

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

MARIANA AIRES ATHAYDE

**DESMISTIFICANDO A IDEIA DE LIMITE LITERAL: UMA ABORDAGEM
TEÓRICA ANTIESSENCIALISTA DAS BASES E FUNÇÕES DA LITERALIDADE
NO DISCURSO JURÍDICO**

Maceió
2021

MARIANA AIRES ATHAYDE

**DESMISTIFICANDO A IDEIA DE LIMITE LITERAL: UMA ABORDAGEM
TEÓRICA ANTIESSENCIALISTA DAS BASES E FUNÇÕES DA LITERALIDADE
NO DISCURSO JURÍDICO**

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

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

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell.

Maceió
2021

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A865d Athayde, Mariana Aires.
Desmistificando a ideia de limite literal : uma abordagem teórica antiessencialista das bases e funções da literalidade no discurso jurídico / Mariana Aires Athayde. – 2021.
102 f.

Orientador: Andreas J. Krell.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió.

Bibliografia: f. 99-102.

1. Limite literal (Direito). 2. Discurso jurídico. 3. Verdade. 4. Objetividade. 5. ônus de Argumentação. I. Título.

CDU: 340.12

Aos meus pais, à minha irmã Manaíra, à Severina e aos meus amigos, por me preencherem os dias e me apontarem a direção.

AGRADECIMENTOS

O início destes agradecimentos deve se somar aos que venho colecionando ao longo de toda uma vida. Minha irmã Manaíra Aires Athayde, desde há muito, sempre se fez ativamente presente no caminho da minha formação como acadêmica e como pessoa. Sua envergadura intelectual e seu carinho materno para comigo sempre foram os tijolos da minha estrada.

Meus pais, nesse caminhar, foram a minha substância e minha fonte de incentivo para nunca deixar de prosseguir. Deram-me tudo o que eu precisava para caminhar livremente pelas estradas que julgasse me engrandecer o espírito.

Severina, minha família por escolha, sempre me destinou o abrigo e o cuidado das coisas mais simples às mais sensíveis, para que eu me mantivesse com energia para focar em meus desafios e ideais.

Os meus amigos, que eu não vou nominar para não incorrer em injustiças, sempre me foram os impulsos complementares e essenciais para eu nunca desistir. Ao Raphael Trajano, meu eterno sustentáculo e escudeiro; à Isis de Sá, minha motivadora; à Mirian Rolim, minha conselheira; ao Felipe Feitosa, meu incentivador realista; à Nathália Ribeiro, minha incentivadora analista; ao Cesar Henrique Cicero, meu interlocutor de muitos momentos – quero agradecê-los pelas décadas de irmandade.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Andreas J. Krell, por sua altitude moral e intelectual de larga distinção. Muitos diálogos com meu orientador me provocaram, motivaram e engrandeceram. Sigo certa do prestígio que tive de deles desfrutar desde as cadeiras da Graduação até este momento. Sem diálogos daquele nível, e sem a compreensão do meu orientador, meu caminhar acadêmico não teria a mesma direção.

Minha gratidão se estende, também, aos demais professores do programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, dentre os quais Professor Dr. George Sarmento, Professor Dr. Adualdo Catão, Professora Dr.^a Elaine Pimentel, Professora Dr.^a Juliana Jota, Professor Dr. Gabriel Ivo, Professora Dr.^a Alessandra Marchioni e Professor Dr. Fábio Lins, a quem devo minha formação jurídica desde a Graduação. Sem eles não seria possível concretizar a vivência deste momento profundo de aprendizagem e construção.

A todos aqui mencionados, e muitos outros que não foram citados, mas que fazem parte da minha história, devo quem sou e quem serei neste processo de amadurecimento de vida. A vocês, que sentem e sabem, expresso aqui meus agradecimentos.

O homem é um animal amarrado a teias de significados
que ele mesmo teceu.

Clifford Geertz. *A interpretação das culturas.*

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo investigar o que constitui a base da literalidade e qual seu papel no discurso jurídico, quando afastadas as noções de uma verdade interpretativa. Essa questão, de teor filosófico, relaciona-se com a prática jurídica pelos controvertidos e reiterados posicionamentos das decisões judiciais envolvendo a noção de limite literal. Por vezes, parte dos pronunciamentos jurisdicionais subscreve a literalidade como um limite intransponível para a tomada de decisão. Por outro lado, no entanto, algumas decisões sinalizam para a possibilidade de superá-la e há, inclusive, quem questione a sua existência objetiva. Diante dessa problemática, a pesquisa procura, em um primeiro momento, nas teorias da argumentação e na pragmática, um alicerce para demonstrar que a literalidade se sustenta pelas regras de uso das palavras, cunhadas na prática social, e que se adequam e se transformam de acordo com as formas de vida. Nesse sentido, a literalidade se mostra plástica, mas mantém um alicerce seguro nas regras de uso. Em um segundo momento, a dissertação busca demonstrar que esse dinamismo da literalidade não torna inócuo seu papel, construindo elementos para sinalizar seu funcionamento enquanto um ônus argumentativo forte para quem pretenda desafiá-la. Em outras palavras, a literalidade não é um verdadeiro limite. Porém, funciona impondo ao intérprete o desenvolvimento de argumentos plausíveis para justificar uma decisão fora de suas margens. Assim, a pesquisa chega a um caminho relativista moderado para a literalidade, importante para se pensar em formas atuais de equalizar segurança jurídica e o enfrentamento dos novos conflitos sociais.

Palavras-chave: Limite literal. Verdade. Objetividade. Argumentação jurídica. Ônus de argumentação.

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate what constitutes the basis of literalism and what is its role in legal discourse, when the notions of an interpretive truth are removed. This question, philosophically grounded, is related to the legal practice by the controversial and reiterated positions of judicial decisions involving the notion of literal meaning. Part of the jurisdictional pronouncements subscribes to literalism as an insurmountable limit for decision making. On the other hand, some decisions signal the possibility of overcoming it and there are even those who question its objective existence. Faced with these issues, the research, at first, looks for a foundation in the theories of argumentation and pragmatics to demonstrate that literalism is supported by the rules of use of words, coined in social practice, and that adapt and change according to the life forms. In this sense, literalism is plastic, but it maintains a secure foundation in the rules of use. In a second moment, this dissertation demonstrates that this dynamism of literalism does not render its role innocuous, building elements to signal its functioning as a strong argumentative burden for those who intend to challenge it. In other words, literalism is not a real limit. However, it works by imposing on the interpreter the development of plausible arguments to justify a decision outside its limits. Thus, the research reaches a moderate relativist path to literalism, which is important for thinking about current ways of equalizing legal security and facing new social conflicts.

Keywords: Literal meaning. Truth. Objectivity. Legal argumentation. Burden of argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 SOBRE UMA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA ANTIMETAFÍSICA PARA UM TRATAMENTO ARGUMENTATIVO DA LITERALIDADE NO DIREITO: O ABANDONO DA LINGUAGEM COMO REPRESENTAÇÃO DO MUNDO	15
1.1 Introdução.....	15
1.2 A noção argumentativa do Direito como antiessencialista: um ponto de partida para investigar a relação entre a aplicação da norma jurídica e o texto da lei <i>lato sensu</i>	16
1.3 Representacionismo platônico e a primeira fase do giro linguístico: a linguagem como representação da realidade.....	25
1.4 A virada pragmática wittgensteiniana: uma ruptura com a tradição representacionista e uma abordagem complexa da linguagem.....	29
1.5 A noção de forma de vida: um alicerce diante da contingência da linguagem	32
2 A REABILITAÇÃO DA SEMÂNTICA NO DIREITO: UMA NOÇÃO ARGUMENTATIVA ANTICETICISTA PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DE LITERALIDADE	36
2.1 Descoberta e justificação: uma distinção essencial	36
2.2 A literalidade enquanto limite à interpretação: o limite do teor literal da palavra	44
2.2.1 Anotações sobre as principais críticas à tese do limite semântico normativo	51
2.2.2. A fronteira do teor literal da palavra e o limite à interpretação em sentido estrito.....	54
2.2.3.O limite literal e as múltiplas possibilidades interpretativas	58
2.3 A literalidade enquanto método: interpretação literal estrita	60
2.4 Os elementos tradicionais de interpretação: os métodos sistemático, teleológico-objetivo e histórico.....	63
3 A FUNÇÃO DAS LITERALIDADES DENTRO DE UM MODELO ARGUMENTATIVO-TEÓRICO E DA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA	68
3.1 Introdução.....	68
3.2 Anotações sobre os aspectos gerais dos ônus de argumentação	68
3.3 A função de ônus argumentativo da literalidade estrita	74
3.4 A função de ônus argumentativo do limite literal	80
3.4.1 A configuração normativa-estrutural e o ônus argumentativo do limite literal.....	81
3.4.2 A dimensão autoritativa e o ônus argumentativo do limite literal	88
3.4.3 Separação dos poderes: um ponto a ser colocado em discussão diante da função de ônus do limite literal.....	92
4 CONCLUSÃO.....	96
5 REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

Em 06 de dezembro de 2020, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524 ganhou ampla visibilidade nos noticiários nacionais. O interesse do público foi motivado pelo fato dela determinar se o deputado Rodrigo Maia, com quem o presidente da república protagonizou vários conflitos, poderia ser novamente candidato à presidência da Câmara dos Deputados.

No âmbito jurídico, o ponto central da discussão gravitava em torno de definir se os artigos regimentais que autorizavam a reeleição consecutiva dos senadores e deputados aos cargos de organização interna poderiam ser considerados constitucionais diante do artigo 57, §4º, da Constituição Federal, que veda literalmente a possibilidade de reeleição sequenciada.

Defendendo a constitucionalidade, o ministro Gilmar Mendes sustentou que a interpretação literal não consegue solucionar a generalidade da questão, que “não se deixa resolver por simples mecanismo de subsunção a um fragmento de texto normativo”.¹ O ministro foi ainda mais enfático ao destacar que o direito positivo não pode antecipadamente fornecer respostas prontas para todas as situações e problemas futuros, dispondo legitimamente da estratégia de derrotabilidade do texto para proceder a certas adaptações necessárias à realidade e à finalidade constitucional,² no que foi seguido pelos ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski.

Marco Aurélio foi o primeiro a abrir a divergência. Para o ministro, diante da clareza do dispositivo constitucional e da ausência de ambiguidade, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conferir outra interpretação que não a literal, sob pena de se imiscuir no papel do legislador.³ Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o voto da ministra Cármen Lúcia enfatizou que “ao intérprete não se autoriza concluir de forma contrária aos termos expressos na Constituição”.⁴ Luís Roberto Barroso também partilhou de entendimento similar ao dos demais colegas, pontuando que “a literalidade de um texto não é a única ou a melhor forma de interpretá-lo, mas as possibilidades semânticas que o texto oferece figuram como limite ao papel do intérprete”.⁵

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-adi-reeleicao.pdf>>. Acessado em: 22 de mar. de 2021, p. 29.

²Ibidem, p. 62.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/mam-voto-reeleicao-presidencias.pdf>>, p. 05.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/2acb90e23270cf_carmen.pdf>. Acessado em: 22 de mar. de 2021, p. 21.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em:

Ao final do julgamento, o entendimento de que a literalidade limita os processos hermenêuticos acabou prevalecendo. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal parece ter sinalizado para a aceitação da tese de que “os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação”.⁶ Em outros termos, a tese se traduz na expressão de que “se o sentido literal do texto é claro e preciso, não há possibilidade de recurso a considerações de natureza moral, política, econômica”.⁷

Ocorre que essa tese parece ser um tanto quanto controvertida quando analisada em cotejo com outros entendimentos da Suprema Corte, como o proferido no histórico julgamento do Habeas Corpus n.º 152.752, de 04 de abril de 2018. O ponto de destaque dessa ação estava em definir se o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva poderia vir a ser preso ainda em segunda instância ou somente após o trânsito em julgado de decisão definitiva irrecorrível.

Neste caso, o ministro Luiz Fux afirmou que o texto da Constituição não pode ser lido de maneira literal. “Levadas às últimas consequências, essa regra [art. 5º, LVII, da Constituição Federal] e essa interpretação literal, só tem um resultado: levar o Judiciário a níveis absurdos de descrédito”.⁸ Esse entendimento foi seguido por Luís Roberto Barroso, que já havia consignado no Habeas Corpus n.º 126.292/SP que “a interpretação constitucional [...] configura uma atividade concretizadora [...] e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”.⁹

Em sentido divergente, mais uma vez, Marco Aurélio afirmou que nada pode superar o texto constitucional suficientemente claro para proibir a prisão antes do trânsito em julgado.¹⁰ Foi acompanhado por Celso de Mello, que reafirmou a incorreção da superação gramatical do texto constitucional em diversas passagens, em que fez constar expressões como “claramente estabelece, em texto inequívoco” e “estritamente prescreve o texto da Lei Fundamental”,

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/557b983b8a2a4f_barroso.pdf>. Acessado em: 22 de mar. de 2021, p. 08.

⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 326.

⁷SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 75.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 152.752**. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/stf-nega-hc-lula-reafirma-execucao-antecipada-pena-prisao>>.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 126.282**. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 07 fev. de 2016.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 152.752**. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/videos/v/na-integra-marco-aurelio-vota-para-conceder-habeas-corpus-a-lula/6636828/>>.

concluindo que “nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental”.¹¹

Em que pese a mesma heterogeneidade no posicionamento dos ministros, vista no julgamento anterior, nesta decisão, a conclusão do Supremo Tribunal Federal foi pela derrocada do teor literal do dispositivo constitucional, em sentido próximo ao que se procedeu no caso da superação dos termos homem e mulher, com o reconhecimento da união homoafetiva (ADPF 132 e ADIn 4.277).

Diante desse cenário, evidencia-se um descompasso entre o resultado dos julgamentos e, também, entre os argumentos dos ministros, o que sugere que a prática jurídica brasileira não tem observado um padrão sobre a noção e utilização do elemento literal. Por um lado, parte das decisões judiciais subscreve a literalidade como limite intransponível para a tomada de decisão. Por outro, alguns pronunciamentos judiciais abrem espaços para a possibilidade de superá-la. O que se constata, portanto, é que o entendimento sobre a literalidade e a sua função na hermenêutica jurídica está associado a uma tensão interpretativa.

Foi essa conjuntura que levou aos questionamentos originários do presente estudo: o que se pode entender por literalidade? Qual a função que ela pode assumir na argumentação jurídica frente às complexidades da sociedade contemporânea e a necessidade de eficácia dos direitos fundamentais? O progresso da investigação demonstrou que essas questões representam uma parte bastante representativa na Teoria do Direito, que conta com duas posturas mais destacadas, aqui denominadas, simplesmente, de representacionistas e relativistas.

Pensando nesses extremos, as posturas representacionistas trazem, a partir de uma linguagem metafísica, uma construção forte de literalidade. O enunciado normativo designa a verdade, resultando na construção da interpretação jurídica como um ato meramente cognitivo. Essa visão, de traços mais comuns no imaginário dos juristas, está imediatamente relacionada àqueles que acreditam que os magistrados tomam – ou deveriam tomar – decisões em um espaço de discussão e debate relativamente insulado do contexto que subjaz o conflito examinado, observando estritamente uma verdade trazida textualmente.

Uma outra forma de perceber a questão, por outro lado, é mais interessante. As posturas relativistas apontam para uma visão fraca de literalidade, no sentido de que a linguagem conta com uma inevitável indeterminação pragmática. Essa postura traz para o centro da discussão as

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 152.752**. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Julgado em 04 de abr. de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>.

considerações contextuais e as valorações subjetivas para o estabelecimento de sentido das normas jurídicas, o que suscita uma pergunta inevitável: o fato dos sentidos serem construções contextuais da prática linguística afeta a noção de objetividade no Direito? Desconstrói a possibilidade de um limite literal?

No estágio doutrinário de hoje, existem duas respostas mais evidentes e radicalmente concorrentes. A primeira, encabeçada por correntes céticas, como parte do Realismo Jurídico, responderia afirmativamente. Os sentidos de uma lei se dissolvem em meio a uma vastidão de jogos de linguagem e de contextos que se colocam em uma larga disposição para quem interpreta. Em uma construção mais precária, essa posição nutre as crenças de que todo sentido pretendido pelo intérprete é justificável, sem que se possa exercer um controle racional.

A segunda consiste em uma resposta afirmativa mais temperada. Certamente, a presença do indeterminismo pragmático prejudica a noção de objetividade enquanto correspondente a uma teoria da verdade. Mas isso não quer dizer o banimento do limite literal e de toda objetividade do Direito. Algumas doutrinas, de repercussão nacional, situam-se nessa região de pensamento.

Teorias como a da argumentação jurídica, constantemente citada por ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial a doutrina de Alexy, oferecem um modelo regulativo, isto é, uma ideia metodológica para lidar com o indeterminismo da legislação. Essas construções, no entanto, ainda mantêm insuficientes as considerações sobre a possibilidade de uma literalidade objetiva em sentido fraco – um limite literal pragmático –, e como ele deve funcionar diante dos efeitos institucionais.

Nesse cenário, o objetivo da presente dissertação é duplo. Primeiro, serão apresentadas as bases não-metafísicas da literalidade, expondo como o afastamento das noções de uma verdade essencial – por uma noção normativa – fornece uma releitura mais plástica para a literalidade, sem se perder em um relativismo radical. Segundo, buscar-se-á demonstrar que esse dinamismo da literalidade não torna inócuo seu papel, apresentando seu funcionamento enquanto um ônus argumentativo forte para quem pretenda desafiá-la. O objetivo subjacente é fornecer elementos para um posterior estudo específico sobre essa sistemática de ônus de argumentação – tarefa que foge ao espaço adequado para um trabalho desta natureza.

A estrutura da presente dissertação apresenta três capítulos. A primeira parte se concentra em situar o leitor dentro dos paradigmas linguísticos pragmáticos e argumentativos, com o objetivo de se contrapor a uma noção metafísica de literalidade. A literalidade nesse espaço tem suas bases na noção de regras de uso das palavras, ancoradas em uma forma de

vida. Nessa linha, os sentidos das palavras não são dados pela representação do mundo espelhada no texto. São, senão, constituídos em uma prática linguística social, regida por regras, que consideram fatores da história cultural e natural humana para dar sentido à linguagem.

No universo jurídico, os efeitos dessa noção, como será demonstrado, consistem em afastar a tradicional concepção acerca do papel do aplicador do direito como aquele responsável por descobrir a verdade entabulada no texto. Sendo ela inexistente, o intérprete não pode lograr descobri-la. Com isso, uma nova direção aparece nos horizontes jurídicos, a argumentativa. Nesse passo, a intensão será demonstrar que os sentidos normativos são construídos intersubjetivamente em um ambiente linguístico condicionado ao contexto, às regras do discurso jurídico e às necessidades humanas. Uma visão não metafísica e argumentativa, então, será o foco desta abordagem inicial.

O segundo capítulo trata de sustentar um limite semântico dentro das concepções antimetafísicas abordadas no momento anterior, apresentando uma filosofia normativa da linguagem e enfrentando as principais críticas ceticistas sobre ela. A plasticidade apresentada pela linguagem no primeiro capítulo sofrerá temperamentos no segundo, assim como a argumentação jurídica.

A linguagem, enquanto uma prática social intersubjetiva, não importa um subjetivismo radical para a argumentação jurídica, nem conduz à dogmática a uma investigação sobre a compreensão do subjetivo. Serão apresentados nesse ponto a importância da dimensão da justificação, permitindo conciliar esses traços a aspectos mais objetivos. Nela, as pré-compreensões dos sujeitos, presentes na construção dos sentidos normativos, não ganham um destaque central. O destaque reside nas razões enunciadas. Importa a justificação dos argumentos jurídicos lançados.

A partir de uma análise das dimensões da justificação, o segundo capítulo irá apresentar como as regras de uso presentes na linguagem são explicitadas no discurso jurídico, bem como as suas principais características. Essas regras permitem perceber a existência de um limite literal, mesmo diante de toda a dinâmica da linguagem. Nesse ponto, as características desse limite serão exploradas, reconciliando a dinamicidade da linguagem com um ancoradouro não exclusivamente subjetivo.

O abrandamento da relatividade inserida pela linguagem no próprio discurso jurídico também permeará a discussão. O ponto será trazer, a nível de introdução, os elementos procedimentais, como análises dos métodos de interpretação, para demonstrar os mecanismos de minimização da subidealidade linguística.

Em um momento último, no terceiro capítulo, serão apresentados fatores para sinalizar o funcionamento da literalidade enquanto um ônus argumentativo forte para quem pretenda desafiá-la. A sua plasticidade não tornar inócuo seu papel na argumentação jurídica. Apesar dela não ser um verdadeiro limite, a literalidade funciona impondo ao intérprete o peso de desenvolver argumentos fortes para justificar uma decisão fora de suas margens, contribuindo para equalizar segurança jurídica e o enfrentamento dos novos conflitos sociais.

1 SOBRE UMA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA ANTIMETAFÍSICA PARA UM TRATAMENTO ARGUMENTATIVO DA LITERALIDADE NO DIREITO: O ABANDONO DA LINGUAGEM COMO REPRESENTAÇÃO DO MUNDO

1.1 Introdução

O presente capítulo busca apresentar uma concepção antimetafísica da linguagem, explorando conceitos como jogos de linguagem e regras dos jogos que influenciarão, diretamente ou indiretamente, a noção argumentativa e as concepções de literalidade desenvolvidas nos próximos capítulos.

Trata-se aqui de trazer elementos da teoria padrão da argumentação jurídica e os principais pontos filosóficos da virada linguístico-pragmática, na qual aquela se ancora,¹² como forma de compor os pressupostos teóricos da pesquisa e afastar o Direito da concepção essencialista, característica da filosofia clássica desde os gregos e ainda hoje encontrada nos pronunciamentos dos tribunais e da academia.

Em outros termos, o presente capítulo, com foco nos pontos influentes à teoria padrão da argumentação jurídica, volta-se à promoção de um desligamento das noções de linguagem enquanto correspondência com a essência do mundo. Essa visão, a ser distanciada, lastreia a posição da hermenêutica jurídica tradicional de que aplicar o Direito consiste em uma operação dedutiva mecânica empreendida para descobrir o significado “verdadeiro” dos enunciados normativos.

No lugar desse posicionamento, pretende-se reconhecer que, diante de um novo paradigma filosófico, não se deve tentar encontrar representações da verdade no texto da lei *lato sensu*, mas assumir que o sentido normativo é construído em um ambiente linguístico condicionado ao contexto, às regras do discurso jurídico e às necessidades humanas. Daí que, ao invés de um olhar estático para o texto da norma jurídica, pretende-se destacar uma postura

¹²Como pressuposto deste capítulo, à semelhança de Rachel Nigro, considera-se “como a principal inspiração do pós-positivismo, apesar de sua variedade de enfoques, a virada linguístico-pragmática, mesmo quando não reconhecida enquanto tal, ou seja, mesmo quando as implicações da concepção pragmática da linguagem não são levadas a sério” (NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**; n. 34, p. 170-211, jan/jun 2009, p. 177). Entende-se, ainda, que a virada linguístico-pragmática, enquanto terreno pós-metafísico, forneceu alicerce filosófico para a teoria padrão da argumentação jurídica reabilitar a razão prática e possibilitar o resgate de discursos com pretensão de correção, como o discurso jurídico.

dinâmica discursiva, capaz de resgatar as noções de discurso jurídico racional e oferecer novos horizontes para se trabalhar concepções de literalidade e sua função.

Ao fim, o objetivo do presente capítulo se projeta, sem pretensões de tecer análises filosóficas exaustivas, em pelo menos três pontos importantes para o desenvolvimento da pesquisa, assumindo-se que: 1) o uso representativo da linguagem constitui tão somente um, entre os muitos jogos de linguagem, não servindo para espelhar o mundo “em si”; 2) os jogos de linguagem são regidos por regras e, por conseguinte, o discurso jurídico enquanto tal também, o que permitirá coibir o ceticismo quanto ao sentido linguístico e às decisões judiciais; e 3) os sentidos linguísticos das normas jurídicas só podem ser entendidos levando-se em conta as condições, os contextos e as necessidades humanas.

Com isso, manifesta-se, neste capítulo, a preocupação de apresentar alguns elementos antiessencialistas para colaborar na composição material dos pressupostos teóricos argumentativos da pesquisa, atendendo a critérios metodológicos. Ao mesmo tempo, o intuito é inserir o leitor nas bases de uma das posturas filosóficas mais promissora para o campo do Direito, como as noções de uso da linguagem para atribuição de sentido, influentes, diretamente ou indiretamente, na teoria da argumentação de Robert Alexy,¹³ no pragmatismo de Richard Rorty¹⁴ e na hermenêutica jurídica de Karl Larenz.¹⁵

1.2 A noção argumentativa do Direito como antiessencialista: um ponto de partida para investigar a relação entre a aplicação da norma jurídica e o texto da lei *lato sensu*

O Direito é um fenômeno que permite ser analisado por diversas perspectivas muito distintas. É possível que alguns prefiram investigar o Direito por uma dimensão estrutural, identificada com o normativismo jurídico, ou por uma visão funcional, que corresponde, aproximadamente, às posturas realistas e sociológicas. A visão que interessa como eixo teórico

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, pp. 55-58.

¹⁴ Em entrevista publicada na folha de São Paulo, com tradução de Clara Allain, Richard Rorty reconhece que “Wittgenstein é a figura que mais impacto exerceu sobre minhas ideias filosóficas. Seu livro ‘Investigações Filosóficas’, uma obra que chamou de ‘terapia filosófica’, dissolveu a maioria dos problemas filosóficos que fui educado a levar a sério.” (RORTY, Richard. A narrativa da vida. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, domingo, 08 de jun. de 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0806200306.htm>>.

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação calouste gulbenkian, 1997, p. 203.

central deste trabalho, no entanto, é a de que “o Direito é uma disciplina argumentativa”¹⁶ – defendida, entre outros, por Alexy,¹⁷ Atienza¹⁸ e Neil Maccormick¹⁹.

Ao se firmar esse pressuposto, trabalha-se com o conceito de que esse saber é um exercício dinâmico que está sempre em construção e nunca previamente definido no texto da lei. Não há norma jurídica, nem lei ou aplicação, senão por conduto de procedimentos argumentativos, desenvolvidos em um espaço linguístico intersubjetivo de racionalidade.

Nessa perspectiva, não existe um Direito a ser descoberto, desvendado. Ou melhor, esta pesquisa é estranha ao plano lógico-formal do “mundo do direito”, como dimensão metafísica, consubstanciada na ideia de que a norma jurídica existe “em si”, e pode ser descoberta pelo intérprete a partir do texto normativo em abstrato.

No referido plano lógico-formal, influenciado pelo legado da jurisprudência dos conceitos,²⁰ costuma-se dividir nitidamente a interpretação e a aplicação do Direito em duas etapas autônomas. Como explica Eros Graus,²¹ primeiro, na dimensão interpretativa, caberia ao intérprete descobrir o sentido estabelecido na norma, pressupondo, não raras às vezes, que existiria uma essência escondida por trás do texto normativo a ser apenas conhecida e revelada independentemente do caso concreto. A interpretação aqui seria um mero ato de descoberta dos sentidos definidos *a priori* no texto. Interpretar seria, portanto, compreender objetivamente o sentido dos enunciados normativos separadamente dos fatos.

Por sua vez, realizada a interpretação, caberia uma aplicação por subsunção mecânica-formal composta pela premissa maior, formada pela Lei de sentido descoberto pelo operador do Direito na interpretação antecedente; pela premissa menor, referente aos fatos; e pela conclusão, donde se teria a decisão jurídica.

A premissa categórica que informa as reflexões levadas a efeito aqui, porém, impõe o reconhecimento de que “a chamada interpretação *in abstracto* envolve necessariamente a

¹⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 90-96.

consideração dos fatos, de modo que [...] não é possível apartarmos interpretação e aplicação, ou seja, interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*".²²

De plano, diante dos novos paradigmas filosóficos, formados pela virada linguístico-pragmática, o sentido do texto se dá apenas diante dos usos contextuais.²³ Em outras palavras, o "jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado".²⁴ Não há um texto alheio aos fatos, porque ligado à metafísica, mas apenas um sentido fornecido pela realidade, pela prática social desenvolvida em uma determinada conjuntura, em um determinado jogo de linguagem, com suas regras. Desse modo, não é possível separar, radicalmente, a interpretação (voltada ao texto) e aplicação (voltada à subsunção dos fatos ao texto).

Esse posicionamento se estende até mesmo aos casos de controle constitucional concentrado, em que parte da doutrina sustenta que "o Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade do *texto* [sem cogitar fatos], o artigo tal da lei ou da medida provisória número tal. Ele apenas interpreta – vale dizer, não aplica o direito".²⁵ Tendo em vista que a constituição de sentido pela pragmática não é uma questão de opção, não se teria razão para entender que, no controle constitucional concentrado, o texto, excepcionalmente, falaria por si só. Se é assim, parece ser possível dizer, que até mesmo nesses casos, o contexto importa para a interpretação da norma jurídica. Entretanto, esses contextos não são especificados concretamente, mas são pressupostos ao longo do processo de argumentação dos magistrados, dos advogados e demais envolvidos no processo.

²² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 97-96.

²³ Não se negam aqui os problemas que a definição de contexto apresenta, uma vez que ela pode ser encartada de diversas formas. Há concepções de contexto, por exemplo, mais empíricas, das quais às vezes Rorty se aproxima, e há visões de contexto mais "epistemológicas", como as de Habermas e Putnam. Disso se percebe que, se é certo que o discurso jurídico se circunscreve em um contexto, como toda experiência linguística, definir como conceber esse contexto e a medida de sua influência é questão problemática. Em uma visão mais empirista, por exemplo, procura-se apoio na sociologia, psicologia e história para analisar o concreto, analisar os elementos que influenciam a decisão e o julgamento em específico. Consequentemente, em certa medida, o contexto é particular à decisão. Por sua vez, em uma visão mais epistemológica, como em Habermas, o contexto se conforma como "mundo da vida", um contexto amplo que não abdica de referenciais epistemológicos e filosóficos. Com isso, já se notam as divergências que a questão atrai, mas o enfrentamento delas transbordaria os limites desta pesquisa, que busca se afastar do essencialismo e reconhecer a importância do contexto, como todas essas visões assumem. Para um aprofundamento da questão, Cf. BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, direito e pragmatismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n. 3 (2011): Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Artigo de palestrante. p. 52. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1997>.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 483.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91. Também segue esse entendimento TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 30.

Veja-se, por exemplo, o voto do ministro relator Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.983. Na ação, o Procurador-Geral da República questionava a Lei nº 15.299 do Estado do Ceará, segundo a qual regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, por afronta ao artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal, que proíbe práticas cruéis contra animais. Para subsidiar seu voto,²⁶ o ministro considerou uma diversidade de fatos ocorridos com os animais, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo, tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e osteoartrite társica, que, embora não pudessem ser apontados individualmente a uma situação específica, compuseram o cenário fático geral do qual se extraiu que o sentido da previsão infraconstitucional se enquadra no sentido do termo “crueldade” do artigo 225, § 1º, VII, da Carta da República, sendo inconstitucional.

A justificação apresentada demonstra, na prática, como mesmo se discutindo a questão da constitucionalidade de um dispositivo não se trabalha apenas com um olhar para o texto “em si”, sendo inevitável olhar a partir e em função do contexto para construir o sentido textual, resultando em um processo de co-implicação entre interpretação e aplicação também nos casos de controle de constitucionalidade. É possível dizer, ainda, que até mesmo os professores ao ensinarem conceitos jurídicos estão pressupondo um conjunto de situações fáticas possíveis para atribuir-lhes o sentido, ainda que pareça, equivocadamente, que estão a descrever conceitos metafísicos.²⁷ O aluno, quando questiona algum desses conceitos, não raramente, lança ao professor uma situação para a qual procura testar a adequação do uso do termo. Consequentemente, no processo de aprendizagem, o que se procede é que o professor passa a inserir o aluno nos diversos usos conceituais do universo jurídico, em um processo de argumentação.

Diante dessa posição, fica assentado que os pressupostos dessa pesquisa rejeitam a noção de que aplicar o Direito possa ser um processo mecânico de subsunção-formal, pois longe de um processo nitidamente fracionado, objetivo, que considera regras e princípios como estáticos – porque existentes “em si” –, o Direito apresenta uma natureza dinâmica,

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983**. Ministro Relator Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 06 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acessado em: 02 de jun. de 2020.

²⁷O aprofundamento dos fundamentos dessa questão será melhor trabalhado no tópico precedente sobre a filosofia de Wittgenstein, em especial quando se procurará demonstrar que a função designativa da linguagem é apenas mais um jogo de linguagem dentre outros tantos e, portanto, também a designação se relaciona com os contextos sociais.

identificando-se com uma ação argumentativa, em que o sentido do texto e as práticas sociais (referindo-se aos fatos, aos interesses, às necessidades e aos valores) estão co-imbricados.

O que não quer dizer que a recusa de um sistema de subsunção mecânica obrigue a rejeição de todas as regras dedutivas. “Uma boa parte de nossos raciocínios usam formas de dedução e a lógica constitui um fundamento em geral reconhecido ou pelo menos pressuposto implicitamente”.²⁸ A divergência se constitui em face da concepção mecanicista, mas a dedução silogística enquanto justificação interna discursiva, como se verá, ainda cumpre um papel relevante na argumentação jurídica e nas questões relacionadas à literalidade.

A construção linguística-argumentativa do Direito também é reconhecida, tanto nos casos “difíceis”, quanto nos casos “fáceis”. A diferença entre esses dois casos, por assim dizer, não parece ligada às questões de natureza. Em outras palavras, assim como nos casos difíceis, os casos fáceis também são construções argumentativas. Todavia, pode-se dizer que estes são dotados de um grau maior de regularidade quanto ao uso linguístico e os elementos discursivos são pouco problematizados.

Nesse aspecto, a análise aqui empregada se afasta da ideia de que a subsunção nos casos fáceis pode ser aplicada de forma mecânica. O que se defende é que, mesmo nesses casos, a argumentação jurídica se apresenta como elemento constituidor do Direito, pois subsiste a necessidade “de apresentar uma correlação entre a (re)construção linguística da realidade fática e a produção da norma adequada”.²⁹ Desse modo, seja nos casos fáceis, com um menor esforço argumentativo, seja nos casos difíceis, que se abrem para uma argumentação valorativa mais ampla, argumentar sempre será necessário para a própria construção de sentido da norma jurídica.

Também não é o caso de se proceder à distinção que faz Karl Larenz ao sugerir que o procedimento argumentativo seria adequado “se a ‘aplicação’ das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão [em referência a uma decisão justa]”.³⁰ Concorda-se com o autor ao se consentir que, nesses casos, “é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos ‘dados materiais’ desses

²⁸BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, direito e pragmatismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n. 3 (2011): Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Artigo de palestrante. p. 52. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1997>. Acessado em: 02 de jun. de 2020.

²⁹LINS NETO, José Ribeiro. **Dogmática e argumentação jurídica: perspectivas retóricas para uma leitura da teoria do discurso de Robert Alexy**. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da Faculdade de Direito de Alagoas em abril de 2016, p. 23.

³⁰LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação calouste gulbenkian, 1997, p. 203.

mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal”.³¹ Porém, não significa que o processo argumentativo apenas se manifeste quando o silogismo não oferece uma decisão justa.

A argumentação compõe toda a atividade prática do Direito, que não se resume a um processo lógico-subjuntivo. Mesmo “os fatos [...] são nada mais que descrições feitas dentro de um jogo de linguagem e refletem as escolhas do observador”,³² sendo, por consequência, pontos argumentativos no processo de persuasão e convencimento jurídico. Também o próprio silogismo não deixa de ser um argumento persuasivo. Assim, a limitação da argumentação apenas como forma de superar os caminhos injustos fornecidos pelo silogismo é estranha ao posicionamento adotado.

Além disso, a assunção de uma postura antiessencialista também faz com que esta dissertação se afaste, em certa medida, da ideia kelseniana materializada na famosa metáfora da moldura. Para Kelsen, a aplicação do Direito pressupõe uma indeterminação relativa, pois ela se dá em uma relação entre normas de um escalão superior e normas de um escalão inferior da ordem jurídica. As normas superiores vinculariam ou determinariam as normas inferiores, mas nunca de forma completamente determinada e em todas as direções. Desse modo, elas apenas compõem uma moldura, ora mais alargada, ora mais estreita, inclusive pela natureza plurívoca da linguagem, mas que sempre deixa um espaço de discricionariedade ao aplicador para escolher entre as soluções possíveis dentro desse quadro.³³

Kelsen, assim, cria o teorema da moldura, em que ela é dada estaticamente pela norma jurídica, enquanto objeto cognoscível da interpretação, à medida que se associa a escolha de uma das possibilidades do interior do quadro a um ato de vontade do intérprete autêntico. Nesse sentido, afirma que

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.³⁴

³¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação calouste gulbenkian, 1997, p. 203.

³² CATÃO, Adrualdo de Lima. Uma abordagem pragmática da noção de fato na teoria do direito: a prova judicial como argumento persuasivo. *In: CONPEDI* p. 1847. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_lima_catao.pdf. Acessado em: 10 de jun. de 2020.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução J. B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 388.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução J. B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

Como se percebe, a teoria da moldura kelseniana poderia apresentar referenciais interessantes para esta pesquisa no que se refere à discussão sobre a literalidade enquanto horizonte limitador de sentido da interpretação,³⁵ assim como também coincide com a noção aqui adotada de que não há apenas uma única resposta correta. Ocorre que, em virtude de seu edifício teórico-filosófico, a teoria da moldura apresenta pontos problemáticos, que só podem ser contornados, ao menos para se compatibilizarem com os pressupostos aqui assumidos, se sua utilidade for alçada para além das pretensões de Kelsen. Uma concepção de norma no sentido inerte, que oferece uma moldura como limite semântico estático, embora cheia de possibilidades internas, mantém o aspecto metafísico-essencialista sobre regras, princípios e molduras existentes “em si”. Conseqüentemente, não é compatível com o Direito enquanto atividade argumentativa dinâmica, ancorada nos postulados da virada linguístico-pragmática,³⁶ segundo a qual se pode dizer que os enunciados normativos não são simplesmente plurívocos, mas também possuem sentidos que se modificam de acordo com as práticas sociais.

Desse modo, para a utilização do teorema da moldura seria necessário proceder a adaptações, reconhecendo-se que “mesmo a moldura hermenêutica exige a verificação dos sentidos das palavras e uma atualização destes sentidos quando da sua interpretação e/ou aplicação”.³⁷ Assim, ela “precisa ter uma base social”.³⁸ Tem-se, com isso, que o teorema da moldura formulado em uma perspectiva estática não é compatível com os termos adotados na teoria padrão da argumentação jurídica. Sua compatibilidade apenas é possível caso se promova sua adaptação a novas bases teórico-filosóficas antiessencialistas. Por isso, embora imagicamente se possa projetar uma moldura ao tratar sobre literalidade e limite, não se tratará de uma vinculação direta aos postulados do positivismo jurídico de Kelsen. Evitar-se-á, desse modo, que se cometa nesta pesquisa os equívocos de um sincretismo teórico que não considera os distintos pontos de partida de cada autor antes de promover uma aproximação entre suas ideias.

³⁵ Para esta pesquisa as possibilidades semânticas do texto limitam a interpretação, mas não condicionam, necessariamente, a correção do discurso jurídico, que pode estar presente nos casos de derrotabilidade das regras jurídicas, por exemplo. Em defesa da ideia de literalidade como limite, Luís Roberto Barroso explica que “os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326). Para Larenz a interpretação literal é a compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido de limite à própria interpretação. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 454).

³⁶ A virada linguístico-pragmática, sem pretensão de exauri-la, será abordada aqui em item mais adiante.

³⁷ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte. In: **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**, 2006, p. 4.

³⁸ *Ibidem*, p. 4.

A concepção argumentativa do Direito, segundo uma acepção moderna, demanda a superação de arquétipos essencialistas, segundo os quais, ao contrário de considerarem a dependência da determinação de sentido dos enunciados normativos em relação aos usos linguísticos, buscam correlacionar o texto legal com uma “verdade essencial”, seja ela a “vontade do legislador” ou o “fim ‘em si’ da própria norma jurídica”. Muito embora esse paradigma não corresponda mais, em larga escala, às perspectivas filosóficas contemporâneas, parte significativa da doutrina jurídica nacional ainda adere aos pressupostos essencialistas. Um exemplo expressivo, além das referências anteriores, é encontrado na obra de Carlos Maximiliano, um dos doutrinadores ainda hoje influentes na área de hermenêutica no Brasil. Segundo o autor, interpretar consiste em “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva”.³⁹ Na mesma linha, Fernando Coelho também afirma que interpretar tem “o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência”.⁴⁰

O que ocorre é que, como esses, muitos posicionamentos jurídicos hermenêuticos ainda insistem em uma normatividade jurídica autorreferente, precária de justificação epistemológica e deficitária quanto às possibilidades de avanços hermenêuticos representadas pela virada linguístico-pragmática. No contexto dessa guinada, não se pergunta mais pela “essência das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento)”⁴¹ – o que se coloca em evidência é a linguagem enquanto relação intersubjetiva imersa em um contexto de racionalidade. Com o novo arquétipo filosófico, passa a ser possível compreender a indeterminação *a priori* dos sentidos dos enunciados normativos e abandonar a ideia de verdade metafísica sobre a norma jurídica. A verdade, quando enunciada, como aqui se assume, constitui-se discursivamente. Desse modo, opõe-se à teoria da verdade enquanto correspondência, mas com a ressalva de que não se tem objeção ao uso ordinário ou vernacular da noção de verdade.⁴²

O abandono à metafísica representa a recusa de ideias abstratas ao se focar na concreta formação de sentido da linguagem, mediante um processo interpretativo/argumentativo

³⁹MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

⁴⁰Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. [e-book]

⁴¹OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p.13.

⁴²PUTNAM, 1981, *apud* BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, direito e pragmatismo. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*. n. 3 (2011): Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Artigo de paetrante. p. 52. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1997>. Acessado em: 02 de jul. de 2020.

complexo. O intérprete não é mais visto apenas como observador, mas sim participante e age, em maior ou menor grau, criativamente na construção de sentido da norma que se dá contextualmente, em um jogo de linguagem.

No entanto, a acepção aqui assumida, por reconhecer que a imagem essencialista corresponde mal à realidade prática do Direito, não se entrega a um empirismo factual determinístico. O que se procede é o reconhecimento de que a lógica interna (em sentido amplo) do Direito é de tal maneira forte que cria uma tensão entre perspectivas empíricas e valorativas das quais não se abre mão,⁴³ resgatando-se aspectos axiológicos, de correção e de racionalidade.

Em outras palavras, a desconstrução do essencialismo, propiciada pela virada linguística, não leva ao determinismo empírico ou ao ceticismo quanto ao sentido da norma e às decisões jurídicas, mas a uma teoria argumentativa que reabilita a razão prática e a correção, reivindicando a presença de uma certa noção de valores e segurança jurídica, sem negar a contingência dos sentidos textuais e que a ciência do Direito é eminentemente orientada a decisões práticas.

O que se busca estabelecer no campo da racionalidade jurídica não é mais a verdade essencial do ser. Em verdade, o que se pretende é lançar mão de um modelo racional capaz de conduzir, diante das indeterminações do Direito, a aplicação jurídica ao correto – seguro –, que em nada se confunde com o conceito de bom, que é essencialmente subjetivo, ou de verdadeiro. Desse modo, o que se tem é a formação de parâmetros racionais que, embora “não sejam quantitativamente aferíveis, senão objeto de apreciação valorativa, criam uma rede mais ou menos densa de motivos que permitem criticar ou justificar decisões judiciais”.⁴⁴

Esses elementos e regras de justificação do discurso jurídico racional, em boa parte, serão aprofundados nos próximos capítulos e servirão para desenvolver-se a possibilidade, mesmo com o indeterminismo linguístico, de um uso correto dos termos normativos, permitindo o prosseguimento da investigação sobre as acepções de literalidade e o papel dela na atividade jurídica.

⁴³Nesse sentido, Cf. BERTEN, André J. L. A. Habermas, direito e pragmatismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n. 3 (2011): Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Artigo de palestrante. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1997>. Acessado em: 02 de jul. de 2020.

⁴⁴ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, ano 10, n. 19, São Paulo: jan./jun. 2014. p. 295-320. Disponível em:

<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-deinterpretacao>. Acessado em: 02 de jul. de 2020.

Cabe, a este momento, analisar um pouco mais detidamente os elementos filosóficos empregados, a fim de sedimentar a postura argumentativa antiessencialista.

1.3 Representacionismo platônico e a primeira fase do giro linguístico: a linguagem como representação da realidade

Como advertiu Wittgenstein, para se entender as ideias desenvolvidas em sua fase final, do giro linguístico-pragmático, antes, seria preciso compreender o pensamento essencialista anterior.⁴⁵ Ocorre que tal pensamento, que no campo do Direito conectou-se ao plano e influências formalistas, corresponde a uma tradição composta por múltiplas teorias. Duas delas, entretanto, cumprem suficientemente o papel de representar a tradição para os fins de se entender aqui a virada pragmática: o pensamento platônico, considerado como o marco escrito inaugural da discussão, influente até os dias atuais;⁴⁶ e o pensamento de Wittgenstein no *Tractatus logico-philosophicus* (1921), considerado como o ápice da tradição metafísica ocidental.⁴⁷

A ideia platônica acerca da linguagem foi detalhada na obra denominada de Crátilo, de 388 a.c., desenvolvida a partir do diálogo entre Hermógenes, representante dos sofistas, e Crátilo, representante dos pré-socráticos. O diálogo travado expõe a tese do naturalismo, para a qual as coisas têm nome por natureza,⁴⁸ defendida por Crátilo; e a tese do convencionalismo, defendida por Hermógenes, para a qual o nome é posto nas coisas pelo homem por pura convenção,⁴⁹ isto é, sem nenhuma correlação metafísica com a coisa. O decorrer da obra culmina no pensamento platônico formado dialeticamente entre as duas posições.

Nesse pensamento, Platão entende que as coisas são, de fato, nomeadas pelo homem, em específico, “pelo artista de nomes, o legislador, o mais raro dos artistas entre os homens”.⁵⁰ Porém, ao fazê-lo, o criador do nome não age arbitrariamente, segundo suas próprias convenções, como defendia a tese convencionalista. Na visão platônica, ao desempenhar sua atividade, o homem deve nomear as coisas como lhes pertenceriam por natureza serem

⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein Translations, p. 06.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 97.

⁴⁷ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 121.

⁴⁸ PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 43.

⁴⁹ PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 44.

⁵⁰ PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 44.

nomeadas e por meio do que devem sê-lo, e não como se quer que seja.⁵¹ De maneira mais direta, ao nomear as coisas, o criador do nome deveria “se guiar por um modelo ideal, pois parece haver uma certa exatidão natural de um nome em relação ao objeto”.⁵² É assim que a tese platônica propõe que a palavra é a representação da essência das coisas, em coerência com os próprios escritos de *A República*. Ao se falar a palavra “cadeira”, por exemplo, a comunicação seria possível porque mesmo existindo diversos objetos do tipo “cadeira”, com diferentes qualidades cada um (uns de madeira e alongados; outros de plástico mais curtos; dentre outros), todos eles partilhariam da mesma essência, podendo, por isso, ser conhecidos e, posteriormente, representados pela linguagem.⁵³

Como se vê, essa concepção pressupõe a existência de uma ordem universal na qual as coisas têm suas existências em si – completamente independentes do homem –, cujo acesso se dá através de um diálogo da alma consigo mesma, sem palavras. Segundo Manfredo de Oliveira, esse pensamento acerca de um conhecimento sem palavras é justificado mediante o argumento de que, “se os nomes podem ser verdadeiros ou falsos, [...] e se temos a possibilidade de decidir sobre isso, então deve haver algo que nos revela, sem os nomes, que nomes são verdadeiros ou não”.⁵⁴ Dessa argumentação, logo se percebe que, para Platão, a linguagem não exerce mediação para o conhecimento, ou seja, o conhecimento é essencialmente não-linguístico, dependente apenas do pensar enquanto ato do espírito. É por isso que essa posição projeta, em certa medida, uma objetividade estrita para o conhecimento, ligado à busca da verdade metafísica através do pensar consigo mesmo, e uma secundarização da linguagem, agora, reduzida a mero instrumento de representação.

Em verdade, Platão pretende mostrar que “na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (*alétheia ton onton*) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (*anew ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem mediação linguística”.⁵⁵ A linguagem seria unicamente um instrumento de representação da verdade metafísica, ocupando um papel absolutamente secundário nas preocupações do conhecimento. Decerto, sem abdicar da metafísica, a primeira fase de Ludwig Wittgenstein, que pode ser inserida no primeiro momento da virada linguística,

⁵¹ PLATÃO. *Crátilo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 48.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 100.

⁵³ PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 449-497.

⁵⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, pp. 21-22.

⁵⁵ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 22.

posiciona-se contra esse aspecto de descaso com a linguagem. Com ela, a linguagem assume o centro das investigações filosóficas e esse novo olhar repercute em diversas áreas do saber, inclusive no Direito.

No *Tractatus logico-philosophicus*, obra marcante de sua primeira fase, Wittgenstein procura estudar a linguagem ideal, livre das imperfeições e das contingências da linguagem natural, capaz de reproduzir o mundo “em si”. A ideia advém da concepção de que os problemas da filosofia, ou ao menos os que possam ser tratados, não são verdadeiros problemas, mas apenas questões linguísticas oriundas do mau funcionamento da linguagem natural para exprimir o mundo. Daí se acreditar que quanto maior for a proximidade da linguagem com o ideal científico, mais se poderia esclarecer racionalmente o que pode ser dito sobre o mundo e o que não passa de questões sem-sentido, sobre as quais se deve calar. Note-se que não é que com a linguagem ideal todos os problemas serão resolvidos. A questão é que, com ela, seria possível distinguir aquilo que era um aparente problema, trazido pela imperfeição da linguagem, e aquilo que não se deve tratar. Nas palavras de Wittgenstein,

O livro trata dos problemas da filosofia e mostra – creio eu – que a posição de onde se interroga estes problemas repousa numa má compreensão da lógica da nossa linguagem. Todo o sentido do livro podia ser resumido nas seguintes palavras: o que é de todo exprimível, é exprimível claramente; aquilo de que não se pode falar, guarda-se em silêncio.⁵⁶

Nessa empreitada científica, destaca-se uma preocupação central com a sintática, enquanto estudo da relação dos signos entre si, e da semântica, enquanto estudo da relação dos signos com os objetos a que se referem. Enquanto isso, os problemas da pragmática, que compreendem a relação dos signos com seus usuários, são encarados como problemas apenas relacionados à linguagem ordinária, portanto, irrelevantes.⁵⁷

O foco nessas duas partes da semiótica se dá pelo fato de que a busca da linguagem ideal, na primeira fase da virada linguística, não se desconectou da ideia de que existe um mundo independente do homem. Interessa um universo onde tudo existe em essência, onde se abriga uma verdade metafísica. Nesse contexto, a filosofia da linguagem, em sua tentativa de cientificização, despreza a relação criativa do sujeito e se esforça “para especificar ‘como é que a linguagem se apega ao mundo’, criando em consequência um análogo do problema cartesiano de saber como é que o pensamento se apega ao mundo”.⁵⁸

⁵⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 27.

⁵⁷ WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 44.

⁵⁸ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 168.

É assim que a teoria da afiguração, que se constitui como a teoria central do *Tractatus*, empenha-se em demonstrar que a linguagem e o mundo “se apegam” em virtude de que a lógica existente na estrutura da linguagem corresponderia à lógica existente na estrutura do mundo. Afirma-se, com isso, que “a linguagem está para o mundo assim como as proposições estão para os fatos, as proposições elementares para os estados de coisas e os nomes para os objetos”.⁵⁹ Assim, “a lógica [seria] o ‘cimento comum’ à língua e ao mundo”.⁶⁰ No fundo, por trás de todo esse raciocínio, e é o que mais interessa aqui, subjaz a reivindicação de um critério de significação que traduza uma relação de correspondência entre o significado e o mundo.

Esse pensamento vai influenciar um grupo de filósofos e cientistas que deram origem ao positivismo lógico⁶¹ e que, por conseguinte, influenciaram Kelsen. Pode-se dizer, de certo modo, que é a ideia de uma linguagem ideal para se descrever o Direito que está na base da Teoria Pura. Como aponta Warat, “o mito do referente puro implica a formação de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do *status quo*”.⁶²

Em verdade, não cabe aqui uma análise da teoria de Kelsen, que representa uma reação ao formalismo. O que interessa aqui é perceber que a tradição metafísica no campo do Direito, encampada nas diferentes linhas teóricas, faz da linguagem dos textos normativos um “espelho”, como se essa linguagem pudesse revelar a “essência” da realidade normativa por si só.

Apresentados os pontos base dessa tradição, que influencia o pensamento hermenêutico jurídico clássico, como apontado no tópico anterior, cabe agora se ater melhor à sua desconstrução pela virada linguístico-pragmática.

⁵⁹ PEDROSA, Carolina de O. **O sentido da aceitabilidade no jogo da decisão:** uma investigação sobre as implicações da pragmática da linguagem do segundo Wittgenstein na interpretação do direito. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da UFAPE, 2006, p. 75.

⁶⁰ MARGUTTI PINTO, Paulo Roberto. **Iniciação ao silêncio:** uma análise do *Tractatus* de Wittgenstein como forma de argumentação. São Paulo: Loyola, 1998, pp. 192-193.

⁶¹ OLIVEIRA, Manoel de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 94.

⁶² WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 120 *apud* OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD.** v. 9, n. 1, 2017, p. 37. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.04>. Acessado em: 03 de jul. De 2020.

1.4 A virada pragmática wittgensteiniana: uma ruptura com a tradição representacionista e uma abordagem complexa da linguagem

Para os propósitos deste capítulo, que visa fornecer elementos filosóficos antiessencialistas, cabe analisar as noções básicas da segunda fase de Wittgenstein. Aquela que é referenciada na teoria da argumentação jurídica de Alexy,⁶³ no pragmatismo de Richard Rorty⁶⁴ e em passagens da hermenêutica jurídica de Karl Larenz.⁶⁵

A segunda fase de Wittgenstein, expoente da virada linguístico-pragmática, aponta para uma negação do pensamento essencialista. Diante de problemas como o das cores, tratado em sua fase intermediária, o filósofo abandona gradualmente a ideia de que o significado de uma frase possa ser apreendido através, exclusivamente, da noção lógica, passando a desenvolver um olhar preocupado com o uso da linguagem. Para Wittgenstein, o significado de uma palavra não se lhe cola mais porque há uma isomorfia entre linguagem e a verdade metafísica (mundo “em si”) a lhe conferir determinação estável, mas resulta, em cada caso, do seu uso em determinado jogo de linguagem.⁶⁶ Como observa Barbosa Oliveira, “a noção de forma lógica é substituída pela de forma da vida (contextos de ação) e o sentido linguístico, como valor de verdade, expande-se como uso convencional das palavras”.⁶⁷

Na verdade, para o momento pragmático de Wittgenstein, a própria linguagem ideal, dada pela Lógica simbólica, não é mais do que “um jogo de linguagem específico e, portanto, um processo de interação social; só que em virtude de seu caráter artificial dá uma impressão de pureza, isto é, de separação de uma práxis social”.⁶⁸ O filósofo não define exatamente o conceito de jogos de linguagem, mas o explora por meio de exemplos de diversas maneiras, a fim de permitir se pensar que a linguagem não tem nenhuma relação de dependência com a representação essencialista. Não há um mundo “em si” a ser conhecido pelo homem através de um pensar sem palavras, cuja linguagem apenas deve representá-lo, como na tradição

⁶³ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001, pp. 55-58.

⁶⁴RORTY, Richard. A narrativa da vida. **Folha de São Paulo**. São Paulo, domingo, 08 de jun. de 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0806200306.htm>>.

⁶⁵LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 203.

⁶⁶LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 279.

⁶⁷OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v 9. Jan./-abr. 2017, p. 38.

⁶⁸OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 145.

metafísica. Com isso, como esclarece Richard Rorty, não se põe em dúvida que tenham existido árvores e estrelas antes da existência dos enunciados sobre as mesmas, mas coloca-se que

pensar na linguagem como uma imagem do mundo – um conjunto de representações de que a filosofia necessita de exibir como estando numa qualquer espécie de relação não-intencional com aquilo que representam – *não é útil* para se explicar como a linguagem é apreendida ou compreendida.⁶⁹

Como exemplifica Wittgenstein, embora possa parecer que crianças apreendam o significado das palavras por uma designação ostensiva de seus pais (um apontar para “a coisa”), como se elas já pudessem pensar antes de falar e no momento em que se lhes apontassem o objeto elas ligassem o nome à coisa já conhecida pelo pensamento, isto apenas encobre que a própria designação ostensiva já é um jogo de linguagem.⁷⁰ O mesmo ocorre no caso em que se tratou sobre a forma com que professores do Direito ensinam os conceitos jurídicos. Não fosse assim, não tendo ainda linguagem, como as crianças poderiam saber que apontar “serve” para atribuir nome às coisas?⁷¹ Como apontando se ensinaria um sentimento como o amor? Como, mais tarde, apontar para um tributo ou para o interesse público?

Diante desses questionamentos, parece ser possível dizer, no sentido de Wittgenstein, que apesar da designação poder levar ao significado de uma palavra, ela não o faz porque o sujeito tem mentalmente o objeto existente “em si” e reconhece-lhe o nome ao ser apontado. O que parece ocorrer é que a criança poderá chamar de carro tudo que tiver rodas e, depois, com as tentativas e erros, chamará de carro tudo que tiver quatro rodas, até que domine o uso do termo, dentro do jogo designativo jogado, a ponto de não chamar mais caminhão de carro. Trata-se, assim, de obter o significado da palavra pela aprendizagem de seu uso, dentro do jogo de linguagem designativo.

Além disso, como exemplifica o filósofo, a função designativa da linguagem é apenas uma dentre os diversos jogos possíveis, tais como: dar ordens e agir segundo ordens; descrever um objeto segundo a aparência ou por medição; produzir um objeto segundo uma descrição (desenho); informar um acontecimento; fazer conjecturas sobre um acontecimento; propor uma

⁶⁹ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 231.

⁷⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 32, p. 34.

⁷¹ Essa indagação também é formulada em CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma visão filosófica antiessencialista para o abandono da noção de racionalidade jurídica**: os processos de decisão em direito como ambientes lingüísticos regrados e contingentes. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da UFPE em agosto de 2005, p. 31.

hipótese e prová-la; apresentar os resultados de um experimento mediante tabelas e diagramas; inventar uma história e ler; atuar em teatro; cantar cantigas de roda.⁷²

Para melhor visualizar essa distinção, imagine-se a diferença entre o jogo de “relatar” e “ordenar”. Quando um participante do diálogo A relata a um participante B a quantidade de lajotas, poderia soar algo como “Cinco lajotas”. Mas quando se tratar de um participante ordenar ao outro que lhe traga nada mais que cinco lajotas, ter-se-ia algo como “Cinco lajotas!”. A expressão “Cinco lajotas!”, como se percebe, não representa um estado de coisas.⁷³

Desse modo, são muitas as funções da linguagem, não apenas a designativa. Em verdade, no sentido de Wittgenstein, tantas serão as funções da linguagem quantas são as formas de uso, e tantos serão os usos quantas são as interações sociais, a *práxis* social, e as necessidades humanas. Essa multiplicidade não é fixa, mas sempre algo dinâmico, em que alguns novos jogos e interesses surgem, enquanto outros envelhecem e desaparecem.⁷⁴ Consequentemente, sempre é possível criar um novo jogo, com novas regras, mediante novos usos, daí não existir tão somente uma função e um sentido sempre determinados, e nem a certeza de suas perenidades.

O que não significa dizer, entretanto, que o jogo de linguagem e, por conseguinte, o sentido das palavras seja qualquer coisa ao arbítrio dos participantes. Nesse ponto é que Wittgenstein relaciona, intimamente, o conceito de jogos de linguagem ao conceito de regras. Como pontua Alexy, “os jogos de linguagem, como quaisquer outros jogos, são atividades regidas por regras”⁷⁵ e são elas que determinam, embora não em todas as direções, se o sentido foi compreendido através do emprego correto da palavra ou se houve um erro. Sem regras, a comunicação estaria prejudicada, pois não se saberia se um sentido foi empregado de maneira correta ou incorreta, ao mesmo tempo que a possibilidade de um falante afirmar que um sentido foi empregado corretamente ou em erro reafirma a existência dessas regras,⁷⁶ afastando o ceticismo radical quanto à comunicação.

A noção de regra de uso das palavras será retomada mais adiante, dentro do contexto do discurso jurídico. No tópico, maiores reflexões serão tecidas para demonstrar a normatividade das bases da literalidade. Será esse o foco das reflexões posteriores. Para o momento, no entanto, cabe tecer algumas considerações sobre as bases que conferem sustentação às regras de uso das palavras.

⁷² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 23, p. 26.

⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 21, p. 24.

⁷⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 23, p. 26.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 56.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 56.

1.5 A noção de forma de vida: um alicerce diante da contingência da linguagem

Em Wittgenstein, associado à noção não definida de jogos de linguagem, aparece o conceito também não definido de formas de vida.⁷⁷ Seu surgimento se dá, na pragmática da linguagem, enquanto substituto do mundo, conferindo alicerces para atenuar a radicalização da contingência da linguagem.

Como visto, uma referência à correção de uma preposição não pode ser encontrada em uma noção metafísica do mundo. As regras de uso das palavras, então, passam a exercer em cada jogo o papel de orientar a correção da utilização da linguagem. Por sua vez, as razões e formas de ser de cada regra não são dadas através da vontade autônoma e discricionária dos participantes. Se fosse assim, o relativismo dos usos poderia chegar a níveis insustentáveis para a comunicação. Ao invés disso, as regras dos jogos se sustentam e se formam na chamada “forma de vida”. Em termos ainda mais precisos,

[...] não se pode fugir a um aspecto final quanto à aferição da verdade: o porquê das regras do jogo serem desta ou daquela maneira. Em Wittgenstein, essa base sobre a qual os jogos de linguagem se sustentam é o que ele chama de forma de vida. [...] uma noção de forma de vida aparece como um conjunto padrão de atividades, ações, interações e sentimentos que baseiam a nossa linguagem e os usos que fazemos dela. A noção de forma de vida se fundamenta em numerosos fatos naturais e culturais.⁷⁸

Como se vê, a noção de forma de vida se caracteriza por uma realização cultural e biológica, dentro de uma historicidade. Do aspecto biológico, diversos elementos dessa condição do ser humano são contabilizados na linguagem, sem os quais os jogos de linguagem mais elementares seriam completamente modificados. Na obra de Wittgenstein, esse aspecto é exemplificado em diversas passagens, dentre as quais ao dizer que sem a “sensação da capacidade de ‘me virar’, minha ideia de espaço seria essencialmente diferente”.⁷⁹

⁷⁷ A noção de forma de vida não é muito abordada por Wittgenstein, contando com poucas referências nos escritos do autor. Disso se sucede que grande parte das reflexões para compreender esse conceito é fruto de outros autores, que apresentam posicionamentos nem sempre convergentes sobre a definição do conceito. A diversidade do entendimento sobre a noção de forma de vida figura em interpretações que vão desde uma noção orgânica, como a encartada por Hunter, em *Forms of life in Wittgenstein's Philosophical investigations* (1971), à concepção cultural ou até mesmo unitária (singular) do conceito, como se existisse apenas uma forma de vida comum a toda a humanidade. Adentrar na variedade de noções, no entanto, foge aos limites da presente discussão. A intenção não será traçar cotejos entre as diversas correntes. Assume-se, neste ponto, uma posição biológica e cultural para a qual serão feitos esboços suficientes ao desenvolvimento de questões que se dão ao longo desta pesquisa.

⁷⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 113.

⁷⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações Filosóficas**. São Paulo: Loyola, 2005, p. 85.

Os fatores biológicos não devem ser entendidos, com isso, como os elementos exclusivos para a formação da experiência linguística humana. Somados à condição orgânica do ser humano, existem uma construção cultural e um horizonte histórico, que se relacionam de forma dinâmica com os fatores biológicos para constituir a base dos jogos de linguagem. É por razões assim que os animais não podem dispor, qualitativamente, da linguagem ou se comparar o uso dela a um determinismo biológico. Os seres humanos vivenciam sua realidade corpórea entremeados pela cultura e pela história, sem que delas possam se afastar. Daí, por esse seguimento, darem-se os jogos de linguagem a um naturalismo antropológico, e não meramente biológico.

Em referência,

Diz-se muitas vezes: os animais não falam porque lhes faltam como recursos espirituais. E isso significa: “eles não pensam, por isso não falam”. Mas: eles não falam mesmo. Ou melhor: eles não empregam a linguagem – se abstrairmos as mais primitivas formas de linguagem. Comandar, informar, contar, tagarelar pertencem à história de nossa natureza assim como andar, comer, beber, jogar.⁸⁰

Nesse sentido, a forma de vida segue a história natural do ser humano, englobando desde os aspectos mais básicos da biologia humana até a cultura, esculpidos em um tempo e espaço históricos, que não podem ser ignorados. É essa forma de vida que constitui o ancoradouro último da linguagem.⁸¹ Com isso, a autonomia assumida por esta em relação aos parâmetros metafísicos não se torna, em Wittgenstein, um relativismo, porque a linguagem é contingente, mas se apoia em uma forma de vida que reveste as mudanças de um caráter não discricionário.

Isto significa dizer que, no correr histórico, um certo uso das palavras, em um determinado jogo, pode mudar de acordo com as experiências biológicas dos participantes, com as transformações culturais, com os interesses e necessidades humanas contextualizados. O que não deve ser confundido com transformações por vontade consciente e discricionária dos usuários da linguagem. Assim, termos como “família”, “incapaz” e “amor”, por exemplo, tiveram seus sentidos modificados ao longo da história natural humana, mas não por escolhas individuais conscientes.

A essas questões se soma a noção de existência de uma concordância entre os participantes da linguagem para a própria possibilidade de comunicação. Essa concordância não corresponde, no entanto, à vontade da maioria ou ao compartilhamento de uma mesma opinião. Em Wittgenstein, a concordância corresponde, em verdade, a um compartilhamento de uma forma de vida. Por isso, mesmo que uma maioria apresente o mesmo entendimento, ou

⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 25, p. 27.

⁸¹ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: linguagem e mundo**. São Paulo: Annablume, 1998, p. 104.

os participantes partilhem da mesma opinião, isso não corresponde a uma definição do que seja um uso correto ou incorreto. Dessa forma, concordar sobre o sentido das palavras ganha uma outra dimensão.

“Então afirmas que é a concordância entre as pessoas que decide o que é verdadeiro e o que é falso?” – Verdadeiro e falso é o que os homens *dizem*; e é na *linguagem* que as pessoas concordam. Não se trata de uma concordância de opiniões, mas de formas de vida.⁸²

Essa noção de concordância, portanto, faz referência a um acordo que envolve a forma de vida. Não por acaso uma abordagem em níveis ainda mais elementares desses conceitos, em especial o de forma de vida, acaba atraindo questionamentos essencialistas. A questão poderia ser colocada a partir da indagação sobre se haveria ou não um fundamento último para a forma de vida.

A resposta para Spaniol é no sentido de que

A forma de vida, em sua função para a linguagem, já não é fundamentada ou justificada: ela precisa ser aceita como algo dado. Isto significa que a linguagem não possui um fundamento pré-normativo. A nossa linguagem não repousa sobre dados “inefáveis” ou fatos da natureza (Cf. I. F. p. 221), nem sobre certezas ou intuições indubitáveis. O fundamento único da linguagem reside no “arcabouço” constituído por nossas formas de vida. E estas situam-se “para além do que é justificado ou injustificado”.⁸³

A forma de vida, nessa linha, seria um “dado injustificado”, um “padrão injustificado da atividade humana”, que não possui, por isso, um fundamento pré-normativo. Isto, entretanto, poderia continuar a levar a outros questionamentos que insistiriam em ir além da linguagem. Porém, “sendo fora de propósito a indagação metafísica sobre esse fundamento da linguagem, a *forma de vida* só pode ser vista internamente, não havendo que se questionar sobre sua essência extra-linguística”.⁸⁴

Assim, a forma de vida deve ser compreendida apenas diante de seu caráter biológico e cultural. A sua configuração nessas dimensões sinaliza para a prática de falar ser moldada dentro de uma história natural humana, em cada cultura, que acompanha em suas bases as necessidades e interesses históricos. Em resumo, as regras da linguagem se ancoram na forma

⁸² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein translations. IF 241, p. 98.

⁸³ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: linguagem e mundo**. São Paulo: Annablume, 1998, p. 104

⁸⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 115

de vida; esta, dada em um tempo e espaço de vivências humanas orgânicas e culturais, o que afasta os posicionamentos representacionistas, sem incorrer em um ceticismo radical.

Tal abordagem esclarece e encerra os pontos relevantes para a visão antiessencialista. Em síntese às considerações deste capítulo, primeiro, o unitarismo sobre a função da linguagem, que proporciona a visão representacionista essencialista, passa a ser uma ficção. São muitas as funções da linguagem, sendo a função designativa, assim como as demais, apenas mais um jogo de linguagem. Dessa maneira, ao invés do intérprete procurar ver a linguagem como representação da essência do mundo, “deve ter uma visão panorâmica da linguagem como forma de afastar os maus entendidos linguísticos que levam ao pensamento essencialista”.⁸⁵ É por isso que, no plano do Direito, não faz mais sentido perguntar sobre uma precisão entre enunciado normativo e verdade metafísica ou sobre o sentido “em si” da letra da lei a ser revelado por métodos objetivos pelo intérprete. Em verdade, deve-se ter uma visão panorâmica para a determinação do sentido normativo.

Em segundo lugar, os jogos de linguagem dão conta, como visto, das condições, dos contextos e dos interesses humanos, ou seja, trazem à tona um processo linguístico dinâmico, o que propicia uma abertura para se pensar a tomada de decisão jurídica e atribuição de sentido normativo, enquanto jogo de linguagem, como um fenômeno dinâmico-discursivo. Além disso, compreender que os jogos de linguagem são regidos por regras permite coibir o ceticismo quanto à comunicação linguística normativa e quanto às decisões judiciais. Se por um lado o afastamento do essencialismo poderia gerar um campo de insegurança ocasionado pela discricionariedade do intérprete, por outro, a ambientação do espaço linguístico intersubjetivo em meio a regras ancoradas em uma forma de vida retoma margens de segurança importantes, a serem exploradas no próximo capítulo sob a perspectiva da teoria padrão da argumentação jurídica.

Feitas tais considerações, o terreno teórico estabelecido permite que a investigação prossiga examinando as bases da literalidade diante de um cenário de rejeição à metafísica, bem como os elementos que possibilitam distanciar o ceticismo relativista do universo jurídico.

⁸⁵ CATÃO, Adualdo de Lima. **Uma visão filosófica antiessencialista para o abandono da noção de racionalidade jurídica**: os processos de decisão em direito como ambientes linguísticos regrados e contingentes. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da UFPE em agosto de 2005, p. 34.

2 A REABILITAÇÃO DA SEMÂNTICA NO DIREITO: UMA NOÇÃO ARGUMENTATIVA ANTICETICISTA PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS CONCEITOS DE LITERALIDADE

2.1 Descoberta e justificação: uma distinção essencial

A rejeição ao essencialismo abriu espaço para se trazer à tona o sujeito como participante no processo de determinação de sentido da norma jurídica, em detrimento da antiga visão do sujeito observador. A sua atuação trouxe novas tensões à tradicional forma de pensar a objetividade do conhecimento da norma, colocando em evidência que somente se “consegue compreender a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora ‘condições transcendentais’ de nossa compreensão”.⁸⁶ Em outros termos, para interpretar a norma é preciso compreender; e na compreensão, inexistente a possibilidade de dissociá-la dos pré-conceitos oriundos dos horizontes histórico sem que o intérprete se situa.

Desse modo, ao se deparar com uma norma jurídica, o intérprete não desempenha sua atividade interpretativa partindo de um vazio de compreensão. Em verdade, o operador do Direito passa a atribuir o sentido da norma jurídica também “a partir da concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando os seus conhecimentos e os seus preconceitos”.⁸⁷

Diante dessa noção, a frequente assertiva de que as possibilidades semânticas do texto normativo figuram como ponto de partida da interpretação⁸⁸ se mostra controversa. Não é no texto que o processo interpretativo se inicia. O intérprete já se aproxima do problema jurídico e do texto normativo através de sua pré-compreensão, o que o leva a antecipar uma solução provisória. Essa antecipação, no entanto, não é o que define o resultado da aplicação normativa, porque, posteriormente, essa resposta será testada no procedimento discursivo, podendo ser confirmada ou sofrer modificações depois de considerados os diversos métodos de interpretação, as consequências das decisões, a jurisprudência, a doutrina e tantos outros

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 228.

⁸⁷ HESSE, Konrad. **La interpretación de la Constitución**. HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, p. 41.

⁸⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326; FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das Leis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 34. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 76.

elementos discursivos.⁸⁹Dessa forma, o marco inicial da interpretação é a pré-compreensão⁹⁰e não a literalidade do texto. Ao mesmo tempo, a possibilidade de mudança da concepção inicial do intérprete não permite que os pré-conceitos sejam, também, o ponto decisivo e final da interpretação.

Há autores, contudo, como Lenio Streck,⁹¹ que não seguem esse entendimento, passando a refletir sobre o Direito a partir de um grande enfoque em questões voltadas para a pré-compreensão, como se elas tivessem muito mais influência para a dogmática jurídica do que verdadeiramente têm.

Não parece haver motivos para se discordar de que a pré-compreensão atua na interpretação. A sua ocorrência não é uma prescrição, mas antes uma descrição de parte do processo de atribuição do sentido normativo. Entretanto, isso não faz com que se compartilhe do posicionamento de que seja esse, eminentemente, o campo de investigação da dogmática jurídica.

A filosofia da ciência dividiu em dois momentos o processo de formação do conhecimento científico,⁹² promovendo uma distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação.⁹³ Em termos didáticos, essa distinção permite que se possa formular perguntas distintas para cada um dos momentos. Se para o contexto da descoberta, onde se encontram os estudos que superestimam a pré-compreensão, interessa o processo de surgimento da ideia, para o contexto da justificação valem as indagações a partir das razões enunciadas.

Ao se formular um novo sentido normativo, uma nova teoria ou até mesmo redescobri-los sob uma perspectiva diferente – inovadora –, se está trabalhando com o surgimento de uma ideia no campo mental, o que pertence ao contexto da descoberta. Esse processo de conceber uma ideia não ocorre, necessariamente, de forma lógica, é insuscetível de uma análise dessa natureza.

⁸⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. [e-book]

⁹⁰ Nessa linha, Eros Grau afirma que “o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo o movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41).

⁹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

⁹² Para mais informações, conferir: Reichenbach, 1951.

⁹³ Não se quer dizer, com essa distinção, que o contexto da descoberta e o contexto da justificação são incomunicáveis. Naturalmente, é possível que as exigências do processo de justificação exerçam uma influência recíproca sobre o processo de descoberta. Nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 224.

Em verdade, a invenção de uma ideia parece estar mais intimamente ligada à “intuição criadora” do que a uma construção do raciocínio lógico. As ideias surgem sem razões aparentes, o que não conduz a uma negação completa da possibilidade de estudá-las. Quer dizer, não se nega a possibilidade de se analisar o surgimento ou o desenvolvimento da intuição criadora, contexto da descoberta, mas esse é um campo de estudo próprio dos sociólogos, dos historiadores da ciência e da psicologia social, o que se afasta do saber racional empregado à dogmática jurídica contemporânea, ainda que com toda sorte de críticas válidas.

O reconhecimento dessa posição não constitui absolutamente nenhuma forma de demérito aos estudos empregados nas demais áreas, que reconhecidamente têm seu peso no universo do Direito. A pretensão não é reivindicar uma racionalidade, com o enfoque no contexto da justificação, sobrepujante aos demais campos do saber. O que se assume, no entanto, é que é o modelo racional⁹⁴ a postura eminentemente dogmática, o que viabiliza a análise da tensão circundante à atribuição de sentido ao texto normativo, sem que se culmine em um debate meramente ideológico ou político.

A discussão inaugurada é bem colocada por Karl Popper ao afirmar que

A questão de saber como uma ideia nova ocorre ao homem – trata-se de um tema musical, de um conflito dramático ou de uma teoria científica- pode revestir-se de grande interesse para a psicologia empírica, mas não interessa à análise lógica do conhecimento científico. Esta última diz respeito não a questão de fato (o *quid facti?* de Kant), mas apenas a questão de justificação ou validade (o *quid juris* de Kant).⁹⁵

Nesse contexto, o que interessa para a aplicação do Direito sob a perspectiva desta pesquisa, em última análise, não é o que se passa na mente dos julgadores, suas pré-compreensões ou as circunstâncias ideológicas que o cercam, até mesmo porque definir os meandros da subjetividade em um mundo de contextos fluidos e de grande multiplicidade de posicionamentos é uma tarefa extremamente difícil, senão impossível.

O importante, de fato, é a argumentação, ou melhor, a justificação lançada pelo julgador para defender suas conclusões, possibilitando a validação desses resultados ou a sua refutação. Não interessa o que realmente se passa no interior daquele que determina o sentido da norma

⁹⁴ Por certo, a racionalidade tratada, na linha das teorias da argumentação jurídica, não se confunde com o modelo de racionalismo moderno. A pretensão não é recorrer a um modelo ideal e estático de valores para resolver as questões morais relacionadas ao Direito, tampouco se busca o verdadeiro conteúdo da lei, porque seria supor sua pré-existência, amplamente afastada no primeiro capítulo. Em outras palavras, não se defende uma racionalidade absoluta, fechada e, de certa forma, ingênua. A ideia é reconhecer uma racionalidade procedimental que permita trabalhar com as noções de indeterminação, sem que isso implique em um ceticismo radical.

⁹⁵ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 31.

jurídica (contexto da descoberta), mas sim como se exterioriza a ideia por meio de argumentos a fim de validar a conclusão alcançada (contexto da justificação).

Dito de outro modo, afirmar que o magistrado adotou um ou outro sentido normativo em razão de sua religião ou inclinação política é enunciar uma razão explicativa, e constitui campo de outras teorias. Diferentemente, afirmar que a decisão judicial considerou um sentido para um determinado dispositivo legal com base em uma leitura constitucional é enunciar uma razão justificadora, no que se acentua que “os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las”.⁹⁶

Andreas Krell aborda o tema refletindo que “a sentença baseada em argumentos fracos não se torna melhor em razão dos motivos nobres do juiz. Igualmente, a decisão convincentemente arrazoada não perde vigor por ser fruto da atitude política ou religiosa do julgador”.⁹⁷ De modo elucidativo, quando um juiz ou turma decide pela inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre,⁹⁸ o que está em voga não é a ideologia que por ventura venham a ter esses julgadores, se se identificam ou não com algumas bandeiras feministas, ou se são ou não religiosos – o que interessa são os argumentos lançados na decisão a fim de que se possa validá-la ou refutá-la.

Nesse sentido é que se acena para o fato de que o presente trabalho se afasta de posicionamentos como os defendidos por Lenio Streck. Para esse doutrinador, “ainda é necessário estudar o (velho) conceito de ideologia”⁹⁹ e proclamar a existência de um “momento hermenêutico autêntico”. Seria nesse momento, que conta coma realização da pré-compreensão do intérprete, que se atribuiria um sentido ao texto jurídico. A ausência de arbitrariedade nesse ato decorreria de que ele se daria dentro de um horizonte de sentido demarcado pelo próprio

⁹⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6.

⁹⁷ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, ano 10, n.19, São Paulo: jan./jun. 2014. p. 295-320. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-de-interpretacao>>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 315.

⁹⁸ Aqui se faz uma alusão ilustrativa à decisão tomada pela Primeira Turma do STF no julgamento do HC 124306, quando, por maioria dos votos, afastou-se a prisão preventiva de sujeitos denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, evocando-se, dentre outros argumentos, os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acessado em: 19 jul. 2020.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luis. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Hendu* – **Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 93-105, ago. 2010, p. 95.

“modo de ser” do *Dasein*, no sentido de que “se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo”.¹⁰⁰

Acontece que esse posicionamento não explica satisfatoriamente como se pode avaliar se a interpretação oferecida pelo aplicador do Direito foi a que o “texto normativo falou”. Quem diz que a atribuição de sentido pode ser determinada ouvindo o que o texto tem a dizer para o caso, deve explicar também como os juristas podem adotar esse ouvir e se certificar dele. Quem seria o sujeito, dentre tantos sujeitos com interpretações diversas, capaz de ouvir e apontar a interpretação falada pelo texto? Como se certificar dela?

O problema se amplia quando se percebe o acentuado enfoque que se dá à pré-compreensão. Nesse posicionamento, os pré-juízos não só são considerados condições de possibilidade do conhecimento, como também são vistos como os responsáveis por “nos orienta[r] no emaranhado da tradição”.¹⁰¹ No entanto, no mundo plural das sociedades contemporâneas, que trazem a marca da complexidade, da heterogeneidade e da fragmentariedade de posicionamentos axiológicos, a sedimentação e o compartilhamento de valores unificados é extremamente incomum. Nesse cenário, “não há mais uma única pré-compreensão em cada sociedade, mas múltiplas cosmovisões que coabitam no mesmo espaço-tempo”.¹⁰² Consequentemente, nessa vasta gama de pré-compreensões, os pré-conceitos perdem sua capacidade de guiar a interpretação jurídica.¹⁰³

Outro ponto problemático dessa posição é que a mesma pré-compreensão, defendida como guia da interpretação, pode ser impregnada de assimetria e de seletividade, porque também passível de ser constituída nos horizontes das tradições e das práticas sociais radicalmente intolerantes. Desse modo, uma interpretação norteada nesses termos confrontaria os próprios direitos fundamentais e a noção de democracia moderna, para a qual “os segmentos minoritários em geral não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007, p. 33.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007, p. 37.

¹⁰² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. [e-book]

¹⁰³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Item 10.5.1. [e-book]

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLAZER, Rubens (Orgs). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 49.

Além dessas questões, a doutrina hermenêutica trabalhada por Lenio Streck nega a importância dos métodos interpretativos, afinal, a compreensão e o sentido normativo operariam antes de qualquer argumentação e fora de uma epistemologia procedimental de justificação. Os métodos funcionariam apenas como adornos retóricos que, postos à “disposição” dos juristas, fazem com que “ocorra a objetificação da interpretação, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido”.¹⁰⁵

Nesse esquema, a hermenêutica filosófica trabalharia no contexto da descoberta, antecipando o sentido a partir do círculo hermenêutico, enquanto que a teoria da argumentação jurídica, voltada para a justificação, consistiria em uma mera explicação ou uma tentativa de maquiagem o que já aconteceu no processo interpretativo. Ainda se faz uma dissociação pouco convincente entre os planos dos argumentos lógicos e dos argumentos persuasivos para defender que o contexto da justificação, lidando com aqueles, rende pouca serventia ao Direito.¹⁰⁶

Em resposta a essas colocações, primeiramente, pode-se dizer que mesmo Karl Larenz, também adepto da hermenêutica de Gadamer, “argumenta contra Esser, que o processo de determinação do direito, de nenhuma forma, aparta-se da racionalidade”.¹⁰⁷ Isso porque o que se deve afastar é a ideia de que a racionalidade está concatenada à metafísica da verdade, e não preconizar seu banimento do universo jurídico. Em segundo lugar, não existe uma contraposição entre lógica e persuasão. Assim como reconhece a retórica aristotélica, o *logos* (estrutura lógica) é um das dimensões da persuasão, conjuntamente com o *ethos* e o *pathos*. Isto se reafirma no próprio fato de que, no contexto do Direito contemporâneo, um discurso jurídico não pode ser convincente assumindo de partida que é irracional. Ainda que o seja, o orador sustentará sua racionalidade pela persuasão e valor que o argumento racional possui no universo jurídico moderno. Assim, a dissociação da racionalidade em oposição à persuasão é um equívoco.

Em relação aos métodos interpretativos, é de se concordar que a escolha deles e suas próprias possibilidades de conjugação são tomadas, inicialmente, na base das inclinações subjetivas do intérprete. Também é coerente afirmar que os cânones não conduzem a aplicação

¹⁰⁵STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, pp. 29-46, jan. 2007, p. 37.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, pp. 29-46, jan. 2007, p. 36.

¹⁰⁷KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito: normatividad semántica en la argumentación jurídica**. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 83.

do Direito à verdade, se compreendida em termos ontológicos. Entretanto, isso não significa sua completa inutilidade para a estruturação racional do discurso jurídico. Os métodos interpretativos não representam um caminho fechado que conduz à verdade, mas consubstanciam possibilidades interpretativas para a construção racional do Direito.

Por vezes, a carga simbólica do termo *método* leva ao anacronismo de se tentar traduzir os cânones como instrumentos positivos absolutos com o objetivo de determinar incisivamente a aplicação normativa. A par disso, o mais apropriado seria entendê-los como elementos metódicos. Os cânones, tomados por essa perspectiva, permitem reunir as questões inerentes ao círculo hermenêutico e a pré-compreensão do intérprete com a racionalidade. Possibilitam, portanto, aplicar o Direito consubstanciado no diálogo entre a margem criativa/subjetiva do intérprete e o *logos*, contemplando a complexidade desse fenômeno.

Nesse sentido, há um abandono da perspectiva que compreende os métodos de interpretação como absolutos, típica do pensamento positivista, para se reconhecer a sua relativização. Uma vez compreendido isto, percebe-se que mais do que determinar uma interpretação para a norma, os métodos passam a demonstrar sobre quais delas não se pode ter ou não se tem pretensão de correção, permitindo que se possa estruturar grupos de pressão críticos na base de um argumento minimamente racional.

Importa fixar que a pretensão de correção é um atributo inerente ao sistema e ao discurso jurídico. A nível de sistema, se percebe essa pretensão pela qualidade dos princípios instituídos no ordenamento que, embora contingenciais, carregam intrinsecamente o intuito de serem justos. Por seu turno, nota-se o intuito de correção no discurso jurídico porque ele, baseando-se no ordenamento que comporta uma dimensão ética, dada pela inserção principiológica, também se desenvolve no contexto de pretensão de justiça.¹⁰⁸ Logo, por mais arbitrárias que sejam algumas das argumentações jurídicas, elas sempre invocam um sentido de justiça para se convolarem.

Assim, uma vez entendido que os discursos jurídicos tendem a uma pretensão de correção para sua aceitação na comunidade jurídica, também se torna visível a utilidade prática dos métodos, visto que ajudam a evidenciar aqueles que de fato levantam tal pretensão e aqueles que não se sustentam quando analisados de forma mais racional. Além disso, pode-se perceber que a possibilidade de escolha dos cânones conforme a intuição e/ou interesse do intérprete não inviabiliza a funcionalidade desses elementos metódicos, que compõem o plano da justificação. Não obstante a inexistência de hierarquia entre eles, é possível separá-los em duas grandes

¹⁰⁸ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. [e-book]

categorias que se distinguem justamente pelo fato de que uns dão mais espaço que outros para as considerações substantivas do intérprete.¹⁰⁹

Na proposta formulada por Shecaira e Struchiner, os métodos podem ser categorizados entre aqueles institucionais e aqueles substantivos. Diz-se que o “método formalista ou institucional paradigmático é aquele que toma e aplica os textos legais literalmente. É o método que costuma ser chamado de ‘gramatical’”.¹¹⁰ A partir dele se fixaria como parâmetro o grau de subjetividade dos demais métodos. Conforme essa perspectiva, por exemplo, o método teleológico-subjetivo (histórico) teria um grau de subjetividade maior do que o textualismo e menor do que o teleológico-objetivo. Essa possibilidade de comparação é importante porque permite que se estabeleçam graus de segurança, não de adequação, como se aprofundará mais afrente, entre as interpretações de acordo com os métodos utilizados.

Diante disso, é possível supor que uma interpretação baseada no textualismo ofereça um grau de segurança maior do que o oferecido pela interpretação teleológica-objetiva. Por isso, quando o intérprete intui que a aplicação de um método substantivo é mais adequada à pretensão de correção do que aquela propiciada por um método institucional, ele deverá também apresentar argumentos mais reforçados sobre as razões que o levaram a optar por um método menos seguro. De modo que, embora existam diversos cânones e o intérprete possa escolher conforme a sua intuição e/ou interesse sem que haja hierarquia para isso, a existência de graus de segurança entre os métodos permite estabelecer a necessidade de o intérprete apresentar uma argumentação ainda mais densa para justificar a escolha mais subjetiva.

Também é possível fazer um paralelo com as ciências exatas para demonstrar que a escolha quanto aos métodos não os esvazia de funcionalidade. Dadas as peculiaridades de cada âmbito, os próprios cientistas do campo das exatas escolhem os métodos com os quais vão trabalhar o objeto. A determinação inicial do método se dá principalmente no campo da intuição do pesquisador, que ao se relacionar com o objeto, intui qual será o mais adequado para a verificação da hipótese. É certo que essa intuição é também guiada por uma série de regras vinculadas à natureza do objeto, mas elas não invalidam a margem de escolha inicial que o pesquisador apresenta. Ademais, não representam nenhuma invalidade nas próprias ciências exatas as mudanças de método ocasionadas pela relação que se estabelece com o objeto ao longo da pesquisa, porquanto não basta a escolha inicial do método, mas o próprio contexto de

¹⁰⁹ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, pp. 74-75.

¹¹⁰ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p.75.

interação com o objeto também limita e sugere as possibilidades que serão constatadas no desenvolvimento da investigação, como ocorre em relação às normas no percurso argumentativo. Nesse caso, a intuição inicialmente subjetiva que conduz o intérprete a escolher um método em detrimento do outro deve virar parada pela própria manifestação contextual da norma, podendo vir a ser confirmada ou modificada dentro do caminho argumentativo, que acaba estreitando e sugerindo as possibilidades metodológicas mais corretas para a aplicação da norma jurídica.

Diante de todo esse panorama, ainda que não se desconsidere as questões subjetivas que sempre permearam a construção das decisões judiciais, é o contexto da justificação que ganha especial destaque para a dogmática jurídica, permitindo que, através dos cânones de interpretação e das outras formas de justificação, seja possível controlar a decisão judicial. Aqui, definir a justificação como plano de investigação viabiliza investigar a concepção de literalidade em um espaço menos subjetivo.

2.2 A literalidade enquanto limite à interpretação: o limite do teor literal da palavra

Os termos “limite do teor literal da palavra” ou “possibilidades de sentidos das palavras”, empregados neste tópico, guardam imprecisões. Primeiro, não se trata de um limite da palavra considerada separadamente, mas antes o significado proposicional tem prioridades para a atribuição de sentido. Segundo, o significado dos termos só é determinado em um contexto, fazendo com que não se trate aqui de se orientar por um possível significado lexical, mas sim de se referir a um significado atual das palavras. A par dessas imprecisões, entretanto, os referidos termos serão preservados no texto por se tratar de formas tradicionais com as quais o problema é apresentado na doutrina.

A justificação do discurso jurídico apresenta duas dimensões distintas para a análise dos argumentos lançados: a justificação interna e a justificação externa. Conforme se avance no estudo desses dois âmbitos, melhor se visualiza duas das abordagens mais discutidas sobre o conceito de literalidade: literalidade enquanto limite ¹¹¹ e literalidade enquanto cânone interpretativo. A diferenciação entre essas duas abordagens nem sempre é clara na doutrina, criando alguns impasses. Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, o método de interpretação

¹¹¹ Neste tópico, não se tratará da ideia de literalidade enquanto limite mínimo à interpretação, uma vez que essa acepção já foi abordada e rejeitada no tópico antecedente. Assim, ao se utilizar aqui o termo “limite”, estar-se-á fazendo referência à ideia expressa, geralmente, nas denominações “limite das palavras”, “limite máximo da interpretação”, “possibilidades de sentido das palavras” ou “limite do teor literal das palavras”.

gramatical é considerado “como ponto de partida e como limite máximo da interpretação”.¹¹² A abordagem metódica chega, com isso, a confundir-se com a ideia de limite literal, dificultando a percepção e a formulação de críticas mais coerentes às fundamentações das decisões judiciais, conforme se trate de um ou de outro caso.¹¹³

Neste momento, o estudo das dimensões da justificação tem como foco discutir a literalidade enquanto limite, aspecto rejeitado pelas posturas ceticistas. De modo geral, a posição cética sustenta que os sentidos dos enunciados de uma lei se diluem diante da multiplicidade de jogos de linguagem e de interesses flexibilizadores, e por isso a literalidade seria incapaz de funcionar como limite para a interpretação. A impossibilidade de os enunciados normativos apresentarem limites semânticos, como assume o ceticismo, tornaria problemático que se falasse em uma interpretação conforme a Constituição, assim como em princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem* (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, com idêntica redação no art. 1º do Código Penal). Afinal, para uma interpretação ser considerada conforme a Constituição é preciso que o enunciado que se interpreta demarque até onde ainda se está trabalhando com os sentidos possíveis para ele, donde se poderá destacar um deles como mais compatível com a norma constitucional. Caso contrário, se o enunciado nunca possibilitasse uma limitação, a norma infraconstitucional se diluiria como um vazio passível de ser preenchido por toda e qualquer interpretação que o aplicador da norma lhe desse, sem que se pudesse alegar uma atribuição de sentido incorreto para ela. Também seria impossível se falar no princípio da legalidade e na proibição a analogias, porque nunca se saberia quando uma decisão judicial está assumindo uma ou outra posição.

A questão é, no entanto, que além do ceticismo deixar de apresentar formas de lidar com essas importantes questões, e tantas outras que fazem parte da realidade jurídica contemporânea, ele não apresenta conclusões mais consistentes em seu radicalismo. O reconhecimento da existência de uma pluralidade de jogos de linguagem e da multiplicidade de concepções de mundo não conduz, necessariamente, à indeterminação radical e inócua do sentido das palavras, como defendido pelo pensamento cético. Em verdade, substitui-se a

¹¹²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

¹¹³ Essa consideração ficará mais clara ao longo da exposição. Entretanto, deve-se pontuar desde já que o limite literal aqui não é considerado como método pelas mesmas razões que o âmbito da criação propriamente dita do Direito, seu oposto, também não o é. O limite literal consiste mais em um âmbito que demarca a interpretação, próprio a todo texto, do que um caminho que ordena e estrutura os argumentos. O objetivo de se proceder a essa distinção, no entanto, não é ensejar uma discussão terminológica, mas sim permitir uma melhor visualização sobre como e em que medida se pode pensar em uma superação racional da(s) literalidade(s).

determinação metafísica por uma percepção normativa sobre o conceito de limites semânticos,¹¹⁴ compatível com a pragmática da linguagem.

A concepção normativa não se relaciona com “a verdade” ou “a falsidade” de um sentido atribuído à palavra, mas parte da ideia de correção. Suas bases são fundadas diante da questão de que só é possível estabelecer uma comunicação entre sujeitos, se for possível identificar que as palavras possam ser usadas de forma incorreta. Isso fica nítido no exemplo de quando se percebe que a comunicação entre um professor de matemática com o seu aluno, sobre a operação de adição, é dada pela possibilidade de o professor poder avaliar o emprego correto ou incorreto dos cálculos realizados pelo aluno. Caso o professor nunca pudesse saber se a operação realizada estava correta ou não, também nunca se saberia sobre se a informação transmitida foi apreendida ou não pelo aluno. Consequentemente, se a realidade da comunicação é um fato, é porque “há uma maneira intersubjetivamente válida de distinguir entre usos corretos e incorretos de conceitos”,¹¹⁵ o que reafirma que o limite semântico é constituído por regras que regem a correção do uso das palavras.

Daí que, ao participar de um jogo de linguagem, o sujeito passa a se engajar em uma forma de comportamento linguístico orientada por regras e revestida por uma pretensão teórico-discursiva para a correção. Essa pretensão pode ser apontada como um fator envolvido com a constância do comportamento do sujeito diante das regras de determinado jogo, assegurando a própria regularidade normativa dos usos (sentidos) das palavras.¹¹⁶ Quer dizer, como o sujeito, sobretudo no âmbito do Direito, pretende que suas proposições estejam corretas e que elas sejam reconhecidas enquanto acertadas por aqueles para quem elas são dirigidas,¹¹⁷ ele regularmente busca performar seus atos de acordo com as regras.

Quanto à origem dessas normas, elas não são expressões metafísicas, mas sim normas criadas intersubjetivamente pelas próprias atitudes dos participantes no jogo de linguagem. O que não quer dizer que elas, oriundas de uma prática social, sejam acessíveis epistemicamente pelo consenso empírico de uma maioria.¹¹⁸Primeiro, uma série de fatores práticos pode ser levantada para se rejeitar essa posição a nível de dificuldades de apuração. Naturalmente, a

¹¹⁴KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 152.

¹¹⁵KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 152.

¹¹⁶KLATT, Matthias. Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, n.2, 2010, p. 204.

¹¹⁷ Nesse sentido, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

¹¹⁸KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 282.

própria definição na prática de quantos e quem são os sujeitos que podem ser considerados para se ter uma maioria já se mostra problemática. Conjuntamente, também a dificuldade de se elaborar amplos relatórios especializados e atualizados para explicitar as regras de usos dos termos torna a ideia de maioria inviável, pois seriam relatórios infundáveis pelo número de palavras e de sujeitos considerados. Ao fim, se conseguido, poderiam já estar desatualizados diante da dinâmica social, não mais representando uma fonte adequada de acesso epistêmico às regras de uso.

Em segundo lugar, a maioria de uma comunidade linguística pode chegar a um consenso empírico sobre um determinado uso e, no entanto, ele está errado. Não é estritamente o somatório de opiniões que faz o acerto de um emprego semântico. O engajamento do sujeito em uma prática social diz mais do que simplesmente seguir ou formar um consenso aritmético. É possível que em um Tribunal, por exemplo, quase todos os magistrados estejam convencidos sobre um determinado uso equivocado de um termo legal e apenas um defenda o uso correto, que não será menos correto por ter sido voto vencido. Esse mesmo voto pode, ainda, convencer os demais de que o entendimento majoritário estava errado ou, ainda, a academia pode reconhecer o erro da posição defendida pela maioria do Tribunal, o que só é possível se houver uma forma de constatar esse erro para além do mero somatório de opiniões.

Nessa linha,

muitas das convicções compartilhadas sobre o significado podem ser falsas. Seguindo as reflexões de WITTGENSTEIN sobre o seguimento das regras, determinou-se que a normatividade não se esgota no simples consenso. A concordância factual de opiniões e a sobreposição consensual de idioletos podem ter diferentes causas. Uma forma de vida em comum, segundo o princípio do estabelecimento de normas pela prática social, é necessário para o sentido, mas não suficiente.¹¹⁹

Se por um lado a contagem empírica e aritmética não é uma abordagem correta para se acessar às regras de uso, por outro, a justificação interna dos discursos jurídicos cumpre esse papel epistêmico de tornar acessíveis, explícitas, as regras implícitas das práticas sociais que o sujeito discursivo deve seguir para o correto emprego dos enunciados.¹²⁰ É o que pode ser visto através da compreensão acerca da própria justificação do discurso jurídico como um todo. Em uma visualização geral, o discurso deve ser justificado internamente para a manutenção lógica da estrutura do discurso. A justificação interna nada mais é do que um conjunto de regras e

¹¹⁹KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividade semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 282.

¹²⁰KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividade semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 292.

formas de justificação formal responsável pela análise estrutural da construção do discurso.¹²¹ O foco é o desencadeamento lógico das premissas para se obter uma conclusão internamente justificada, o que corresponde a uma dedução silogística.

Em sua forma mais simples, esse silogismo se manifesta como uma decorrência direta das premissas à conclusão, sem oferecer grandes questionamentos.¹²² Entretanto, existem casos complexos que não se satisfazem com a forma simplificada do silogismo. São casos como os que a norma jurídica contém diversas hipóteses alternativas de incidência, ou sua aplicação requer suplementá-la com outras normas esclarecedoras, limitadoras ou referenciais de seu conteúdo, assim como nas circunstâncias em que a norma apresenta conceitos indeterminados ou há algumas possíveis consequências jurídicas que tornam complexas a sua aplicação.¹²³ Nessas situações, a justificação interna abandona sua forma simples para apresentar uma forma mais geral e rudimentar, baseada no estabelecimento de diversas premissas de desenvolvimento capazes de levar o discurso a um momento em que a aplicação da norma não seja mais discutível.¹²⁴

Tais premissas importam aqui porque são concebidas para explicitar as pressuposições ocultas no discurso sobre a forma de uso dos termos, que foram utilizados em estágios anteriores da justificação. São essas premissas que se denomina de regras de uso da palavra¹²⁵ e que constituem um limite normativo para os conceitos. A partir dessas regras é que surge uma norma jurídica ainda mais concreta capaz de clarear os pontos de discussão.

Como exemplo, pode-se apresentar o seguinte esquema:¹²⁶

¹²¹ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 223.

¹²² Segundo a representação de Alexy, a forma simples se dá no seguinte modelo:

- 1) $x) (Tx \rightarrow ORx)$
- 2) Ta
- 3) ORa 1), 2)

“T” é um predicado que possibilita a representação do caso concreto da norma jurídica como propriedade de pessoas; “O” é um operador deontico geral; “R” é um predicado que exprime o que o destinatário da norma tem que fazer; enquanto que “x” e “a” são, respectivamente, uma variável individual sobre o campo de pessoas naturais e jurídicas e uma constante individual. Um exemplo seria:

- 1) Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis (art. 27 do Código Penal)
- 2) X tem 7 anos
- 3) X é penalmente inimputável (1) (2)

¹²³ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 219.

¹²⁴ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 220 ss.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, pp. 221-224.

¹²⁶O referido exemplo diz respeito à legislação alemã e foi mantido neste trabalho por ser um dos mais conhecidos nos estudos dessa natureza, facilitando a compreensão sem a necessidade de maiores digressões que, ao invés de auxiliarem o entendimento das regras de uso, poderiam retirar o foco da discussão.

- 1) Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de reclusão maior;
- 2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato;
- 3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa-fé de outrem age traiçoeiramente;
- 4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo aproveita-se do seu estado de falta de defesa
- 5) X matou Y enquanto este estava dormindo
- 6) Y deve receber a pena de reclusão maior

Conforme se percebe, a justificação interna do discurso traz uma cadeia de regras de uso das palavras no momento em que cada uma das proposições é apresentada em conjunto com outras, estipulando-se as condições para a correta interpretação das primeiras (no exemplo apresentado, 4 especifica 3; 3 especifica 2; e assim por diante). Com isso, essas regras passam a revelar as relações inferenciais de um conceito, indicando a propriedade que um objeto deve satisfazer para ser utilizado corretamente.¹²⁷

A razão que leva as regras de uso a serem explicitadas pode ser extraída de três princípios que integram a estrutura formal da justificação jurídica. São eles:¹²⁸ 1) sempre que haja dúvida se um indivíduo cumpre com a situação factual ou com as características definitórias, é preciso apresentar uma regra de uso para resolver a questão; 2) são necessários os passos de desenvolvimento que permitem formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível; 3) é preciso articular o maior número possível de passos de desenvolvimento. Por esses postulados, próprios da justificação interna, visualiza-se as razões formais que conduzem a se explicitar as regras definidoras da correção semântica em um discurso jurídico.

Em síntese, a dimensão interna da justificação explicita essas premissas/regras de uso que compõem o discurso jurídico não são derivadas da lei positiva,¹²⁹ demonstrando, dedutivamente, que o discurso não se exaure em uma visão silogística mecânica e exegética simples. A estrutura dessas regras também exhibe uma forma inferencial, à semelhança do discurso jurídico. O que significa dizer que elas também, em certa medida, organizam-se estruturalmente dentro do jogo de dar e pedir razões que compõe uma rede de premissas, até se chegar a um ponto que não se precise mais discutir, ainda que contingencialmente. No entanto, esse vocabulário lógico da justificação interna não trata da justificação das próprias premissas do discurso jurídico. A justificação interna não se preocupa com a correção dos enunciados,

¹²⁷ KLATT, Matthias. Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, n.2, 2010, p. 210.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001, pp. 222-223.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 223.

debruçando-se apenas sobre a relação lógica estabelecida entre eles e trazendo à luz as regras ocultas para revelar quais das premissas devem ser justificadas externamente.¹³⁰Disso se sucede que, diferentemente de um pensamento formalista, a correção da premissa não decorre da mera validade lógica, carecendo de uma justificação externa relacionada ao conteúdo. É papel dos cânones de interpretação jurídica, dentre outras formas e regras, promover a justificação externa das premissas do discurso, o que interessará mais adiante para se analisar a literalidade em seu sentido estrito.

No caso da justificação externa das regras de uso, há referências à utilização de dicionário, a estudos empíricos e ao apelo do intérprete às suas próprias competências linguísticas. Além disso, também existe um modelo sofisticado de *scorekeeping* deontico, desenvolvido pela linguagem brandomiana,¹³¹ que permite trabalhar a justificação das regras de uso, de uma forma mais ampla, abrangente da justificação interna e externa, a partir das quatro dimensões (compromisso, autorização, consequências e circunstância) de toda asserção.

De maneira bastante resumida, a ideia é a de que toda asserção, ao ser formulada, autoriza o falante para novas asserções, ao mesmo tempo que gera um comprometimento do sujeito em relação ao conteúdo. Quem afirma que “todo ser humano possui dignidade” e que “uma criança é um ser humano” está autorizado a um rol de outras asserções, tal como “toda criança possui dignidade”. Concomitantemente, ao formular tais inferências, está comprometido com o conteúdo delas, sendo errôneo concluir que, diante da asserção de que “a lei protege quem tem dignidade”, “as crianças não são protegidas pela lei”. A esses *status* de autorização e compromisso são acrescentadas as dimensões circunstanciais e consequenciais das asserções. Nesse caso, o exemplo dado só seria completo mediante uma análise que considerasse também as circunstâncias e consequências das asserções, o que acrescenta um grande número de relações inferenciais. Daí que se pode avaliar as inferências a partir das relações autorizações/consequências, autorizações/circunstâncias, compromisso/consequências e compromisso/circunstâncias.

Os desdobramentos disso para a construção de um sistema de pontuação de correção são muitos, mas aprofundar a discussão sobre essas questões, no entanto, foge às pretensões deste trabalho, para o qual não interessa um estudo pormenorizado sobre as regras de uso, mas apenas uma análise sob o aspecto da justificação interna, na medida em que se permitiu apresentara literalidade enquanto limite, mesmo diante do afastamento da metafísica.

¹³⁰ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001, p. 224.

¹³¹ Esse modelo é apresentado por Klatt em: KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito: normatividad semántica en la argumentación jurídica**. Madrid: Macial Pons, 2017.

2.2.1 Anotações sobre as principais críticas à tese do limite semântico normativo

O ceticismo semântico apresentado por Kripke é uma posição filosófica que nega a possibilidade das regras, em si mesmas, poderem determinar o significado (uso) correto das palavras. O autor se baseia, para tanto, em sua interpretação da segunda fase de Wittgenstein, tomando como ponto de partida o paradoxo cético, assim enunciado: nenhum curso de ação poderia ser determinado por uma regra, porque todo curso de ação pode ser conformado para ficar de acordo com a regra.¹³² O desenvolvimento desse posicionamento, com recursos a exemplos matemáticos, perpassa pela ideia de que nenhuma regra poderia determinar o uso das palavras, porque não haveria nenhuma evidência no comportamento externo ou mental do sujeito que garanta que seu comportamento no futuro teria sido determinado pela regra aprendida no passado.

Para ilustrar sua ideia, o autor sugere que, ao ser perguntado sobre quanto é $68 + 57$, o sujeito, normalmente, não hesitaria em responder 125. Como poderia, no entanto, saber-se que essa é a resposta correta? Naturalmente, quem responde deve aplicar a mesma regra ou função que aplicou tantas vezes no passado e, assim, buscar justificar a resposta 125 a partir dessa regra passada. Mas como dizer que regra seria aquela?¹³³

De forma mais clara, Kripke propõe que no passado se tenha trabalhado com um número finito de casos inferiores a 57, não abrangendo, conseqüentemente, $68 + 57$ com a resposta 125. O sujeito, que nunca lidou com esse problema, poderia argumentar que sua resposta se deu em razão de que aprendeu a regra “mais”, ao invés de resumir seu aprendizado a um número finito de casos, o que lhe permitiria descobrir o resultado de um problema ainda não trabalhado. Porém, um cético poderia questionar o sujeito sobre como saber que no passado a regra “mais”, que aprendeu e utilizou até agora, ao invés de “*plus*” (mais) não foi um “*quiss*”,¹³⁴ para o qual justamente $68 + 57$ teria como resposta “5”? O cético poderia insistir dizendo ao sujeito que ele

¹³² KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 7.

¹³³ KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 8.

¹³⁴ Kripke utiliza o termo “*quiss*” para designar uma função semelhante à “adição” no que diz respeito a números inferiores a 57, e de resposta “5” para os valores superiores. Na explicação do autor: “No passado, eu próprio me dei apenas um número finito de exemplos que exemplificam essa função. Todos, supomos, envolviam números menores do que 57. Então, talvez no passado eu usei ‘mais’ e + para denotar uma função que chamarei de ‘*quiss*’ e simbolizarei por ‘ \emptyset ’. É definida por: $X \emptyset Y = X + Y$; se $X, Y < 57$; em outros casos $X \emptyset Y = 5$ ”. (KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, pp. 08-09). Optou-se, neste trabalho, por se manter a designação original para evitar uma descaracterização da ideia desenvolvida por Kripke.

sempre quis por “*plus*” dizer “quus” e, no presente, por efeitos de LSD ou um frenesi insano, passou a interpretar mal seu próprio uso anterior.¹³⁵

Com isso, apresenta-se um questionamento de ordem mais abrangente do que aquele em que o problema do significado é abordado sob a perspectiva externa, que se dedica a pensar como se pode encontrar algo no comportamento manifesto do sujeito que justifique o uso do termo. A posição cética propõe um desafio ainda mais radical, buscando problematizar como o sujeito pode saber os fatos que alicerçam a correção do significado empregado. Em outros termos, “o desafio de Wittgenstein pode ser apresentado para mim como uma questão sobre mim mesmo: houve algum fato passado sobre mim – o que eu quis dizer com ‘mais’ – que determina o que devo fazer agora?”.¹³⁶

No desenvolver dessas reflexões, Kripke procura se o por à posição que vê nas regras a resposta a essa indagação. Seu argumento pode, ilustrativamente, ser apresentado da seguinte forma: se o sentido da regra “mais” for justificado em razão de outras regras, que busquem dar as diretrizes do uso de “mais”, a pergunta cética poderia se repetir também para estas últimas. Quer dizer, novamente seria possível indagar: como saber que a regra de uso de “mais”, manifestada através da palavra “contar” (que o sujeito aprendeu e utilizou até agora), ao invés de “contar”, teria sido, no passado, um “quontar” e que, portanto, não justificando o uso de “mais”, indicaria o uso de “quuss”? Seria possível, mais uma vez, insistir que o sujeito, ao pronunciar “contar”, sempre quis dizer “quontar” e, agora, estava equivocado sobre o próprio uso de “contar”.

Desse modo, o argumento central dessa crítica é que a regra de uso de uma palavra sempre é levada a ser justificada por outra regra de uso, que novamente terá que ser justificada por outra e assim por diante. Consequentemente, a resposta normativa conduziria a um entrincheiramento de suas próprias afirmações, na medida em que, se por um lado, o processo de justificação deve chegar ao fim, por outro, sempre seria possível se repetir as perguntas sobre como justificar a regra de uso para a última norma apresentada.¹³⁷ Assim, para esse pensamento, a resposta normativa sempre poderia ocasionar um regresso da justificação ao infinito.

De fato, o processo de justificação, em algum momento, e, portanto, para algumas premissas, deve alcançar um ponto em que não se precise mais discutir. O discurso jurídico, e

¹³⁵ KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 9.

¹³⁶ KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p.15.

¹³⁷ KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 17ss.

as regras de uso nele, não podem se estruturar dentro de um sistema de inferências levado ao infinito. Ocorre que esse ponto não precisa ser definitivamente e permanentemente inquestionável.¹³⁸ Na prática social discursiva, restam implícitas autorizações *prima facie* para os participantes afirmarem determinadas premissas. Isto quer dizer que no discurso muitas proposições são tratadas como não problemáticas, estando os falantes autorizados, *a priori*, a afirmá-las sem a necessidade de justificá-las. Esse *status prima facie*, no entanto, não é inquestionável, mas quem pretende levantar dúvidas sobre ele possui o ônus de ter que fundamentar e justificar seu questionamento.

Em outros termos,

Afirmações como “Existiram cães pretos” e “Tenho dez dedos” são aquelas para as quais se considera que os interlocutores são autorizados *prima facie*. Elas não são imunes a dúvidas em forma de questionamentos a sua autorização, mas tais questionamentos, em si mesmos, precisam de algum tipo de garantia ou justificativa.¹³⁹

Desse modo, se se tratam muitas afirmações como pontos não controvertidos (tomando-as como autorizações para que, sem justificá-las, o falante possa dispor delas para justificar outras premissas até que alguém esteja em posição de provar que são problemáticas), o perigo onipresente do regresso infinito de justificação das regras se dissolve.¹⁴⁰

Outra crítica que se faz à ideia de limite semântico normativo é pautada no argumento de reversibilidade das premissas. De acordo com essa posição, qualquer premissa, inclusive as norteadoras da lógica, poderia ser modificada quando em contato com a experiência. Com isso, como sintetiza Dummett, argumenta-se contra a noção de relação inferencial:

Os princípios que governam as conexões dedutivas formam, eles mesmos, parte da teoria total, que, como um todo, confronta a experiência. [...] Mas, nesse caso, não há nada em que as ligações inferenciais entre sentenças pudessem fundar-se. Elas não podem ser substituídas por uma ligação super-inferencial, obrigando-nos, se aceitamos certos princípios lógicos, a aceitar as consequências sob tais princípios de outras sentenças que nós aceitamos: é que quaisquer leis super-lógicas poderiam, por sua vez, ser formuladas e consideradas como sentenças não mais imunes à revisão do que qualquer outra.¹⁴¹

¹³⁸ KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, p. 207.

¹³⁹ BRANDON, R. **Making It Explicit**. Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 177.

¹⁴⁰ BRANDON, R. **Making It Explicit**. Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 177.

¹⁴¹ DUMMETT, Michael. **Frege**. London, Harvard University Press, 1973, p. 596.

De fato, como toda premissa, as da lógica também estão sujeitas à reversibilidade. Ocorre que essa possibilidade é mais filosófica e acentuadamente remota do que uma análise da *práxis* linguística contemporânea. Na prática, a própria comunidade linguística estabelece distinções valorativas sobre a possibilidade de revisão de cada premissa. Ou seja, enquanto a postura discursiva dos falantes indicam a possibilidade de revisão, sem hesitação, para algumas premissas; em relação a outras, a prática social as valoram apresentando imunidade *prima facie* a essa revisão, como no caso das premissas da lógica,¹⁴² para as quais a valoração e a estabilidade assumem tanta densidade que “não podem ser alteradas sem se fornecer a toda a linguagem e ao comportamento de argumentação da comunidade uma estrutura completamente nova”.¹⁴³ Não se diz, com isso, que uma determinada teoria sobre a lógica não possa ser revista, mas neste caso o *standard* “lógico” se mantém e é preenchido por uma teoria mais aperfeiçoada.

Com essas considerações, a possibilidade de se falar em um limite semântico, redefinido normativamente, é confirmada, mesmo diante do reconhecimento de que os sentidos dos termos são dados por seus usos dentro dos diversos jogos de linguagem existentes.

2.2.2. A fronteira do teor literal da palavra e o limite à interpretação em sentido estrito.

A confirmação da existência de um limite literal normativo permite que se projete, imagetivamente, um quadro dinâmico e contingente de sentidos possíveis para a letra da lei. Esse quadro restaura, em boa medida, a objetividade na interpretação, reestabelecendo a possibilidade comunicativa do legislador através do texto.

A possibilidade de comunicação nesse grau, rejeitada pelo ceticismo jurídico, já podia ser constatada pela própria realidade da vida. Se nenhum texto tem significado, nem as decisões dos juízes, consideradas pelos céticos como o verdadeiro Direito, poderiam ter sentido e, portanto, não poderia ser compreendido nem aquilo que os juízes decidissem subjetivamente em suas sentenças; o que se sabe que não é assim.

Ocorre que, com a reabilitação da moldura através do limite semântico normativo, se torna agora possível compreender pontos problemáticos para os quais a constatação prática não apresentava solução, como o caso das objeções formuladas por Dimoulis ao propor que

¹⁴²KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito:** normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, pp. 217-218.

¹⁴³KLATT, Matthias. Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, n.2, 2010, p. 206.

As referências à moldura indicam que, segundo Kelsen, o aplicador interpreta as normas adotando uma postura cognitiva. Mas quando não são indicados os métodos que permitem a cognição, a atividade interpretativa se transforma em ato de vontade [...] ¹⁴⁴

Não há dúvidas de que uma referência à moldura semântica que não forneça os elementos para se ter acesso a esses limites interpretativos é bastante prejudicada. Dizer que há limites sem se falar como se pode identificá-los é completamente inócuo. Por isso, o acesso epistêmico às regras de uso das palavras através da justificação interna se reafirma de grande importância, resolvendo essa questão.

Outro ponto é que a referência a uma espécie de moldura só tem sentido de forma metafórica, pois ela não é pré-existente ou estática ao pano de fundo. Sua existência se manifesta sempre fragmentada nas regras de uso construídas na dinâmica discursiva, encontrando-se sempre dependente da prática social e do contexto argumentativo, o que permite compreender as razões de adaptação de um termo legal, como “família”, às mudanças sociais.

Com a reabilitação dessa faceta de moldura, no entanto, o limite literal se afirma funcionalmente como delimitador da atividade interpretativa. É dizer, “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido”. ¹⁴⁵ Quando um intérprete recorre a um dos possíveis sentidos para as palavras do texto normativo, muitas vezes apoiado nos cânones interpretativos, está realizando uma interpretação. Por outro lado, quanto opera metodicamente para além dos sentidos literais possíveis, mas ainda dentro do plano teleológico originário da lei, ou do quadro de princípios diretivos do ordenamento jurídico, está promovendo um preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito imanente à lei ou um desenvolvimento do Direito superador da lei, mas nunca uma interpretação em sentido estrito. ¹⁴⁶

Apesar disso, percebe-se também que o limite literal não é um limite rígido à atividade jurisdicional como um todo. O que ele representa consiste somente em uma demarcação dos horizontes interpretativos e uma assinalação dos erros semânticos, e isto não lhe retira a importância. Primeiro porque o intérprete “não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança

¹⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 131.

¹⁴⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 454.

¹⁴⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 520.

jurídica”.¹⁴⁷Os prejuízos a esses valores, no entanto, decorrem da insinceridade semântica, e não da superação da literalidade. Quer isso dizer que os danos são provenientes de se tentar inserir um conteúdo incompatível ao termo ou ignorá-lo sem se observar que, para superar as questões semânticas, é preciso cumprir com o ônus argumentativo que o intento requer. A questão prejudicial, portanto, não é, necessariamente, consequência inevitável da superação da literalidade, mas dessa insinceridade, que acaba por fragilizar a argumentação jurídica.

Em segundo, e principalmente, porque a existência do limite literal viabiliza que se imponha uma fundamentação mais profunda quando se atua para além de suas fronteiras. Em outros termos, apesar da literalidade não impedir a criação judicial, bem como se constituir contingencialmente, sua funcionalidade é sentida na definição de limites à interpretação que, quanto mais próxima ou superadora deles, impõe um ônus argumentativo mais intenso para sua justificação, como se discutirá no capítulo seguinte.

Um bom exemplo para a literalidade como limitadora da interpretação é a discussão em torno do art. 226, §3º, da Constituição Federal¹⁴⁸ e do art. 1.723 do Código Civil,¹⁴⁹ apresentada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (ADIN 4.277). Ao discutirem o reconhecimento judicial da união homoafetiva como entidade familiar, as duas ações propuseram formas semelhantes de lidar com o fato de que a Constituição Federal preconiza, no referido dispositivo, que as uniões estáveis existem entre “homem e mulher”. Nelas, dentre outros argumentos, afirmava-se que o dispositivo constitucional deveria ser interpretado teleologicamente, no sentido de que, como a união estável foi reconhecida como entidade familiar para ampliar a proteção às pessoas companheiras, seria um contrassenso interpretar a norma para restringir essa proteção apenas porque o texto se refere às expressões “homem e mulher”.

Adotando linha de raciocínio em favor dos pedidos, um dos principais argumentos do voto vencedor, proferido pelo ministro Ayres Britto, foi no sentido de que o artigo constitucional não poderia ser lido de forma reducionista e que o art. 1.723 do Código Civil, que repete os termos do dispositivo constitucional, deveria ser interpretado conforme a Constituição, o que levou alguns críticos a considerarem que, embora o pronunciamento judicial

¹⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

¹⁴⁸Constituição Federal Brasileira, artigo 226, parágrafo 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

¹⁴⁹Código Civil Brasileiro, artigo 1.723, *caput*: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de Constituição de família”.

atenda a uma justa reivindicação, “o uso da figura jurídico-dogmática, de origem germânica, da ‘interpretação conforme a Constituição’ continua sendo leviano”.¹⁵⁰

De fato, nas práticas sociais contemporâneas da linguagem, o termo “homem” partilha de diferenças em relação aos significados verbais possíveis para “mulher”. São discursivamente distintos, diferentemente de termos neutros ou generalizantes. Em algumas ocasiões, tais termos são definidos a partir dos sentidos opostos de gênero ou de sexo,¹⁵¹ nunca sendo equivalentes. Também são identificados, em alguns âmbitos, como termos historicamente díspares voltados a assinalar um conjunto de imposições comportamentais distinto aos corpos. Sejam essas ou outras possibilidades de uso dos termos, o que interessa é que não existe nas regras de uso deles, nem a decisão construiu esse caminho, uma igualdade semântica. Conseqüentemente, uma conclusão pelo reconhecimento da união homoafetiva supera o limite semântico das normas, significando que essa resposta não se trata de uma interpretação, mas sim de uma criação patente do Direito e que, portanto, a invocação de uma interpretação conforme a Constituição, que exige uma atuação dentro do quadro de sentidos possíveis, não é, como acertadamente sustentada pela crítica, correta para justificá-la.

O problema originado por essa incorreção não é apenas formal ou decorrente de uma visão antiquada de separação dos poderes, como se poderia supor. A questão tem raízes muito mais profundas, exibindo um problema a nível institucional, que se estende desde tensões com a ideia de deferência para com os outros Poderes até a menor amplitude protetiva aos bens tutelados, como nas uniões homoafetivas (conversão em casamento, adoção, por exemplo), que poderia ser expandida se considerados os aspectos textuais para pressionar, ao menos em um primeiro momento, a instauração de um diálogo institucional para a solução. Os problemas perpassam, ainda, por se ignorar o poder simbólico que uma decisão legislativa possui e que, em muitos países, a provocação do Judiciário ao Legislativo para modificar o texto resultou em decisões mais céleres, como ocorrido na África do Sul.¹⁵²

¹⁵⁰ MARTINS, L. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 245-279, 1 jan. 2014.

¹⁵¹ Não se está afirmando que a definição de “homem” e “mulher” a partir desses conceitos de gênero ou sexo esteja correta. Do ponto de vista sociológico, o conceito de gênero, por exemplo, segue em grande disputa. Aqui, no entanto, recorre-se a definições estabelecidas em dicionários, como o *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* (1993), que a despeito dos questionamentos sociológicos, também reconhecedores da distinção dos termos, cumpre, para fins semânticos, o desiderato de ilustrar a distinção das palavras.

¹⁵² e mais plurais, como aponta Virgílio Afonso da Silva em “La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos y las instituciones?”, publicado em “Discusiones. N. 15.2, 2014”. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-union-entre-personas-del-mismo-genero-cuan-importantes-son-los-textos-y-las-instituciones/>.

Com isso, a literalidade, que anteriormente teve a sua existência confirmada como limite, afirma-se como um quadro metafórico e importante para a construção do discurso jurídico. Ao delimitar a interpretação estrita da lei, proporciona relevantes desdobramentos para a argumentação jurídica, os quais serão abordados com maior detalhe mais adiante.

2.2.3.O limite literal e as múltiplas possibilidades interpretativas

Se por um lado o teor literal se presta a definir o espaço da interpretação jurídica, por outro, não pode oferecer apenas uma única interpretação, isto é, apenas um sentido unívoco para as palavras empregadas no texto legal, porquanto é incapaz de extrair a “essência” das palavras, apresentando apenas um leque de possibilidades semânticas contingenciais e históricas. Em algumas situações, o forte compartilhamento comunitário e a estabilidade das práticas de uso de alguns termos da lei *lato sensu* possibilita uma aplicação menos complexa dos enunciados textuais, como é o caso do art. 14, §3º, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, que prevê a idade mínima de trinta e cinco anos para alguém se candidatar a Presidente e a Vice-Presidente da República.

Entretanto, nem mesmo o emprego desses termos garante que sempre se tenha uma única possibilidade semântica, porque “são absolutamente imprevisíveis as diversas situações da aplicação de uma norma que podem surgir na vida real”.¹⁵³ Além disso, no mais das vezes, a técnica legislativa empregada nos textos permite uma acentuada abertura semântica já de saída. Há situações em que os termos empregados guardam os sentidos usuais da linguagem, que acabam conflitando com o sentido técnico-jurídico a ele reservado, criando uma tensão para o intérprete. Nem sempre o legislador está a par do sentido técnico-jurídico dos termos; outras vezes, ele os emprega de forma tal que precisam ser complementados por especificações técnicas contidas em outros textos legais, os quais também podem carecer das mesmas tensões interpretativas.

A frequente utilização de normas de textura aberta ou de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador, tais como a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF) e o “interesse social” (art. 5º, XXIV, CF), também reflete que a atividade interpretativa é geralmente mais intensa do que a persecução de um único sentido literal estrito de um termo. Não obstante, essa indeterminação não põe à prova a existência demonstrada de limites

¹⁵³ KRELL, Andreas J. **Discrecioniedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

semânticos para essas palavras. Não há entre elas e os ditos conceitos determinados uma distinção qualitativa, mas tão somente quantitativa e circunstancial, de modo que o limite literal tem aplicabilidade geral. Nesse sentido, Matthias Klatt assinala que

o conceito de casos semanticamente claros ou incertos refere-se a atos de fala concretos, isto é, às expressões linguísticas em uma situação de aplicação. Não há distinção abstrata entre termos claros e incertos, o que significa que se pode presumir a existência de dois tipos de casos, mas apenas um tipo de expressão linguística e, portanto, uma única estrutura. Essa estrutura é um *continuum*. Os casos linguísticos de aplicação podem ser mais ou menos claros. [...] Devido a essa relação entre claridade e incerteza semântica se pode presumir, em princípio, que se pode desenvolver uma teoria uniforme sobre os limites do teor literal, aplicável a ambos os casos. A opinião segundo a qual se pode estabelecer de antemão se um termo é semanticamente claro ou incerto para aplicar um método A ou um método B está errada.¹⁵⁴

A abertura dos conceitos só torna ainda mais explícito que, em todo caso, a moldura define, contingencialmente, uma diversidade semântica pertencente à própria natureza da norma jurídica ao se valer da linguagem.

Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas uma das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.¹⁵⁵

A ausência de determinação de um único sentido, todavia, não pende para um “irracionalismo” ou para um arbítrio das decisões judiciais, como resultou a teoria da moldura kelseniana, para quem o ordenamento jurídico forneceria apenas um quadro com diversas possibilidades disponíveis para serem escolhidas por um puro ato de vontade do intérprete.¹⁵⁶ Também não parece ser o caso de se aderir às concepções defensoras da existência de uma “única resposta correta” para a interpretação jurídica, baseadas nas balizas apresentadas pelos princípios. Ainda que não seja objetivo deste trabalho remontar a longa discussão que essa colocação enseja,¹⁵⁷ a resposta à questão pode ser sintetizada no fato de serem diversas as

¹⁵⁴ KLATT, Matthias. Hacer el derecho explícito: normatividad semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Macial Pons, 2017, pp. 289-290, tradução nossa.

¹⁵⁵HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

¹⁵⁶KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução J. B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 393.

¹⁵⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2 ed., São Paulo: Landy, 2001; e FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

repostas corretas, mas a discricionariade do intérprete é abrandada pelas constrações institucionais e pelas balizas procedimentais voltadas à justificação das premissas.¹⁵⁸

É de se ter em mente, assim, que o sistema jurídico é caracterizado por uma subidealidade, no sentido de que um único texto pode originar diversas possibilidades semânticas à disposição da criatividade do intérprete, que as escolhe considerando critérios capazes de abalizar e restringir a discricionariade jurídica, mesmo sendo, muitas vezes, insuscetíveis de definir apenas uma única resposta correta. Dentre esses critérios estão os métodos clássicos de interpretação, em que se encontra também outra acepção para a literalidade.

2.3 A literalidade enquanto método: interpretação literal estrita

Os cânones interpretativos apresentam-se como recursos de justificação. Tais elementos não pretendem apontar uma conclusão única e verdadeira, como já referido. Na verdade, eles são elementos metódicos que estruturam e organizam os argumentos jurídicos,¹⁵⁹ permitindo, por um lado, que o intérprete os utilize estrategicamente para o convencimento do auditório, e, por outro, que os grupos de pressão possam elaborar críticas racionais à conclusão alcançada. De fato, os métodos tradicionais de interpretação jurídica – cânones – apresentam limitações e, por certo, o uso deles “não consegue evitar as indeterminações do Direito, mas logra efeito em diminuí-las”.¹⁶⁰ Entretanto, o reconhecimento dessas limitações apenas implica na adoção de uma postura mais comedida em relação aos cânones, isto é, eles devem ser apreendidos enquanto elementos metódicos que contribuem, não de forma absoluta, para o controle intersubjetivo do discurso jurídico em um espaço linguístico minimamente racional. Os métodos clássicos de interpretação jurídica são isto: argumentos estratégicos que garantem a conexão entre os dados “reais” e os elementos subjetivos, assegurando uma racionalidade mínima para a aplicação normativa. Repita-se, tais elementos metódicos não são a chave para se atingir a verdade ou para se proclamar a racionalidade absoluta, mas também não devem ser tratados como meros adornos retóricos, no sentido pejorativo do termo.

¹⁵⁸ Nesse sentido, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001.

¹⁵⁹ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *In: Revista Direito GV*, ano 10, n. 19, São Paulo: jan./jun. 2014, p. 315.

¹⁶⁰ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *In: Revista Direito GV*, ano 10, n.19, São Paulo: jan./jun. 2014, p. 313.

Dentre esses métodos, um deles é o chamado literal, que tem acentuado destaque para este trabalho. O cânone literal – também denominado de textualismo, gramatical ou semântico – é o método que conduz à interpretação imediata e está estritamente ligado à letra da lei. A aplicação desse elemento faz com que o intérprete se debruce sobre os usos mais imediatos dos termos empregados no texto legal, em oposição à interpretação ampla, abrangente dos “fenômenos da franja marginal, que no uso linguístico geral só algumas vezes se têm também em conta”.¹⁶¹

No mais das vezes, essa definição acerca da interpretação literal é associada como sendo uma temática de resultado,¹⁶² enquanto que o limite literal fica a cargo da metódica jurídica. Não parece ser ideal, no entanto, que seja assim. Primeiro, se é certo que o espaço para além do texto não é visto como um método, igualmente se pode dizer que o limite textual não deve sê-lo. O limite literal normativo, em verdade, corresponde a um universo de possibilidades semânticas, o que inclui os usos mais imediatos e os usos mais mediatos. Segundo, como se pontuou, os métodos de interpretação jurídica são elementos abalizadores e estruturantes da argumentação, um caminho, uma estratégia argumentativa, mas não um espaço inevitável oriundo da simples existência do texto. Daí ser mais adequado tratar de método literal como o sentido mais imediato dentre os disponíveis pelos limites semânticos, ainda que nem sempre ele seja facilmente identificável.

Como exemplo, o art. 15 da Lei de Mandado de Segurança¹⁶³ traz o termo “flagrante ilegitimidade” como uma das hipóteses autorizadoras da concessão do pedido de suspensão. Parte majoritária da doutrina¹⁶⁴ entende que o termo faz referência à legitimidade de parte, que é, senão, o sentido mais imediato. Conseqüentemente, a doutrina recorre ao método de interpretação literal para justificar seu argumento. Por outro lado, há quem defenda que o sentido de “flagrante ilegitimidade” seja o de injuridicidade, apoiando-se em uma interpretação teleológica. Essa interpretação baseia-se no fato de que todas as outras hipóteses (interesse

¹⁶¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 501.

¹⁶² TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 202.

¹⁶³ BRASIL, Lei n.º 12.016/2009, art. 15: “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”

¹⁶⁴ Nesse sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia da decisão judicial proferido contra o poder público**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016; e VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

público, grave lesão à economia pública, à saúde etc.) da norma tem por finalidade conferir ampla proteção ao poder público, o que coincide melhor com o sentido de injuridicidade, atribuído ao termo no controle de legitimidade dado aos órgãos de controle interno e externo para fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União.¹⁶⁵

Caso o limite literal fosse um método, seria de se admitir que essa segunda possibilidade, situada nos limites do texto, ainda que na franja marginal das possibilidades semânticas, também seria uma interpretação gramatical. Por isso, a própria argumentação da prática, que coloca uma como interpretação literal e a outra como interpretação teleológica, passaria a apresentar problemas que não tem. Um deles seria ter um mesmo método gramatical designando, não respostas distintas, mas objetos muito diferentes – um apontando para o sentido imediato e o outro para o fato de se estar dentro da moldura semântica. Além disso, seria, em certa medida, mais problemático criar uma distinção de ônus em relação aos argumentos, porque as duas interpretações seriam aplicações do método gramatical. Diferentemente, essa tensão não existe quando se considera que ambas interpretações estão dentro dos sentidos possíveis para o texto e, portanto, observam os limites da interpretação estrita, mas se apoiam em métodos distintos, que reclamam ônus diferenciados. Mais à frente, quando do estudo do papel das literalidades, essa questão ainda ganhará maior clareza.

O fato é que uma das acepções da literalidade consiste no sentido mais imediato das palavras, o que também não se confunde com uma interpretação restritiva, para a qual se concorda que seja uma questão de resultado e não de método. A interpretação restritiva restringe os sentidos do texto, visto que “o legislador” disse mais do que queria. Apoia-se, assim, no método histórico para reduzir as possibilidades semânticas.¹⁶⁶ De maneira distinta, a o método gramatical não elimina os outros usos, que podem ser justificados pelos demais cânones. Com isso, a interpretação literal estrita, encarada como método, reclama uma caracterização distinta tanto da ideia de limite, quanto da de interpretação restrita, aspecto importante para a compreensão da discussão do próximo capítulo. Antes de se dirigir a ela, entretanto, cabe tomar nota dos demais métodos clássicos de interpretação que, igualmente, serão necessários às digressões que se seguem.

¹⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo da FGV**. Acesso em: 02 dez. 2020. Nesse artigo, o autor expressa que “o controle de legitimidade [...] exige também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico [...]. O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle”.

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 203.

2.4 Os elementos tradicionais de interpretação: os métodos sistemático, teleológico-objetivo e histórico

Na trilha de se compreender o elemento sistemático, é importante, antes, anotar que o movimento de constitucionalização colocou a Magna Carta no epicentro do ordenamento jurídico, implicando na irradiação de seus comandos normativos fundamentais para os demais âmbitos do Direito. Tal consagração não só diminuiu os espaços de liberdade de conformação na formulação das normas pelo legislador, como também passou a ser um guia mandamental para a interpretação axiologicamente adequada da legislação e do exercício da discricionariedade do Poder Executivo.

Em virtude de sua posição hierárquica, a Constituição atribui ao ordenamento jurídico um caráter unitário que se propõe a formar um todo harmônico. A partir disso, todas as normas jurídicas, considerando a diversidade de subsistemas, devem ser interpretadas como integrantes de um todo coerente e compatível, ao invés de tomadas isoladamente, de forma que a Constituição atua tanto como subsistema em si, quanto como um fator de unidade que dita os valores e os fins a serem perseguidos na interpretação.¹⁶⁷ Para a argumentação jurídica desempenhada pelo Poder Judiciário, essas exigências sistemáticas levam à necessidade de o intérprete justificar as suas escolhas normativas, a seleção dos elementos fáticos considerados e os valores elegidos diante do caso concreto, demonstrando o percurso lógico-racional empregado para se chegar à conclusão atingida.¹⁶⁸

Além disso, a exigência de harmonia entre as normas do ordenamento jurídico releva outros critérios aplicáveis à interpretação, como no caso de conflito entre normas infraconstitucionais que seguem a hierarquia, cronologia e especificidades para sua melhor conformação, ou no caso de conflitos entre normas constitucionais e até mesmo na ocorrência de conceitos indeterminados que recorrem à ponderação diante do caso concreto. Ocorre que, o emprego desses outros critérios, principalmente da ponderação, pode sugerir um número maior ou menor de possibilidades normativas diante do caso concreto, inclusive permitindo que diversos intérpretes cheguem a resultados distintos. Entretanto, se observadas as regras do discurso jurídico-racional, essa diversidade de conclusões não invalida a sua racionalidade.

A teoria da argumentação jurídica não busca estabelecer um único resultado correto para o caso concreto. O que se busca é muito mais uma limitação negativa, estabelecida na base de

¹⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 330.

¹⁶⁸ Sobre o tema Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

critérios e margens que permitam inferir o que não conduz a um discurso jurídico que se pretende minimamente racional.¹⁶⁹ Ademais, alguns doutrinadores entendem que o método sistemático não goza da mesma autonomia que os demais elementos metódicos,¹⁷⁰ pois quando o intérprete recorre a outros dispositivos sob o viés sistemático, ele está, em verdade, recorrendo a outro elemento metódico. Um dispositivo que se combina com outro dispositivo, sem sombra de dúvidas, é fruto de uma interpretação sistemática, mas a análise sobre esta combinação pode demandar uma busca literal, transformando o método em sistemático-textualista.¹⁷¹ O mesmo ocorre quando se busca compatibilizar a interpretação de dois ou mais dispositivos de acordo com os fins que exprimem, originando o que se pode denominar de teleológico-sistêmico.

Dessa forma, de fato, o método sistemático parece sinalizar para uma ausência de autonomia, caracterizando-se como uma estratégia argumentativa que permite o intérprete combinar dispositivos avaliados na base de outros métodos interpretativos. Assim, o que se percebe é que essa relação, por vezes dialética, acentua a importância do estudo dos demais cânones para a compreensão do método sistemático.

O método teleológico-objetivo leva o intérprete a perquirir sobre qual é a finalidade da norma. Descarta-se, nesse sentido, a aplicação normativa como um fim em si mesmo, uma vez que se reconhece que “o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem social”.¹⁷² Tal método não pretende buscar a “vontade” do legislador, mas sim estabelecer-se de forma objetiva. A norma assume uma finalidade diante do sistema que não se conecta, necessariamente, à intenção daquele, que aparece apenas como uma “referência hipotética”. Isto significa que mesmo que o legislador declare o propósito e as intenções atribuídas à lei em sua elaboração, esta assume razões próprias, que se identificam ou não com aquelas, diante dos valores e bens tutelados. Nas palavras de Bonavides, a teoria da vontade objetiva do legislador permite que a lei seja “desmembrada de sua origem” e a norma ganhe uma vontade relativa.¹⁷³

Nesse passo, cabe ao intérprete formular afirmações hipotéticas sobre qual é o fim da norma. Para tanto, consideram-se as subjetividades, os preconceitos, os valores tutelados pelo

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 284.

¹⁷⁰ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 82.

¹⁷¹ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 82.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 464.

ordenamento e as consequências desejáveis para o caso concreto. Não há procedimentos puramente objetivos a serem observados pelos intérpretes, cabendo a cada um estabelecer hipoteticamente qual o fim que deve ser atribuído à norma ¹⁷⁴ e sustentá-los argumentativamente. É preciso que se diga, no entanto, que nem sempre o aplicador do direito “admite que considerações substantivas o orientam na escolha de algum propósito específico, mas, mesmo assim, o recurso à deliberação substantiva frequentemente é inevitável”.¹⁷⁵ Por vezes, a retórica envolvendo a utilização desse método sugere de forma inapropriada que o fim da norma já está inserido no texto e que cabe ao intérprete apenas revelá-lo.

De acordo com a perspectiva que se tem defendido neste trabalho, pensar dessa forma é um equívoco. Buscar a finalidade da norma é sempre uma atividade de construção, baseada nas experiências de quem a interpreta e em suas formas de valorar um ato/fato diante do caso concreto, como visto anteriormente. A aplicação desse cânone, em comparação com alguns outros, torna ainda mais acentuada a atividade criativa do intérprete na aplicação normativa, de modo que se pode dizer que ele “é menos institucional [substantivo] que o textualismo”.¹⁷⁶ Contudo, as afirmações hipotéticas sobre a finalidade normativa não são um ato de discricionariedade ilimitada. Exige-se sempre que o fim da norma atribuído pelo aplicador do direito seja razoável e manifeste uma pretensão de correção, tornando-o apto a ser justificado por processos racionais de argumentação. Quanto menos institucionalizados, mais se exige que a argumentação seja densificada por outros critérios, apresentando um conjunto de razões enunciadas capazes de formar argumentos sólidos voltados à pretensão de correção, cuja exposição dos caminhos percorridos ocorra de forma clara.

Assim, em certa medida, o método teleológico é complementado pelo elemento sistemático, principalmente no que concerne à observância dos direitos fundamentais, que levam o intérprete a buscar a finalidade normativa mais apta a concretizá-los no maior grau possível. Frente a isso, nenhum dos três poderes pode se esquivar de perseguir os fins constitucionais em suas atividades, principalmente o Judiciário quando atua diante de uma omissão legislativa. Nesses casos, não se trata de inobservância da separação entre os níveis de poderes, mas sim de conferir a máxima efetivação possível às normas constitucionais.¹⁷⁷ Caso

¹⁷⁴ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 76.

¹⁷⁵ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 76.

¹⁷⁶ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 76.

¹⁷⁷ Para aprofundar a discussão ver *A razão e o voto* de Barroso (2017).

não fosse dessa forma, os direitos fundamentais poderiam se transformar em promessas vazias à mercê do legislador e de sua discricionariedade.

Por sua vez, o elemento histórico, também denominado de teleológico-subjetivo, busca o sentido da norma a partir do contexto histórico em que a lei foi criada. Não se trata de definir tão somente a vontade e a intenção do legislador. Na verdade, o elemento histórico leva o intérprete a se questionar sobre qual era o cenário sociocultural da época em que a norma foi criada. Nesse aspecto, a atividade do aplicador do direito exige uma pesquisa histórica acerca dos debates parlamentares que antecederam a elaboração do texto legal, dos pareceres de comissões legislativas especializadas, das análises jornalísticas e doutrinárias sobre o contexto em torno da criação da lei, bem como das tentativas de veto e dos pronunciamentos do Executivo.¹⁷⁸

A substantividade da interpretação histórica tem suscitado posicionamentos doutrinários controversos quanto ao grau de abertura argumentativa dessa interpretação em relação a, por exemplo, o método teleológico-objetivo.¹⁷⁹ Entretanto, isto não parece afetar o ônus argumentativo atribuído a esse método, porquanto há um certo consenso sobre o fato de que naturalmente “a análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação de sentido da norma”.¹⁸⁰ Tal se sucede porque, “à medida que a Constituição e as leis se distanciam no tempo da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (*mesn legis*)”.¹⁸¹ Este entendimento permite a oxigenação do Direito pela atualização do sentido normativo ao longo do tempo, o que garante a razoabilidade da argumentação jurídica.

Nesse sentido, o elemento histórico atua complementando a argumentação teleológica-objetiva. A partir dele é possível compreender as limitações histórico-culturais que envolviam e condicionavam o legislador na altura da elaboração da lei, permitindo que se possa afirmar que ele não pôde levar em consideração determinadas circunstâncias imprevisíveis à época ou que o fez a partir de conceitos valorativos que não correspondem mais com os atuais.¹⁸²

¹⁷⁸ SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 78.

¹⁷⁹Em seu Curso de direito contemporâneo (2015), à p. 327, Barroso sugere que a interpretação histórica seria mais subjetiva do que a teleológica e a sistemática, enquanto que para os doutrinadores Shecaira e Struchiner (p. 78) o elemento histórico seria mais institucional do que o teleológico.

¹⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327.

¹⁸¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 328.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 234 e 239.

Permite-se, assim, a evolução da finalidade da norma por meio da compreensão da tradição que circundava o legislador no momento de sua elaboração. No mais das vezes, “como regra geral”, percebe-se que a interpretação histórica se apresenta como um reforço argumentativo que deverá estar atrelado a outros argumentos para que se expresse como minimamente racional.

Além disso, é importante assinalar que o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130/DF), de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, excepcionou, de forma não extensiva, esse entendimento sobre a aplicabilidade supletiva da interpretação histórica. Naquela oportunidade, a Suprema Corte atribuiu extrema autonomia ao elemento histórico frente a outros critérios argumentativos, posto que declarou a inconstitucionalidade de toda a Lei de Imprensa, mesmo quando havia linhas argumentativas demonstrando a compatibilidade material de alguns dispositivos, cujos fins a que se pretendiam não importavam em afronta à Carta Maior. Assim, não obstante, pode-se dizer que o elemento histórico ganha importância dentro do discurso jurídico-racional na medida em que complementa e integra uma rede argumentativa formada na base de outros critérios, a prática jurídica mostra que essa postura pode ser, de maneira singular e atípica, relativizada dentro de um contexto discursivo que envolva uma carga histórico-valorativa de grande repúdio.

Com essas reflexões, chega-se a um ponto desta dissertação em que os elementos necessários para se avançar às questões sobre a função das literalidades na dinâmica do discurso jurídico, rejeitada a noção de verdade metafísica, já se encontram reunidos, permitindo que se passe à discussão detalhada.

3 A FUNÇÃO DAS LITERALIDADES DENTRO DE UM MODELO ARGUMENTATIVO-TEÓRICO E DA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 Introdução

Uma investigação sobre a função das literalidades pressupõe algumas das considerações desenvolvidas anteriormente. A principal delas é a possibilidade de se perceber que o processo de tomada de decisão judicial se desenvolve em um ambiente subideal, no sentido de que não existe uma subsunção ótima para extrair a verdade em si da norma, ao mesmo tempo em que isso não implica em um completo relativismo interpretativo e argumentativo.

Se fosse possível criar um sistema fechado e plenamente consistente, em que existe apenas uma única resposta correta para a norma jurídica, certamente os mecanismos de constrição à argumentação – ônus de argumentação – operariam em outra intensidade ou regularidade. Como, porém, a justificação interna não é suficiente para gerar uma racionalidade fechada e plena – o que se fosse possível, talvez sequer fosse desejável para o Direito –, a lida com a literalidade estrita e com a noção de limite literal perpassa pelo reconhecimento da importância dos ônus de argumentação.

No ambiente de limitações epistêmicas, nutrido por outros fatores que fazem do processo de decisão judicial um âmbito ainda mais limitado que outros, como o tempo e a obrigatoriedade de decidir, os ônus argumentativos se convertem em auxiliares da racionalização, mesmo diante das incertezas, permitindo que se dê ao manuseio da literalidade estrita, assim como dos limites semânticos, embora em outras intensidades e ocorrências, um controle. Pensar, portanto, na função e em mecanismos racionais de lida com as literalidades no sistema jurídico moderno compreende entender como operam os ônus de argumentação em relação a cada uma delas e em sua generalidade.

3.2 Anotações sobre os aspectos gerais dos ônus de argumentação

Os ônus de argumentação comumente são apresentados de maneira genérica e estática, como anteriormente abordado ao tratar da distinção entre métodos mais e menos institucionais. Esse tratamento, no entanto, embora represente um correto aspecto geral, está incompleto. Cada âmbito do Direito pode intensificar de formas distintas os ônus de argumentação, assim como também pode comportar uma natureza dinâmica.

A percepção desses fatores, nem sempre explorados, traz a compreensão de que os ônus de argumentação não são, ao menos em seu conteúdo, genéricos e decorrentes de uma lógica autônoma em relação ao sistema jurídico. São, na verdade, resultantes das relações de prioridades instituídas pela dogmática jurídica, pela metódica jurídica, pela teoria do Direito e, em concreto, pela jurisprudência, pelo conteúdo das disposições normativas, pelas próprias relações institucionais e por tantos outros elementos do sistema jurídico que criam relações de preferências. Toma-se como exemplo o método literal no âmbito penal e tributário em comparação ao âmbito do Direito de Família e Ambiental. A própria previsão normativa naquelas searas atribui, expressamente, uma valorização ao princípio da legalidade estrita, prestigiando interpretações mais literais. Também a dogmática reforça essa construção, de modo que no penal e no tributário se procura imprimir um peso maior para se superar o textualismo, enquanto que no Direito de Família e no Direito Ambiental não se encontram disposições acentuadas sobre o princípio da legalidade, que acomodam, mais facilmente e com certa frequência, interpretações teleológicas expansivas.

Entretanto, também esse exemplo não está completo. Para tanto, as análises sobre os ônus teriam que se dar não só de acordo com o ramo do Direito, como também precisariam considerar subtópicos específicos dentro de cada matéria. A força que tem os precedentes em cada assunto, principalmente quando dizem respeito a pronunciamentos dos Tribunais Superiores, por exemplo, influencia a lógica geral sobre o peso mais denso da interpretação literal em relação às demais. Uma boa ilustração disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 118.533.¹⁸³ Por oito votos a três, decidiu-se que o chamado tráfico privilegiado, no qual as penas podem ser reduzidas, conforme o artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. O precedente afastou a interpretação mais literal do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, que prevê como crime hediondo os crimes de tráfico previstos no *caput e* §1º do art. 33 e que, por ser o §4º apenas uma causa de diminuição referente ao tipo penal do §1º, não mudaria o fato de serem aqueles crimes, ainda que minorados, hediondos. O entendimento literal contava com a Súmula 512 do STJ e uma tradição jurisprudencial seguida pelos tribunais pátrios. Já o entendimento firmado no precedente teve lastro em uma interpretação mais teleológica e histórica, alçada, no mais das vezes, em aspectos consequencialistas sobre o encarceramento feminino.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: **HC 118.533**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe 23 de jun. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acessado em: 21 de jan. de 2021.

Nesse sentido, um dos votos mais comentados foi o do ministro Ricardo Lewandowski,¹⁸⁴ que encerrou a discussão expondo em sua fundamentação os estudos da criminóloga Rosa Del Olmo e da pesquisadora Luciana Chernicharo. As pesquisas mencionadas serviram para demonstrar as notáveis diferenças entre a participação feminina e a participação masculina nos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Para esses estudos, parte significativa das mulheres que cumprem pena pelo cometimento desse tipo penal atuou apenas em auxílio a um ou mais homens, em situação deflagrada por questões afetivas. Considerando esses elementos, o ministro assentou que atribuir a natureza hedionda ao crime de tráfico privilegiado seria penalizar de forma duplamente desproporcional mais da metade das mulheres encarceradas, porque elas já “sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita”.¹⁸⁵ Ao final, o julgador chegou à conclusão de que a compreensão de tal realidade sociológica configura fator decisivo para se chegar à interpretação mais harmônica com o princípio da individualização da pena, afastando-se o entendimento literal do dispositivo em análise. Como se vê da decisão do *Habeas Corpus* 118.533, o Supremo Tribunal Federal inverteu o ônus argumentativo. Agora, os ministros que entendam pela literalidade terão um peso maior para afastar o precedente, com sua interpretação mais teleológica e histórica.

O peso desses precedentes e jurisprudências nas relações de ônus é tão acentuado que no julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 essa questão foi decisiva para o resultado alcançado. Mesmo contra suas convicções pessoais, a ministra Rosa Weber votou pelo cumprimento provisório da pena ainda em segunda instância. Para a julgadora, apesar da clareza com que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal expressamente veda o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, a jurisprudência firmada pelo plenário da Corte, no sentido de admitir o cumprimento da pena a partir da segunda instância, ainda estava em voga, razão pela qual deveria ser observada até a sua modificação, na via adequada.¹⁸⁶ Com isso, o ônus argumentativo de se votar no sentido da literalidade se revelou de forma evidente. Primeiramente, constrangeu até mesmo as convicções pessoais da ministra em favor da literalidade. Em segundo plano, forçou um reforço discursivo para justificar os votos que

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 118.533**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe 23 de jun. de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hediondo-trafico-privilegiado.pdf>>. Acessado em: 02 de mar. de 2020.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 118.533**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe 23 de jun. de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hediondo-trafico-privilegiado.pdf>>. Acessado em: 02 de mar. de 2020. pp. 06-07.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 152.752**. Relator ministro Edson Fachin. DJe 4 de abr. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>.

entenderam pela prevalência da literalidade em detrimento do entendimento jurisprudencial. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio buscou exibir aspectos de estratégia institucional de ordem de inclusão na pauta para descaracterizar a força do precedente, afirmando que a manutenção do entendimento do plenário era meramente contingencial e fruto de uma inversão da ordem de julgamento. Embora não se pretenda discutir a qualidade jurídica dos argumentos sobre as estratégias institucionais, o exemplo ilustra o potencial da jurisprudência, dos precedentes e dos mecanismos do sistema (como obrigatoriedade de vinculação ao precedente, princípio da colegialidade, dentre outros) para inverterem ou densificarem as relações genéricas de ônus.

Outro ponto relevante é que a interação desses elementos constituidores de relações de prioridade (forma das disposições normativas, jurisprudência, metódica jurídica, dentre outros) não deve ser percebida como sempre individualizada no estabelecimento dos ônus. Exemplificativamente, se por um lado a dogmática se debruça em elementos do ordenamento jurídico como regras e princípios, jurisprudências e outros pontos para lançar suas conclusões na tentativa de influenciar decisões reais e constranger as incertezas do Direito, por outro, os precedentes também se apoiam nas propostas dogmáticas para se justificarem. Isso demonstra que muitos desses elementos do Direito interagem entre si para instituir as relações de prioridade, não sendo apenas fruto de um mecanismo em separado.

A partir desses pontos, não só é possível perceber uma relação dinâmica dos ônus de argumentação por sua Constituição através de diversos elementos, como também compreender que um estudo mais amplo deles deve se propor a traçar aspectos estruturantes sem se ater, necessariamente, a instituí-los. A identificação do conteúdo propriamente dito deles fica a cargo dos estudos especializados da dogmática, que trabalham as questões mais de conteúdo, assim como de outros elementos do sistema.

Um estudo amplo, como o que neste momento se pretende, pressupõe entender os ônus de argumentação como associados a relações de prioridade entre os elementos do sistema jurídico, ainda que também desempenhem funções nas relações de paridade.¹⁸⁷ Nas relações de paridade, os ônus de argumentação atuam de forma distinta da atuação mais tradicional desenvolvida no plano das relações de prioridade, que interessa a esta pesquisa. Naquelas, os elementos normativos (como dois ou mais princípios) interagem de maneira que apresentam o mesmo “peso em abstrato” ou assumem a mesma importância à luz do referencial apresentado,

¹⁸⁷LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico.** Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012, p. 75.

inexistindo uma solução *prima facie* para a controvérsia. Isso faz com que quem pretenda decidir uma relação de paridade tenha o ônus de argumentar sobre as razões que o levam a priorizar, em certas circunstâncias específicas, uma solução em detrimento da outra. Em outros termos, o ônus aparece para quem pretende criar uma relação de prioridade entre razões que, inicialmente, possuíam uma relação de paridade.¹⁸⁸

Nesses casos, no entanto, o ônus de argumentação apresenta um caráter muito mais explicativo e serve a um controle menos denso do que quando se compara a sua atuação nas relações de prioridade. O caráter explicativo acentuado praticamente desnatura sua natureza de ônus de argumentação, pela fraca exigência de justificação. Na explicação, com o sentido tratado neste momento, as razões só precisam ser explicitadas para serem aceitas. Diferentemente, na justificação se pressupõe uma atenção maior à validação dos argumentos, sendo, por esse viés, mais intenso se justificar as razões de inversão das relações de prioridade, em que um argumento apresenta mais peso que outro já de partida.

Não obstante, mesmo que reduzidas, nas relações de paridade ainda se encontram algumas necessidades de justificação, como na ponderação, com seus critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁸⁹ O que ocorre, portanto, é que nessas relações, geralmente, aumentam-se as exigências por explicações para que se priorize uma razão em detrimento de outra, mas, uma vez explicitadas, existem menos elementos que possam servir de parâmetro para se julgar a validade do argumento quando comparado a relações de prioridade.

Um bom exemplo dessa diferença de justificação entre os tipos de relações são os casos de conflito entre princípios quando possuem, inicialmente, o mesmo peso em abstrato. A dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de expressão são conflitivos nos casos envolvendo o denominado direito ao esquecimento. A princípio, ambas as normas apresentam construções aceitáveis, tanto em favor ao direito de esquecer, quanto em contrário. Naturalmente, essa paridade forçava a não se ter uma solução *prima facie*, dispondo de menos elementos constritivos e mais possibilidades interpretativas. O estabelecimento, no entanto, de uma relação de prioridade a partir do Recurso Extraordinário 1010606 (RE 1010606 – Tema 786) cria uma resposta *a priori* em favor do direito à liberdade, constringendo as possibilidades de interpretação em sentido diverso, ampliando o ônus para quem pretender inverter a valoração

¹⁸⁸LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico.** Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012, p. 129.

¹⁸⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-117.

estabelecida e, em consequência, aumentando os parâmetros de controle da decisão judicial. Nas relações de paridade, portanto, o ônus de argumentação não se apresenta forte como quando se trabalha com uma relação de preferência pré-existente, sendo mais relevante naquelas interações o momento de criação de ônus a partir da instituição de relações de preferência.

Ao pretender criar preferências, o intérprete projeta suas reflexões para os casos futuros. Quer isto dizer que, ao se alterar a paridade, considera-se e criam-se expectativas sobre a solução dos próximos casos seguirem o entendimento adotado. Nas relações de prioridade, por sua vez, a expectativa é a de preservação da estabilidade da solução inicialmente instituída. O que significa que, ao lidar com relações de prioridade, as reflexões sofrem influxo das expectativas de estabilidade, que vão dar sustentação ao ônus de argumentação atribuído para quem desejar modificar a resposta de partida fornecida para o problema. É dizer, como se espera que o entendimento inicial seja preservado, atribui-se um ônus para quem pretenda contrariar essa expectativa de maneira justificada.

A esta altura, já se sabe que os ônus de argumentação se encontram estabelecidos por diversos elementos do Direito e operam de maneira mais intensa nas relações de prioridade. Sabe-se, também, que nestes últimos casos os ônus podem ser sintetizados como o custo ou desvantagem que recai para o sujeito que pretende inverter uma solução instituída *a priori*. Uma questão que surge, no entanto, é saber se todo ônus estabelecido por um mesmo tipo de elemento apresenta a mesma densidade. Toda relação instituída, por exemplo, por precedente demanda o mesmo ônus? A resultante à questão é negativa.

Mesmo quando estabelecido pelo mesmo modo (jurisprudência, metódica jurídica, dentre outros), o custo para se inverter essas relações de prioridade não consiste em uma demanda uniforme. Dois podem ser os precedentes que igualmente priorizam a interpretação literal sem que isso seja garantia de que as exigências de justificação sejam equivalentes. Nesse sentido, basta perceber que um precedente do Supremo Tribunal Federal cria, em regra, uma exigência de fundamentação mais intensa para quem pretende argumentar em sentido contrário do que um precedente de um Tribunal de Justiça, dada a autoridade de quem emana o pronunciamento.

Acrescenta-se, assim, um ingrediente importante à análise dos ônus de argumentação: a intensidade de um ônus depende de mais aspectos do que apenas a espécie de fonte que o formulou. Em verdade, de um modo geral, decorre do grau de aceitabilidade da razão no âmbito de determinado auditório, o que pode originar-se tanto da evidência pública e notória dos fatos,

como da confiabilidade e aceitação das teorias criadas para justificar essas razões, do tempo que elas estão consolidadas e da própria força de quem as estabelece.¹⁹⁰

Com isso, os ônus de argumentação revelam um intercâmbio com aspectos práticos de aceitação. Nesse espaço, apresentado os influxos da dinâmica dos ônus de argumentação, a função da literalidade pode ser estudada enquanto ônus de argumentação pertencente ao contexto exposto.

3.3 A função de ônus argumentativo da literalidade estrita

A literalidade estrita corresponde, ao longo desta pesquisa, ao método gramatical. Enquanto elemento metódico, situa-se em uma região nuclear das possibilidades interpretativas. Sua localização, sem as inversões possíveis, oferece um ônus com maior intensidade que os métodos menos institucionais, ao passo que apresenta um peso menor que àquele oferecido pelo limite literal.

Em geral, esse contraste entre o ônus do método textual e o limite literal decorre do fato de que a superação do elemento metódico não implica transpor os horizontes textuais (metaforicamente, a moldura). Ao assim ocorrer, o peso que trazem questões sobre separação dos poderes, limites à criatividade do intérprete e afins não incide, porque mesmo que uma decisão esteja afastada do método literal, desde que pautada em um dos sentidos marginais do texto, ainda conta com o respaldo que esse exerce no discurso jurídico.

Na prática, porém, esse aspecto não consiste em algo perfeitamente delineado, embora sensível. A decisão que reconheceu a impossibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pelo cometimento de vias de fato em relação doméstica e familiar contra a mulher, serve como indicativo desse ponto, de como o ônus do textualismo possui intensidade mais branda quando comparado à superação dos limites literais. Na fala da ministra Rosa Weber, relatora do voto vencedor, “**a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto**, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra ‘aparentemente’ adequada à realização do preceito normativo. Basta

¹⁹⁰LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico**. Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012, p. 135.

notar que a linguagem é um fenômeno dinâmico [...]”¹⁹¹ (grifos contidos no original). Daí complementa que:

Assim, e rechaçando, desde logo, eventual discussão acerca do uso da analogia (*in malam partem*), **porque disso rigorosamente não se está a tratar na espécie**, ao adequado processo de conhecimento e reconhecimento de determinado preceito legal observe de todo inafastável a adoção **complementar das diversas técnicas** de interpretação da lei – literal ou gramatical/filológica, lógica (histórica, política, ideológica, etc), teleológica e sistemática.[...] Reputo, nessa linha, incompatível com a teleologia do sistema legal protetivo da **mulher compreensão restrita do termo crime**, que permita subtrair, indevidamente, do seu âmbito de abrangência – manifestamente ampliado e voltado a proteger a mulher de toda e qualquer infração penal contra ela cometida com violência – **a contravenção penal das vias de fato**.¹⁹²(grifos contidos no original)

A tentativa dos fundamentos da ministra Rosa Weber consiste em evidenciar, primeiro, a insuficiência da interpretação literal estrita, devendo ser aplicada uma interpretação teleológica e sistemática em detrimento daquela. Em segundo, busca argumentar que a interpretação finalística e sistemática do termo “crime”, por mais que se afaste do método literal, centra-se ainda em um espaço textual, diverso da analogia. Procura-se, com isso, demonstrar que o textualismo precisa ser superado sem transbordar os limites possíveis para o texto, diminuindo o peso que a justificabilidade¹⁹³ ocasionaria para a questão, ainda mais no âmbito penal.

Em linhas similares, o ministro Luís Roberto Barroso também afirmou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524, que “a literalidade de um texto não é a única ou a melhor forma de interpretá-lo, mas as possibilidades semânticas que o texto oferece figuram como limite ao papel do intérprete”.¹⁹⁴ Ao pontuar que existem outras formas de interpretar além da gramatical, o ministro admite que o método literal pode ser superado, mas em seguida estabelece um limite denso contido nas “possibilidades semânticas”. A fala do ministro é representativa de como os argumentos para justificar uma interpretação distinta da fornecida pelo método literal costumam

¹⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 137.888**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 31 de out. de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14349000>, p. 11.

¹⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 137.888**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 31 de out. de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14349000>, pp. 12-13.

¹⁹³ O termo aqui empregado faz referência à “derrotabilidade”, conceito apresentado nos escritos de Hart, e que será melhor trabalhado no tópico subsequente.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/557b983b8a2a4f_barroso.pdf>. Acessado em: 22 de mar. de 2021, p. 08.

ser, *a priori*, menos intensos do que os argumentos para justificar uma decisão fora dos limites textuais.

Em verdade, o esforço argumentativo dos ministros sinaliza que a superação do método literal costuma apresentar um ônus menos intenso quando em relação à superação do próprio limite literal. Tende a ser menos exigido dos ministros argumentos consequencialistas e de outra natureza quando se trata de justificar uma decisão que, embora não adote o sentido literal estrito da norma, de alguma maneira exprima uma das possibilidades semânticas possíveis.

A questão consiste no fato de que uma argumentação que transpasse o limite literal parece colidir com uma certa concepção do papel do Judiciário e sobre o que é o Direito. Isto não ocorre quando se trata do elemento metódico gramatical. Na base dessa concepção de conflitividade, está o pensamento de que o Judiciário serve para enunciar o que o texto determina, ainda que a decisão pertença a uma de suas franjas marginais.

Nessa posição, a deferência do Judiciário para com o Legislativo muitas vezes é radicalizada. O extremismo conduz a uma noção de separação dos poderes fechada, levando a se pensar o limite literal enquanto um verdadeiro limite à atividade jurisdicional. Uma releitura desse conteúdo estático do princípio da separação dos poderes, no entanto, resulta em um entendimento distinto. Esse entendimento, analisado com maior detalhamento mais adiante, pode ser sintetizado na compreensão de que a separação dos poderes significa uma articulação institucional de alocação de poderes dinâmica, apta a impedir o arbítrio dos poderes. Nesse sentido, a sistemática de ônus relacionada à literalidade se coaduna com esse objetivo, instituindo níveis procedimentais para o controle da discricionariedade judicial.

O ponto central para este momento é que uma noção de separação dos poderes enquanto elemento intensificador (não limitador absoluto) da deferência se associa ao ônus do limite literal para reforçar, com maior carga, o peso exigido para os argumentos que pretendam superá-lo, o que não ocorre para os argumentos lançados em uma interpretação diversa do método literal, mas dentro das margens textuais.

Daí a ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 137.888, anteriormente citado, iniciar seu voto e estender-se¹⁹⁵ falando das insuficiências do textualismo, mas defender uma

¹⁹⁵Confira-se os argumentos lançados pela ministra em justificativa da insuficiência do método literal: “[...] Consabido que a interpretação literal ou gramatical consubstancia tão somente o primeiro contato do hermeneuta com o texto - aproximação essa sem a qual não se faz possível extrair qualquer significado do comando normativo -, tenho presente que a interpretação jamais se esgota na literalidade do texto, mesmo nas raríssimas hipóteses em que a máxima *in claris cessat interpretatio* se mostra “aparentemente” adequada à realização do preceito normativo. Basta notar que a linguagem é um fenômeno dinâmico, razão pela qual palavras e expressões, por mais simples e evidentes (claras) que aparentem ser em determinado tempo e lugar, não somente comportam uma plêiade de significados, como também receberão significados diversos no porvir. Rápido passar de olhos em um dicionário espanca de dúvidas tal constatação, assim como o Direito e a jurisprudência se encontram repletos de bons

interpretação dentro das possibilidades semânticas. Para a superação daquele método gramatical não se tem, *a priori*,¹⁹⁶ uma exigência de justificação no nível da demandada nas decisões que superam o limite literal, por, dentre outros fatores, atrair com menos intensidade às questões sobre o limite de atuação do Judiciário, principalmente em relação aos demais poderes, em virtude de ainda se situar em uma zona textual.

Essa relação entre o ônus de superação do limite literal e as questões envolvendo a separação dos poderes e afins será explorada com maior precisão no tópico seguinte. O ponto relevante neste instante consiste em se evidenciar que, genericamente, a literalidade estrita fornece um peso menor que o limite literal. A importância se deve ao fato de muitas vezes a correção da decisão depende da satisfação do nível de ônus que se está exigindo. Em casos em que se busca outra interpretação que não a fornecida pelo método gramatical, mas dentro dos sentidos semânticos possíveis, exige-se menos para a justificação, ressalvada as possibilidades de modificação do ônus por jurisprudência, doutrina e demais questões tratadas anteriormente.

Em paralelo, a supervalorização da cultura jurídica pelo texto acaba atraindo um peso ainda maior à superação do limite semântico. Por essa questão, o transpassar às possibilidades semânticas, por ser comumente tomado como sensível, muitas vezes aparece tangenciado ou travestido de uma pseudo superação do método literal nas argumentações jurídicas brasileiras, aparentando uma indistinção entre os ônus de um e de outro caso. A distinção existente não deixa, por isso, de ser perceptível.

A decisão da união homoafetiva foi apresentada pelos ministros como uma interpretação conforme à Constituição. Em suas palavras, o ministro Ayres Britto, relator, pontuou no introito que a “plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome,

exemplos, v.g., família, casamento, mulher honesta. Na lição de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves: ‘Rigorosamente, portanto, ‘não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada’, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista. A escrita é apenas uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade do escrito e o espírito da lei. Não existe nenhuma fixação por escrito do direito vigente que não origine uma interpretação. Ambas são produzidas, simultaneamente, como uma forma de dois lados. No instante mesmo em que se escrevem os textos origina-se, daí, um problema de interpretação. O teor literal de uma disposição é apenas a ‘ponta do iceberg’; todo o resto, talvez o mais importante, é constituído por fatores extralinguísticos, sociais e estatais, que mesmo se o quiséssemos não poderíamos fixar nos textos jurídicos, no sentido da garantia da sua pertinência’’. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 137.888**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 31 de out. de 2017, pp. 11-12)

¹⁹⁶ Vale ressaltar que as digressões realizadas anteriormente se aplicam a este momento. A consequência disso é que a afirmação que se faz só deve ser interpretada de forma *a apriorística*. A literalidade estrita, portanto, não está isenta de sofrer as alterações no ônus que se está afirmando, dada a possibilidade de uma previsão distinta na jurisprudência, por exemplo.

justamente, de ‘interpretação conforme à Constituição’¹⁹⁷. Ao longo de seu voto, o ministro afirmou que

[...] toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226 [...]. Assim, interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.¹⁹⁸

A argumentação do ministro Ayres Britto elege o *caput* do art. 226 da Constituição Federal (a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado) como a parte mais importante, não se manifestando sobre os termos “homem” e “mulher” contidos em seu parágrafo sobre a união estável (para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento). A estratégia argumentativa de referência ao *caput* do art. 226, para tratar da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e as intercorrentes referências genéricas a um possível texto demonstram a tentativa de se promover uma interpretação que superasse a estrita interpretação literal sem se afastar das possibilidades textuais, para fins de não atrair outros pesos na discussão.

Em que pese não se discuta aspectos substantivos do precedente, com os quais se concorda em termos de resultado, o esforço para se enquadrar o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como uma interpretação conforme à Constituição, quando formalmente se trata de uma superação das possibilidades semânticas,¹⁹⁹ revela o peso da superação do limite

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05 de mai. de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>, p. 15.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05 de mai. de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>, pp. 34 e 39.

¹⁹⁹ No item 2.3.2 desta dissertação, demonstrou-se como o caso do reconhecimento jurídico à união homoafetiva se enquadra no rol de casos que superam os limites literais. Não se trata, portanto, de uma interpretação coincidente com as possibilidades semânticas e, conseqüentemente, não consiste em uma interpretação conforme à Constituição. Por ter sido questão já examinada, não se vai aqui adentrar em novas análises. Entretanto, apenas como complemento ao entendimento anteriormente adotado, o próprio ministro Ayres Britto, em passagem transcrita neste item, argumentou que a interpretação conforme à Constituição decorre de casos de polissemia ou plurissignificatividade. Embora o termo família possa tender a se enquadrar em alguns desses conceitos, a questão discutida dizia respeito à união estável entre pessoas do mesmo sexo, e o artigo constitucional que disciplina esse instituto (união estável) emprega os termos “homem” e “mulher”, os quais não permitem ser enquadrados em uma polissemia ou plussignificatividade no contexto jurídico-cultural presente. Não quer dizer, com isso, que futuramente esses termos não venham a ganhar uma plurissignificatividade. A exemplo dos questionamentos que podem vir a surgir com o reconhecimento de homens e mulheres trans. Entretanto, no momento da decisão, e pelos argumentos envolvidos, os termos homens e mulheres não apresentam possibilidades semânticas para o

literal ou até mesmo a dificuldade de se assumi-la. Como visto, os argumentos do ministro relator admitem a promoção de uma interpretação ampliativa, mas procuram reiteradamente trazer um apoio na delimitação textual, mesmo que metodologicamente incorreto. A postura, portanto, confirma que o ônus do método literal costuma ser menos denso que o do limite literal.

Esse tratamento, embora correto em termos gerais, está incompleto. Nem sempre a distinção entre os ônus do método literal e do limite literal é tão acentuada. Em alguns casos, o sentido mais imediato assume uma notabilidade destacada, por suas regras de uso, que o aproxima do limite literal. É o caso, por exemplo, do ocorrido na discussão apresentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524.

Na referida ação, o ponto de discussão gravitava em torno de definir se os artigos regimentais que autorizavam a reeleição consecutiva dos senadores e deputados aos cargos de organização interna poderiam ser considerados constitucionais diante do artigo 57, §4º, da Constituição Federal, que veda literalmente a possibilidade de reeleição sequenciada.

Em seu voto, que será retomado no tópico seguinte, o ministro Gilmar Mendes, relator, defendeu a superação do limite literal no caso discutido, pontuando a legitimidade da estratégia de derrotabilidade do texto para proceder a certas adaptações necessárias à realidade e à finalidade constitucional.²⁰⁰ Integrando a divergência, a ministra Rosa Weber destacou que “o texto do § 4º do art. 57 da Constituição Federal de 1988 possui conteúdo normativo de clareza manifesta. [...] A mera leitura do dispositivo constitucional evidencia inequívoco seu teor normativo, e o processo hermenêutico, é de usual sabença, estabelece limitações semânticas”, concluindo que “de todo inviável, diante da literalidade do texto transcrito, compreender ‘permitido’ onde a Constituição consigna ‘vedado’”.

Como se percebe da manifestação da ministra, a referência inicial aos limites semânticos é associada por equivalência, posteriormente, ao método literal. Nesse caso, o sentido imediato do termo “vedado”, fornecido pelo textualismo, apresenta uma densidade tão forte que se confunde com o próprio limite literal. Uma decisão que busque permitir a reeleição consecutiva, portanto, ao buscar satisfazer o ônus para ultrapassar o método literal, também o faz em relação ao limite literal, conforme proposto pelo ministro Gilmar Mendes. O argumento da ministra, desse modo, pode ser entendido como um indicativo da possibilidade de sobreposição,

entendimento adotado pelos ministros, no sentido de tentar justificar a união homoafetiva como família através de uma interpretação conforme à Constituição.

²⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-adi-reeleicao.pdf>>. Acessado em: 17 de set. de 2021, p. 29.

contingencial, entre o sentido imediato e o limite literal. A resultante consiste, assim, que para esses casos, os ônus para a superação do método literal se equivalem, circunstancialmente, aos ônus do limite literal.

Em conclusão, o método literal consiste, *a priori*, no elemento metódico mais institucional. Seu peso costuma ser, de partida, maior que os dos demais métodos clássicos de interpretação. É a partir dele que se fixa como parâmetro o grau de substantivada dos demais métodos, sendo ele considerado o que oferece o maior nível de segurança para a interpretação. Com isso, quando o intérprete intui que a aplicação de um método subjetivo é mais adequada à pretensão de correção do que aquela propiciada por um método institucional, ele deverá também apresentar argumentos mais reforçados sobre as razões que o levaram a optar por um método menos seguro.

O textualismo, afinal, oferece uma referência inicial²⁰¹ para a interpretação. A partir dela, parte dos ônus dos demais métodos podem ser parametrizados. Essa relação, todavia, como analisado no tópico precedente, pode ser modificada pelos elementos constituidores de relações de prioridade, em especial pela jurisprudência. O que não implica, no entanto, que ela perca sua relevância dentro da sistemática dos ônus. Apenas explicita que outros elementos devem ser considerados ao se analisar os pesos em cada caso. No geral, portanto, o método literal funciona como um importante ônus de argumentação, oferecendo uma densidade acentuada quando comparado com os demais elementos metódicos, só não mais intensa que o peso fornecido pelo limite literal.

3.4 A função de ônus argumentativo do limite literal

O ônus para a superação do limite literal, *a priori*, consiste no ônus de argumentação mais intenso dentro da sistemática de pesos argumentativos. Alguns elementos normativos-estruturais, sistêmicos, institucionais e culturais convergem para que seja assim.

Parte desses elementos foram anteriormente visitados, dispensando um novo tratamento mais detalhado para não ocasionar a perda do foco desta investigação. Por essas circunstâncias, dois elementos apenas serão analisados com maior ênfase, considerando-se também que eles

²⁰¹ Vale destacar que essa afirmação não se confunde com àquela que entende a literalidade como o início da interpretação. Na linha da análise inicial desta dissertação, a interpretação se inicia com a própria pré-noção do intérprete, e não no texto. Nesse sentido, o afirmado neste momento consiste apenas em identificar o textualismo como o elemento metódico inicial de referência. Em outros termos, esse método consiste, dentre os elementos externos da interpretação e os demais métodos, numa referência.

estão associados a recorrentes colocações do pensamento que está na ponta oposta do adotado: o pensamento de que o Judiciário serve para enunciar a verdade determinada pelo texto. A investigação desses elementos, portanto, ajuda a compor a releitura importante para o entendimento da função da literalidade no sistema de ônus.

3.4.1 A configuração normativa-estrutural e o ônus argumentativo do limite literal

Em primeiro, em nenhum método interpretativo a estrutura das diferentes espécies de normas jurídicas apresenta tanta importância como para o ônus relacionado à literalidade. O peso da argumentação que supera o limite literal guarda uma íntima relação com o aspecto estrutural de cada espécie normativa, mais especificamente, com as características das regras e dos princípios.

Em se tratando de princípios, as margens textuais não funcionam como ônus direto para abalizar a aplicação normativa. A própria natureza de mandamento de otimização dessa espécie normativa implica a máxima da proporcionalidade.²⁰² Essa característica, conseqüentemente, inibe o peso intenso da literalidade para constranger a argumentação jurídica.

Enquanto mandamentos de otimização, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível. Quer dizer, a satisfação de um princípio pode ser naturalmente dada em graus variados, observando sempre a máxima realização possível, segundo as considerações das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes em cada caso.²⁰³ Um princípio, portanto, pressupõem que sua realização possa ser mitigada na medida da realização de outros princípios, sem que isso os invalide ou que lhes seja adicionada uma cláusula de exceção. Para tanto, os princípios passam por uma análise segundo a máxima da proporcionalidade e seus três critérios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.²⁰⁴

No nível da adequação, a análise que se deve proceder considera se a medida proposta é adequada ou não para a realização do objeto. Se a medida requerida por um dos princípios colidentes não satisfaz o objeto pretendido e, ao mesmo tempo, afeta negativamente o outro

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 116-117.

princípio, então consiste em uma medida vedada pelo princípio afetado e inadequada. A própria designação desse nível é intuitiva, a medida, para ser adequada, deve realizar o objeto.

Na análise de necessidade, o raciocínio segue para a máxima de que para uma medida ser necessária não deve haver outra medida, menos gravosa, que realize igualmente o objeto. Em outros termos, pode ser dito que a medida necessária consiste no meio menos gravoso dentre os adequados. Segue, portanto, o mandamento de causar o menor dano possível ao princípio afetado negativamente na aplicação do princípio prevalecente na colisão.

Em um último nível, ocorre a proporcionalidade em sentido estrito. É nesse âmbito que se sucede a ponderação em si entre os princípios colidentes.²⁰⁵ Nesse estágio, “a relação de peso abstrato entre princípios é apenas um fator a ser considerado na ponderação. A intensidade das restrições e a confiabilidade das premissas empíricas envolvidas também desempenham um papel fundamental durante a ponderação”.²⁰⁶ Assim, os pesos apresentados nas circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concretos são sopeados para se chegar a realização ótima dos princípios em colisão.

Com esses três níveis, os princípios deixam mostrar que sua realização em um caso de incidência pode ser concretamente afastada pela superação dos ônus de argumentação envolvidos nas etapas da proporcionalidade. É, portanto, ínsito a própria natureza dos princípios poderem ser superados, tendo em vista que são mandamentos de otimização, que atraem a máxima da proporcionalidade, permitindo que em sua aplicação seja considerado diversos fatores jurídicos e fáticos para determinar sua aplicabilidade. Em termos mais precisos, princípios possuem um caráter *prima facie*.

Demonstra-se, dessa forma, que “da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”.²⁰⁷ Assim, os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.²⁰⁸

A resultante dessa natureza e características dos princípios é que, em relação a eles, o limite literal não desempenha um papel de um ônus intenso ou relevante. O fato de,

²⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

²⁰⁶ LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico**. Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012, p. 185.

²⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 104.

naturalmente, a presença de um princípio em um caso concreto não garantir sua aplicação torna os limites literais elementos pouco resistivos para a argumentação jurídica desenvolvida em relação a eles. Em outras palavras, por se ter um mandamento onde já se sabe ser *prima facie*, o ônus atribuído para se transpor as margens textuais não se constitui como forte.

Em se tratando de regras, o caso é totalmente diferente. As regras são uma espécie normativa caracterizada por sua pretensão à definitividade.²⁰⁹ O que significa anuir que, *a princípio*, a satisfação de seus pressupostos de aplicação constitui condição suficiente para sua realização. Um antecedente satisfeito nas regras, *a princípio*, então, deve levar a seu conseqüente. Em um esquema simples, as regras apresentam a pretensão de conduzir o resultado de um processo decisório apenas por sua presença. Por isso, essas normas dispõem de um certo grau de autonomia.

A autonomia de uma regra implica que nem sempre a presença de uma razão, como um princípio, é suficiente para deflagrar um juízo de consideração substancial sobre todas as circunstâncias fáticas e jurídicas. As regras tendem a rechaçar outras razões para definir o processo decisório. Com isso, quem pretende decidir um caso, afastando a regra, assume um intenso ônus para justificar a prevalência das razões que, *a princípio*, deveriam ser afastadas. Assim, a pretensão de definitividade das regras deixa exibir a função das margens textuais como o mais intenso ônus argumentativo.

Em termos ainda mais precisos, a questão revela que a pretensão das regras de conduzir o processo de tomada de decisão por sua simples presença deposita uma resistência intensificada para quem queira decidir fora do limite literal. Essa resistência demonstra que somente diante de razões acentuadamente fortes se pode afastar as conseqüências de uma regra, em que seus pressupostos de aplicação tenham sido preenchidos.

O afastamento dessa espécie normativa não significa a ocorrência da invalidade das regras. Nos casos de invalidade, o limite literal não se mostra na mesma relevância para o estudo dos ônus de argumentação, funcionando, em certa medida, muito mais como um “limite”. O objeto do estudo da literalidade como ônus, então, consiste no fenômeno de excepcionar a regra sem a retirar do ordenamento jurídico, acarretando no redesenho do tradicional modelo com que são vistas as regras.

O esquema que as descrevem como modelos “tudo ou nada” é incompleto.²¹⁰ Regras são, em sua estrutura, representadas por um arquétipo no qual a satisfação da hipótese deve

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 106.

²¹⁰ Nesse sentido, Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

levar à realização do consequente, a menos que não exista uma razão fortemente elevada que as derrote.²¹¹ Assim, “uma regra que termina com a palavra ‘a menos que’ ainda é uma regra”,²¹² o que denota a manutenção de sua validade.

As regras, em um conflito, podem ser solucionadas de duas formas distintas. Ou a regra é declarada inválida, ou se introduz uma exceção que elimine a conflitividade.²¹³ Na invalidação, essa espécie de norma é retirada do ordenamento jurídico, ganhando um efeito amplo. Se uma regra afirma “A”, e outra afirma “não A”, logo de partida, sem que seja uma espécie de exceção, uma delas necessitará ser retirada do ordenamento, sendo declarada inválida.

Diferentemente, o afastamento de uma regra pela ocorrência de uma exceção justificadora de se romper com os limites literais apenas afasta sua aplicação diante de um quadro circunstancial de razões suficientes à satisfação dos ônus exigido para a derrota da norma. A derrotabilidade, portanto, não se relaciona com o plano da validade normativa. A sua adequada tradução diz respeito à capacidade de uma regra acomodar exceções, sem deixar o ordenamento jurídico.

A distinção fica ainda mais acentuada ao se analisar as bases da ocorrência da derrotabilidade. O motivo de sua realização guarda íntima relação com a limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes. Essa insuficiência transfere para o plano estrutural das normas a possibilidade de ser excepcionada, o que só se concretiza quando o peso imposto pelo limite literal é satisfeito. A imprevisibilidade, portanto, está relacionada com a ocorrência da derrotabilidade.

A primeira deficiência é a nossa relativa ignorância do fato; a segunda é a nossa relativa indeterminação do objetivo. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado apenas por um número finito de aspectos e todas as suas combinações possíveis fossem por nós conhecidas, então previsões poderiam ser feitas antes de todas as possibilidades. Nós poderíamos produzir regras cuja aplicação aos casos particulares nunca demandaria uma escolha posterior. Tudo poderia ser conhecido, e, para todas as coisas, já que elas poderiam ser conhecidas, algo poderia ser feito e antecipadamente especificado pela regra. Esse seria um mundo ideal para a jurisprudência mecânica. Simplesmente esse não é o nosso mundo. Legisladores humanos não são capazes de conhecer todas as combinações de circunstâncias possíveis que o futuro pode trazer.²¹⁴

²¹¹ Em suas fórmulas, a questão pode ser apresentada da seguinte maneira: o modelo “se A, então B” sofre uma atualização para ser representado como, se A, então B, a menos que C.

²¹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 152-153.

²¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

²¹⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141.

A questão colocada aparece explicitamente na prática jurídica. O voto do ministro Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524, constitui um exemplo da abertura da prática ao reconhecimento expresso das razões da derrotabilidade das regras em detrimento dos juízos de validade. Em sua manifestação, o ministro destacou que

Partindo do suposto – hoje, inquestionável – que o direito positivo não pode antecipadamente fornecer respostas prontas para todas as situações e problemas futuros, dada a natureza provisória do conhecimento humano, Giovanni Sartor nos ensina que os ordenamentos jurídicos possuem basicamente duas estratégias para lidar com tal limitação: a revisão e a derrotabilidade. Pela estratégia da revisão, sempre que uma regra geral e abstrata é falseada pela realidade concreta, é exigida a sua modificação. Por sua vez, a derrotabilidade comunga da ideia que proposições gerais são defaults, que nessa condição regulam a maioria dos casos, os casos normais, sem, contudo, articular com a pretensão de totalidade e definitividade.²¹⁵

Os embargos infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1289²¹⁶ também representam um demonstrativo dessa questão. No referido processo, a discussão envolvia a realidade fática do Ministério Público do Trabalho e as determinações do art. 94 e art. 115, I, da Constituição Federal. Na época, não existia um quantitativo suficiente de procuradores do trabalho com mais de 10 anos de carreira para preencher as vagas destinadas ao quinto constitucional no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Por outro lado, o art. 94 e o art. 115, I, ambos da Constituição Federal, estabeleciam categoricamente a exigência de que os candidatos aos cargos do Tribunal contassem com o decênio.

Ao se debruçar sobre essa problemática, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou que a formação de uma lista sêxtupla composta por membros ministeriais com menos de 10 anos de carreira seria muito menos distante da vontade constitucional, mesmo deixando de observar os referidos dispositivos, que uma composição deficitária para o Tribunal. Com base nessa linha de pensamento, a decisão foi no sentido de afastar as regras expressas do art. 94 e do art. 115, I, ambos da Constituição Federal, sem nenhuma declaração de invalidade. Com isso, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir, enquanto uma exceção, o preenchimento da lista com procuradores do trabalho que não contassem com o decênio.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: **ADIn 6.524**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de dez. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-adi-reeleicao.pdf>, pp. 60-61.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Infringentes em Ação Direta de Inconstitucionalidade: **EI ADIn 1.289**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 03 de abr. de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745016/embinfna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1289-df>

Como se vê, os posicionamentos dos ministros em ambas as ações deixam perceber que a possibilidade de superação dos limites literais das regras encontra suporte na deficiência de previsibilidade humana, sem se confundir com os juízos de validade normativa. Derrotar uma regra não significa retirá-la do ordenamento jurídico. Apenas se dá a superação das possibilidades semânticas diante de uma exceção, surgida da impossibilidade de se prever todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, os interesses, as necessidades humanas e sociais.

Essas questões deixam transparecer que regras jurídicas até podem ser definidas sob condições necessárias e suficientes para sua aplicação, mas elas não serão sempre suficientes.²¹⁷ Nesse ponto está o caráter derrotável das regras, dado pela possibilidade de sempre poder existir uma exceção não prevista. Isso não faz com que elas possam ser igualadas ao caráter *prima facie* dos princípios.

Regras apresentam uma distinta pretensão à definitividade, que não pode ser esquecida. Essa característica permite revelar uma resistência mais intensa para quem pretenda superar seu limite literal. Por isso mesmo, não aplicar uma regra não representa apenas realizar uma ponderação nos moldes dos princípios.

Diferentemente das normas principiológicas, a justificação da decisão que não aplica uma regra depende não só da ponderação das razões comumente avaliadas na realização dos princípios, como soma a elas considerações sobre os princípios formais presentes em qualquer regra. São eles elementos como a previsibilidade, a estabilidade, a alocação de poder, dentre outras que circundam essa espécie normativa. Dito de outra forma,

As regras para a quais tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio, contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que foram produzidas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”.²¹⁸

Em uma síntese, significa dizer que há uma carga de argumentação elevada para o intérprete que busca fundamentar a não aplicação de uma regra jurídica a uma situação coberta

²¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. The Ascription of Responsibility and Rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, vol. 49, 1948-1949, p. 181.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 105.

por sua hipótese de incidência, pois sempre haverá princípios formais que trabalham em favor da manutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador.²¹⁹

A diferença entre a possibilidade de não aplicar um princípio e a de se derrotar uma regra é, portanto, a resistência acentuadamente intensa das regras à consideração de outras razões. A resultante dessas digressões consiste na conclusão sobre a relevância da estrutura normativa para o ônus argumentativo associado ao limite literal. Nas regras, o limite literal se apresenta enquanto um peso potencializado, o que não ocorre nos princípios. A compreensão dessa questão tem bastante importância para a justificação das decisões.

Na discussão sobre o cumprimento provisória da pena – *Habeas Corpus* 126.282,²²⁰ por exemplo –, três cenários distintos podem ser observados. O primeiro consiste em considerar o art. 5º, LVII, da Constituição Federal como um princípio, na linha do entendimento do ministro Luís Roberto Barroso.²²¹ Em se tratando dessa espécie normativa, uma ponderação nos moldes tradicionais, sem a inclusão de discussões sobre os princípios formais, é suficiente para justificar o entendimento de constitucionalidade do cumprimento da pena após a segunda instância. Os argumentos ponderados pelo ministro, então, justificariam a posição adotada.

Em um segundo cenário, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal consiste em uma regra. Em sendo uma regra não seria adequado realizar uma simples e pura ponderação para justificar o cumprimento provisório da pena diante do ônus elevado para a superação do limite literal. Necessariamente, a discussão deveria considerar o peso da literalidade no âmbito penal, o reforço à literalidade pelo art. 283 do Código de Processo Penal e as preocupações relacionadas ao passado ditatorial brasileiro, que contribui para o peso da literalidade da norma, dentre outros elementos ligados aos princípios formais, como a separação dos poderes. A ausência de observância a esse ônus mais intenso, em se considerando o art. 5º, LVII, da Constituição

²¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010, pp. 161-162.

²²⁰ A base da discussão que aqui se refere é a travada no *Habeas Corpus* 126.282. Posteriormente, sabe-se que novas análises foram realizadas, modificando algumas das linhas argumentativas e o entendimento sobre a constitucionalidade da execução provisória a partir da confirmação da condenação em segundo grau. Entretanto, exemplificativamente, sem apego ao tema em si, a estrutura do julgado serve ao exemplo proposto. Aqui não se tratará de transcrever os argumentos dos ministros e analisar sua justificação, ou especificar quem adotou o entendimento de ser o artigo uma regra ou um princípio, o que demandaria um espaço próprio para se traçar esses detalhes. Para os fins pretendidos neste tópico, apenas se realiza uma síntese ilustrativa. Para conferir a decisão na íntegra, ver o *Habeas Corpus* 126.282 em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 126.282**. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 07 fev. de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, p. 37

Federal uma regra, tornaria injustificável o entendimento da constitucionalidade do cumprimento provisório.

Em um último cenário, o referido artigo seria compreendido enquanto regra, mas as razões fáticas e consequencialistas opostas a ele e aos princípios formais, estes devidamente analisados, seriam suficientes para originar uma exceção à regra, permitindo o cumprimento provisório.

Com isso, a depender da estrutura normativa do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, os pesos para afastá-lo mudam, resultando no fato da decisão dos ministros no *Habeas Corpus* 126.282 pode ser considerada justificada ou injustificada. No entanto, discussões sobre ser o referido artigo uma regra ou princípio não foram travadas suficientemente no âmbito do referido julgado. Parte significativa desse déficit se deve ao modelo de argumentação brasileiro, baseado na aglutinação de votos individuais sem nenhuma conectividade. Isso propicia que questões relevantes como essas, em que cada ministro entendeu se tratar de uma espécie normativa diferente, e que teria substancial interferência na correção do entendimento de constitucionalidade do cumprimento provisório, não recebam um tratamento uniforme e harmônico. Adentrar nessa crítica, entretanto, transborda os limites desse trabalho.

Em conclusão, a estrutura normativa consiste em um elemento importante para o ônus argumentativo associado ao limite literal. Nos princípios, esse limite não se mostra com uma intensa relevância, por sua natureza de mandamentos de otimização, realizados por uma ponderação comum. É nas regras que o limite literal atinge sua maior visibilidade. A pretensão de definitividade dessa espécie normativa deposita uma resistência intensificada para quem queira decidir fora dos sentidos semânticos possíveis. Ao mesmo tempo, a possibilidade de serem derrotadas sinaliza para a função do limite literal nas regras: ser o mais elevado ônus de argumentação normativo-estrutural.

3.4.2 A dimensão autoritativa e o ônus argumentativo do limite literal

A abordagem precedente confere uma percepção normativo-estrutural sobre a intensidade do ônus de argumentação associado ao limite literal. Um segundo fator que interage de forma dinâmica com o elemento anterior para configurar a força intensa da literalidade, embora também possa atuar em outros elementos para enfraquecê-la, consiste na dimensão autoritativa do direito.

Aplicar uma regra significa seguir a decisão de uma autoridade. E justamente o fato dessa norma ser editada por uma autoridade cria um constrangimento em favor de sua aderência, independente das considerações substantivas (considerações sobre o conteúdo da regra em si). Por isso, decidir conforme as possibilidades semânticas do texto também pode ser entendido a partir de uma gama de considerações formais.

Quando o intérprete define o processo decisório observando os limites da literalidade está atuando conforme o comando autoritativo, prestando uma certa deferência a autoridade instituidora da norma. Essa deferência integra o grupo de fatores de constrangimento à atuação jurisdicional. O constrangimento, entretanto, não deve ser entendido como um limite absoluto, mas enquanto uma coação que se deixa traduzir como um ônus argumentativo. Assim, o limite literal deve ser o máximo possível considerado pela força da autoridade que estabeleceu o texto, sem necessariamente ter que sempre impedir decisões fora de seu alcance.

Tanto é assim, que além das reflexões trabalhadas ao longo desta pesquisa, a mesma dimensão autoritativa pode atuar invertendo a relação de prioridade inicialmente instituída em favor da literalidade da regra. Precedentes devem ser observados pelo simples fato de serem precedentes, o que pode ser ainda mais reforçado ou não por elementos do direito positivo. Também as súmulas dos Tribunais Superiores exercem poder persuasivo importante na argumentação dos demais juízes. Ambos possuem em comum a necessidade de serem considerados não em razão de seus conteúdos, “mas simplesmente pela fonte da qual decorrem e do status que elas adquirem uma vez enunciadas”.²²²

Assim, por exemplo, um precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal exerce um peso significativo para a justificação de argumentos que o queiram afastar. Mesmo em se tratando de um precedente que tenha promovido a superação da literalidade, como a decisão da união homoafetiva e os embargos infringentes sobre a admissão dos procuradores do trabalho sem o decênio para compor a lista do quinto constitucional, a força do precedente de autoria do Supremo Tribunal Federal não esmaece perante os juízes. Um magistrado do primeiro grau sofrerá a persuasão do precedente em sua argumentação independente do conteúdo jurisprudencial se tratar do afastamento de regras.

Um ponto relevante consiste em não esquecer que a dimensão autoritativa origina uma pretensão de orientar o processo de tomada de decisão apenas pela presença de razões formais. Essas razões, nas regras, correspondem ao reforço ao ônus instituído para a superação das

²²² LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico.** Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012, p.191.

possibilidades semânticas, anteriormente analisado. A resultante consiste em quanto maior o peso atribuído às regras em função de representarem decisões de uma autoridade (razão formal), maior será a sua resistência à derrotabilidade.²²³

Como se vê, a dimensão autoritativa tem uma estreita relação com os princípios formais. Quando mais intensos esses princípios, mais forte é o ônus associado à literalidade. Isso não quer dizer que essas razões formais se resumam a questões de autoridade. Outros elementos como a exigência de previsibilidade, estabilidade ou a igualdade podem influir para orientar o processo de tomada de decisão. Essa influência se deixa traduzir na criação de um ônus para quem pretenda seguir uma direção distinta.

Muitos desses elementos também criam uma pretensão, no mais das vezes, em favor da literalidade. Quanto mais intensa a cobrança por previsibilidade, maior a necessidade de fundamentação para se afastar às possibilidades semânticas de uma regra, por exemplo. Assim, não se deixa aqui de reconhecer, sem adentrar em detalhes extensivos, a existência de outros elementos formais que, como a dimensão de autoridade, também têm seus pesos na sistemática de ônus argumentativo.

Além disso, dizer que comandos autoritativos *pretendem* determinar certos cursos de ação, bloqueando considerações materiais, não significa que essas razões formais não se relacionem com razões substantivas, como a noção de Estado Democrático de Direito. No caso das regras, por exemplo, o princípio da separação dos poderes atribui ainda mais peso à dimensão autoritativa, resultando em um ônus ainda maior para quem supere a literalidade. Em síntese, as considerações substantivas, nessa espécie de intercâmbio com as formais, constituem, no mais das vezes, um elemento justificador ou intensificador dos pesos destas.

Um exemplo disso consiste no caso de uma regra ser determinada, como de costume, pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, uma noção de separação dos poderes pode intensificar a exigência de deferência do Poder Judiciário para com as decisões do Poder Legislativo. Conseqüentemente, o constrangimento para que o juízo adote um raciocínio compatível com as possibilidades semânticas aumenta.

Um dos pontos mais relevantes dessa análise consiste em destacar que a interferência do princípio da separação dos poderes se traduz em um fortalecimento do ônus relacionado à

²²³ Embora essa questão tenha sido anteriormente analisada, cabe transcrever as palavras de Alexy nesse sentido: “Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de uma regra” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 105). Cumpri anotar que o autor usa o termo caráter *prima facie* das regras, o que equivale, em certa medida, pelas construções que o mesmo faz ao longo da obra, ao termo pretensão à definitividade, utilizado nesta dissertação por ser bastante usual, inclusive no referido livro, e por evitar confusões terminológicas em relação ao caráter *prima facie* dos princípios.

dimensão autoritativa. Isto implica que a separação dos poderes cobra uma deferência do julgador em relação às regras, resultando também na exigência de uma seleção ótima de argumentos para afastar essa espécie normativa, quando seja justificável.

A questão, então, deixa transparecer a incompatibilidade da percepção da separação dos poderes, dentro de uma sistemática de ônus, com uma noção que entende a literalidade como um limite absoluto ao discurso jurídico para evitar ofensa ao referido princípio. Não é incomum constatar esse posicionamento mais resistente quanto à superação da literalidade no universo jurídico. A manifestação do ministro Marco Aurélio na Suspensão de Liminar 1.395 ilustra como, por vezes, a questão é colocada na prática.

No referido processo, estava em causa o caso conhecido como “André do Rap”. O réu foi apontado como líder do PCC – Primeiro Comando da Capital – e indiciado como incurso nos crimes de tráfico transnacional de drogas e associação para o tráfico. A sua prisão preventiva foi decretada em 2014, mas só veio a ser cumprida em 2019, em virtude de ter se mantido foragido.

No *Habeas corpus* 191.836,²²⁴ distribuído ao ministro Marco Aurélio, a ordem foi liminarmente concedida sob o argumento de aplicação literal do art. 316, parágrafo único, do CPP (decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal). Posteriormente, invocando a excepcionalidade das circunstâncias concretas do caso, o ministro Luiz Fux suspendeu a ordem concedida.²²⁵

Levada a decisão suspensiva ao plenário, o ministro Marco Aurélio manteve seu posicionamento em defesa da impossibilidade de transposição da literalidade. Suas falas contaram com afirmações de que a sua “atuação é vinculada ao direito aprovado pelo Congresso Nacional: ali está a essência do Judiciário”²²⁶ e que “o legislador foi explícito ao cominar consequência para o extravasamento do prazo de 90 dias”.²²⁷ Como se vê, o posicionamento do ministro externa uma concepção de impossibilidade de superação da literalidade do art. 316, parágrafo único, do CPP em atenção a uma certa noção de separação dos poderes, que está na base de seus argumentos.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: **HC 191.836**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 02 de out. de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar: **SL 1.395**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 10 de out. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/35f162572fde5f_decisaofux.pdf

²²⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-11/decisao-fux-desacredita-supremo-marco-aurelio>

²²⁷ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/336581/stf-tem-maioria-para-manter-prisao-de-andre-do-rap>.

Em outra direção, os demais ministros proferiram votos acompanhando o ministro Luiz Fux. Muitas foram as críticas dos ministros a utilização da suspensão de liminar sem esteio processual, principalmente à margem das regras de competência. Entretanto, excepcionando as normas processuais da suspensão e o art. 316, parágrafo único, do CPP, os ministros acompanharam o relator. O ministro Luiz Fux, em seu posicionamento, fez constar que se tratava de um caso de máxima excepcionalidade, destacando elementos considerados contundentes sobre a potencialidade de fuga e periculosidade internacional do réu para justificar a inobservância das regras processuais. Em relação às razões formais associada a natureza das regras, verbalizou que “representaria a autofagia não defender a imagem da corte e do Supremo Tribunal Federal depois que lhe bater a porta para anunciar que um traficante deste nível pudesse ser solto, enganando a Justiça, debochando a Justiça”.²²⁸

O entendimento desses ministros não será objeto de análise neste momento. A justificação de seus votos demandaria um estudo detalhado de cada argumento, transbordando os limites e objetivos deste trabalho. Entretanto, uma decisão na direção de manutenção da prisão do réu conhecido como “André do Rap” só seria justificável em um sistema diferente do proposto por uma noção mais rígida sobre a separação dos poderes. Em verdade, esses julgados ilustram as resultantes diretas e indiretas da percepção sobre esse princípio.

Em conclusão a este item, o limite literal tem sua função de ônus de argumentação ainda mais intensificada quando razões formais densas o encorpam. Essas razões correspondem a previsibilidade, estabilidade, dentre outras, mas especialmente a associada à autoridade instituidora da norma. A dimensão autoritativa relacionada às normas confere uma forte persuasão para que se preste deferência à literalidade, principalmente por seu intercâmbio com o princípio da separação dos poderes. Esse constrangimento, por consequência, atribui a mais elevada densidade ao fortíssimo peso relacionado à derrotabilidade.

Antes de avançar para as considerações finais dessa investigação, uma breve análise sobre o princípio da separação dos poderes, sem pretensões de exaurir a questão, merecer ser realizada, em especial por sua influência ao assunto abordado.

3.4.3 Separação dos poderes: um ponto a ser colocado em discussão diante da função de ônus do limite literal

²²⁸ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334976/marco-aurelio-acusa-fux-de-autoritarismo-no-caso-andre-do-rap>

Quando se trata de invocar a literalidade como limite absoluto para afastar uma argumentação jurídica que pretenda excepcioná-la, apoia-se, quase sempre, em uma concepção clássica normatizada da separação dos poderes, cujas referências remontam a teoria tripartite de Montesquieu.

Embora a separação dos poderes não tenha sido puramente criada por Montesquieu, pode-se dizer, ao menos, que a teoria clássica foi por ele, e também por Madison, desenvolvida na forma com que o mundo ocidental veio a aplicá-la a partir do século XVIII.²²⁹ Como explicita Madison, em *The Federalist*, “Se não foi ele [Montesquieu] o autor desse valioso preceito da ciência política [separação dos poderes], teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo do modo mais eficaz à atenção da humanidade”.

Charles Luis de Secondat, o Barão de Montesquieu, sistematizou a separação dos poderes em sua obra denominada de *O Espírito das Leis (De l'esprit des lois)*, no capítulo VI, do Livro XI, de 1748. No entendimento do filósofo, a concentração absoluta do poder nas mãos de uma única pessoa ou seguimento do Estado levaria, necessariamente, à tirania. Assim, como forma de combatê-la e evitá-la é que o poder deveria ser dividido em três tipos de poder independentes entre si (o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder de julgar), de modo que ocorresse a limitação de uma parcela do poder por outra. Em suas palavras,

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao Poder Executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.²³⁰

O mais interessante da obra *O Espírito das Leis* não é essa estrutura tripartite de Poder desenhada pelo livro. Esse arranjo, baseado na “visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro, é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar”.²³¹ O ponto central da obra, e o que ainda tem serventia para se refletir no presente, “é mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a Constituição de polos de poder

²²⁹ HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 278.2, p. 74, maio/ ago. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/41839/90433>. Acesso em: 30 dez. 2019.

²³⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 168.

²³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 185.

absolutos, sem nenhum controle”,²³² de maneira que o fundamental é articular um modelo institucional apto a impedir o arbítrio, independentemente de como ele venha a se configurar.

Seguindo a trilha histórica do direito positivo, a positivação do princípio da separação dos poderes data do Século XVIII, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776. Já em 1789, o princípio foi preconizado no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que disciplinava: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos Poderes, não possui Constituição”.

No Brasil, o princípio é previsto desde a Constituição do Império (que estabelecia a existência não de três, mas de quatro poderes – art. 10),²³³ perpassando pela Constituição do Regime Militar de 1967 e sua Emenda Constitucional n.º 1/1969,²³⁴ sendo atualmente previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Se se promovesse uma análise da história do conceito de separação dos poderes nas constituições, isto é, uma leitura histórica desse princípio em cada momento constitucional brasileiro em que ele foi preconizado, o que sem dúvidas extrapolaria os limites deste trabalho, certamente se constataria que ele assumiu diversas gramáticas de acordo com o arranjo institucional e a forma sócio-política da época. Uma investigação desse nível serviria para mostrar que o conceito de separação dos poderes não é algo fechado e acabado, mas antes é conformado em um horizonte sociopolítico temporalmente determinado, marcado por disputas para o preenchimento de seu conteúdo.

Uma pista nesse sentido poderia ser evidenciada pelo fato de que, embora a Constituição de 1824 também fale em separação dos poderes, já na própria estrutura dela é possível observar o princípio lapidado a partir de quatro poderes, destoando-se, quantitativamente e na dinâmica institucional, do modelo clássico.

Como já se pode deduzir, não existe apenas um arranjo institucional possível para a separação dos poderes, mas existem, em diversos países e períodos históricos, vários modelos (*e.g.* parlamentarismo do pós-guerra no Japão e Alemanha Ocidental), podendo a adoção imutável de um modelo ser um problema. Como adverte Franz Neumann, se o princípio da

²³² *Ibidem*, p. 185.

²³³ A defesa de uma separação dos poderes estava disposta no texto constitucional de 1824, em seu art. 9º, nos seguintes termos: “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece”.

²³⁴ Na Constituição de 1967 a separação dos poderes estava disciplinada no art. 6º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, Executivo e o Judiciário”. O teor do artigo permaneceu inalterado após a emenda constitucional de 1969, que, entretanto, acentuou ainda mais a prevalência do executivo, quando as hipóteses de cabimento de decreto-lei foram significativamente ampliadas (SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**: descumprimento de ordens judiciais. Fortaleza: 2008, p. 22.)

separação dos poderes for pensado como um modelo normativo predefinido para enquadrar todo o conflito social em uma gramática imune à contestação pelas forças progressistas, ele pode funcionar como obstáculo às transformações sociais.²³⁵

No que toca aos impedimentos a uma superação do limite literal, a noção fechada de separação dos poderes pode tornar diversas resoluções de alto impacto social completamente descompassadas com as necessidades e interesses sociais. Isso quer dizer que uma noção de separação dos poderes que conduza ao enquadramento de todo conflito apenas em limites semânticos, sem a possibilidade de um mecanismo seguro de superação, pode levar a decisões inúteis e representativas de um retrocesso social. Basta perceber que uma visão radicalmente fechada poderia impedir importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da união homoafetiva e a da descaracterização do tráfico privilegiado como crime hediondo, dentre outras.

A relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo deve ser compreendida para além de uma noção do juiz enquanto “boca” da lei. Como consequência, deve-se pensar em gramáticas conciliáveis com o limite literal enquanto o mais elevado ônus de argumentação. A resultante consiste em uma visão procedimental sobre a função da literalidade, capaz de acomodar os conflitos sociais à necessidade de controle de “decisionismo” irracional.

²³⁵ NEUMANN, Franz apud RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 185.

4 CONCLUSÃO

A noção de literalidade está no centro de diversas formas de se pensar a interpretação jurídica. Junto a ela se associam percepções vitais para o direito, como as noções de objetividade. Com essas questões, anuncia-se uma encruzilhada: a literalidade seria mesmo a representante do mundo e transportaria a verdade a ser descoberta na aplicação do direito? Disso dependeria a objetividade?

Em uma concepção metafísica, a resposta seria prontamente positiva. No universo jurídico, ela representa uma forma de entender a interpretação como um ato de descoberta de uma verdade essencial contida no texto normativo. Isto transporta para o direito uma noção de objetividade essencialista. A conclusão a que chega este trabalho, no entanto, percorre um caminho oposto.

A literalidade, em uma filosofia pragmática, tem suas bases na noção de regras de uso das palavras, ancoradas em uma forma de vida. Nessa linha, os sentidos das palavras não são dados pela representação do mundo espelhada no texto. São, senão, constituídos em uma prática linguística social, regida por regras, que consideram fatores da história cultural e natural humana para dar sentido à linguagem.

No universo jurídico, os efeitos dessa noção consistem em afastar a tradicional concepção sobre o papel do aplicador do direito, que o vê como um encarregado de descobrir a verdade entabulada no texto. Sendo essa verdade inexistente, o intérprete não pode lograr descobri-la. Com isso, é a dimensão argumentativa que surge como uma nova direção nos horizontes jurídicos.

Na argumentação jurídica, os sentidos normativos são construídos discursivamente. O que não quer dizer que eles estejam à disposição do subjetivismo do intérprete. A linguagem sem a metafísica resiste a uma manipulação arbitrária e ao relativismo radical através das regras de uso.

Essas regras podem ser explicitadas na argumentação jurídica mediante a justificação interna. A sua revelação logra êxito em demonstrar a normatividade da linguagem. Mas essa própria normatividade se constitui a partir de um outro elemento: uma forma de vida. Sendo assim, o ancoradouro último da linguagem é uma forma de vida. Isto é, as possibilidades semânticas acompanham a história natural humana. Estão sempre em evolução.

É por essa razão que conceitos como “família”, “democracia” e “igualdade” seguem o tempo histórico da humanidade. A linguagem não pode se desvencilhar dele, construindo uma linha de sentido com os contextos, os fins, as resistências, as necessidades, os interesses

humanos. Há tempos, assinale-se, esses conceitos jamais provocariam a tomada de decisão nos sentidos que hoje se verifica, tal como no precedente sobre o reconhecimento da união homoafetiva enquanto família.

Na mesma lógica, possivelmente para o futuro, ações envolvendo os conceitos de homem e de mulher podem ingressar no judiciário. Esses termos socialmente estão começando a ser problematizados. Isto pode levar a uma ampliação do sentido desses conceitos, demonstrando a impossibilidade de uma imutabilidade metafísica absoluta.

Em verdade, a linguagem enquanto uma prática social intersubjetiva e contextual revela o indeterminismo pragmático assumido categoricamente neste trabalho. A literalidade não apresenta, portanto, uma determinação semântica imutável e metafísica – o que não se confunde com um relativismo, dado a presença de regras –, mas lança um novo horizonte para se pensar.

Uma investigação sobre a função das literalidades a partir dessas referências também apresenta novos resultados. Uma das principais contribuições dessa natureza pragmática da linguagem é a possibilidade de se perceber que o processo de tomada de decisão judicial se desenvolve em um ambiente subideal, no sentido de que não existe uma subsunção ótima para extrair a verdade em si da norma, ao mesmo tempo em que isso não implica em um completo relativismo interpretativo e argumentativo.

A necessidade de se minimizar essa subidealidade conduz a adoção de mecanismos como os ônus argumentativos pelo sistema jurídico. Se a literalidade não pode fornecer uma verdade, a disposição das várias possibilidades de sentidos também não precisa se dar à escolha discricionária do intérprete. Para tanto, relações de preferências são criadas pela metódica jurídica, dogmática, doutrina, jurisprudência e outros elementos, criando um ônus para quem pretenda invertê-las.

A literalidade enquanto método, nessa sistemática, oferece uma referência inicial para a interpretação. A partir dela, parte dos ônus dos demais métodos podem ser parametrizados. Dentre eles, por se ela a mais institucional, a priori, oferece o maior ônus. Essa relação, todavia, pode ser modificada pelos elementos constituidores de relações de prioridade, em especial pela jurisprudência. Uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tenha superado até mesmo o limite literal, como no caso da descaracterização da hediondez do tráfico privilegiado, institui uma preferência por elementos teleológicos em detrimento da literalidade. Nesse caso, quem queira seguir o entendimento literal terá que lançar argumentos mais fortes para afastar a interpretação teleológica insculpida no precedente.

Isso não resulta na perda da relevância do método literal para a sistemática dos ônus. Apenas explicita que outros elementos devem ser considerados ao se analisar os pesos em cada caso. No geral, portanto, o método literal funciona como um importante ônus de argumentação, oferecendo uma densidade acentuada quando comparado com os demais elementos metódicos, só não mais intensa que o peso fornecido pelo limite literal.

O limite literal dentro da sistemática de ônus de argumentação, provocada para minimizar a contingência da linguagem, exerce, a princípio, o maior e mais intenso ônus de argumentação jurídica. Ele estabelece relações com a estrutura das normas, em específico as regras, assim como a dimensão autoritativa do sistema jurídico para provocar um peso acentuado. Quem queira ultrapassá-lo precisa lançar considerações substantivas, jurídicas e consequências altamente concentradas para poder ver seu argumento justificado, porque em favor de sua prevalência existem, além das razões materiais, princípios formais que o reforça. Em especial, o princípio da separação dos poderes cobra uma deferência do judiciário que, no sistema de pesos, revela-se como uma forte resistência em favor da literalidade.

Assim, a resultante a que se chega neste trabalho consiste em encontrar um caminho relativista moderado para a literalidade e percorrer uma visão procedimental sobre a sua função, entendida como ônus de argumentação. Esse caminho se mostra capaz de acomodar os conflitos sociais à necessidade de controle de “decisionismo” irracional, abrindo espaço para se pensar novos rumos.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed., São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLAZER, Rubens (Orgs). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, direito e pragmatismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – PUC Minas Serro. n. 3 (2011): Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1997>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRANDON, R. **Making It Explicit**. Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983**. Ministro Relator Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. 06 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Uma abordagem pragmática da noção de fato na teoria do direito: a prova judicial como argumento persuasivo. *In*: **CONPEDI**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_lima_catao.pdf.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma visão filosófica antiessencialista para o abandono da noção de racionalidade jurídica: os processos de decisão em direito como ambientes**

lingüísticos regrados e contingentes. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da UFPE em agosto de 2005.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: linguagem e mundo**. São Paulo: Annablume, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DUMMETT, Michael. **Frege**. London, Harvard University Press, 1973.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 483.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 13, n. 278.2, p. 74, maio/ ago. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/41839/90433>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução J. B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito: normatividad semántica en la argumentación jurídica**. Madrid: Macial Pons, 2017.

KLATT, Matthias. Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, n.2, 2010.

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

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, ano 10, n. 19, São Paulo: jan./jun. 2014. p. 295-320. Disponível em: < <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-deinterpretacao>>.

KRIPKE, Saul. **Wittgenstein on Rules and Private Language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica**: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Dissertação de doutorado apresentada ao PPGD da UERJ, 2012.

LINS NETO, José Ribeiro. **Dogmática e argumentação jurídica**: perspectivas retóricas para uma leitura da teoria do discurso de Robert Alexy. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da Faculdade de Direito de Alagoas em abril de 2016.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARGUTTI PINTO, Paulo Roberto. **Iniciação ao silêncio**: uma análise do *Tractatus* de Wittgenstein como forma de argumentação. São Paulo: Loyola, 1998.

MARTINS, L. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 245-279, 1 jan. 2014.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte. *In: Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2006.

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

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. [e-book]

NIGRO, Rachel . A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. *In: Direito, Estado e Sociedade*; n.34, p. 170-211, jan/jun 2009.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**. v. 9, n. 1, 2017, p. 37.

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

PEDROSA, Carolina de O. **O sentido da aceitabilidade no jogo da decisão**: uma investigação sobre as implicações da pragmática da linguagem do segundo Wittgenstein na interpretação do direito. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da UFAPE, 2006.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro) Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Lisboa: Dom Quixote, 1988.

SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 29-46, jan. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luis. O Direito de obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 93-105, ago. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Wittgenstein Translations.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações Filosóficas**. São Paulo: Loyola. 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.