocorre no ativismo judicial, cuja origem são os Estados Unidos, e que como lá, no Brasil, foi adotada como a atuação do Judiciário nos espaços de atuação dos dois outros Poderes

na concretização dos valores e fins constitucionais”, em situações que “sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”²⁰. Garante, assim, o Judiciário “uma positiva criação jurisprudencial do direito, diante de fazer prevalecer a primazia dos direitos fundamentais, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”²¹.

Como leciona Anderson Vichinkeski Teixeira²²,

nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma *patologia constitucional*. (...) Patologia cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado.

20 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 5ª ed., Saraiva, 2016, p. 440-441.

21 MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19.04.2012**. Disponível em: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, p. 11-12.

22 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012.

Duas, portanto, são as atividades do juiz quando da sentença, pois ele serve-se do intelecto na operação das normas incidentes no caso concreto, mas julga também com a vontade na escolha de sua decisão. Daí Oskar von Bülow dizer que qualquer decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma preexistente, mas também uma atividade criativa do direito.

Constitui-se, portanto, a sentença judicial não somente a função declarativa, mas também constitutiva do direito, onde há a subjetividade do julgador, o qual sempre se faz presente na decisão de aplicação do direito. Nas lições de Kelsen, a norma superior não pode jamais determinar completamente a configuração da norma inferior, permanecendo, sempre, uma margem de discricionariedade para o órgão encarregado de criar a norma inferior.

Ao julgador espera-se que na sua atividade jurisdicional resolva os conflitos de interesse entre as pessoas em geral, e no aspecto criminal, equacione a causa, julgando-a, tendo do lado o *jus puniendi* e, do outro lado, o *jus libertatis*.

3.2 O discricionarismo judicial

A questão aqui é se aferir a liberdade do juiz na interpretação e aplicação do Direito. Fernando Pavan Baptista²³ leciona que

aproximadamente há dois séculos, Francis Bacon já sustentava que os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare* (interpretar a lei e não fazer a lei), justificando assim os limites institucionais do Poder Judiciário e o princípio da não interferência na função legislativa.

Depois, o mesmo autor, cita que após a Revolução Francesa, a nova tendência para interpretação e aplicação do Direito, priorizando a segurança jurídica e o resguardo dos direitos individuais, levou o Judiciário a apegar-se à letra da lei e a não participar de forma alguma da criação das normas jurídicas, atividade esta exclusiva do Legislativo. Para o autor, o juiz-legislador está semanticamente amarrado aos núcleos significativos impostos pelo poder dominante; por isso, o Direito não tolera transformações radicais e tende a eliminar as interpretações divergentes e a fixar os *topoi* no inconsciente coletivo. Assim, o juiz-legislador, como fabricante de normas jurídicas individuais, tem seu ato de vontade limitado àquilo que se indica como justiça, prudência ou bom-senso, mas que, na verdade, é imposição ideológica, cujos valores intrínsecos se disseminam na sociedade por meio de diversos procedimentos comunicativos.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal ao examinar o recebimento da acusação pelo Presidente da Câmara dos Deputados, decidiu reconhecer a invalidade do Re-

23 BAPTISTA, Fernando Pavan. O Juiz-Legislator. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 1, p. 27-52, set. 2002.

gimento Interno daquela Casa parlamentar e anular a formação de Comissão Especial, por voto secreto, para decidir sobre a instauração do processo de *impeachment* da Presidente da República (STF – Medida Cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental/DF – Relator originário Min. Edson Fachin e Relator para o Acórdão Min. Roberto Barroso, J. 17.12.15). Esse julgado faz eco à lição de Fernando Pavan Baptista, da invasão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, onde o juiz-legislador na interpretação e aplicação do direito torna relativo a independência dos poderes do Estado.

Valendo-se das lições de Hans Kelsen, nota-se que o problema semântico da interpretação acabou sendo ampliado, reforçando a discricionariedade do intérprete na metáfora da moldura da norma. Isso na democracia levou em concreto a se reconhecer ao juiz um grau de liberdade para, com base na lei vigente, invadir a esfera de atuação do Poder Legislativo. Esse fenômeno caracterizado pela discricionariedade dos juízes implica que, muitas vezes, a decisão judicial se faz por escolhas políticas, calcada em subjetivismo e na filosofia da consciência.

Ao tratar da busca da razão possível, Luís Roberto Barroso²⁴, e “dos dois conceitos do conhecimento do imaginário científico: a neutralidade e a objetividade”, sustenta que

A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”, e conclui, citando Kelsen, que “a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade.

No contraponto, Eros Roberto Grau²⁵, leciona que há distinção entre interpretação e discricionariedade, pois no primeiro, há formulação de *juízos de legalidade*, ao passo que, no segundo, há formulação de *juízos de oportunidade*. Assim, como leciona,

Juízo de legalidade é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo *texto*. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.

Nesses termos, referido autor nega a chamada discricionariedade judicial, pois não lhe cabe *juízos de oportunidade*, porém, exclusivamente, de juízos de legalidade e afirma que “ainda que não seja o juiz meramente a *boca que pronuncia as palavras da lei*, sua função – poder-dever – está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). “Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*.”

24 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311-312.

25 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89-90.

3.3 A interpretação judicial criminal.

Diante da complexidade da atividade cognitiva de interpretação e aplicação do direito encetaremos agora nosso foco para a atividade criminal do Magistrado para poder contextualizar os aspectos anteriormente abordados em face dos direitos humanos.

O juiz criminal exerce, por força constitucional e legal, um dos misteres de reconhecida importância que é a aplicação do direito sob a ótica criminal, num ambiente onde o *jus puniendi* se confronta com o *jus libertatis*, ambos exclusivamente de incumbência do Estado zelar.

Assim, de forma resumida, a prática de um crime enseja a persecução penal contra o infrator, por meio da Polícia e do Ministério Público, fase esta que é inquisitorial, dando ensejo ao processo-crime, o qual assegurará, por meio do Juiz, todas as garantias constitucionais processuais ao infrator, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, para só assim, ao final do processo e na fase do julgamento aplicar a lei ao caso concreto.

No bojo do processo e durante a instrução criminal irão se produzir as provas pelas partes (Ministério Público e defesa) que irão alicerçar a decisão justa por meio do Juiz. Nesse ambiente, o Juiz criminal tem como lastro a violação em tese da lei criminal, descrita na denúncia com a imputação do crime e o pedido condenatório contra o infrator; e, após o regular desenvolvimento do processo (*due process of law*), o fato será julgado, de forma que o Magistrado interpretará não só o texto legal (a lei supostamente violada), mas também as provas, para decidir, ou seja, para aplicar o Direito.

Nessa complexa atividade de discussão se houve a violação da lei penal, de produção de provas, é notória a interpretação do juiz para os procedimentos processuais que serão levados a efeito e uma multiplicidade de incidentes processuais que implicarão à interpretação e aplicação do direito, tais como, a decretação da revelia do réu, a decretação da prisão cautelar do mesmo, a invalidação de prova colhida sem as formalidades da lei etc.

Assim, tomando como base a decretação de prisão preventiva, provocada pela Polícia ou pelo Ministério Público, caberá ao juiz interpretar, para o acolhimento daquela medida constritiva, a existência de “violação da ordem pública”, de “conveniência da instrução criminal”, de “segurança da aplicação da lei penal” que, resumidamente, envolvem expressões jurídicas que exigirão valoração e interpretação pelo Magistrado.

Ao decidir o mérito da discussão criminal, cabe ao juiz decidir se o réu deve ser absolvido ou condenado. Na primeira hipótese, fundamentar a decisão dentre as hipóteses legais de inexistência de prova, falta de prova, não constituir o fato infração penal, exclusão de autoria, insuficiência de provas etc. Portanto, cabe-lhe, de modo motivado e dizendo as razões de seu raciocínio, escolher a melhor fundamentação dentre várias previstas pela lei.

Ainda, se houver a condenação do réu, cuja interpretação judicial lastreou a aplicação do *jus puniendi* do Estado, restará ao Magistrado estabelecer a dosimetria da pena, envolvendo a decisão sobre a quantidade da pena, a definição do regime da pena e o reconhecimento da concessão de benefícios tais quais: apelar em liberdade, substituir a pena concreta por pena substitutiva etc.

Tomemos por base o crime de tráfico de entorpecente, cuja pena varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e multa (artigo 33 da Lei 11.343/06) que está sendo processado perante uma Vara Criminal e, ao final do processo, o réu é condenado. Pois bem, o Juiz terá o poder-dever de aplicar uma pena que varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e mais multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. **Não há dúvida que ao estabelecer a pena justa, dentre a técnica legal para o cálculo da mesma, por** meio do sistema trifásico, haverá ampla liberdade do Juiz para, com base na realidade do processo e circunstâncias do crime, aplicar circunstâncias judiciais, agravantes e até causas de aumento de pena, de forma que a variação de cinco a quinze anos de reclusão é norma a ser preenchida e decidida pelo Juiz dentro dos parâmetros legais, o que, sintetiza, aqui a lição de Eros Roberto Grau ao sustentar a existência de *juízos de legalidade* nesse procedimento.

Note-se que, antes da aplicação da pena, o Juiz, interpretando fato e norma jurídica (lei), com base também na interpretação da prova existente nos autos, decidiu pela condenação do réu, afastando, por consequência, a hipótese de absolvição, fazendo juízo de mérito que, como próprio do Juiz, decide a questão.

Registre-se que, dentre os poderes jurisdicionais do Juiz, pode ele ainda reputar inconstitucional a lei pela qual o réu responde crime, ocasião em que, cabe ao Juiz verificar a compatibilidade da lei com a Constituição Federal, o que, afastará a hipótese de condenação, questão também que implica interpretação e aplicação do Direito. Estamos aqui tratando de juízos de legalidade decididos pelo Juiz durante o processo, os quais não se confundem com o discricionarismo judicial.

Toda a interpretação e aplicação do Direito, por parte do Juiz, em nosso ordenamento jurídico, diante dos ditames do Estado Democrático de Direito, implicará, de forma obrigatória, no dever de fundamentação da decisão (art. 93, IX, da CF).

A fundamentação da decisão judicial numa multiplicidade de momentos durante todo o processo, e, em especial, no seu desfecho (absolvição ou condenação), é uma obrigação por parte do Juiz e uma garantia ao réu, permitindo às partes (Ministério Público e defesa) buscar a correção do julgado na instância superior (durante todo o processo), como por exemplo, quando o Juiz decreta a prisão preventiva do réu, durante a instrução criminal, decisão esta que pode ser atacada pela defesa, por meio de recurso ordinário ou até mesmo pelo remédio heroico do *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII, da CF).

Nessa linha, Luigi Ferrajoli²⁶, defensor do garantismo penal, ao cuidar da epistemologia e a razão do direito penal, trata do poder punitivo entre verificação e valoração,

26 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2010, p. 145.

reconhecendo que existem quatro aspetos ou dimensões do poder do juiz: o poder de denotação ou verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política, aborda a garantia do julgamento do réu, diante do ônus da prova, o contraditório e a motivação, as quais são garantias que reduzem ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção,

assegurando a máxima certeza ou segurança possível das decisões condenatórias: não – observe-se – a segurança do direito penal máximo, de que nenhum culpado fique impune, mas a segurança do direito penal mínimo, própria do modelo cognitivo SG, de que nenhum inocente seja punido.

Como sustenta Luigi Ferrajoli, há duas garantias essenciais em matéria criminal: o princípio da legalidade e o princípio da jurisdição, a assegurar a segurança do direito penal mínimo.

A obediência dos Juízes à lei é outra garantia importante, como diz o autor italiano Luigi Ferrajoli²⁷, afastando-se o aspecto moral que não deve se confundir com o aspecto jurídico.

O garantismo, conforme leciona Luigi Ferrajoli²⁸, “designa um modelo normativo de direito; precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente como tal modelo e que o satisfaz efetivamente.”

Assim, as regras do jogo fundamental do direito penal, segundo o garantismo sustentado por Luigi Ferrajoli²⁹, cuja axiomatização resulta de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crime*); 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito (*nullum crimen sine lege*); 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*); 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento (*nulla necessitas sine injuria*); 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*); 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito (*nulla culpa sine iudicio*); 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); 9) princípio do **ônus da prova** ou da verificação (*nulla accusatio sine probatione*) e 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade (*nulla probatio sine defensione*).

Há de ver, assim, que o melhor espectro de atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito é a forma garantista, maximizando os direitos fundamentais e tornando mínimo o direito penal.

27 FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 852.

28 FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 786.

29 FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 91.

4 A segurança jurídica

A segurança jurídica está atrelada às regras do jogo que no caso do ordenamento jurídico brasileiro, o qual adota o Estado Democrático de Direito, advém do devido processo legal.

A matéria penal é a que se sustenta pela estrita legalidade de forma que não há crime e nem pena, sem lei anterior que os defina, decorrendo daí outros princípios, dentre eles, o do juiz natural que implica o juiz imparcial.

A convicção do juiz é extraída do que existe nos autos, daí ser lembrada sempre cabível lição de que *o que não existe nos autos não existe no mundo*.

As provas produzidas nos autos, sob a interpretação e prudência judicial, é que embasarão a decisão judicial pelo livre convencimento motivado do Magistrado, ou seja, o juiz retira das provas existentes dos autos a base para sua decisão que, por isso, deve ser explicitada.

Como os casos levados ao Poder Judiciário não são exatamente iguais, cada julgador, dentre as regras do jogo e calcado na técnica processual vigente e com base na prova dos autos, decidirá o caso, aplicando o direito.

Em relação da lei, a expressão que o juiz é o “escravo da lei”, como leciona Marco Antonio Marques da Silva³⁰, a frase exprime uma consciência positivista no julgamento. A lei não foi idealizada para o caso concreto e sua função está muito mais para orientadora do que para vinculadora. Ao juízo cabe a aplicação do justo e adequado. Ainda que na legislação não se encontre solução adequada para determinada questão, ao juiz caberá a prestação da justiça. **A segurança jurídica está na aplicação da justiça e não na aplicação da lei.** O juiz quando decide age pelo livre convencimento, todavia, a motivação justa e legal é que legitima a decisão do juiz. A interpretação e a aplicação da norma passam, antes de mais nada, por um juízo de valor próprio do magistrado. Um dos objetivos da prestação jurisdicional. A subjetividade na promoção da prestação jurisdicional importa, necessariamente, adequar a norma ao caso concreto, de acordo com os elementos de fato e de direito que levaram o juízo, em um exercício de livre convencimento, a proclamar uma decisão que considere justa e apropriada. **Isto é a segurança jurídica.** (g.n.)

A segurança jurídica, como vimos, é uma questão de aplicação da justiça e aí se sobreleva o papel imprescindível do Juiz.

5 Os Direitos Humanos

A nossa Constituição Federal de 1988, adotando, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito, com fundamento, dentre outros na dignidade da pessoa humana

30 MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. O poder do juiz e a segurança jurídica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v.1, p. 5-14, set. 2002.

(inciso III), incorporou as Declarações Internacionais de Direitos e positivou os Direitos Humanos em Direitos Fundamentais.

Logo, toda a atividade legislativa está vinculada para sua validade e interpretação na Lei Maior de forma que os valores, princípios e, em concreto, os direitos fundamentais sobrepor-se-ão para a concretude do direito, ou seja, a sua aplicação.

Nessa linha, a lição de Anna Candida da Cunha Ferraz³¹, a positivação constitucional dos direitos humanos é o fundamento para se instrumentalizar e concretizar o seu exercício:

Ora, se como afirma Bobbio, o problema grave da modernidade ou pós-modernidade se situa no campo da proteção dos direitos da pessoa, ou, talvez se poderia dizer, na sua concretização ou na instrumentalização de seu exercício, o fato é que a positivação constitucional do direitos da pessoa humana foi um divisor de águas e certamente o passo inicial mais relevante para assegurar o reconhecimento jurídico desses direitos, foi a primeira e mais significativa forma de proteção desses direitos e o fundamento para instrumentalizar e concretizar seu exercício na sequência da evolução do mundo.

Em consequência, em matéria criminal, como já se falou, onde está garantido o direito fundamental à liberdade, que é a regra, e todas as outras garantias (presunção de inocência, o direito à liberdade com ou sem fiança, o devido processo legal, etc), a interpretação a ser concretizada deverá ser a maior otimização desses valores supremos, pois, só assim alcançar-se-á a dignidade da pessoa humana.

O Juiz moderno é o garante da Constituição Federal, ou seja, é aquele, nas palavras de Luiz Flávio Gomes³², cuja bússola verdadeira está nos critérios normativos constitucionais e internacionais.

Segundo Luiz Flávio Gomes³³,

o juiz atualmente precisa pautar o seu trabalho em oito fontes: as normas infralegais, as normas legais, a Constituição, a jurisprudência constitucionalizada, os tratados internacionais, a jurisprudência interpretativa dos tratados, o direito supraconstitucional e as normas imperativas exaradas pela Organização das Nações Unidas³⁴.

Para o renomado jurista, o modelo legalista-positivista está ultrapassado e a função judicial necessita de uma nova dimensão.

31 FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização: Aspectos positivos dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Osasco: Edifio, 2006, p. 116.

32 GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118.

33 GOMES, Luiz Flávio. Palestra: As delações premiadas na operação Lava Jato são constitucionais? realizada no Superior Tribunal Militar (STM), Brasília/DF, em 22.10.15. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/o-cejum/noticias/item/5292-as-delacoes-premiadas-na-operacao-lava-jato-sao-constitucionais>>.

34 GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 106.

O Juiz moderno tem a incumbência de ampliar seus horizontes e de ter como seu instrumento de trabalho prioritário a Constituição e os textos internacionais, até porque 'todo poder emana do povo' e está vinculado a ela (CF, art. 1º, parágrafo único).

Dessa forma, é inegável que o Juiz moderno, no seu mister jurisdicional, sopesa em suas decisões não só a razoabilidade, a racionalidade, mas também, e em especial, a proteção e a concretização dos direitos humanos.

6 Conclusão

Neste trabalho se demonstrou a importância da interpretação da lei para aplicação do direito, atividade esta que sempre irá correlacionar a realidade do fato social com a disciplina legal para com base nisso ocorrer a compreensão do fato, a interpretação e, por fim, a aplicação do Direito.

A linguagem utilizada na lei, com vocábulos ambíguos, vagos e indeterminados, irão carecer da interpretação na moldura deixada pelo intérprete.

A interpretação será mais ampla ou menos ampla, mais elaborada ou menos elaborada, dependendo a visão do Direito do intérprete, o qual se for positivista irá se valer das normas positivadas, enquanto se for jusnaturalista, irá se valer de normas metajurídicas.

Nessa linha, a interpretação judicial, que é aquela decisória e criadora da norma jurídica, deverá aplicar o Direito ao caso concreto. Assim, como a lei não foi feita para o caso concreto, deve o intérprete realizar de modo cognitivo a contextualização entre o fato e a norma e daí extrair o sentido jurídico, a juridicidade pertinente.

O Juiz irá interpretar a lei utilizando a lógica e terá um leque de opções para encontrar o sentido da lei.

Na interpretação da lei, existirão "zonas de incertezas" e lacunas deixadas pelo legislador, as quais, dentro da liberdade de interpretação levarão o juiz a aplicá-las.

A interpretação judicial criminal deverá considerar a estrita legalidade e os parâmetros constitucionais para aplicação da lei em observância dos Direitos Humanos.

Assim, a interpretação deverá contemplar o garantismo penal e otimizar a maior dimensão dos direitos fundamentais.

O *positivismo* jurídico deve ceder espaço ao *neopositivismo* jurídico para que, na aplicação da lei, possa a concreção do direito, aplicar os Direitos Humanos.

Nesse passo, o Juiz deve ter como postura a garantia dos direitos fundamentais e sua interpretação deve obedecer aos valores e princípios constitucionais e levar em consideração o Direito internacional.

A liberdade do Juiz na interpretação e aplicação do Direito não é um cheque em branco dado pelo ordenamento jurídico, mas, diante da independência funcional e profissional do Magistrado, da imparcialidade que lhe é exigida pelo ordenamento jurídico, o Juiz sempre irá decidir de maneira fundamentada, explicitando a sua compreensão e o raciocínio esposado para chegar à concretude da decisão judicial adotada, dando legitimidade à mesma, procedimento este que além de garantia ao jurisdicionado serve como meio de controle das partes que, se não se conformarem com a decisão prolatada, poderão recorrer e a decisão judicial será reapreciada pela instância superior. Nota-se, assim, que o sistema jurídico vigente permite ao interessado o ajuste necessário à interpretação judicial, se ela não foi justa, possibilitando a segurança jurídica, pois esta está na aplicação da justiça e não na aplicação da lei.

Logo, ainda que o Juiz decida com certa carga de subjetividade na questão que lhe é posta à exame, esse subjetivismo, permitido, consiste a livre convicção motivada (inerente ao juiz togado, nos termos do artigo 93, inciso IX, da CF) que, não se confunde com íntima convicção (essa própria do jurado no Tribunal Popular que não é fundamentada e ocorre em votação sigilosa, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, *b*, da CF), de forma que, como cada processo tem peculiaridades próprias, pois envolve pessoas diversas e realidades nunca exatamente iguais, e inegavelmente deve direcionar a decisão à justiça que comporta o caso julgado, a convicção do Juiz deve ser prestigiada e preservada, pois sua independência em decidir é a chave da decisão justa. Portanto, a divergência de decisões entre os Juízes sobre um mesmo tema acaba sendo salutar, vez que, tratando-se de atividade humana, como demonstrado, retrata que o mister da imparcialidade e da prestação jurisdicional no *due process of law* está ocorrendo de forma a respeitar à realidade de cada caso, possibilitando, assim, garantir a aplicação dos direitos humanos, pois somente a pessoa humana, o Juiz, poderá proceder em respeito à dignidade da pessoa humana na prestação jurisdicional (artigo 1º, inciso IV, da CF).

Por arremate, no Estado Democrático de Direito a atuação do Juiz, que é pública e fiscalizada pelas partes, sofre, além da exigência da racionalidade própria do positivismo clássico, a exigência de comprometimento com a aplicação dos direitos humanos, porquanto na ideologia de suas convicções ao decidir, de forma fundamentada – axiológica, jurídica e socialmente política -, o Juiz tem a legitimidade e a justiça da criação da norma individualizada naquelas decisões, deixando, assim, o papel da mera tarefa de subsunção do fato à norma, que apenas enaltecia o primado da lei, sem preocupação com a justiça das decisões, para a mudança de paradigma de sobrelevar-se do modelo de Juiz para o Estado, como boca da lei, para o Juiz comprometido com o sistema constitucional, legislador e ideológico, pois cabe, de forma altaneira e essencial, ao Poder Judiciário dirimir o conflito social e fazer justiça no caso concreto, protegendo e concretizando os direitos humanos.

7 Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **AJURIS**, Porto Alegre, mar., 1989.

BAPTISTA, Fernando Pavan. O Juiz-legislador. **Prisma Jurídico**, v. 1, São Paulo, set. 2002.

BAPTISTA, Fernando Pavan. **O tractatus e a teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. M., **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT., 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; Bittar, Eduardo C. B. (orgs). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização: Aspectos positivos dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Osasco: Edifício, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Palestra: As delações premiadas na operação Lava Jato são constitucionais? realizada no Superior Tribunal Militar (STM), Brasília/DF, em 22.10.15, capturado no site: <<http://www.stm.jus.br/o-cejum/noticias/item/5292-as-delacoes-premiadas-na-operacao-lava-jato-sao-constitucionais>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. São Paulo: Malheiros, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. O poder do juiz e a segurança jurídica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v.1, set. 2002.

MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2015.

PROCUSTO. Wikipedia. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Procusto>>. Acesso em: 15 out. 2015.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, 2012.

A MOLDURA HERMENÊUTICA DE KELSEN E SEU REFLEXO NA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

KELSEN' HERMENEUTICS THEORY AND THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMANS RIGHTS

Sylvia Helena Ono
Luís Rodolfo de Souza Dantas

Sumário: 1 Introdução – 1.1 O direito como forma de controle social do homem – 2 Da necessidade de interpretação do direito – 3 A interpretação sob a ótica de Kelsen – 3.1 A interpretação no processo de aplicação do direito e no processo de observância do direito – 4 Das espécies de interpretação sob a ótica de Kelsen – 4.1 Interpretação autêntica – 4.1.1 Relativa indeterminação do ato de aplicação do direito – 4.1.2 Indeterminação intencional do ato de aplicação do direito – 4.1.3 Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do direito – 4.2 Interpretação não-autêntica – 5 O direito como uma moldura – 6 Segurança jurídica e a moldura interpretativa de Kelsen – 7 O reflexo da moldura de Kelsen à luz dos Direitos Humanos – 8 Contemporaneidade da Teoria kelseniana – 9 Conclusão – 10 Referências.

Resumo: O presente trabalho versa sobre um estudo acerca da interpretação das normas pelos juízes à luz da teoria kelseniana, a qual propõe a existência de uma moldura do Direito dentro da qual há várias possibilidades de sua aplicação frente às inevitáveis indeterminações do texto normativo. Referido estudo tem por objetivo uma análise reflexiva quanto à adoção da moldura interpretativa de Kelsen na proteção constitucional dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Hermenêutica. Moldura. Kelsen. Interpretação. Normas. Direitos Humanos.

Abstract: This paper deals with a study about the interpretation of the legal rules by the judges in the light of the Kelsen theory, which proposes the existence of a frame of law within which there are several possibilities for its application in the face of inevitable indeterminacies of legal text. This study aims at a reflective analysis of the adoption of the interpretative frame of Kelsen in the constitutional protection of human rights.

Keywords: Hermeneutics. Frame. Kelsen. Interpretation. Rules. Human Rights.

1 Introdução

1.1 O Direito como forma de controle social do homem

Sabemos que desde os tempos remotos a estabilidade para a organização de um sistema de governo depende, basicamente, de leis, como política para lidar com os conflitos internos de uma sociedade. Em outras palavras, as leis ditam os direitos e deveres de todos os cidadãos objetivando disciplinar o comportamento dos homens perante a sua convivência em grupo que, invariável e inevitavelmente, geram conflitos, desentendimentos e divergência de interesses, não raras vezes difíceis de administrar. Assim, as leis são instrumentos de controle social, pelo Estado, que tem por escopo principal controlar as ações humanas como forma de geração e manutenção da segurança e do equilíbrio da sociedade. Esse fenômeno é o que chamamos de DIREITO.

O filósofo inglês Thomas Hobbes na sua famosa obra “Leviatã” defendia que o homem é um ser mau e antissocial por natureza, enxergando seus semelhantes como concorrentes a serem dominados ou destruídos e que o constante estado de guerra, de conflitos e brutalidade teria levado os homens a firmarem um contrato entre si, transferindo o poder de se autogovernar, bem como os seus direitos e liberdades ao Estado, o qual deve impor a ordem e segurança a todos.

Contrapondo a ideia de Hobbes, o filósofo suíço J.J. Rousseau, em “O contrato social”, afirmava que o homem é essencialmente bom e livre e que a sociedade era o fato gerador da corrupção do homem, gerando vários conflitos sociais. Daí porque, a proposta de Rousseau para solucionar tais conflitos era a organização de um Estado social legítimo, com poder soberano, com o qual se firmaria um contrato social defendendo a liberdade do homem baseada no consenso e garantindo-se todos os direitos dos cidadãos, instrumento esse pelo qual cada indivíduo lhe transferiria a sua pessoa, os seus direitos e as suas coisas, guiando-se o Estado, dessa maneira, pela vontade geral, e não pelos interesses particulares, distante da corrupção.

Os ensinamentos de Hobbes e Rousseau, apesar de antagônicos, retratam bem a necessidade da criação do Direito, porquanto ambos nos levam à mesma direção de conclusão, qual seja, de que a interdependência recíproca do homem na necessidade material e espiritual de conviver com seus semelhantes, de se desenvolver e de se completar, depende da inexorável intervenção do Estado, através do Direito, visando a ordem e o bem comum como forma de preservar a saudável e equilibrada convivência em sociedade.

2 Da necessidade de interpretação do direito

Pois bem, verificada a necessidade do Direito como forma de controle social do homem, é de se salientar que o Direito há de ser aplicado, sempre, por um órgão jurídico,

seja de natureza judicial ou administrativa, para o fim de fixar o sentido das normas ou comandamentos insertos nas leis.

Contudo, a criação do Direito e o estabelecimento dos órgãos competentes para a aplicação do Direito entre os homens não bastam por si sós, porquanto o Direito necessita e depende, inexoravelmente, de INTERPRETAÇÃO. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello¹ “o ato de interpretar, necessariamente, precede a aplicação.”

A interpretação não é uma simples opção, mas uma verdadeira necessidade, porque INTERPRETAR significa determinar o significado preciso de um texto, de uma lei, de uma norma. Sob o aspecto semântico, *interpretar* vem de *interprés* que significa extrair as tripas de um animal para ler o futuro. Por isso, diz-se que interpretar é extrair entranhas do texto, é extrair as tripas de uma lei.

Importante destacar, que tanto as leis claras, como as ambíguas, comportam interpretação, de modo que o princípio da *in claris cessat interpretatio* (na clareza, cessa a interpretação) não tem mais aplicação na atualidade, pois mesmo quando o sentido da norma é claro não há, desde logo, a segurança de que a mesma corresponda à vontade legislativa, pois é bem possível que as palavras sejam defeituosas ou imperfeitas que não produzam em extensão o conteúdo do princípio. Ou seja, a norma pode ter valor mais amplo e profundo que não advém de suas palavras, sendo imprescindível, assim, a interpretação de todas as normas por conterem conceitos com contornos imprecisos.

3 A interpretação sob a ótica de Kelsen

3.1 A interpretação no processo de aplicação do direito e no processo de observância do Direito

Conforme preciosas lições de Kelsen, a interpretação é uma *operação mental* que acompanha o processo de aplicação do Direito, assim como o processo de observância do Direito.

No processo de aplicação do Direito a interpretação compreende a operação mental progressiva de um escalão superior a um escalão inferior, devendo-se responder a questões de saber: qual conteúdo que se deve dar à norma individual de uma sentença judicial e qual conteúdo que se deve dar à norma individual de demanda administrativa (*em ambos os casos partindo-se da norma geral da lei para sua aplicação ao caso concreto*). No processo de aplicação do Direito a operação mental progressiva há de observar, também, a Constituição, por exemplo, no processo legislativo, quando da edição de decretos e outros atos normativos de escalão inferior, ou na interpretação de tratados internacionais quando devam ser aplicados num caso concreto por um governo ou tribunal ou órgão administrativo, nacional ou internacional. De igual maneira, a operação mental progressiva da interpretação das normas de escalão superior a escalão inferior, no

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 498.

processo de aplicação do Direito, alcança, ainda, normas individuais, sentenças judiciais, ordens administrativas, negócios jurídicos e quaisquer outras hipóteses em que a norma jurídica há de ser aplicada.

Enfim, a referida progressão ocorre no momento da criação da norma de escalão inferior a qual está limitada, formal e materialmente, por uma norma de grau superior; podendo-se dizer que a criação de uma norma individual-inferior corresponde a uma norma geral-superior. O momento da criação da norma individual é protagonizado pelo magistrado e deve ocorrer por meio de uma interpretação progressiva, seja no topo da pirâmide normativa (norma constitucional) seja numa escala inferior (sentença judicial).

Já no processo de observância do Direito, ou seja, nos processos em que o indivíduo não tem de aplicar, mas apenas observar ou praticar o Direito para evitar uma sanção, a interpretação também se faz presente visando que o indivíduo compreenda as normas que devem ser observadas, isto é, a operação mental concebida visa a compreensão da norma pelo indivíduo para determinar-se de acordo com as normas jurídicas impostas e assim evitar a sanção decorrente de violação do direito. Da mesma forma ocorre com a ciência jurídica, a qual cabe observar para interpretar a norma positivada.

4 Das espécies de interpretação sob a ótica de Kelsen

Kelsen explica que há duas espécies de interpretação: a autêntica, porque cria o Direito (fonte formal do direito), e é realizada pelo legislador ou órgão jurídico que aplica do Direito e a não autêntica, porque não cria o Direito (fonte material do direito), a qual é realizada por pessoa privada e pela ciência jurídica que estabelece possíveis significações de uma norma.

E a partir dessa divisão de interpretação, Kelsen propõe a existência de uma MOLDURA do Direito, dentro da qual há várias possibilidades de sua aplicação, de modo que qualquer sentido da norma, possível, que se encaixe dentro desse quadro ou moldura, estará em conformidade ao Direito. Eis o tema que pretendemos desenvolver e que leva o título neste trabalho.

4.1 Interpretação autêntica

Iniciando sua explanação pelo tipo de interpretação autêntica, isto é, pelos órgãos que aplicam o Direito, Kelsen atribui a relação de interdependência das normas de escalão superior e inferior pela sua determinação ou vinculação, afirmando que o legislador, ao criar a lei, deixa uma porta entreaberta ao aplicador do Direito com uma pluralidade de possibilidades e/ou determinações a fazer por conta da inviabilidade da norma de escalão superior prever todas as hipóteses, ou todos os aspectos do caso concreto, e tampouco vincular em todas as direções o ato pelo qual a norma é aplicada.

Daí porque Kelsen sustenta que as normas jurídicas, por sua própria natureza, possuem certa indeterminação do ato de aplicação do Direito, seja de cunho relativo, intencional ou não-intencional.

4.1.1 Relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito

É evidente que a norma de escalão superior regula, determina ou vincula o ato da norma de escalão inferior. Diz-se haver uma *vinculação formal* quando essa determinação diz respeito ao ato pelo qual é produzida (processo legislativo), e, uma *vinculação material* quando eventualmente a determinação referir-se ao conteúdo da norma a estabelecer ou o ato de execução a realizar. Porém, a determinação nem sempre é completa, porquanto impossível vincular todas as direções, sob todos os aspectos, o ato através do qual a norma é aplicada. Por mais detalhada e específica que seja a norma, o legislador deixa ao órgão aplicador (que a cumpre ou a executa) uma multiplicidade de determinações a fazer de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Por isso, na relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, há uma margem (maior ou menor) de livre avaliação por parte do aplicador do Direito (intérprete) de modo que a norma de escalão superior toma a forma de um quadro ou moldura dentro da qual reside a esfera de atuação limitada do órgão aplicador do Direito, o qual deverá preencher a tal moldura com a norma inferior.

Colacionando aqui o exemplo fornecido por Kelsen,

se o órgão *A* emite um comando para que o órgão *B* prenda o súdito *C*, o **órgão *B*** tem de decidir, *segundo seu próprio critério, quando, onde e como* realizará a ordem de prisão, decisões essas que *dependem de circunstâncias externas* que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, *não poderia prever*.² (grifo nosso)

Vejam a ilustração abaixo que melhor visualiza o exemplo:



² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 388.

4.1.2 Indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito

Nos casos de indeterminação intencional do ato de aplicação do Direito, há um expreso propósito, por parte do órgão emissor da norma, no sentido de que cabe ao órgão aplicador do Direito estabelecer qual a melhor e mais adequada forma de aplicá-lo de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Este tipo de interpretação autêntica significa que parte do Direito aplicado é *determinada* e outra parte é *indeterminada*, sendo certo que a indeterminação pode referir-se tanto ao fato condicionante como à consequência condicionada, de maneira que a norma geral estabelecida incidirá sob o pressuposto de que a norma individual inferior aplicada ao caso concreto esteja em plena conformidade com o sentido e o processo de determinação na origem.

Valendo-nos, mais uma vez, do exemplo lançado por Kelsen na sua obra Teoria Pura do Direito,

a lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e *deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra* e determinar a medida das mesmas, podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo. (grifo nosso)

Novamente remetemos o leitor à ilustração abaixo que melhor visualiza o exemplo:



4.1.3 Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito

A norma de escalão superior pode conter, também, uma indeterminação não-intencional do ato de aplicação do Direito. Esta não-intencionalidade pode decorrer de vários motivos, a saber:

- quando há uma pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras expressas na norma;
- quando o sentido verbal da norma não é unívoco, de forma que o órgão aplicador (intérprete) se depara com várias significações possíveis;
- quando o intérprete presume haver uma discrepância (total ou parcial) entre a expressão verbal da norma e a vontade do legislador;
- quando a vontade do legislador ou a intenção das partes (que estipulam um negócio jurídico) não correspondem às palavras expressas na lei;
- quando existirem duas normas que pretendem valer simultaneamente ao caso concreto, porque contidas na mesma lei, as quais se contradizem total ou parcialmente.

Podemos citar como um bom exemplo de indeterminação não-intencional da norma a lei penal quando prevê a qualificadora de um delito, sem, contudo, especificar o significado preciso da palavra lançada na norma que autoriza a aplicação da qualificadora. No caso concreto, caberá ao intérprete (juiz) aferir se aquela determinada qualificadora se enquadra na moldura limitativa da norma.

O quadro abaixo, mais uma vez, ilustra a melhor visualização do exemplo:



4.2 Interpretação não-autêntica

A interpretação não-autêntica não se enquadra na concepção kelseniana da moldura interpretativa. Assim, em que pese tal classificação não nos interessar para o desenvolvimento do presente trabalho, discorreremos brevemente sobre o assunto apenas para fins didáticos.

Conforme vimos no início deste artigo, Kelsen denomina interpretação não-autêntica aquela realizada, no processo de observância do Direito, pelo indivíduo, o qual deve compreender o sentido das normas jurídicas para poder portar-se de acordo com a lei, e, também, aquela realizada pela ciência jurídica que apenas estabelece possíveis significações de uma norma.

A interpretação do direito feita ciência jurídica é uma interpretação não-autêntica, porquanto não cria direito, logo, não é obrigatória, sendo apenas fonte material do direito. Para o filósofo austríaco, a interpretação advinda da ciência jurídica é fruto de um ato cognoscitivo, incapaz de preencher as lacunas do direito, função essa que compete única e exclusivamente aos órgãos aplicadores do Direito.

Hans Kelsen qualifica o cientista jurídico como um intérprete, estudioso do Direito, que não cria direitos, porquanto atribui a ele o dever de total imparcialidade e absoluta neutralidade, devendo limitar-se a interpretar objetivamente a norma por mero ato de inteligência racional. Tal concepção kelseniana de neutralidade é marcada em sua obra Teoria Pura do Direito³ na seguinte afirmação, *in verbis*:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. [...] A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.

Por outro lado, Kelsen salienta que a interpretação científica tem seu valor quando, por exemplo, revela significações possíveis (ainda que politicamente indesejáveis) que não foram pretendidas pelo legislador, mas estão compreendidas na fórmula verbal da norma, demonstrando, assim, o quão longe a norma está de satisfazer a exigência técnico-jurídica.

5 O direito como uma moldura

A moldura interpretativa criada por Kelsen tem por escopo limitar a aplicação da norma de escalão inferior solucionando os casos de indeterminação, intencional ou não, do ato jurídico, vez que tais indeterminações, como vimos alhures, criam várias possibilidades de aplicação da norma.

Nas lúcidas palavras do Procurador Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehle⁴,

Kelsen considera que a norma superior forma uma moldura determinante de um campo de ação para a norma inferior, onde há várias possibilidades legais de aplicação do direito. Pode-se visualizar a moldura como uma figura geométrica, dentro da qual cabe ao órgão aplicador do direito escolher dentro das possibilidades oferecidas previamente pela norma superior.

3 Op. cit. p. 395-396.

4 KOEHLE, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25434-25436-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Mas a pergunta que se faz é: como é estabelecida esta moldura? Para responder a tal indagação, novamente tomamos emprestadas as palavras do ilustre Procurador, no sentido de que

Ela é determinada através de um ato objetivo do órgão aplicador, com a finalidade de conhecer a moldura e as alternativas que lhe são oferecidas. Só posteriormente, no momento de escolher qual dos caminhos a seguir e transformar a escolha em direito positivo, é que o intérprete realizaria um **ato voluntarístico de caráter subjetivo**. Em suma: num primeiro momento, o intérprete manter-se-ia neutro, realizando um ato meramente **cognoscitivo** (desprovido de vontade) para conhecer a moldura e as possibilidades de sua ação. Posteriormente, através de uma **volição**, o intérprete escolheria qual o caminho a seguir e aplicaria o direito.⁵ (grifo nosso)

Desta feita, o ato jurídico que efetiva a aplicação da norma pode corresponder:

- a uma ou outra das várias significações verbais da norma, correspondente à vontade do legislador;
- à **expressão escolhida pelo legislador** referente a uma ou outra entre as duas normas que se contradizem;
- ou decidir pela forma a considerar que as duas normas contraditórias se anulam mutuamente.

Na visão kelseniana, em qualquer dessas hipóteses o Direito a ser aplicado forma uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação possível, posto que todas elas são igualmente corretas do ponto de vista jurídico. Em outras palavras, qualquer forma de aplicação da norma estará em conformidade com o Direito, desde que mantida dentro dos limites da moldura que representa o Direito a interpretar. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma é livre e produz Direito.

Remando na proa da teoria da moldura de Kelsen, Anderson Vichinkeski Teixeira averbou que:

Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterà, inevitavelmente, um espaço jurídico “vazio” a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará⁶.

5 KOEHLE, Frederico Augusto Leopoldino. *Idem*.

6 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, jan./jun. 2012, p.49.

Pretendeu Kelsen dizer com isso que a interpretação de uma lei não deve necessariamente se conduzir por uma única solução como se fosse a **única correta**, mas por um caminho de várias soluções possíveis, as quais tem igual valor, não obstante apenas uma delas se torne o Direito positivo no ato do órgão aplicador da norma⁷.

Nesse sentido, Kelsen exemplifica sustentando que dizer que uma sentença judicial é fundada na lei significa apenas que a sentença positivou uma das normas individuais que poderiam ser produzidas dentro da moldura geral fixada pela lei. Por essa razão, a sentença judicial seria um ato de produção normativa que dá continuidade à normatização efetuada pelo legislador.

6 Segurança jurídica e a moldura interpretativa de Kelsen

Apesar de criticado por alguns, a engenhosa teoria da moldura de Kelsen revolucionou a doutrina tradicional em matéria de interpretação, não só porque contraria o posicionamento ortodoxo da univocidade do significado correto da norma jurídica, mas, sobretudo porque a teoria kelseniana confere ao intérprete juiz uma *função criadora* da norma por meio de uma interpretação de critério político-subjetivo, podendo escolher e aplicar ao caso concreto, por livre apreciação e dentro de uma pluralidade de opções intramolduradas, qualquer solução, já que todas são lógicas e igualmente possíveis.

Tachando a função criadora do intérprete juiz como um ato voluntarístico, aponta a crítica doutrinária que a função do aplicador do Direito restaria maculada, porquanto, impregnada de ideologias que influenciariam na decisão.

Pensamos, todavia, que tal entendimento não representa uma realidade negativa e que merece algumas ponderações de dialética, de cunho fático, jurídico e axiológico.

Do ponto de vista fático, importante lembrar que o ser humano não é um ser robotizado, de modo que a capacidade de pensar, em todas as suas nuances e complexidades, ainda é única do ser humano, e não há máquina capaz de tomar decisões melhores do que um cérebro humano. Pessoas pensam e criam. Máquinas apenas executam. Daí porque entendemos que, na difícil arte de julgar, é de vital importância explorar o potencial humano para a sobrevivência do sistema jurídico normativo.

O principal argumento que ataca a teoria do mestre austríaco é o fato de o ser humano se traduzir num verdadeiro caldeirão axiológico onde se misturam valores, crenças, cultura, religião, ética, moral, emoção, intuição, sensação etc. que formam a personalidade do indivíduo. Todavia, ousamos dizer, modestamente, que é exatamente este o elixir de um julgamento justo, posto que a alquimia de todos esses elementos proporciona ao julgador tomar uma decisão mais justa e adequada ao caso concreto e às necessidades das partes, transformando pedra em ouro, ignorância em sabedoria, direito estático em direito dinâmico.

7 Op. cit, p. 390.

Nesse passo, interessante trazer o registro de Lúcia Reis de A. Prado⁸ que, com base em Siches, faz referência ao sentimento do intérprete incluso na norma com a etimologia da palavra sentença, no sentido de que

na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional. (g.n.)

Quanto ao aspecto jurídico, ao pensarmos em segurança jurídica devemos conceber que a referida segurança reside na aplicação da justiça e não na aplicação da lei. Daí porque, entendemos correto pensar que, de certo modo, a ideologia é um fator indissociável na operação de aplicação do direito. Nesse passo, há de se admitir, inclusive, que a jurisprudência, que é fruto de interpretações constantes pelos Tribunais (formado por homens), mantém a atualização do Direito vigente por conta da inquestionável carga ideológica contida nos julgados como consequência da vulnerabilidade dos signos da linguagem que comumente se caracterizam pela sua vagueza, imprecisão e ambiguidade. Acrescente-se, outrossim, que a diversidade de jurisprudência acerca de uma mesma matéria nos indica que a variedade de interpretações contrapostas decorre da ideologia e do conjunto de crenças de cada intérprete, nos revelando diversas nuances de ideologia.

A não imutabilidade do signo normativo e a evolução incessante dos tempos que faz o mundo passar por uma repaginação constante de ideias inviabilizam as leis de prever uma permanência inabalável do estado jurídico de uma sociedade que se revela dinâmica e em constante mutação. Por essa razão, adequar o texto pretérito às novas demandas jurídicas, frente às modificações sociais, é atender a finalidade da lei, e, sendo o Direito um instrumento de controle social, este deve se adaptar aos novos fatos sociais. Por conta disso, as novas demandas sociais necessitam de constantes atualizações de medidas para o controle social, sob pena de atrofia do sistema jurídico normativo.

Importante destacar, que o texto da norma não se confunde com a norma propriamente dita. O texto da norma é o significante (positivado e passível de fundamentação jurídica), enquanto que norma é o significado, isto é, o sentido dado ao texto quando de sua aplicação na decisão judicial.

Nessa toada, Luís Roberto Barroso⁹, com base em Kelsen, faz uma abordagem dos aspectos objetivos e subjetivos que envolvem o papel do magistrado ao considerar o texto (significante) e a norma (significado) a ser aplicada à demanda judicial. Nesse sentido, o emprego do caráter objetivo estaria assim ligado aos textos (*significante*), aos enunciados normativos jurídicos que limitam as possibilidades interpretativas. Por outro lado, o aspecto subjetivo (*significado*) é condizente com as concepções do intérprete que

8 PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p.39.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 292

deve se *sensibilizar* para *humanizar* a direção daquele texto, possibilitando-lhe buscar a justeza da relação jurídica.

No âmbito axiológico, a teoria kelseniana também oferece vantagens. O Direito não é uma realidade matemática e previsível, mas uma realidade ontológica com finalidade deontológica, razão pela qual o Direito é uma ciência em constante evolução não admitindo um sistema normativo engessado ao alvedrio do legislador. Daí porque, a flexibilidade que a teoria kelseniana carrega, com a possibilidade de criação do Direito pelo órgão aplicador mediante o ato de vontade, impregnado de ideologias e valores axiológicos, nos parece salutar diante da realidade jurídica-social que vivemos, porquanto o julgador, sem se afastar da tecnicidade, valer-se-á de suas concepções valorativas para encontrar um equilíbrio que melhor se ajuste ao caso concreto.

O magistrado é um terceiro provocado para exercer sua jurisdição num cenário de conflito de interesses e, quando o magistrado exerce sua atividade de intérprete sobre as disposições normativas vigentes para a tutela do bem jurídico pleiteado, ele aplica ou cria o Direito, conforme o caso. E quando o juiz intérprete cria o Direito inevitavelmente sua decisão estará permeada de certo subjetivismo por conta de fatores ideológicos, éticos e morais, mas nem por isso tal situação deve ser encarada sob a forma de censura, pois, como dissemos alhures, a vulnerabilidade dos signos de linguagem permite e exige do intérprete, ainda que com base nas suas perspectivas valorativas ou no seu conhecimento empírico, a observância da melhor solução adequando fatores externos para fundamentar a *moldura* da decisão na demanda judicial.

Essa liberdade do intérprete não há de se confundir com *ativismo judicial* no seu sentido negativo pejorativo de desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Ou seja, não implica no “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”¹⁰

Por outro lado, conforme nos ensina Anderson Vichinkeski Teixeira a liberdade de interpretação pode alcançar o que o referido autor denomina de *ativismo judicial* positivo “que se enquadra no padrão de *racionalidade jurídica* vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição.”¹¹, ao contrário do *ativismo judicial* nocivo que consiste na “prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de *racionalidade eminentemente político*.”¹²

10 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

11 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, jan./jun. 2012, p. 46.

12 *Ibidem*. p. 46

Observa, ainda, o renomado autor, que

do ponto de vista estrutural, a *racionalidade jurídica* possui um quadro normativo determinado dentro do qual está orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, o mesmo não ocorre com a *racionalidade política*.¹³ (grifo nosso)

Daí porque ressalta Anderson Vichinkeski Teixeira que o real problema do ativismo judicial é a confusão conceitual e funcional entre Direito e Política, pois, segundo o renomado jurista, o ativismo judicial

é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam.¹⁴

Desta feita, pensamos que a proposta da moldura de Kelsen atende à necessária adequação da norma pretérita às demandas judiciais contemporâneas, suplantando não só a imutabilidade dos signos, mas também a constante mutação dos fatos sociais, evitando, assim, o atrofiamento do sistema normativo e a erosão da ordem jurídica. Comungando do entendimento de Teixeira

um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc.¹⁵

Importante registrar, igualmente, que o dever de imparcialidade do magistrado não lhe priva de estar próximo às partes, ao revés, lhe é atribuído o dever de analisar a relação entre elas, inclusive colocando-se no lugar dessas partes para melhor visualizar as provas necessárias ao deslinde da demanda e, diante dessas circunstâncias e do conjunto probatório, disporá de melhor noção de equilíbrio para prestar adequadamente a tutela jurisdicional pleiteada. Nesse sentido, José Renato Nalini:¹⁶

13 *Ibidem.* p. 47

14 *Ibidem.* p. 42

15 *Ibidem.* p. 42

16 NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**: Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional. CNJ. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

A equidistância do juiz em relação às partes, graficamente celebrizada no clássico triângulo chiovendiano, gera o dever de imparcialidade como elemento essencial à jurisdição. **Mas a imparcialidade não significa distanciamento das partes.** Ao contrário, sua relação com elas, a vivência profunda do caso, a assimilação interior de cada drama judicial, é fator valioso na conduta do juiz que tem seu fundamento no princípio da imediação. Imparcialidade é virtude intelectual e moral imprescindível a quem, no processo, atuará como terceiro [...]. (grifo nosso)

De igual maneira, a exigida neutralidade do juiz não resta prejudicada por conta da sua aproximação processual das partes. Nesse passo, relevante destacar que neutralidade não se confunde com imparcialidade, consoante as lições de Elpidio Donizetti:¹⁷

É importante dizer que imparcialidade não se confunde com neutralidade ou passividade. O juiz, no processo contemporâneo, é sujeito ativo do processo, e tem o dever de zelar pela justa composição do litígio. Ao magistrado cabe esclarecer pontos obscuros, advertir as partes de suas condutas, requisitar provas e diligências, e **interpretar as normas e as especificidades de cada caso concreto, tudo com o objetivo de prestar adequadamente a tutela jurisdicional.** (grifo nosso)

Enquanto a imparcialidade é o dever de postura do magistrado o qual deve exercer sua jurisdição sem inclinar-se para a pretensão de uma das partes em detrimento da outra, por exemplo, por simpatia pela causa, interesse pessoal, apreço ou amizade pelas partes, a neutralidade tem aspecto mais amplo, pois alcança o plexo ideológico englobando valores intrínsecos da personalidade humana (crenças, ética, senso de justiça etc.), de modo que uma conduta neutra significaria dizer que a demanda seria conduzida de forma fria e com total indiferença por parte do juiz.

Quanto à citada neutralidade, preciosos são os ensinamentos de Barroso¹⁸, ao explicar que a neutralidade é um aspecto intrínseco e inerente do magistrado como ser humano, praticamente indissociável, correspondendo aos valores axiológicos do indivíduo, que, aliás, servem de sustentação no seu papel de aplicador do direito na sua função criadora, vejamos:

A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão [...]. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. **Mas a neutralidade pressupõe algo impossível:** que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. **Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis.** E aí, mesmo

17 DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil.** 16ª ed. especialmente de acordo com as leis nº 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

18 BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 292.

quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, **o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.** (grifo nosso)

Ao tratar da interpretação como a relação do ato cognoscitivo mais o ato volitivo do aplicador do Direito, Kelsen¹⁹ demonstra bastante lucidez e convicção ao afirmar que o intérprete, ao aplicar a lei para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, exercerá mais do que uma atividade meramente cognoscitiva, possuindo o poder de criação jurídica com a incidência de “[...] *normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. [...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.*”

Cumprido destacar, que a ideia do austríaco Kelsen quanto à adoção de critérios subjetivos valorativos no exercício da interpretação normativa pelo juiz, e a hipótese da função criadora do Direito é compartilhada por Herbert Hart²⁰ quando discorre sobre a textura aberta do direito, cujas lições nos ensinam que

todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais ou outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir incertezas contidas nas leis, ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.

De acordo com Hart, diante da margem de dúvida caberá ao juiz interpretar a regra da forma que julgar mais apropriada ao caso concreto, e, no ato de aplicar a norma jurídica, dar-lhe-á sentido, criando o direito.

A linguagem disposta na regra pode gerar incertezas, haja vista que a autoridade delimita casos simples, de modo que o poder discricionário concedido aos intérpretes disponibiliza várias possibilidades de resolução da demanda. A indeterminação do direito decorre do fato da impossibilidade da elaboração de uma regra que supra todas as hipóteses previsíveis ou imprevisíveis, seja por ignorância em relação aos fatos futuros, seja por textura aberta de linguagem.

Certo é que, o que influencia diretamente na percepção do texto é sua falta de clareza. A insuficiência de clareza na transmissão dos significados da norma jurídica aplicanda dá azo aos problemas da linguagem como a vagueza, ambiguidade e a indeterminação de sentido. E mesmo havendo certa nitidez na norma, ela ainda pode

19 KELSEN, Hans. op. cit. p. 393.

20 HART, Herbert. **O Conceito de Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 176.

causar impasses, seja porque há dois ou mais dispositivos para solucionar a demanda, seja porque as modificações ocorridas após a vigência do texto necessitem de uma nova adequabilidade.

As variações linguísticas, os múltiplos significados dos signos, as vagezas, ambiguidades e indeterminações (intencionais ou não) dos textos jurídicos causam incerteza e insegurança aos jurisdicionados. Mas a descrição da moldura por Hans Kelsen se mostra relevante a partir do momento que traz a solução do problema, reconhecendo o ato de vontade de escolha do intérprete juiz e conferindo-lhe o poder de dar sentido aos enunciados normativos mediante a avaliação dos matizes de cada caso concreto frente às várias possibilidades de interpretação, abrindo-se o caminho de sua função criadora. Podemos dizer que o técnico e o humano devem ser ponderados conjuntamente para que a prática forense não reste inviabilizada.

Enfim, diante de todas essas ponderações, cremos que, contrariando os críticos antikelsenianos, a teoria da moldura interpretativa de Kelsen, além de revolucionária, é bastante salutar e não compromete a segurança jurídica, porquanto admite o envolvimento subjetivo do aplicador do Direito no ato de interpretação normativa, solucionando casos de indeterminação das normas jurídicas, oferecendo, assim, a tutela jurisdicional mais adequada às partes e em consonância com a realidade apresentada no caso concreto.

7 A moldura de Kelsen à luz dos Direitos Humanos

Tendo em conta que a teoria da moldura de Kelsen considera, no ato de interpretação das normas, a soma do ato cognoscitivo mais o ato de vontade do aplicador do Direito para dar sentido aos enunciados normativos, pensamos que tal dinâmica, ao contrário das críticas de seus opositores, vem contribuir em muito na interpretação nas normas dos direitos humanos, viabilizando uma tutela jurisdicional protetiva mais ampla de tais direitos.

Isso porque, deixando de lado o extremo literalismo da Escola Exegética de que a norma possui significado unívoco e que por isso a função do juiz, enquanto intérprete da lei, é de simples tradutor da vontade do legislador, consideramos que o aplicador do Direito possui função muito maior dentro da sociedade contemporânea, qual seja a de garantir a efetividade e o real alcance da norma jurídica. Assim, acompanhando a ótica kelseniana, o juiz deixa de ser mero tradutor da norma para figurar, também, como garantidor da efetividade de aplicação das normas à luz da realidade social contemporânea, notadamente à luz da proteção dos direitos humanos.

Atualmente, face à inevitável globalização e à vertiginosa evolução dos tempos na humanidade, o processo de hermenêutica exige hoje, do intérprete, o inarredável emprego de carga axiológica para proferir uma decisão de forma mais justa, equânime e condizente com a realidade social moderna. Ou seja, uma justa aplicação do direito

positivo depende, inexoravelmente, do emprego factual da sociologia contemporânea, sob pena de proferir uma ficção jurídica sem atender efetivamente aos preceitos constitucionais de direitos humanos.

Nesse passo, precisa e pontual é a crítica opinião de Maximiliano que assevera:

Sob qualquer dos seus aspectos, a interpretação é antes sociológica do que individual. Vai caindo em vertiginoso descrédito a doutrina oposta, que se empenha em descobrir e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. Despreza os postulados da Psicologia moderna, reduz, em demasia, o campo da Hermenêutica, assenta antes em ficção do que em verdades demonstráveis, força as pesquisas quase sempre inúteis e, em regra, não atinge a certeza colimada.²¹

Destarte, especialmente sob a ótica constitucional contemporânea, a adoção da visionária teoria kelseniana torna o Direito ainda mais democrático, vez que permite ao intérprete aplicar a norma de forma mais crítica e atual, alcançando efetivamente a realidade social presente e garantindo mais completa promoção da justiça na solução dos problemas de compreensão axiológica, face à inequívoca característica de pluralidade de signos dos direitos humanos que protege a sociedade hodierna. Não podemos negar que em pleno século XXI exige-se do intérprete da lei uma postura mais proativa, sem se descurar da moldura da lei, visando assegurar não só a aplicação da normatividade e da justiça, mas sobretudo o fiel cumprimento do papel social do Direito, fazendo-se necessário nos desapegar, portanto, da tradicional postura passiva do juiz como simples tradutor da vontade do legislador.

Conforme nos ensina Carlos Maximiliano²², a aplicação do Direito “tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”, daí porque ainda que a letra da lei seja clara e evidente, o intérprete da norma tem o desafio de suplantar as fraquezas e deficiências da lei perante as realidades sociais, notadamente frente à contemporaneidade dos direitos humanos constitucionalmente assegurados na categoria de direitos fundamentais do homem.

Segundo adverte a clássica lição de Maximiliano²³,

Todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a ideia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; *em uma palavra, subjetivar a regra objetiva*: eis a operação mental que o intérprete realiza.” (grifo nosso)

21 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21.

22 MAXIMILIANO, op. cit. p. 05.

23 MAXIMILIANO, op. cit. p. 12.

Em consideração bastante oportuna Reis Friede²⁴ pondera que “só quem realiza a interpretação judicial conhece as reais necessidades práticas e as verdadeiras dificuldades que esse sutil contato entre as leis e a realidade está, de forma permanente, a suscitar.” É como se a interpretação funcionasse como uma espécie de ponte entre a norma e realidade.

Destarte, havemos de admitir que a rigidez de uma norma é apenas aparente, ilusória, porquanto inevitavelmente dentro de uma norma há uma pluralidade de ideias e valores que, no decorrer do tempo, ganham diferentes significações que traduzem as realidades jurídicas do momento. Por fora há uma precisão, enquanto que por dentro há uma variedade de hipóteses possíveis. A norma é estática e a interpretação confere dinamicidade a ela. Ao intérprete não compete apenas saber quais as soluções possíveis, mas também decidir aquela que é a mais correta e apropriada para o caso concreto. E essa dinâmica se torna ainda mais relevante quando se trata de aplicar normas de proteção aos direitos humanos.

A dificuldade reside no fato de que não há um critério objetivamente válido para definir qual das possibilidades dentro da moldura possa ser eleita a mais correta ou melhor que outra. Nesse sentido já afirmava Kelsen que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.”²⁵ No entanto, a decisão eleita há de ser consentânea com o ordenamento constitucional e principalmente convergente aos primados e anseios dos direitos humanos, cujos Diplomas e Tratados Internacionais devem ser interpretados e aplicados sob o manto do princípio reitor da *dignidade humana* e dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

A incontestável pluralidade da sociedade contemporânea exige do intérprete da lei uma análise de intersecção jurídica, crítica e axiológica da norma, sem olvidar das preocupações e aspirações dos diversos seguimentos sociais e dos direitos humanos para proferir uma decisão justa. Por essa razão, a interpretação não pode ficar à margem da realidade social, devendo estar comprometida com as necessidades e exigências da época.

Para Maximiliano o bom intérprete é o sociólogo do Direito. E nessa toada, afirma: “Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores.”²⁶

Por derradeiro, concluímos que o ato cognoscitivo não pode extrapolar aquilo que não condiz com a realidade perceptível, razão porque podemos dizer que o Direito é um intercâmbio entre a *compreensão da norma* e a *compreensão do fato* em exame pelo

24 FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 178.

25 KELSEN, op. cit. p. 392.

26 MAXIMILIANO, op. cit. p. 129.

intérprete, de forma que a aplicação da norma ao caso concreto se aproxime o máximo possível dos valores constitucionais fundamentais e da proteção dos direitos humanos.

8 Contemporaneidade da teoria kelseniana

Não obstante a teoria da moldura interpretativa de Kelsen ter sido criada ainda nos idos de 1934, constatamos tratar-se de uma teoria bastante visionária, porquanto tal teoria ainda se revela bastante contemporânea, em pleno século XXI, à luz do Novo Código de Processo Civil (NCPC) recentemente promulgado e sancionado (Lei 13.105 de 16/03/2015) e que entrou em vigor no último dia 17/03/2016.

Conforme se depreende da citada novel legislação, o legislador ordinário atual tratou de cuidar no art. 8º do Novo CPC da regra de que o Magistrado, ao aplicar do Direito, deverá atender aos fins sociais da norma com observância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da legalidade, entre outros, *in verbis*:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Nota-se que no referido dispositivo vêm expressamente hospedados os cânones da teoria kelseniana traduzindo a regra padrão e o princípio absoluto de comportamento do Magistrado na função criadora da norma, o qual deverá observar princípios gerais e contemporâneos como critérios de aplicação do ordenamento jurídico, princípios esses hoje elevados à categoria de *normas fundamentais do processo civil*, nome do capítulo onde está inserido o mencionado artigo 8º.

A explicitação dos critérios no art. 8º do novo CPC para a aplicação do ordenamento jurídico nada mais é do que uma versão moderna e contemporânea da teoria kelseniana, posto que a imposição de “atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum” tem sustentáculo no art. 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil), enquanto que a mencionada “promoção da dignidade da pessoa humana” é calcada no art. 1º da Carta Magna de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, os hodiernos princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade” têm por escopo impedir que o magistrado pratique atos que fujam à razão e ao equilíbrio do bem comum, e, também, constituem parâmetro para a aferição da adequação e necessidade de um comando normativo²⁷, funcionando como verdadeira moldura da norma no exercício de sua função cognoscitiva e volitiva.

27 BRAGA, Fernando. Há diferenças entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade? Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga>> Acesso em: 01 mai. 2015.

Pensamos que a redação do art. 8º da atual lei 13.105/15 restaura a teoria kelseniana, agora com nova roupagem contemporânea, consolidando a inequívoca necessidade de o Magistrado, ao aplicar o Direito, fazer uma interpretação de critério político-subjetivo com livre apreciação das opções dentro de uma pluralidade de alternativas intramolduradas e com base nos critérios explicitados no novo dispositivo processual em comento.

Mais uma vez, salientamos que a segurança jurídica na aplicação do Direito reside na aplicação da justiça e não na aplicação da lei, de modo que a redação do art. 8º do novo CPC vem sedimentar, em boa hora, a genuína teoria do Mestre austríaco que muito contribui para enfrentar o grande paradoxo instalado entre a nossa atual sociedade mutante e a imutabilidade dos signos normativos.

9 Conclusão

A teoria da moldura interpretativa de Kelsen se contrapõe à tradicional Escola Exegética de interpretação que prega que o aplicador do direito esclarece o significado correto e unívoco da norma por meio de um ato meramente intelectual. A teoria kelseniana, por sua vez, defende a ideia de pluralidade de possibilidades jurídicas dentre as quais o órgão aplicador possui livre apreciação de escolha de acordo com seu ato de vontade, mas dentro dos limites da moldura da norma, aliado à operação de conhecimento cognoscitivo (cabe observar, no entanto, que Kelsen também admite a interpretação do texto normativo fora da moldura). Daí porque, para Kelsen, interpretação é ato de conhecimento mais ato de vontade, porquanto a interpretação cognoscitiva oferece alternativas possíveis de decisão através do ato de vontade.

Tal conclusão se extrai da passagem em sua obra quando afirma:

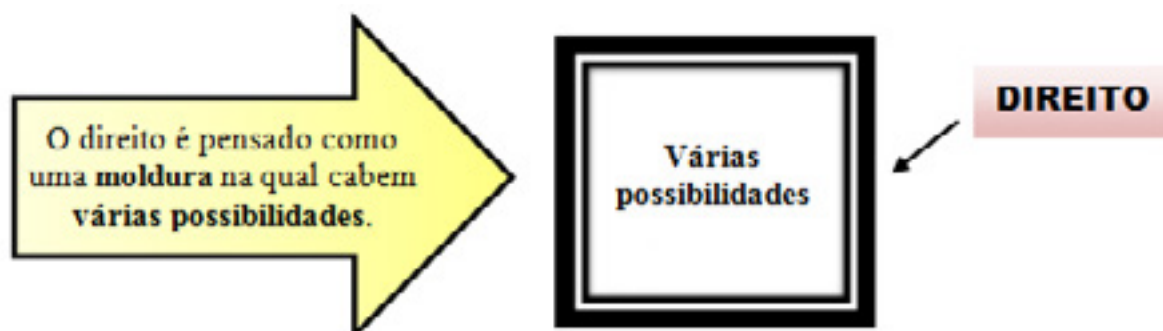
na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a *interpretação cognoscitiva* (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um *ato de vontade* em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”²⁸ (grifo nosso)

Num quadro ilustrativo teríamos que:



28 Op. cit, p. 394.

Enfim, KELSEN, mesmo admitindo uma completa indeterminação do ato jurídico (decisionismo), ao descartar qualquer possibilidade de uma determinação completa (normativismo ortodoxo), oferece uma alternativa hermenêutica: a indeterminação teria seu limite e a maneira de Kelsen expressar isso é com a noção de MOLDURA.



A moldura kelseniana é uma teoria de vanguarda que lançou duro golpe na doutrina tradicional de interpretação, visto que afastou a velha máxima de que o aplicador do Direito exerce um ato puramente intelectual para esclarecer o significado unívoco e correto da norma, defendendo, ao revés, a pluralidade de opções, dentre as quais o intérprete escolhe uma delas de acordo com sua vontade. Ou seja, Kelsen rejeitou a tradicional possibilidade de haver apenas um resultado possível, mas nem sempre o único correto, dando lugar a várias alternativas de soluções possíveis de interpretação intramolduradas, por um critério cognoscitivo aliado ao critério político-subjetivo do órgão aplicador, isto é, sem a análise da ciência do direito, porquanto todas as soluções são lógicas e igualmente possíveis.

Apesar das duras críticas da doutrina divergente, pensamos que a teoria da moldura interpretativa de Kelsen descreve objetivamente os atos de interpretação e de aplicação do Direito e, por outro lado, corresponde de forma bastante significativa ao fim social das normas jurídicas, posto que supre a vagueza, a ambiguidade e as indeterminações do ato a ser aplicado, salvaguardando o sistema normativo de um colapso jurídico.

Ademais, conforme discorrido neste trabalho, a interpretação das normas engloba também uma análise sociológica atual não podendo ficar à margem da realidade social, porquanto deve estar comprometida com as necessidades e exigências da época, objetivando atender o mais próximo possível aos primados dos direitos humanos para proferir uma decisão justa ao caso concreto. Nessa toada, a redação do art. 8º do novel Código de Processo Civil aporta em boa hora em nosso ordenamento jurídico e vem robustecer a teoria kelseniana, tornando-a contemporânea e útil aos primados da segurança jurídica de que carece nossa atual sociedade que vive em constante mutação.

10 Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, Fernando. Há diferenças entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade? Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga>> Acesso em: 01 mai. 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 16ª ed., especialmente de acordo com as leis nº 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2012.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KOEHLE, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25434-25436-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NALINI, José Renato. **Ética da magistratura: Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional**. CNJ. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, jan./jun. 2012.

GT 4 - DIREITOS DAS MINORIAS

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DAS MINORIAS.

RECOGNITION OF SOCIO-AFFECTIVE PARENTALITY AND THE EFFECTIVENESS OS MINORITIES RIGHTS

Raquel Silva Cunha Brunetto

Sumário: 1 Introdução – 2 Evolução da paternidade – 3 Princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade – 4 Paternidade e filiação socioafetiva – 5 Aspectos gerais da denominada multiparentalidade – 6 Da ótica registral – 7 Conclusão – 8 Referências

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar as pessoas que não têm a paternidade estabelecida, e são por vezes discriminadas, em situação de desigualdade com as que não se enquadram nesse cenário. Registre-se que, fala-se em paternidade, pois a maternidade não é tão invocada, em virtude de que os problemas envolvendo o reconhecimento ocorrem mais quanto ao pai, embora compreendam também os relativos à mãe. Devido à evolução social, grandes mudanças ocorreram quanto à filiação. Assim, salientaremos a parentalidade socioafetiva e multiparentalidade, uma realidade atual. Para tanto, é preciso considerar a transformação do conceito de paternidade, a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, e a atuação das serventias extrajudiciais na concretização desse direito sem maiores entraves.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade; Maternidade; Parentalidade; Transformação; Socioafetiva; Multiparentalidade.

ABSTRACT: The present article aims to analyze people who do not have paternity established, and are sometimes discriminated, in a situation of inequality with those who do not fit into this scenario. It should be noted that the term spoken of is paternity, since motherhood is not so invoked, because the problems involving recognition occur more concerning the father, although they also involve mothers. Due to social evolution, great changes occurred referring to parenthood. Thus, we will emphasize socio-affective parenting and multiparentality, a current reality. In order to do so, it is necessary to consider the transformation of the concept of paternity, the relevance of the principle of the dignity of the human person, and the performance of extrajudicial services in the realization of this right without major obstacles.

KEYWORDS: Paternity; Maternity; Parenting; Transformation; Socio-affective; Multiparentality.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a situação de discriminação em que as pessoas que não têm a paternidade estabelecida por laços biológicos se encontram e como as inovações normativas têm colaborado para viabilizar a solução dessa problemática por uma via administrativa, facilitando de forma maciça e eficaz o saneamento dessa situação.

Para o desenvolvimento dessa temática será de suma importância versar sobre a paternidade e suas nuances sociais. A maternidade não será tão invocada nessa abordagem em função de ser natural e vinculativa, relação decorrente do laço familiar criado no momento do parto.

Devido à evolução social, grandes mudanças ocorreram quanto à relação parental existente no seio das famílias, assim, salientamos a relevância do instituto da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, todas essas revestidas das reflexões motivadas pelo momento histórico em que estamos situados.

Para o alcance desse objetivo será necessária a consolidação do entendimento do conceito de paternidade e sua transformação com o decurso do tempo e mutações sociais percebidas em confronto com os ditames legais atualmente vigentes e, precipuamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e, conclusivamente, o respaldo jurídico existente para a atuação das serventias extrajudiciais na consagração do direito das pessoas que se encontram nessa situação, salvaguardando a solução desses conflitos das complexas e morosas consequências da judicialização das demandas dessa espécie.

2 Evolução da paternidade

Ao tratar da socioafetividade é importante considerar a evolução da paternidade.

Em um primeiro momento viveu o Brasil, na época do Império, a paternidade legal ou jurídica. Essa paternidade, que imperou do final do século XIX e quase ao longo do século XX, partia da ideia de que pai seria aquele que o legislador entendesse ser o pai, ou seja, caberia ao legislador dizer quem é pai.

O Código Civil de 1916, nos artigos 338, 339 e 342, estabelecia quase de forma absoluta que pai seria por presunção o marido da genitora, pois o casamento era a única forma de constituição de família. Hoje ainda prevalece na lei civil essa presunção, porém, de com vinculação relativa e, portanto, admitindo-se prova em contrário.

Em um segundo momento, no ano de 1984, na Inglaterra, Alec Jeffreys, médico, identificou uma forma de individualizar pessoas pelo exame de DNA. Assim, a paternidade legal ou jurídica, embora não tenha deixado de existir, passou a ser relativizada.

Passou a ser substituída por uma nova forma de viver a paternidade e entramos na denominada era da chamada paternidade biológica ou científica.

O direito percebeu que não caberia ao legislador dizer quem é o pai. Cunhou-se a ideia de que pai não seria necessariamente o marido da genitora, seria aquele que gerou o filho. O genitor confundiu-se com a figura do pai.

No início da década de 1980, João Batista Vilela já levantava a advertência: precisamos desbiologizar o direito de família. Não significa desaparecer a paternidade biológica, mas desenvolver a percepção de que a paternidade biológica não é suficiente para reconhecer a divina figura do pai ou da mãe. Significa que, em alguns casos, ser pai ou mãe não é simplesmente ser genitor. É criar com afeto, amor.

A partir do processo de constitucionalização do direito de família, que se a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passamos a viver uma nova fase da paternidade no Brasil: a paternidade socioafetiva.

Este é o atual entendimento e não significa o desaparecimento da paternidade biológica, mas sim expressa a consciência de que ser pai ou mãe não é algo a ser determinado pela biologia. Em determinadas situações a verdade afetiva pode se sobrepor à verdade biológica.

Essas três etapas não significam fases estanques, elas se comunicam. Uma não faz com que a outra desapareça, é uma questão de influência.

Assim, a teoria da socioafetividade não quer o desaparecimento da verdade biológica. Sustenta que, na perspectiva da dignidade, a verdade afetiva pode em determinadas situações sobrepor-se à biológica. Paternidade socioafetiva pressupõe uma paternidade construída ao longo dos anos, que a difere da adoção, o que não fará com que esta desapareça; são institutos distintos.

Nesta linha, a doutrina já admite ação declaratória de paternidade socioafetiva. Ademais, três Estados da Federação (Maranhão, Pernambuco e Ceará) têm provimento de suas respectivas Corregedorias Gerais da Justiça, possibilitando o reconhecimento da paternidade socioafetiva diretamente em cartório, desde que a criança esteja registrada apenas em nome de um dos genitores. No entanto, referido procedimento é submetido à apreciação do Juiz Corregedor Permanente da Comarca, com vistas ao representante do Ministério Público. O andamento do processo de reconhecimento se dá pela via administrativa, e não jurisdicional, o que permite uma certa celeridade.

No intuito de explorar o tema, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça não adotou a teoria da socioafetividade da noite para o dia, pois encontram-se referenciais de que foram sendo reconhecidas ao longo do tempo, como nas duas ementas a seguir:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do

intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido.¹

Ementa: Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Reconhecimento de Paternidade e Maternidade Socioafetiva. Possibilidade. Demonstração. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA, afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.²

Consigne-se, por fim, o paradigmático julgamento acerca do tema proferido pela Suprema Corte, em que foi reconhecida repercussão geral:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226,

¹ REsp 1244957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, Dje 27/09/2012.

² REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, Dje 15/09/2011.

§ 3o, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4o, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6o, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7o, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Sumula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1o, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3o) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4o), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6o). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação

não- reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI no. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas conseqüências patrimoniais e extrapatrimoniais”.³

A evolução do conceito de paternidade privilegiou a efetividade da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que deve nortear a interpretação de qualquer norma.

3 RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

3 Princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade

No tocante ao tema, o direito desta minoria em regularizar o vínculo de afeto está alicerçado nos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade. O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

A respeito do assunto destaca-se o entendimento de Flávio Tartuce:

Enuncia o art. 1.º, III, da CF/1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto..., 2001). Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada.⁴

Nessa linha, vale ressaltar a citação do filósofo Kant feita por Victor Santos Queiroz, na qual o autor conceitua dignidade como sendo a qualidade daquilo que não tem preço e a sua atribuição ao ser humano, justamente porque não é instrumento, senão um fim em si mesmo⁵:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.

O princípio da isonomia, igualdade da norma, também é valor e o direito procura concretizar o valor da igualdade nos relacionamentos humanos, traduzida essa concretização em normas criadoras de igualdade.

Do contexto destaca-se a apreensão do autor acima citado:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com

4 TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 6-7.

5 QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo, comuns em passado não tão remoto*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.⁶

De alguma maneira, a história da humanidade é a história da luta pela igualdade. E havendo normas com igualdade as pessoas se tornam mais iguais nos comportamentos, de felicidade, de dignidade.

O direito tem como finalidades organizar a sociedade, limitar o poder e justificar as relações, ou seja, tornar mais justas as relações jurídicas.

Ademais, é importante pensar no princípio jurídico da igualdade, a fim de encaixá-lo nas três finalidades acima e, dessa maneira, regular as relações sociais com igualdade. Uma das maneiras de tornar mais justas as relações jurídicas é criar relacionamentos humanos mais iguais.

Nesta toada, ainda há de se considerar o princípio da solidariedade. A respeito, destaca-se o disposto por Flávio Tartuce:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.o, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba por repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. A importância da solidariedade social é tamanha que o princípio constituiu a temática principal do *VI Congresso Brasileiro do IBDFAM*, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007. Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de *responder* pelo outro, de *preocupar-se* e de *cuidar* de outra pessoa.⁷

O reconhecimento de que todos os filhos são iguais, independentemente da origem que tenham, é expressão máxima do princípio da igualdade.

4 Paternidade e filiação socioafetiva

O artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal consagra um princípio que foi uma conquista: igualdade plena entre todos os filhos; não há mais espaço para a distinção entre filiação legítima e ilegítima.

⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 15-16.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 13.

Desta forma, qualquer investigação no campo da filiação deve partir do princípio constitucional da isonomia. O Superior Tribunal Justiça já admitiu e a doutrina admite que mesmo o filho adotivo é filho como qualquer filho, porém querendo pode investigar sua verdade e origem biológica.

Nesse contexto, torna-se oportuno consignar as palavras de Flávio Tartuce sobre o assunto:

Determina o artigo 227, parágrafo 6º, da CF/1988 que os “filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do CC/2002 tem exatamente a mesma redação, consagrando ambos os dispositivos o princípio da igualdade entre os filhos.⁸ (TARTUCE, 2014, p.15).

Ressalta-se que o direito brasileiro admite que o filho adotivo possa investigar sua verdade biológica para, com base no direito constitucional à identidade, descobri-la. Permite-se que busque apenas a verdade biológica, mas não que possa extrair através disso efeitos outros como direito à herança e alimentos.

Para melhor compreensão do assunto cumpre apontar a ementa a seguir do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. ADOTADO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. - A pessoa adotada não é impedida de exercer ação de investigação de paternidade para conhecer sua verdade biológica. - Inadmissível recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. - Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.⁹

O exposto é a posição assentada no Brasil até o momento.

No entanto, vale assinalar que existe uma tese, ideia inovadora, do autor Rolf Madaleno, intitulada de “paternidade alimentar” - que até então não encontrei nenhum julgado em que tenha sido aplicada. Todavia, há um acórdão contra ela. Ele sustenta que, em situações excepcionais, o filho socioafetivo poderá buscar a verdade biológica para também conseguir do pai biológico pensão alimentícia, caso seu pai não tenha condições de contribuir com os alimentos, por ser pobre. Seria a dignidade em suas duas versões: busca da verdade biológica e paternidade alimentar, se o pai for pobre. Contudo, o direito brasileiro não tem admitido essa situação.

Assim, o filho adotado ou socioafetivo tem os pais estabelecidos no registro de nascimento, os quais têm o dever de sustentá-lo. Não obstante, o descendente tem o

8 TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 15.

9 AgRg no Ag 942.352/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2007, DJ 08/02/2008, p. 678.

direito de buscar a sua verdade biológica. O que autor acima sustenta é que, em situações excepcionais, o filho socioafetivo poderá buscar a verdade biológica para também conseguir do pai biológico pensão alimentícia, caso o pai seja não tenha condições financeiras para mantê-lo.

Desta feita, ser pai e ser mãe é muito mais do que gerar. O surgimento do exame de DNA foi um facilitador da demanda de investigação de paternidade e é a principal prova na instrução da demanda investigatória. A lei 12.004/09, na linha da súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que a recusa injustificada do réu em se submeter ao exame de DNA gera presunção relativa de paternidade.

Impende observar que no campo do direito processual civil, no âmbito da investigação de paternidade, a sentença não transita materialmente em julgado. Assim, se o exame de DNA não for realizado, a causa poderá ser rediscutida.

Nota-se que a maternidade não é tão invocada quando se fala neste assunto, pois os problemas envolvendo o reconhecimento são mais recorrentes quanto ao pai, embora também compreendam a maternidade.

Registrem-se, ainda, dois fatos verídicos ocorridos no Paraná. No primeiro, um pai havia feito uma adoção à brasileira. Consigne-se que esta não é permitida, pois a conduta configura o crime de parto suposto; entretanto, é bem verdade que cabe perdão judicial e pode ocorrer a prescrição. O pai morreu e os quatro filhos biológicos se reuniram no inventário para impugnar o registro de nascimento.

No segundo acontecimento, um pai registrou um filho como se fosse dele (também a denominada adoção à brasileira) e o criou a vida inteira, por quase quarenta anos. Eles brigaram e o pai bateu às portas do Judiciário alegando que queria confessar que aquela criança que registrou não era seu filho.

Nos dois casos a doutrina é firme e o Tribunal negou os pedidos propostos com base na paternidade socioafetiva, pois ao longo de décadas a paternidade foi construída com base no cimento da afetividade. Assim, nos dois casos prevaleceu a verdade afetiva sobre a paternidade biológica.

Enfim, importante trazer a citação feita por Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, parágrafo 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de

10 LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. V. XXVI, p. 42.

direitos (art. 227, parágrafos 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art. 226, parágrafo 4º); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).

O reconhecimento da parentalidade socioafetiva abre caminho para o reconhecimento da multiparentalidade.

5 Aspectos gerais da denominada multiparentalidade

Diante da temática apresentada, não há como não falar sobre a multiparentalidade, ainda que em linhas gerais. A doutrina já admite ação declaratória de paternidade socioafetiva mesmo que a paternidade e a maternidade estejam estabelecidas. Para tanto, a mãe ou o pai biológico são citados e, em sendo o caso, o juiz cancela a parentalidade biológica e determina que no registro conste a paternidade ou a maternidade socioafetiva.

É o direito de família que se reconstrói em novas bases. Assim, não é possível deixar de fazer referência à multiparentalidade - tema que tem ganhado importância. Há um precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como outros em Rondônia, Acre e Rio de Janeiro.

No caso em que diz respeito ao do Estado de São Paulo, a mãe biológica morreu no parto, o pai veio a casar-se novamente e a criança também foi criada pela madrasta. Ao crescer ingressou com a ação, na qual disse que sua mãe faleceu num gesto de amor, no parto, e ela é minha mãe, mas ao longo da minha vida quem me criou foi minha madrasta. Quero ter o direito de tê-las em meu registro. Família não é um conceito fechado que se esgota em um núcleo prévio, nenhuma família é igual a outra.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando a Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286,¹¹ admitiu, em julgado emblemático, a tese da multiparentalidade: de se fazer constar simultaneamente no registro o nome de dois pais ou de duas mães. Nesse caso há uma justificativa com base no afeto, admitida desde que haja uma justificativa calçada no afeto simultaneamente:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua

11 TJSP; Apelação 0006422-26.2011.8.26.0286; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/08/2012; Data de Registro: 14/08/2012.

base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido.

Cumpra observar que essa teoria por via oblíqua reforça a doutrina da homoafetividade no campo da adoção, podendo constar no registro o nome de dois pais ou duas mães, pois a vida é muito mais profunda do que a realidade formal e fria de nossos livros.

Nessa linha, vale anotar relevante decisão do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a temática da multiparentalidade, em que foi atribuída repercussão geral em setembro deste ano, por maioria. Assim, estabeleceu-se diretriz que servirá de parâmetro para casos semelhantes.

A tese aprovada, no tema 622 da Suprema Corte, tem o seguinte teor: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Destarte, frisa-se a colocação de Ricardo Calderón:

A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica de dois pais.¹²

A partir do afeto alicerçado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade, há de se inferir que a criança tem o direito de ver juridicamente estabelecida a parentalidade socioafetiva e, conseqüentemente, conquiste o direito de ter esse pai ou mãe cumprindo suas funções.

É certo que o mais correto para tanto seria uma alteração legislativa que previsse esse direito fundamental. Mas enquanto isso, a sociedade não pode fechar os olhos para essa realidade.

Nessa trilha, há Estados em que existe expressa previsão normativa da averbação de reconhecimento de filho socioafetivo diretamente pelo serviço de registro civil das pessoas naturais, desde que não haja paternidade ou maternidade estabelecida, tal como em Pernambuco (Provimento 09/2013), Maranhão (Provimento 21/2013) e Ceará (Portaria 15/2013).

Assim, toda criança tem o direito à parentalidade, na medida em que ela é respeitada. A criança tem direito ao pai biológico e tem direito ao pai afetivo, porque o afetivo é que assume a condição do pai biológico, assume as obrigações constitucionais de manter o filho, é um direito constitucional da criança.

¹² CALDERÓN, Ricardo. Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Isso vem da ideia de que a socioafetividade é possível, pois a dignidade e a igualdade redundam imperativos constitucionais,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O *caput* do artigo 227, acima transcrito, traz o dever da família, composta, dentre suas várias formas, também pelos pais. Disso decorrem todas as consequências constitucionais e legais. Ainda, em seu parágrafo 6º, trata da vedação à discriminação, ou seja, filho é filho, independentemente da origem.

Diante das prescrições constitucionais, as normas infraconstitucionais, a doutrina e a jurisprudência caminham a fim de atingir os pressupostos constitucionais e acompanhar a evolução social, o que deve servir de alerta a nossos legisladores no sentido de normatizar a questão com o fito de gerar maior segurança jurídica.

O estabelecimento da parentalidade socioafetiva tem reflexo direto nos registros civis das pessoas naturais.

6 Da ótica registral

Do tema proposto, é inegável a necessidade de tratar do aspecto registral do reconhecimento da paternidade. Reconhecimento este previsto no artigo 1.607 e seguintes do Código Civil, dispositivos legais que não propõem que o reconhecimento se aplique apenas a filhos biológicos; destarte não proíbem o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Vale lembrar que o Conselho Nacional de Justiça em fevereiro de 2012 editou o Provimento n. 16 a fim de facilitar o reconhecimento da paternidade na via administrativa, perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Dessa forma, para melhor compreensão do assunto é de suma relevância o comentário de Mario de Carvalho Camargo Neto:

Tão clara está a socioafetividade como fonte da filiação, que não se vislumbram justos nem razoáveis motivos para permitir que a filiação biológica tenha um procedimento célere e módico para ganhar proteção jurídica nos registros públicos e a filiação socioafetiva não o tenha. Poderia argumentar-se que o cartório não tem elementos para aferir, no caso concreto, se existe a relação de socioafetividade, que fundamentaria a paternidade. No entanto, tampouco tem o cartório esse rigor no caso da paternidade biológica. Não se exige qualquer comprovação para firmar a filiação biológica, porque se exigiria para o caso da filiação socioafetiva?¹³

Ademais o autor acima referido cuida do que fora assinalado a respeito da adoção:

13 CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais**: parte geral e registro de nascimento. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 236.

A diferença entre a adoção e o reconhecimento de filho é que, na primeira, constitui-se, por sentença, um novo vínculo jurídico, até então inexistente e do qual se espera que surja um vínculo afetivo. Já no reconhecimento de filho há uma declaração acerca de um vínculo (biológico ou afetivo) já existente; declaração essa que é acolhida pelo sistema de registros públicos, para que então ganhe validade e eficácia jurídicas, ou seja, para que passe a gozar da fé pública que emana dos registros públicos.¹⁴

Conforme já salientado, três Estados da Federação possuem provimentos regulamentando o procedimento do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, nos quais dispensam a manifestação do Ministério Público e despacho judicial, inclusive criam regras próprias que excepcionam as regras gerais estabelecidas no Provimento 16/2012 do Conselho Nacional de Justiça.

No Estado de São Paulo não há provimento, mas a Corregedora-Geral da Justiça autorizou, em caso concreto, a averbação do reconhecimento de paternidade socioafetiva, em parecer de autoria do MM. Juiz Luciano Gonçalves Paes Leme, aprovado pelo Desembargador e Corregedor-Geral da Justiça, Dr. José Renato Nalini.¹⁵

Cumprir registrar que a Lei de Registros Públicos (6.015/73) no Capítulo IV, da publicidade, tem a seguinte previsão:

Art. 21. Sempre que houver qualquer alteração posterior ao ato cuja certidão é pedida, deve o Oficial mencioná-la, obrigatoriamente, não obstante as especificações do pedido, sob pena de responsabilidade civil e penal, ressalvado o disposto nos artigos 45 e 95.
Parágrafo único. A alteração a que se refere este artigo deverá ser anotada na própria certidão, contendo a inscrição de que “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo.

Nesse seguimento as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São, no Capítulo XVII, item 47.7.1. dispõem o seguinte:

A alteração decorrente de legitimação, legitimação adotiva, proteção à testemunha, reconhecimento de paternidade, alteração de patronímico e adoção deverá ser incluída na própria certidão, mas neste caso proibido o uso da inscrição de que “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo”, e, igualmente, proibida a menção sobre a origem do ato.

Diante das disposições legislativas convém, no caso do reconhecimento da socioafetividade, constar na averbação a ser realizada no nascimento a referência de que se trata de parentalidade socioafetiva, a fim de que o registro cumpra sua função e exprima a realidade dos fatos. No entanto, na certidão breve relatório, faz-se as alterações

14 CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais**: parte geral e registro de nascimento. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 237.

15 Parecer 562/2013-E- Processo n. 2012/73960 – j. 19-12-2-13 e *DJe* 14-1-2014

necessárias, sem constar que a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo.

7 Conclusão

Após profunda análise do referencial teórico percorrido podemos concluir que a parentalidade está alicerçada no direito fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como na igualdade emanada pelo artigo 5º do texto constitucional de 1988. Ademais, destacamos que o vigente Código Civil se preocupou em tratar, em capítulo próprio, dos Direitos da Personalidade com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 e na Constituição Federal.

Nesse tom, apesar de discussões doutrinárias a respeito da parentalidade, a recente decisão com repercussão geral da Suprema Corte a respeito da socioafetividade e multiparentalidade transforma o panorama a respeito do assunto dando valor ao fato de que a vida, o amor, o afeto e a dignidade são infinitamente superiores aos costumes sociais que podem vir a obstar os seus aperfeiçoamentos.

Por fim, ter a paternidade, mesmo que socioafetiva ou multiparental, estabelecida em sua certidão de nascimento assegura aos cidadãos direitos decorrente da filiação, tanto relativos aos proveitos hereditários, quer às prestações alimentares. Assim, aquele que não é seu pai biológico, mas que se comporta como tal, tanto afetivamente, quanto socialmente, deve assumir, não só socialmente, mas também juridicamente, a responsabilidade por essa relação construída no seio familiar e que, de forma direta, cria expectativas na criança, que é um ser em desenvolvimento, que é carente e necessitado de segurança e estabilidade em sua criação.

8 Referências

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais: parte geral e registro de nascimento**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. V. XXVI.

PELUSO, Cezar (coordenador). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. 6. ed. Barueri; São Paulo: Manole, 2012.

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CASAMENTO HOMOAFETIVO COMO COM CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DAS MINORIAS

HOMOSEXUAL MARRIAGE AS THE IMPLEMENTATION OF MINORITY RIGHTS

Renata Gomes Paiva
Kareen Zanotti De Munno

Sumário: 1 Introdução – 2 A união homoafetiva no direito brasileiro – 3 Do embasamento constitucional principiológico – 4 Evolução da jurisprudência – 5 O novo conceito de família – 6 A situação do homossexualismo como minoria a ser protegida – 7 O Judiciário como critério de conveniência – 8 Conclusão – 9 Referências

RESUMO: A discriminação no âmbito judicial e social das uniões homoafetivas perdurou por anos, tornando-as relações marginalizadas pertencentes ao grupo das minorias que demandam proteção estatal. Inicialmente tais relações foram tratadas pela jurisprudência como sociedades de fato, sem a consideração do afeto existente entre seus integrantes. A mudança de entendimento pelos Tribunais possibilitou seu reconhecimento como entidades familiares, passíveis de serem convertidas em casamento. O afeto passou a ser o fator que identifica a formação da família e a identidade sexual de seus componentes deixou de ser fator determinante para sua formalização. Embora a proteção estatal tenha sido efetivada pela via judicial, o texto legal constitucional e infraconstitucional não sofreu alteração para incluir, expressamente, o reconhecimento de tais uniões.

PALAVRAS-CHAVE: União homoafetiva. Casamento homoafetivo. Minorias.

ABSTRACT: The discrimination in the judicial and social spheres of homosexual unions lasted for years, making them marginalized relations belonging to the minority group, which demands state protection. Initially such relationships were treated by jurisprudence as de facto societies, without considering the affection existing among its members. The change in understanding of jurisprudence made it possible to recognize them as family entities, which could be converted into marriage. Affection became the factor that identifies the formation of the family and the sexual identity of its components ceased to be a determining factor for its formalization. Although state protection has been affected by judicial means, the constitutional and infra constitutional legal text has not changed to expressly include the recognition of such unions.

KEYWORDS: Homosexual union. Homosexual marriage. Minorities

1 Introdução

Na Antiguidade, em Roma, na Grécia e em outras civilizações, a relação homoafetiva não era condenada. A sexualidade não era relevante socialmente, mas sim o estado que o indivíduo representava na sociedade.

Afirma Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹ que

os gregos cortejavam os meninos, a fim de persuadi-los a reconhecer sua honra e boas intenções; para os romanos, o amor por meninos livres era proibido; era-lhes permitido apenas o relacionamento com meninos escravos.

Como início da era cristã, surgiram as primeiras leis repudiando o homossexualismo, inspiradas não somente nas ideias religiosas, mas também na necessidade de se repovoar a Europa, vez que epidemias causaram uma diminuição da população.

Já no século XIX os relacionamentos homoafetivos passaram a ser compreendidos como doença, deixando de terem o peso de pecados.

Gilberto Moreno Talavera cita, sobre o termo homossexualidade:

A palavra apareceu pela primeira vez em 1890, utilizada por Charles Gilbert Chaddock, tradutor de *Psycopathia Sexualis*, de Richard Von Krafft-Ebing. Anteriormente, usava-se o termo 'inversão' para designar essas pessoas. No Brasil, eram utilizados os termos 'sodomita', 'uranista' e para a mulher homossexual, o termo 'tríbade'.²

Somente no fim do século XX a medicina deixou de considerar a homossexualidade uma patologia. A Organização Mundial de Saúde excluiu-a de sua classificação internacional de doenças em 1993. No Brasil, a Resolução nº 01/99, de 22 de março de 1999, do Conselho Federal de Psicologia, em seus *consideranda*, afirma que "a escolha por pessoas do mesmo sexo não é moléstia, desvio psicológico ou perversão".

Contudo, ainda hoje, em países muçulmanos a homossexualidade é considerada crime, com penas que podem levar à prisão perpétua e à pena de morte.

Antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, alguns doutrinadores ainda explanavam opinião contrária ao reconhecimento da relação homoafetiva como passível de configurar união estável: "União sexual que jamais ensejará a configuração do companheirismo é a relação mantida entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradoura, contínua, única e informal".³

1 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**. São Paulo: Método, 2008, p.45.

2 TALAVERA, Gilberto Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.45.

3 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.544.

Rodrigo da Cunha Pereira situou bem o processo histórico pelo qual passamos, dizendo que

é o mesmo pelo qual passou o concubinato/união estável heteroafetiva. Até a Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência debatiam se tal instituto deveria ser tratado no campo do Direito de Família ou das Obrigações. Esta era a forma conservadora de não se admitir outra possibilidade de constituição de família sem o selo da oficialidade do casamento. O cerne dessas argumentações é sempre de cunho moral e religioso. É o mesmo discurso que excluía filhos e famílias fora do casamento até 1988, dando-lhes a pecha de ilegítimos.⁴

No Brasil, as pessoas com orientação sexual diversa da concepção tradicional enfrentaram grande discriminação com relação ao seu direito de constituir família. O acesso ao reconhecimento formal era negado, inclusive quanto à sua constituição por meio da união estável. Isso gerava inúmeros problemas, especialmente com relação à sucessão, direitos previdenciários, direito à propriedade, e até mesmo com relação à guarda dos filhos que, na maioria das vezes, eram adotados por apenas um dos conviventes.

2 A união homoafetiva no direito brasileiro

Se de um lado nosso ordenamento não proíbe, também é verdade que não regulamenta especificamente as uniões homoafetivas.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) há anos reconhece o companheiro homoafetivo como dependente do segurado vinculado à autarquia, porém o faz sem que tenha havido qualquer alteração legislativa que fundamente tal reconhecimento.

A Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha) trata da proteção integral à mulher, independentemente de sua opção sexual:

Art. 2ª Toda mulher, **independentemente de** classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (grifo nosso)

Art. 5ª Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (grifo nosso)

Por conta destes dispositivos há o entendimento de que a Lei nº 11.340/2006 aplica-se também às relações homoafetivas, ainda que não sejam entre mulheres e sim homens. Pelo princípio constitucional da igualdade, não seria possível interpretar-se a lei de forma a proteger somente as mulheres.

Após o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, em 05.05.2011, no qual houve o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 175/2013, regulamentando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Assim, atualmente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é realizado nos mesmos moldes do casamento heteroafetivo, sem qualquer distinção.

Se a família é um fato cultural, e não natural, se a paternidade e a maternidade são funções exercidas, é perfeitamente possível constituir-se uniões conjugais entre pessoas do mesmo sexo.⁵

Com o objetivo de dar amparo jurídico a uma realidade bastante presente na sociedade brasileira e admitida pela jurisprudência, o texto constitucional de 1988 reconheceu, dentre as formas de entidade familiar, a união estável, assegurando-lhe especial proteção do Estado, assim como a possibilidade de sua conversão em casamento.

Segundo conceitua o art. 1723 do Código Civil, a união estável consiste na união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Da análise deste conceito, poderia concluir-se que, para o estabelecimento e a conversão da união estável em casamento, exigir-se-ia a diversidade de sexo entre os conviventes. Esta exigência, contudo, foi superada a partir da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/

5 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015

RJ, em maio de 2011, a partir da qual se passou a admitir a união estável homoafetiva, justificando-a, para tanto, no direito à igualdade e na dignidade da pessoa humana.

Em outubro do mesmo ano o Superior Tribunal de Justiça julgou possível a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo e, em consonância com referidas decisões, o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo deliberou de forma favorável, em diversos julgados, acerca da conversão da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Antes mesmo da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já havia alterado as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça para acrescentar a possibilidade de realização de casamentos civis homoafetivos: “88. Aplicar-se-ão ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção”.

Por fim, o enunciado nº 524 da V Jornada de Direito Civil, que ocorreu em 2012, também trata do assunto: “As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família”.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional brasileiro o Estatuto da Família (Projeto de Lei 6.583/2013), que já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e agora se encontra em poder do Senado para aprovação ou não. Esse projeto de lei exclui do conceito de família as uniões homoafetivas. O conceito de família é dado por esse Estatuto da seguinte maneira:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Essa redação marca um retrocesso aos conceitos que foram a base para a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal com relação às uniões homoafetivas. Resta saber se a proposta legislativa será efetivada dessa maneira e como os tribunais interpretarão essa restrição.

3 Do embasamento constitucional principiológico

Dois grandes princípios constitucionais embasaram a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal: a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Desses dois princípios decorrem outros tantos e, dentre eles nos cabe salientar a questão da não discriminação, a obrigação de se respeitar os direitos e dignidade das minorias.

O Ministro Luís Roberto Barroso reafirma a importância de se tratar a dignidade como um princípio:

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos. Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Além disso, seu papel no sistema jurídico difere do das regras, na medida em que eles se irradiam por outras normas, condicionando seu sentido e alcance.⁶

A Constituição Federal brasileira de 1988, garantindo a todos seus direitos fundamentais, tutelou a liberdade, igualdade, privacidade, dentre outros. Esses direitos visam proteger a compreensão pessoal do indivíduo, bem como sua identidade sexual, proibindo qualquer tipo de discriminação.

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.⁷

Nos termos do artigo 5º da Constituição Federal é assegurado que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”.

O princípio da igualdade deu embasamento para as decisões judiciais que mudaram o conceito de família e contemplaram as uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratando a todos com isonomia, sem discriminação alguma, em especial, sem preconceitos de origem sexual. Nesse sentido:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família.⁸

6 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12.

7 DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53_liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53_liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

8 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

Com o fundamento, principalmente, nos princípios acima destacados, a jurisprudência nacional evoluiu, trazendo para o Direito de Família a tutela dessas relações.

4 Evolução da jurisprudência

Antes mesmo da votação conjunta pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, julgada em 05.05.2011, alguns Tribunais já proferiam decisões que encampavam o reconhecimento da união homoafetiva como união em tudo igual à união entre pessoas de sexo oposto:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o fato a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de Lei específica sobre o tema não implica a ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves” (TJRS. Acórdão nº 70009550070, Porto Alegre, 7ª Câmara Cível, Relª Desª Maria Berenice Dias, julgado em 17-11-2004).

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Conflito negativo. Cível e família. União homoafetiva. Pedido declaratório. Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários. Ausência de discussão patrimonial. Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito. Aplicação do art. 4ª da Lei de Introdução ao Código Civil. Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Art. 227, §3º, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva. Proteção à família, em suas diversas formas de constituição. Matéria afeta ao Juízo da Família. Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado” (TJSP, Conflito de competência nº 170.046.0-6, Acórdão nº 3571525, São Paulo, Câmara Especial, Relª Desª Maria Olivia Alves, J. 16-03-2009, DJESP 30-06-2009).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao art.132, do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da Lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde à inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, contanto, derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 7. Recurso Especial conhecido e provido (STJ, REsp 820475-RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, J. 2-09-2008, DJe 16-10-2008).

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal acabou por definir a situação jurídica das uniões homoafetivas. Ele possibilitou a existência de tais uniões, tratando-as como entidades familiares e equiparando sua constituição com a da família.

Essa decisão histórica tem trechos de suma importância proferidos pelo seu relator, o Ministro Ayres Britto. Por sua relevância, transcrevemos alguns desses trechos:

Proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade (...). Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana (...)’. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art.3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’ (...). Aplicabilidade do §2º do art.5º da Constituição Federal, a

evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados' (...) Interpretação do art.1723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da 'interpretação conforme') (...) Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica (...) Interpretação não reducionista (...) Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos (...).⁹

A jurisprudência afirmou a necessidade de se repensar o conceito de família e determinar qual seria o liame entre seus componentes.

5 O novo conceito de família

Família, pensada nesse âmbito humanista, protetivo e inclusivo, define a relação ligada por amor, afeto, apoio e companheirismo. O chamado princípio da afetividade norteia as relações familiares, e é considerado hoje o principal elo entre os membros de uma família.

Assim pensa Maria Claudia Cairo Chiletto:

A concepção de família não foi fundada no casamento, eleva-se à mesma dignidade da família concebida pelo matrimônio. O que existe de comum nessas variadas concepções de família é a relação entre elas alicerçada no afeto.

A afetividade é elemento central e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da personalidade de seus membros e a promoção da dignidade de cada um de seus integrantes.¹⁰

A concepção de família trouxe evolução ao tratamento jurídico dado ao Direito de Família, que passou a ter uma relevância inegável no Direito Civil. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Com efeito, a sociedade contemporânea assiste à evolução sem precedentes do Direito de Família, até há pouco considerado ramo menor do Direito Civil, ou especialidade de segunda classe. Mostra-se inegável a passagem da família instituição para a família como núcleo de desenvolvimento da pessoa humana.¹¹

9 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ

10 CHILETTO, Maria Claudia Cairo. **União Homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2007, p. 86.

11 TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. **Revista IBDFAM, Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, nº 14, p. 11-27, mar./abr. 2016. p. 12.

A Carta Magna tem o propósito de assegurar alguns núcleos, que mesmo a maioria não pode desprezar. Negar o conceito de família a uma pessoa devido à sua orientação sexual, é o mesmo que dizer que ela não está protegida pela Constituição, dizer que ela não é cidadã.

Essa proteção foi amplamente assegurada na decisão do Supremo Tribunal Federal já mencionada¹². Nela, o Ministro Ayres Britto, disserta a respeito do artigo 226 da Constituição:

Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. (...) Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.

6 A situação do homossexualismo como minoria a ser protegida

A grande questão nesse ponto é definir se as pessoas com orientação sexual diferente da tradicional podem ser consideradas minorias. A diversidade é algo normal, mas o preconceito e a discriminação que as pessoas sofrem em virtude dessa orientação diferente, são os elementos que as torna minorias. Esse é o grande fundamento para essa classificação: o fator discriminação.

Nas palavras de Roger Raupp Rios e Flavia Piovesan:

É possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível, na medida em que existe um padrão dominante (...). Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria.¹³

O Supremo Tribunal Federal também defende que a situação das pessoas homossexuais, e por consequência as uniões homoafetivas, devem receber a proteção dada às minorias, recebendo especial enfoque do Judiciário. Em decisão judicial, o Ministro Celso de Mello proferiu o seguinte texto:

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do estado

12 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ

13 PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. A discriminação por orientação sexual. In: **Seminário Internacional "As Minorias e o Direito"**, 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJE, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

democrático de direito – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da constituição (O QUE LHE CONFERE O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (OU OMISSÕES) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na lei fundamental do Estado.¹⁴

Desse modo, essa minoria encontrou no Judiciário o alicerce para nortear a proteção constitucional das suas relações.

7 O Judiciário como critério de conveniência.

A grande crítica sobre as decisões proferidas nesse tema é a inadequação de seu implemento pelo Judiciário. Quando a realidade fática não corresponde mais à norma que a delimita, o correto é alterar a norma. O Judiciário é intérprete do texto normativo, e o Supremo Tribunal, por sua vez, é o tradutor final do texto constitucional.

Mas essa interpretação pode alterar a redação literal da norma? Essa é a grande questão.

É latente que a forma utilizada para assegurar esses direitos não é a correta para esse tipo de alteração de paradigma. Mas esse foi o meio possível. Não poderia essa minoria ser excluída da proteção jurídica apenas porque o processo legislativo não contemplou seus direitos.

Claro que a forma de demonstrar a reprovação a tudo que desagrada à maioria conservadora é condenar à invisibilidade. O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito. Tal omissão não quer dizer que são relações que não merecem a tutela jurídica.¹⁵

Embora muitos juristas entendam que deveria ser feita alteração na lei e até mesmo uma emenda constitucional para regularizar a aprovação das uniões e casamentos entre pessoas do mesmo sexo, não cabe ao operador do direito ser contra ou a favor dessa proteção conferida à essa entidade familiar. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

Temos acentuado quando nos questionam se sou contra ou a favor de direitos amplos para essas pessoas, que como um cientista social, e o

14 FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização: Aspectos positivos dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Osasco: Edifio, 2006, p. 116.

15 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

jurista o é, não se deve ser contra ou a favor. O jurista, o magistrado e o operador do Direito devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais dinâmica deles em torno das famílias contemporâneas. Toda questão sociojurídica deve ser assim avaliada.¹⁶

8 Conclusão

As uniões homoafetivas receberam tratamento isonômico pela jurisprudência. Elas foram equiparadas às outras formas de constituição de família.

A proteção dessa minoria foi absolvida pelos Tribunais brasileiros antes mesmo da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte brasileira reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, possibilitando assim, posteriormente, a interpretação que levou à sua conversão em casamento.

Embora a interpretação literal do texto normativo não permita a dilação para abarcar essas situações, temos que abrir a concepção das normas e interpretá-las conforme os princípios humanísticos que regem nossa Constituição.

A proteção da pessoa humana é preponderante e deve ser o aspecto primordial a ser analisado.

A família passou a ser conceituada e analisada sob o prisma do afeto. Esse é o elo entre seus membros. Não há valor que seja superior a isso.

A discriminação em razão de sua orientação sexual torna os homossexuais uma minoria a ser protegida. Vivendo em uma sociedade preconceituosa, essa comunidade precisa ter seus direitos e garantias assegurados.

O Direito brasileiro seguiu o caminho da jurisprudência para tornar concreta essa proteção. Entendemos que esse não é o melhor caminho, ao menos juridicamente, mas foi a opção possível, em virtude de uma difícil, ou quase impossível, regulação do tema pelo Legislativo.

9 Referências

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

CHILETTO, Maria Claudia Cairo. *União Homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2007.

¹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53_liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53_liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PIOVESAN, Flávia; RIOS, Roger Raupp. A Discriminação Por Orientação Sexual. In: Seminário Internacional "As Minorias e o Direito", 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003. 272p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

TALAVERA, Gilberto Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. **Revista IBDFAM, Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, nº 14, p. 11-27, mar./abr. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

Formato 210x 297 mm

Mancha 171x 263 mm

Tipografia Cambria 9/10/11/12/48/72

www.unifieo.br

edifieo@unifieo.br

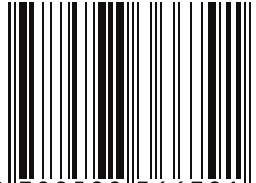
CENTRO UNIFIEO
UNIVERSITÁRIO FIEO



Edifício



ISBN 978-85-98366-79-1



9 788598 366791