

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO  
JURÍDICO**

**ADRIANA FASOLO PILATI**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

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

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Juraci Mourão Lopes Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-760-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalhos “Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico” apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI contou com pesquisadores das mais diversas localidades do país, representadas pelos variados programas de pós-graduação stricto sensu. Os trabalhos trouxeram reflexões sobre múltiplos aspectos afetos ao tema, com enfoques próprios e muitas vezes complementares.

Houve trabalhos ocupados da análise crítica de julgamentos, aplicando conceitos e abordagens próprios do nível profundo de teorização do Direito a fim de evidenciar equívocos subjacentes às decisões. Em abordagem complementar, foram verificadas pesquisas ocupadas de um modo geral com o ativismo judicial e a judicialização da política, articulando conceitos e parâmetros gerais para construção de referencial adequado para compreensão de fenômeno bastante presente na realidade nacional atual. É possível apontar, pois, esses dois temas como centrais das discussões realizados no grupo.

A teoria dos princípios, especificamente, bem como a revisão, aplicação e detalhamento do pensamento de autores com Herbert Hart, Ronald Dworkin, Walter Benjamin, Luigi Ferrajoli e Karl Popper tiveram espaço em textos que demonstram o amadurecimento das discussões sobre suas ideias e a aplicação do referencial para o enfrentamento de questões teóricas e mesmo dogmáticas. Evidencia-se, assim, um maior grau de precisão nas reflexões desenvolvidas a cada ano no Brasil.

Os debates ocorridos após as apresentações levantaram questões correlatas àquelas tratadas expressamente, suscitaram dúvidas prontamente respondidas, indicaram melhorias, reforçaram e conformaram hipóteses. Os leitores dos trabalhos ora publicados terão oportunidade própria, portanto, de também poderem ampliar seus horizontes e perspectivas.

Boa leitura a todos.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder – UPF

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **O CASO VANUZA: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO/DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL**

### **THE CASE VANUZA: THE PROBLEM OF INTERPRETATION / JUDICIAL DECISION IN BRAZIL**

**Bruno Cozza Saraiva <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O presente trabalho tem como escopo discorrer acerca do “Caso Vanuza” como reflexo das decisões judiciais no Brasil. Nesta lógica, para a compreensão da problemática referente à interpretação/decisão judicial, analisar-se-á o Positivismo Kelseniano. Ademais, na terceira parte, verificar-se-á o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no REExt n.º 608.482 à luz de Kelsen. Por fim, a partir do Voto do Ministro Relator Teori Zavascki, analisar-se-á a teoria proposta por Streck, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito como condição de possibilidade para uma “resposta constitucionalmente adequada”.

**Palavras-chave:** Caso vanuza, Positivismo jurídico kelseniano, Crítica hermenêutica do direito

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present work aims to discuss the "Vanuza Case" as a reflection of judicial decisions in Brazil. In this logic, for the understanding of the problematic concerning the interpretation / judicial decision, will be analyzed the Kelsenian Positivism. In addition, in the third part, the vote of the Minister Luis Roberto Barroso in REExt n° 608.482 will be verified in the light of Kelsen. Finally, from the vote of the Minister Relator Teori Zavascki, we will analyze the theory proposed by Streck, that is, the Hermeneutic Critique of Law as a condition of possibility for a "constitutionally adequate response".

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Vanuza case, Kelsenian legal positivism, Critical hermeneutics of law

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, bolsista Capes/proex

## **Introdução**

A discussão acerca da decisão judicial no Brasil, tanto de primeira, quanto de segunda instância e em sede de Corte Constitucional, seja através das diversas teorias que desaguam em um ativismo judicial ou, até mesmo, em um autoritarismo travestido de legalidade/legitimidade, apresenta-se, contemporaneamente, de fundamental importância para a compreensão, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, do imaginário voluntarista que consubstancia as decisões e não concretiza o Texto Constitucional enquanto construção democrática e projeto de sociedade.

Para isso, o estudo do caso concreto, ou seja, o estudo do “Caso Vanuza” e, conseqüentemente, a análise do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Positivismo Jurídico Kelseniano e da Crítica Hermenêutica do Direito, insurge-se como condição de possibilidade para a construção de respostas adequadas à luz da Constituição Federal de 1988 enquanto parâmetro hermenêutico para as decisões.

Assim, na primeira parte deste trabalho, discutir-se-á o “Caso Vanuza” como reflexo das decisões judiciais no Brasil. Dessa forma, a decisão de primeira instância, juntamente com o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, será apresentada adiante, de modo que como complemento, demonstrar-se-á a problemática representada pela interpretação judicial no Brasil.

Na segunda parte, tratar-se-á do Positivismo Jurídico Kelseniano e o problema da interpretação. Isto quer dizer que, para uma análise satisfatória, no decorrer do presente trabalho, referente ao Acórdão e, especificamente, aos votos de determinados Ministros da Suprema Corte, esta teoria apresentar-se-á como imprescindível para a compreensão da interpretação interpretativa proposta por Hans Kelsen.

Ainda, na terceira parte, discorrer-se-á, à luz do Positivismo Kelseniano, sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário, RE n.º 608.482 RN, de modo que seja possível, a partir da diferenciação entre a interpretação como ato de conhecimento e a interpretação como ato de vontade, diagnosticar em qual das duas o voto do julgador se enquadra.

Por fim, na quarta, discorrer-se-á sobre o voto do Ministro Teori Zavascki e sobre a Crítica Hermenêutica do Direito como condição de possibilidade para uma “resposta constitucionalmente adequada”. Ademais, para isso, apontar-se-á que, apesar de votar pelo provimento do Recurso Extraordinário, o Ministro Relator, pelo que se compreende por

resposta constitucionalmente adequada, se afastou da Constituição como parâmetro hermenêutico.

Portanto, para estas persecuções, empregar-se-á, como metodologia de abordagem, a fenomenologia hermenêutica, pois, a partir dela, se tornará possível compreender que, a determinação do Direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo, e que implica, substancialmente, o próprio sujeito.

### **1 Caso Vanuza: um reflexo das decisões judiciais no Brasil**

A descrição fática do “Caso Vanuza”, do Concurso Público de Ingresso à Carreira de Agente de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte ao Acórdão advindo do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 608.482/RN proferido pelo Supremo Tribunal Federal, antes de tudo, para que seja satisfatoriamente realizada, ou seja, antes de se adentrar no Acórdão propriamente dito, a análise, de maneira sucinta, do processo, percorrido pela Autora, de provimento ao cargo, se apresenta como condição de possibilidade à compreensão das decisões, sejam elas de 1º grau, de 2º e do julgamento do Recurso Extraordinário pela Suprema Corte.

Para esta finalidade, em um primeiro momento, discutir-se-á, a partir do processo ao qual se submeteu a candidata, as razões pelas quais levaram à judicialização, após concluído o procedimento administrativo, do ingresso, mesmo precariamente, da Autora na carreira. Dessa forma, de acordo com o Edital n.º 001/2000, referente ao Concurso Público já mencionado, a candidata, por sua vez, realizou a 1º Etapa determinada pela “Lei” que regia o certame, qual seja, a prova escrita. Nesta ordem, na data de 17 de novembro de 2000, via Diário Oficial, foi publicada a relação nominal dos candidatos aprovados na prova escrita. Em consequência da aprovação, a candidata, na data de 01 de dezembro de 2000, foi convocada para a realização do Teste Físico, isto é, para a realização da 2º Etapa.

Com isso, na data de 16 de dezembro de 2000, segundo consta da narrativa apresentada na Inicial, a Autora havia realizado, com êxito, todas as modalidades de exercícios físicos exigidas pelo Edital, quais sejam, o percurso do teste de cooper, o salto em distância, o salto em altura e, por último, as flexões abdominais. Ainda, de acordo com a peça inicialmente ajuizada pela candidata, a mesma teria executado vinte e duas flexões abdominais, ou seja, duas execuções além das vinte determinadas pelo Edital. Todavia, conforme se verificou no processo, a concorrente, após ter realizado as vinte e duas flexões, foi informada de que, por conta das duas flexões a mais, poderia descansar, pois, já havia completado a prova. Ademais, em momento posterior ao término desta modalidade de prova, a mesma fora avisada de que, ao

contrário do que pensara, três delas não haviam sido realizadas devidamente e, por isso, ao invés de vinte e duas, seriam computadas apenas dezenove flexões abdominais.

Assim, na data de 29 de dezembro de 2000, no cumprimento de suas atribuições, a Comissão Especial do Concurso publicou, no Diário Oficial, a relação dos candidatos considerados aptos no Teste Físico. No entanto, conforme já era esperado, o nome da Autora não se fazia presente no rol dos classificados. Contudo, seguindo a ordem cronológica posta no Edital, a Comissão do Concurso, através do Edital n.º 015/2001, CECP, publicado no Diário Oficial de 05 de janeiro de 2001, efetuou a convocação dos candidatos para a realização da 3ª Etapa do concurso ou, melhor dizendo, efetuou a convocação para a realização do Exame Psicotécnico. Ocorre que, em razão da reprovação no Teste Físico, a concorrente apresentou Recurso Administrativo, sendo que a decisão, segundo informação contida na Inicial, foi publicada dois dias antes da realização da 3ª Etapa do concurso.

Neste contexto, por conta de não possuir o hábito de ler o Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, a Autora perdeu a data para a realização da 3ª Etapa. Em razão do próprio equívoco, a mesma apresentou um Laudo Psicológico Particular. Com efeito, na data de 05 de maio de 2001, via Diário Oficial, ocorrera a convocação dos candidatos aprovados para a 4ª Etapa – Fase de Investigação Social. Para realizar a 4ª Etapa, a candidata ajuizou Ação Cautelar, objetivando a autorização judicial para participar desta fase eliminatória, de modo que de imediato, a ordem fora concedida. Entretanto, mesmo assim, a candidata somente iniciou a 4ª Etapa na segunda turma de formação, que se iniciou apenas na data de 11 de julho de 2001. Por fim, na data de 12 de julho, do mesmo ano, a Autora, para manter assegurada a sua pretensão, ajuizou Ação Ordinária em face do Estado do Rio Grande do Norte.

Portanto, os pedidos postos na já referida Ação Ordinária, condizentes à manutenção da Medida Cautelar bem e no sentido de considerar a candidata aprovada no Teste Físico, foram atendidos, na data de 28 de agosto de 2007, através da sentença proferida pelo magistrado Luiz Alberto Dantas Filho, juiz titular da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal. Dito de outra forma, os pedidos capitaneados pela parte Autora e sentenciados procedentes pelo juízo mencionado, consubstanciaram-se a partir da seguinte fundamentação: “o desfazimento de todo o percurso causaria maior prejuízo à Administração Pública e à sociedade como um todo do que sua manutenção. [...] Assim, a constatação de que existe um fato já consolidado no tempo supera eventuais irregularidades no processo seletivo de acesso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 82).

Em consequência desta sentença, na data de 22 de setembro de 2007, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Norte interpôs o Recurso de Apelação e, como fundamentos para



este recurso, estariam o artigo 5º, *caput* e inciso II, juntamente com o artigo 37, *caput* e incisos I e II, todos eles da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que ao final, integrando os pedidos, fora requerido que, caso fosse mantida a sentença, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte se manifestasse acerca da aplicação dos artigos constitucionais mencionados. Posteriormente à interposição da Apelação, na data de 23 de março de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, proferiu o Acórdão que manteve a sentença.

Para a fundamentação deste Acórdão, os desembargadores mantiveram a aplicação da Teoria do Fato Consumado, enfatizando que a mesma se sobreponha ao direito, pois, necessariamente, deriva do Princípio da Segurança Jurídica. Além disso, o Acórdão proferido, por sua vez, assentou as duas respectivas teses: a) Teoria do Fato Consumado; b) Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, com o conseqüente prejuízo em face daquele que tenha maiores condições de produzir a prova essencial ao deslinde da controvérsia. Por conta disso, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Norte apresentou, em face do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário de número 608.482/RN.

Para esta finalidade, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Norte, como Repercussão Geral, apontou cinco argumentos, quais sejam:

“a) a causa concerne a milhares de cidadãos que almejam ingressar em cargos públicos através da prestação de concurso público; b) sabe-se que o edital é a lei que rege a realização dos certames públicos [...]; c) apesar de se ter conhecimento de que a postura da Administração, no âmbito da realização de concursos públicos, deve ser vinculada ao que é trazido no edital, são postuladas múltiplas ações [...]; d) o Estado do Rio Grande do Norte, de tese vencida no âmbito dessa e. Corte, tem suscitado, em sua defesa, a transgressão aos princípios constitucionais [...], em especial, o disposto no artigo 37, *caput*, II, da Constituição da República Federativa do Brasil; e) o resultado das milhares ações ingressadas pelos cidadãos, repercute [...] no princípio da segurança jurídica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 171-172).

Ao analisar o mérito, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Norte percebeu que, no Acórdão recorrido, haviam dois problemas que estariam afrontando a Constituição Federal de 1988 e outro problema relativo à jurisprudência dos tribunais pátrios, tais como, respectivamente: a) desrespeito ao Princípio da Vinculação ao Edital do Concurso; b) Princípio Constitucional da Isonomia; c) desrespeito à jurisprudência dos tribunais pátrios acerca da Teoria do Fato Consumado. Neste propósito, no Recurso Extraordinário, foram explicitados, ainda com o caráter de fundamentação, outros argumentos, todos eles relativos ao edital e ao Texto Constitucional. Entre estes argumentos, se encontram o de que a candidata não foi submetida à 3º Etapa do certame, de caráter eliminatório; o de que o privilégio conferido à recorrida gerou, evidentemente, uma violação ao Princípio da Vinculação ao Edital, que é a Lei

do Concurso; e o de que a Teoria do Fato Consumado, não teria o condão de sanar a inconstitucionalidade e a ilegalidade de uma investidura realizada unicamente por decisão judicial.

Portanto, na data de 07 de agosto de 2014, passados treze anos do ajuizamento da Ação Ordinária, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Relator. No entanto, como voto de divergência, os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux posicionaram-se pelo não provimento do Recurso Extraordinário. Neste momento, não analisar-se-á o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, pois, apenas procurar-se-á demonstrar, com a narração do “Caso Vanusa”, a necessidade da construção de uma Teoria da Decisão para o ordenamento jurídico brasileiro assim como também os problemas decorrentes da não adequação das decisões à Constituição da República Federativa do Brasil.

Com isso, através da análise do “Caso Vanusa”, se percebe que, a problemática referente às decisões judiciais, continua, contemporaneamente, a partir do incremento da complexidade social e do surgimento de múltiplas concepções interpretativas, a produzir distorções sob o fulcro da ideia de correção do direito. As Constituições do segundo pós-guerra institucionalizaram, como representação da substituição dos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais, de modo que algumas concepções, apropriando-se destes princípios, passaram a defender a correção do direito, pois, para elas, com esta positivação, havia se positivado valores e que, por isso, estes valores deveriam corrigir ou, até mesmo, ultrapassar o direito legislado.

Dessa forma, quando se fala em positivismo, se torna imprescindível explicitar que, juntamente com esta concepção, advieram discricionariedades, cuja identificação remete à produção da norma por parte do juiz. E, é neste cenário, qual seja, de positivismo normativista pós-kelseniano, que se estabeleceu a confusão condizente à forma pela qual Kelsen trata da interpretação. Assim, se sustenta que, para romper com o formalismo-exegetismo atribuído à interpretação kelseniana, seria de substancial importância apostar na capacidade do juiz como intérprete/criador do direito.

Especificamente no Brasil, a compreensão equivocada sobre pós-positivismo tem possibilitado, por meio de concepções progressistas, tornar o juiz um pragmático, pois, por mais que se tenha evoluído para um constitucionalismo democrático e principiológico, uma vez que princípios deveriam fechar a interpretação, ainda se busca superar o positivismo clássico-exegético através de posturas relativistas, pragmaticistas e realistas. Parece, assim, que a Constituição de 1988, para estes juristas que nela enxergam o legalismo exegético, não representa uma transformação-possibilidade para uma hermenêutica de cunho constitucional,

principiológica e filosófica ou, melhor, que não a enxergam por meio da Crítica Hermenêutica do Direito.

Portanto, a compreensão da Constituição a partir da lógica do século XVIII, de que o ordenamento não abarcava toda a realidade e que, por isso, em tempos de Constituição e de princípios, deve-se ultrapassar o legalismo exegético, não encontra guarida no horizonte interpretativo produzido pela Constituição Federal de 1988, pela hermenêutica filosófica assim como também pela metáfora da “resposta constitucionalmente adequada”. Por isso, a superação da literalidade da lei por posturas discricionárias, tem dominado a interpretação do direito e acarretado, sobretudo, o afastamento do conteúdo de uma determinada lei.

A discussão em torno do Ativismo Judicial (Realismo) que, também tem permeado o entendimento dos juristas brasileiros no que se refere à decisão, remonta aos Estados Unidos. Com o advento da Constituição de 1988, a comunidade jurídica recebeu as inovações trazidas por este novo paradigma jurídico e político por meio da compreensão de que esta Constituição ampliou o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, “esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial” (TASSINARI, 2013, p. 33).

## **2 O Positivismo Jurídico Kelseniano e o problema da interpretação**

Inicialmente, no século XX, alguns pensadores-cientistas buscaram pesquisar os métodos contrários à lógica metafísica. Sob a denominação de neopositivistas e, a partir do Círculo de Viena, cultivaram as heranças positivistas referentes à Ernst Mach, juntamente à *“lógica matemática e à análise da linguagem”* (LOSANO, 2010, p. 30). Em consequência disso, como característica fundamental da análise realizada por este círculo, estaria a linguagem, afastada da metafísica sem sentido, como base científica destinada a unificar as ciências da natureza com as ciências da cultura.

Neste sentido, com base nas transformações ocasionadas em decorrência da Segunda Guerra Mundial, alguns cientistas rumaram para outros países. Assim, através da influência do Círculo de Viena, o neopositivismo acabou por delinear, por meio da lógica formal, um pensamento que se tornou conhecido como Filosofia Analítica do Direito. Com isso, “a partir de 1970, a teoria da ciência proposta pelo Círculo de Viena encontrou acolhida entre os filósofos do direito interessados em construir uma teoria que tivesse como objeto a globalidade do fenômeno jurídico” (LOSANO, 2010, p. 32). Dessa forma, o Positivismo Lógico se inspirou em um ideal científico que “não pode ser confundido com o positivismo legislativo ou jurídico” (LOSANO, 2010, p. 32). Como representação deste ideal científico, a Teoria Pura do Direito

de Kelsen pretendeu, por sua vez, construir uma Ciência Jurídica consubstanciada nos moldes epistemológicos da ciência básica.

Em contrapartida, para Weber, referenciado por uma compreensão culturalista e hermenêutica, a ciência funciona como uma espécie de tipo ideal, uma estilização da realidade influenciada por Dilthey, Marx, Nietzsche e Kant, com base na lógica da causalidade adequada. Já para Kelsen, a causalidade é direta e ditada pela lógica da imputação, assim como pela compreensão do direito como ciência básica, de modo que a sua legitimação se realizaria através do modelo dedutivo e axiomático das verdades matemáticas auto-demonstráveis. Assim, “na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferentemente da causalidade, que podemos designar como imputação” (KELSEN, 2009, p. 86).

A Ciência proposta por Kelsen possui características específicas. A Teoria Pura do Direito se consubstanciou a partir de uma visão dualista do mundo, ou seja, em uma divisão entre ser e dever ser. Há, na teoria kelseniana, variações contextuais referentes à utilização dos termos “monismo” e “dualismo”. “Kelsen é monista na teoria da justiça e na do direito internacional” (LOSANO, 2010, p. 53). Com isso, se pode dizer que, a Ciência proposta pelo autor, buscou construir, por meio de uma unidade, o seu objeto de estudo. O princípio da unidade, inserido nesta sistemática representou a influência do Círculo de Viena no pensamento de Hans Kelsen.

Em razão da ideia de unidade, “a teoria pura se apresenta, por isso, como uma construção unitária que dá conta de todo o mundo do direito, mas somente do mundo do direito” (LOSANO, 2010, p. 54). Por conta disso, a concepção de unidade do direito estaria adstrita, à uma Norma Fundamental, pois, é dessa norma, que deriva todo o ordenamento jurídico. Com base nisso, a Norma Fundamental não seria determinada pelo legislador, mas sim por quem analisa o ordenamento ou, melhor dizendo, seria “[...] uma norma pressuposta, mas não posta, e, como tal, é uma norma não conforme à definição kelseniana de norma” (LOSANO, 2010, p. 54). Neste contexto, a Norma Fundamental representa, para a Teoria Pura do Direito, o centro de referência e de sustentação da unidade do ordenamento jurídico. No que tange à validade, “a constituição é válida se a norma fundamental – que está fora do direito positivo – declara que essa constituição deve ser obedecida. Visto que, para Kelsen, a validade de uma norma de qualquer nível coincide com sua existência, o sistema kelseniano inteiro existe graças à norma fundamental [...]” (LOSANO, 2010, p. 54).

A Teoria Pura, influenciada pela formação de Kelsen como matemático e como seguidor de Kant, buscou uma compreensão da Ciência do Direito depurada de fatores

extrajurídicos, inseridos na concepção de positivismo analítico traçado no interior do círculo de Carnap. O método em questão depuraria, nos moldes da ciência básica e não no da ciência aplicada, o isolamento da compreensão do fenômeno jurídico. Nestas circunstâncias, o Direito seria igual a Lei. Este, é o Normativismo Jurídico estatal reducionista, ou seja, o ordenamento jurídico exprimido em sua própria constituição básica normativa, sem qualquer pré-compreensão de ordem histórica, sociológica e filosófica. Em decorrência disso, “a identificação da forma do Estado com a Constituição corresponde ao preconceito do Direito reduzido à lei” (KELSEN, 2009, p. 310).

Assim, a pureza normativa, que tem como fundamento transcendental a norma fundamental, surgiu por meio de um ordenamento jurídico piramidal, em que a validade das normas decorre da sua posição hierárquica, que se consubstancia através de um sistema normativo, isto é, de uma norma jurídica emanada da sua posição imediatamente superior. Esta ordem jurídica estatal deveria deter o monopólio jurídico da coerção que se expressaria, basicamente, pelo poder externo, institucionalizado pela sanção. Ocorre, com isso, a imediata subsunção do fato à norma pela lógica da imputação. Portanto, o ordenamento jurídico kelseniano não possui preceitos premiais, ou seja, a sua essência é, fundamentalmente, coercitiva.

Dito isso, com base na constituição prática do ordenamento jurídico se pode falar em política judiciária, pois, o juiz, a partir da aplicação concreta do direito, preenche a moldura normativa jurisprudencial e, com isso, através de valores extrínsecos ao ordenamento jurídico, aplica a sua postura. No entanto, esta prática não era o propósito da ciência básica normativista kelseniana que, fundamentalmente, buscou uma compreensão científica, objetiva e rigorosa do funcionamento abstrato do ordenamento jurídico. Entretanto, a Teoria Pura do Direito fora compreendida de forma equivocada, pois, inserida em um recorte metodológico de pesquisa do fenômeno, se transformou em instrumento normativo ideológico, desvinculando, assim, o direito da justiça e de qualquer conformação moral. Para Kelsen, o estudo do ordenamento jurídico estatal deveria se pautar pela neutralidade científica, em que o sujeito não contamina o objeto, analisando-o de forma racional, objetiva e distanciada, isto é, defendia o estudo do ordenamento jurídico em sua forma pura.

Dessa maneira, a partir da concepção do direito como ciência, tanto o Estado liberal, quanto o Estado totalitário nazista/fascista ou stalinista soviético, estariam consubstanciados por ordenamentos jurídicos válidos, coincidindo, assim, Direito e Estado. Neste contexto, por conta do monismo jurídico estatal, expressão máxima do Estado moderno e, através da moldura normativa estatal, o fenômeno estaria encerrado na forma e não em questões éticas ou de justiça,

embora sejam estas fundamentais para a política judiciária, ou seja, para o exercício prático do poder jurídico.

Todavia, encaminhando-se para a interpretação segundo Hans Kelsen, que, conforme se mencionou, é o que se pretende analisar para compreender o Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, se pode dizer, portanto, que em Kelsen “[...] há uma cisão entre Direito e Ciência do Direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. [...] Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento” (STRECK, 2017b, p. 17). O que se pretende com isso é demonstrar que, na interpretação como ato de vontade, há, no momento prático, a produção de normas, e, na interpretação como ato de conhecimento, de maneira diversa, há a realização da descrição das normas jurídicas, produzindo, ao fim e ao cabo, apenas proposições.

Em consequência desta cisão na interpretação, “devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurtem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete” (STRECK, 2017b, p. 17). Dessa forma, o problema criado pela cisão da interpretação, no que condiz à interpretação como ato de vontade, diz respeito à discricionariedade de quem interpreta e ao decisionismo capitaneado através da moldura kelsiana. Ao fim e ao cabo, na Teoria Pura do Direito “não há uma preocupação de Kelsen nem com a interpretação, nem com a aplicação do Direito” (STRECK, 2017b, p. 18).

Dando suporte a esta problemática, no capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito, ao traçar diferenças entre a vinculação do legislador e a do juiz, de índole quantitativa e não qualitativa, o juiz seria um criador do Direito, “[...] e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária” (KELSEN, 2009, p. 393). Ainda, para Kelsen, mesmo que na aplicação exista uma atividade de conhecimento, pois há a necessidade de se manter o ato dentro da moldura, esta atividade “[...] não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum [...]” (KELSEN, 2009, p. 393).

Para uma adequada análise acerca do Positivismo Jurídico Kelseniano, a realização de um estudo, mesmo que breve, por meio dos pressupostos da metaética, poderá proporcionar um melhor enquadramento do pensamento de Hans Kelsen. Assim, de 1960 a 1973, período este em que o autor escreveu a Teoria Pura do Direito, bem como por ser definido como a “fase

cética” do pensamento kelseniano, caracterizou-se pelo abandono de toda a “[...] inspiração kantiana que estava presente nas fases anteriores, abdicando de qualquer tipo de busca por objetividade no direito e assumindo uma postura, eminentemente, voluntarista de justificação do fenômeno jurídico” (FERREIRA NETO, 2015, p. 238).

Nesta fase, abandonando por completo as influências kantianas, Kelsen deixa-se influenciar pelas concepções nietzschiana, uma vez que “essa característica acaba propagando uma verdadeira metodologia niilista, na medida em que o conteúdo final que determinará, em última instância, como os indivíduos devem agir não será outra coisa senão fruto de mero arbítrio daquele investido de poder” (FERREIRA NETO, 2015, p. 241), podendo ser, portanto, este conteúdo final – voluntarista –, produto da aplicação do Direito pelos juízes. Para a metaética, neste âmbito, Kelsen pode ser considerado “[...] um não-cognitivista no nível da política jurídica (nível da aplicação do Direito pelos juízes, em que se coloca no nível similar ao empirismo jurídico). Isto porque, no ato de interpretação de um órgão aplicador, a definição de sentido vincula-se a um ato de vontade suspenso no espaço e no tempo” (STRECK, 2017b, p. 19).

Ademais, no plano da metaética, no que se refere ao pensamento de Hans Kelsen, especificamente no nível da ciência jurídica, o mesmo é um cognitivista epistêmico. Isto porque “[...] acredita na possibilidade de conhecermos aquilo que as normas jurídicas prescrevem. Entretanto, por não acreditar que elas são boas ou ruins, justas ou injustas, Kelsen acaba sendo um não-cognitivista ético no nível da ciência jurídica também” (STRECK, 2017b, p. 20). Dito de outra forma, já que a aplicação do Direito pelos juízes é um ato de vontade, eivado, este ato, de subjetivismos do aplicador, estes subjetivismos ou, melhor, a vontade do aplicador, não poderia ser objeto de conhecimento científico. Todavia, no que tange à Ciência do Direito, enquanto ato descritivo de uma estrutura normativa, é que se compreende Kelsen como cognitivista epistêmico.

Portanto, após esta análise teórica e sucinta acerca do pensamento kelseniano, relativa, basicamente, à interpretação, “o positivismo jurídico – mais especificamente, a versão proposta por KELSEN – deve ser visto como uma forma de não-cognitivismo em relação a juízos morais (que pode indicar uma espécie de amoralismo ou de emotivismo, dependendo da fase do pensamento kelseniano)” (FERREIRA NETO, 2015, p. 242). É, neste sentido, a partir da interpretação/aplicação como ato de vontade, que buscar-se-á explicar, no Recurso Extraordinário n.º 608.482 RN, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

### **3 O voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário n.º 608.482 à luz do Positivismo Jurídico Kelseniano**

A divergência apresentada, em relação ao voto do Relator, pelo Ministro Barroso, se refere, objetivamente, a três aspectos. O primeiro deles, diz respeito à oposição entre “o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 18). Para o respectivo Ministro, “nem sempre isso ocorrerá, pois é possível conceber situações em que haverá potencial colisão entre normas constitucionais: de um lado, o princípio constitucional da proteção da confiança [...] e, de outro, o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 18).

O segundo aspecto, que constituiu a divergência apontada pelo Ministro, remete ao argumento, proferido pelo Relator, de que, “[...] ao atribuir a todas as decisões não transitadas em julgado a natureza de ‘provisórias’, parece ter havido desconsideração da sensível diferença de estabilidade entre, por exemplo, uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão de mérito de segunda instância” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 18).

Por fim, o terceiro, condizente à divergência apresentada e defendido pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirma que, “[...] o princípio da proteção da confiança tem, sim, relevância no âmbito judicial, pois naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p.18). Com isso, através destas três premissas, o Ministro desenvolve todo um raciocínio argumentativo e, à sua maneira, expõe – tecnicamente – o seu voto. Em razão desta exposição, é que, dentro dos limites deste texto, discutir-se-á, à luz do Positivismo Jurídico Kelseniano, a decisão/aplicação do Direito, no caso concreto, pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Partindo-se para a análise propriamente dita dos fundamentos apresentados pelo Ministro, o primeiro deles, qual seja, a divergência, posta pelo Relator, relativa à oposição entre o interesse individual do candidato em permanecer no cargo público e o interesse público de fazer-se respeitar a regra do concurso público, neste aspecto, para contornar a fundamentação construída pelo Relator, Luís Roberto Barroso, por sua vez, lança mão da “Ponderação entre os princípios da obrigação do concurso público e da proteção da confiança”. Assim, no seu entendimento, para auxiliar na resolução do caso concreto, o já citado intérprete remete à uma ponderação entre normas constitucionais, de modo que para ele esta ponderação se iniciaria pelo “[...] princípio da obrigatoriedade do concurso público [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 19).



Com isso, para complementar a sua ponderação de normas constitucionais, o já citado Ministro salienta que, como contraposição ao princípio da obrigatoriedade do concurso público, “[...] tem-se o princípio da segurança jurídica, na sua vertente subjetiva, que protege a confiança legítima (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 18-19).

Assim, para resolver a controvérsia estabelecida, segundo o Ministro Barroso, as regras constitucionais atinentes ao concurso público deveriam ser substituídas, neste caso concreto, pelo princípio da proteção da confiança legítima, pois, para ele, no momento em que há a criação de uma expectativa e esta criação ocorreu a partir de um ato de boa-fé, esta expectativa não poderá ser frustrada por decisões administrativas e por decisões judiciais. Ao fim e cabo, ainda como fundamento de justificação à ponderação, o mesmo explicita que, ao se “frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 29), se estaria causando um abalo à segurança jurídica.

Neste contexto, em que o Ministro ao decidir substitui a aplicação das normas constitucionais pela aplicação/criação de um direito que não existe no ordenamento jurídico pátrio, o mesmo, ao invés de realizar um ato de conhecimento, descrevendo a norma e criando proposições a partir dela, acaba realizando um ato de vontade, afastando a norma e criando, para o caso concreto, um direito que não existe, qual seja, a manutenção de candidato em cargo público, sem a aprovação em concurso público. Por conta disso, ao se compreender o ato praticado pelo Ministro por meio do Positivismo Kelseniano, se pode dizer que a “[...] interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2009, p. 394).

Para efetivar a sua tese e criar direito novo, o já referido Ministro, apresentou uma “proposta de parâmetro específico para a ponderação”. Isto quer dizer que, sob a justificativa de uniformizar a interpretação do Texto Constitucional e de se estar tratando de repercussão geral sustentada em Recurso Extraordinário, deveria o Supremo Tribunal Federal criar uma orientação “clara e objetiva para a atuação dos demais Tribunais Brasileiros em hipóteses semelhantes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 20).

Dessa forma, para a criação deste parâmetro específico, a primeira proposta arbitrada por ele, seria condizente “[...] ao tempo decorrido entre as decisões judiciais contraditórias” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 20), pois haveria uma relação “de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa de preservação da posse em cargo público, de maneira que, quanto maior o tempo decorrido, mais sólida será

a expectativa” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 20). Em consequência desta afirmação, a partir da analogia com o Artigo 54, da Lei n.º 9.784/1999, segundo o referido julgador, “[...] parece razoável a aplicação, por analogia, do período de cinco anos para a estabilização da expectativa do administrado ou jurisdicionado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 21). Ainda assim, juntamente com o lapso temporal referido, deve estar presente a boa-fé do indivíduo.

Dito isso, outro fator importante, segundo Luís Roberto Barroso, para se estabelecer, em sede de repercussão geral, uma orientação acerca desta matéria, seria “[...] o nível de estabilidade da decisão judicial que determina a posse em cargo público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 21). Além disso, para conceber esta ideia de “nível de estabilidade das decisões”, para o Ministro, dever-se-ia utilizar uma outra analogia, qual seja, a da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135/2010), que “[...] prevê que, a condenação ‘proferida por órgão judicial colegiado’, consiste em hipótese de inelegibilidade do respectivo candidato (redação conferida ao art. 1º, I, ‘e’, da Lei Complementar n.º 64/1990), em dispositivo já julgado pelo STF” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 22).

Ao final, para estabilizar e solucionar esta controvérsia, o Ministro explicita que, “parece razoável propor que decisões de mérito de órgãos colegiados que determinem a posse em cargos públicos, confirmam ao servidor legítima expectativa de preservação da sua condição de servidor público, salvo se contrariarem precedente desse Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 22). O que se quer dizer com isso, em linhas gerais, é que, Luís Roberto Barroso, pretendeu antecipar o trânsito em julgado, estabelecendo como parâmetro legal, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Constituição Federal, que já estabelece a sistemática referente aos concursos públicos, desaparecia de sua proposta específica de parâmetros para a ponderação neste respectivo caso.

Relacionando-se com o Positivismo Jurídico Kelseniano, no que condiz, especificamente, à interpretação como ato de vontade e meio hábil à criação autêntica do Direito pelo órgão aplicador, o Ministro Barroso enfatiza que, para além da analogia à Lei da Ficha Limpa, “[...] essa orientação parte da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não deve necessariamente processar e julgar, em última instância, [...] mas fixar os parâmetros [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 22).

Portanto, em razão desta proposição criativa, em que é afastada a aplicação do direito específico ao caso concreto, para serem aplicados os parâmetros para a ponderação, de modo que os mesmos sirvam como parâmetros balizadores para o próprio Supremo Tribunal Federal e para todos os outros Tribunais da Federação, é que se verifica, novamente, a vinculação do

Ministro Barroso, pelo menos neste voto analisado, à interpretação como ato de vontade e produtora de norma geral. Por outras palavras, de acordo com Hans Kelsen, por meio de “uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito [...]” (KELSEN, 2009, p. 394-395).

Por isso, o Supremo Tribunal Federal deverá, nos casos de investidura em cargos públicos, observar: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; c) decisão de mérito proferida em segunda instância” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 22).

Após toda esta exposição, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso e com base na Teoria Kelseniana, adentrar-se-á na aplicação dos parâmetros propostos pelo julgador ao caso concreto. Assim, para a aplicação da ponderação, o Ministro utiliza-se, em um primeiro momento, da afirmação de que “[...] a tese exposta na inicial é plausível, na medida em que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de Agentes de Polícia, parece efetivamente ter havido graves equívocos na sua aplicação em face da autora [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 23). Neste fundamento, sem ter sido apresentado qualquer documento ou gravação que comprove a ocorrência deste equívoco, o Ministro Barroso, a partir de uma interpretação como ato de vontade, ignora (afasta) que há presunção de legitimidade e veracidade nos atos praticados pela administração pública.

Ademais, levando em consideração o desempenho no Teste Físico realizado pela Autora no curso preparatório e a sua aprovação no estágio probatório, para o Ministro, todos estes elementos seriam suficientes para manter, em definitivo e em detrimento da lei, a policial no cargo. Importante salientar que, estes fundamentos, não são condição de possibilidade para a aprovação no concurso. Ainda, a partir da análise desta fundamentação, se percebe, sobretudo, que o Ministro confunde a exigência da aprovação em concurso público (requisito legal), com a aprovação no curso preparatório e no estágio probatório.

Diante da dificuldade, em alguns pontos, de se compreender o voto do Ministro Barroso, o que se percebeu, por meio do Positivismo Jurídico Kelseniano, é que o mesmo não cria Direito somente para além da moldura, mas sim, no voto analisado, este julgador, inclusive, alterou os fatos apresentados na Inicial. Portanto, tudo isso “[...] é produto de um ato de vontade. E Ferraz Jr. complementa: Trata-se de um ‘eu quero’ e não de um ‘eu sei’”. E sua força

vinculante, a capacidade de o sentido definido ser aceito por todos, repousa na competência do órgão [...]” (STRECK, 2017b, p. 20).

#### **4 O voto do Ministro Teori Zavascki e a Crítica Hermenêutica do Direito como condição de possibilidade para uma “Resposta Constitucionalmente Adequada”**

Para este trabalho, torna-se imprescindível analisar o voto do Ministro Relator Teori Zavascki e, assim, verificar a proximidade do referido voto em relação à Constituição Federal de 1988. Inicialmente, para este julgador, haveria, no caso sob *judice*, um conflito entre “[...] o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 5) “[...] e o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual ‘a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público’ (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 5).

Neste contexto, o Ministro salienta que, “a quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 5), de modo que de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é predominante a prevalência das normas constitucionais e do interesse público. Todavia, apesar de, em um primeiro momento, o Relator aproximar, do Texto Constitucional, a sua fundamentação, o cerne da sua interpretação e do seu consequente voto diz respeito à precariedade e à revogabilidade, a qualquer tempo, “[...] da execução provisória das decisões judiciais [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 11). Isto quer dizer que, para ele, “[...] é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob o risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos *ex tunc* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 11).

Ademais, no que se refere à natureza dos provimentos cautelares e à execução provisória das sentenças, de acordo com o Ministro Teori Zavascki, “[...] não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao *status quo ante* invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 15). Para justificar o provimento do RExt em discussão, o Relator fundamenta que, “se nem estes princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como

fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 15).

Portanto, para o Ministro, em determinados casos, haveria a possibilidade de se contrapor princípios, também constitucionais, a outros princípios constitucionais. Por outras palavras, o Princípio da Segurança Jurídica, que decorre do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, do direito adquirido e da Lei do Processo Administrativo, em algumas situações concretas, não exemplificadas pelo Excelentíssimo Ministro, poderia ser contraposto à sistemática constitucional de acesso aos cargos públicos.

O que se percebe é que, ao fim e ao cabo, a Constituição Federal de 1988 fica refém de voluntarismos, isto é, conforme teorizado por Hans Kelsen, em 1960, fica refém de atos de vontade. Com isso, parafraseando-se o Professor Lenio Streck, assim como o relógio parado acerta a hora duas vezes por dia, o Ministro Relator Teori Zavascki decidiu, corretamente, no acórdão em discussão, porém, a partir de uma fundamentação equivocada. Em consequência disso tudo, discutir-se-á, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Luiz Streck, uma resposta/decisão – constitucionalmente – adequada para o caso analisado.

Dessa maneira, para que seja possível estabelecer um vínculo entre o Acórdão analisado e a Crítica Hermenêutica do Direito, far-se-á a utilização de parte da fundamentação esboçada pela Ministra Cármen Lúcia. Assim, no que se refere ao voto proferido pela Ministra, se percebe uma certa aproximação aos pressupostos defendidos pela Crítica Hermenêutica do Direito, uma vez que para a julgadora: “quer dizer, até que venha uma transformação do Poder Judiciário, não há que se apostar no descumprimento da Constituição e das leis por uma justiça artesanal para uma sociedade de demandas massificadas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 52). Dito de outra forma, relacionando-se com a concepção de “resposta adequada”, “a hermenêutica proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição, que será, assim, a ‘resposta hermeneuticamente correta’ para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*” (STRECK, 2014a, p. 317).

Esta resposta, capitaneada através da tradição ou, melhor, a partir do ideário que representa ou que deveria representar a Constituição de 1988, para a Ministra Cármen Lúcia e de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito, há um compromisso consubstanciado na Constituição Federal, sendo que, “o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, autor do texto que veio dar no artigo 37 da nossa Constituição, preconizava a exigência do concurso público como a grande transformação da Administração” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 51).

Com isso, contrariamente ao que preconizou o Ministro Barroso em seu voto, “o ato interpretativo – que depende de uma pré-compreensão antecipadora – não é uma acoplagem de um significado a um significante, ou, para usar a linguagem tipicamente hermenêutica, não é uma acoplagem de um sentido (ser) a um ente desnudo, que estaria à espera dessa operação” (STRECK, 2014a, p. 317). O que se quer dizer com isso é que, o artigo 37, da Constituição de 1988, preconiza que, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]” e, especificamente, neste mesmo sentido, no que diz respeito ao Acórdão em análise, o inciso II, estabelece a necessidade da existência de aprovação prévia em concurso público ou de provas e títulos.

Portanto, o que se compreende da análise do caso concreto, é que a candidata reprovou no Teste Físico e não realizou o Teste Psicotécnico. Com isso, diferentemente do que alegou o Ministro Barroso, pois, para ele, de acordo com o que fora relatado pela candidata, mesmo que sem a mínima comprovação, haveria, na aplicação do Teste Físico, uma possível irregularidade, os atos da administração pública gozam de presunção de legitimidade e de veracidade. Ademais, o artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988, explicita que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” e “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Dessa forma, manter a candidata no cargo, representaria, sobretudo, afronta ao Princípio Constitucional da Isonomia e afronta à Constituição Federal no que condiz à investidura em cargo ou em emprego público.

Neste contexto, em que a Constituição é a representação, por excelência, da linguagem pública, e, conseqüentemente, da democracia, para se obter uma “resposta constitucionalmente adequada”, Lenio Streck propõe um conjunto de cinco princípios para um agir concretizador da Constituição, de modo que estes princípios, “[...] sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito, só podem se manifestar quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta [...]” (STRECK, 2014a, p. 330). Isto quer dizer que, será na *applicatio*, isto é, no caso concreto, que a Constituição concretizar-se-á.

O primeiro dos cinco princípios, diz respeito à preservação da autonomia do direito, pois, para este princípio, “a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse

grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma em face das outras dimensões” (STRECK, 2014a, p. 330).

Ademais, no que se refere ao segundo princípio, denominado de “controle hermenêutico da interpretação constitucional”, o mesmo “[...] deve ser lido como a imposição de limites às decisões judiciais ou, em outras palavras, como o enfrentamento do problema da discricionariedade (judicial)” (STRECK, 2014a, p. 333). Com isso, fazendo-se referência ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, analisado a partir deste princípio, se verifica a inexistência de limites em relação à vontade do julgador.

O terceiro princípio, o princípio do “efetivo respeito à integridade e à coerência do direito”, quer dizer que “a integridade e a coerência englobam princípios (ou subprincípios, que, por vezes, se confundem com ‘métodos’ de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional” (STRECK, 2014a, p. 335-336).

No que condiz à integridade, novamente utilizando-se como parâmetro negativo o voto do Ministro Barroso, além de estar ligada à democracia, é condição de possibilidade para que os juízes “[...] construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se, pois, de ‘consistência articulada’. Com isso, afastam-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista, pelo qual ‘o texto carrega consigo a sua própria norma’, [...] como o ponto de vista subjetivista-pragmatista [...]” (STRECK, 2014a, p. 336).

Ademais, o quarto princípio, o princípio do “dever de justificar as decisões ou de como motivação não é igual a justificação”, pois, a fundamentação/justificação, por representar a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo, e, ao mesmo tempo, o direito possuir uma moral própria, ao intérprete, no caso do Ministro Luís Roberto Barroso, não é permitida a imposição de um conteúdo moral ou, melhor, não é permitida, por meio da fundamentação/justificação, a “correção” do direito através da moral pessoal do julgador.

Por fim, o quinto princípio, o princípio do “direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada”, “[...]se traduz na garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada” (STRECK, 2014a, p. 343). Isto quer dizer, portanto, que o respeito à Constituição, ou seja, que o respeito à tradição edificadora do Texto, se converte também em segurança jurídica e, principalmente, em garante da democracia.

Contudo, ainda assim, conforme se mencionou e se compreende como fundamentação/justificação adequada, o que não fora apresentado pelo Ministro Relator e, muito menos, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a normativa constitucional, especificamente no artigo 5º, *caput* e inciso I, e no artigo 37, *caput* e inciso II, no que se refere ao caso concreto,

desde a sentença de primeira instância até o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, deveria ter sido aplicada na e para a resolução do problema sob *judice*. No entanto, além dos cinco princípios concretizadores da Constituição, Lenio Streck afirma, em sua obra “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica”, que o judiciário somente deixará de aplicar a lei ou dispositivo de lei:

a) quando a lei for inconstitucional [...] for inconstitucional [...]; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias [...]; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto [...] ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando [...] for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos” (STRECK, 2014a, p. 348).

Portanto, diante da análise do Acórdão/“Caso Vanuza”, se verificou, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito, apesar do provimento do Recurso Extraordinário n.º 608.482 RN, o afastamento da aplicação do Texto Constitucional e da sua normativa, sem levar em consideração as seis teses propostas por Lenio Streck. Por isso, diante de todo o exposto, verificou-se que, no Acórdão analisado, não se obteve uma “resposta/decisão constitucionalmente adequada”, pois, “fora dessas hipóteses, com grande probabilidade a decisão estará fora dos marcos do Estado Democrático de Direito. Será, pois, arbitrária” (STRECK, 2014a, p. 348).

## **Conclusão**

Ainda que se esteja longe de uma conclusão acerca de como se decide judicialmente no Brasil, seja em primeira e segunda instâncias ou em sede de Corte Constitucional, no presente trabalho, de maneira sucinta, se buscou demonstrar, de duas maneiras, a partir do “Caso Vanuza” e do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o imbróglio decisório nacional e de como a Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Streck, é condição de possibilidade para a obtenção de uma “resposta constitucionalmente adequada”.

A primeira delas, se referiu ao “Caso Vanuza” como reflexo das decisões judiciais no Brasil, enfatizando a confusão, no que condiz à decisão, realizada pelo julgamento de primeira instância e pelo Acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de modo que ambas as decisões representam distorções protagonizadas pela ideia de correção, pelo judiciário, do direito.



A segunda forma de demonstração, ou seja, a demonstração relativa ao Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, proporcionou uma compreensão complementar à primeira, pois, nesta, tornou-se possível aferir a maneira pela qual, além das outras instâncias, a Corte Constitucional, através do voto individual dos seus ministros, decide, criando direito para além do ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, para além do Texto Constitucional.

Portanto, a partir da análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, análise esta realizada com base no Positivismo Jurídico Kelseniano, se pode dizer que decidir, para ele, é realizar um ato de vontade, criando direito em sede de Supremo de Tribunal Federal e ultrapassando os limites interpretativos consignados na Constituição de 1988.

Na última parte deste texto, oportunidade em que se discutiu, sucintamente, o voto do Ministro Teori Zavascki, demonstrou-se, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, que, apesar do Ministro Relator votar pelo provimento do Recurso Extraordinário n.º 608.482 RN, a sua fundamentação/justificação, assim como “um relógio parado que acerta a hora duas vezes por dia”, não vinculou-se à concepção, proposta por Lenio Streck, de “resposta constitucionalmente adequada”, evidenciando que, decidir no imaginário jurídico brasileiro é, sobretudo, realizar um ato de vontade.

## **Referências**

- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica por Lenio Streck*. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017a.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017b.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.