V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

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

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

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

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

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

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

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

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

T314

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

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-457-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

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

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI -, tem proporcionado a disseminação de pesquisas, enriquecendo o conhecimento em variadas áreas dos saberes. A sua abrangência nacional e internacional alcança inúmeros territórios e culturas, enriquecendo o âmbito da Ciência Jurídica e sua interface com as demais Ciências Humanas e Sociais.

O Grupo de Trabalho "GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico", formado no V Encontro Virtual do CONPEDI, o qual se realizou totalmente on-line, em razão do cumprimento das medidas de distanciamento social decorrentes da pandemia de Covid 19 (Sars-Cov2), ocorreu no dia 17 de junho de 2022.

Todos os textos produzidos em forma de artigos científicos, apresentados por seus respectivos autores e coautores, justificam a atualidade e relevância dos Encontros do CONPEDI e dos Grupos de Trabalhos formados - enquanto espaço de reflexões e debates que divulgam temas jurídicos e sua relação com as dinâmicas sociais, políticas, ambientais e culturais contemporâneas.

As exposições realizadas no "GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico" também propiciaram visões transdisciplinares ao desafiarem ricas reflexões envolventes das teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, numa trajetória de construção do saber jurídico contemporâneo.

As abordagens epistemológicas trazidas pelos pesquisadores expositores, ao renovarem as reflexões, favorecendo reinterpretações de teorias científicas e temáticas conflitantes, regionais e globais, desafiaram doutrinas e teorias clássicas e contemporâneas, entre outras as de John Rawls, Tommas Hobbes, Paul Ricoeur, John Locke, Miguel Reale e outros juristas de nomeada.

Nesse sentido, com satisfação, os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua leitura, ao mesmo tempo em que agradecem a honra e a alegria de terem coordenado as

reflexões e os debates promovidos pelos pesquisadores, todos extremamente qualificados e conhecedores dos temas trazidos às exposições.

17 de junho de 2022.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. José Alcebíades Oliveira Junior – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões (URI)

O CONTEÚDO SEMÂNTICO DA NORMATIVIDADE JURÍDICA: A VINCULAÇÃO DOS DECISORES AOS TEXTOS NORMATIVOS, COMO OPÇÃO INTUITIVA DE SIGNIFICADO E COMO RESULTADO DO PROCESSO HERMENÊUTICO.

THE SEMANTIC CONTENT OF LEGAL NORMATIVITY: THE LINK BETWEEN DECISION-MAKERS AND NORMATIVE TEXTS, AS AN INTUITIVE OPTION OF MEANING AND AS A RESULT OF THE HERMENEUTIC PROCESS.

Andre Ladeira Da Rocha Leao [1]
Carlos Victor Muzzi Filho [2]

Resumo

A partir das dificuldades envolvendo a literalidade dos textos, procura-se analisar as vantagens da interpretação mais próxima do significado natural das palavras e sua importância, bem como sua limitação como solução para complexos problemas jurídicos. São relatados dois julgados polêmicos que trataram do significado das formulações legislativas. A partir da análise bibliográfica e documental, bem como de uma abordagem dedutiva, sustenta-se uma postura hermenêutica que concilie argumentos de integridade, de pragmatismo e de desenho institucional para solução de problemas complexos. Sustenta-se que o texto da formulação legislativa pode prevalecer, no início, ou ao final, como a melhor estratégia decisória.

Palavras-chave: Capacidades institucionais, Estratégia decisória de segunda ordem, Interpretação corretiva, Normatividade semântica, Significado de racismo

Abstract/Resumen/Résumé

From the difficulties involving the texts, we try to analyze the advantages of the interpretation by natural meaning of the words and its importance, as well as its limitation as a solution to complex legal problems. Two controversial judgments dealing with the meaning of texts are reported. Based on bibliographic and documental analysis, as well as a deductive approach, a hermeneutic approach is supported that reconciles arguments of integrity, pragmatism and institutional design to solve problems. It is argued the legislative formulation can prevail, at the beginning, or at the end, as the best decision-making strategy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutional capacity, Second order decision-making stragegy, Corrective intepretation, Semantic normativity, Racism meaning

---

[1] MESTRANDO EM DIREITO DA FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA - FUMEC/BH. JUIZ DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.

[2] DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. PROFESSOR ASSISTENTE II DA UNIVERSIDADE FUMEC/BH.

1. INTRODUÇÃO.

Diante da quantidade de pratos sujos no quarto do filho adolescente, o casal resolve conversar com o filho para esclarecer os valores essenciais ao convívio doméstico. Iniciado o encontro, os pais esclarecem a importância da limpeza dos ambientes, fixando ser essa uma prática desejável, que se pretende manter e aprimorar. Esclarecem, ainda, que a limpeza dos ambientes de convívio doméstico traduz um estado ideal de coisas compartilhado pelos demais condôminos do edifício, pelos demais munícipes, pelos brasileiros e por grande parte dos demais habitantes do planeta. A fixação desse valor, portanto, não surgiu de uma epifania do casal ou de uma ideia transcendental e atemporal, mas de uma prática que, aos poucos, foi compartilhada pelas famílias e, pretende-se, seja aperfeiçoada com o passar do tempo.

Ocorre que a reunião não teve o efeito prático esperado e o casal resolveu dar mais um passo na direção da proteção e promoção do referido valor. Assim, após expor o insucesso da primeira reunião, resolveram estipular que, a partir daquele momento, o filho deveria manter a limpeza dos ambientes domésticos, tanto quanto possível.

Mais adiante, cansados da ineficácia das abordagens anteriores, os pais, de comum acordo e no exercício do poder parental, resolveram estabelecer regra prescritiva, é dizer, estipularam uma conduta ligando-a a consequências sancionatórias. Nesse sentido, estatuíram que "caso pratos sujos sejam encontrados no quarto, (então) o adolescente ficará sem usar o celular naquele dia".

Não obstante a clareza da regra estipulada pelos pais, o adolescente, agindo de forma imprudente e se fiando no significado literal da palavra "prato", passou a comer em um vasilhame de plástico com formato e profundidade diferentes de tal objeto. A literalidade da regra passou a ser confrontada com o propósito, é dizer, com a finalidade para a qual a regra foi instituída. O vasilhame de plástico poderia ser incluído na expressão empírica "prato", utilizada na generalização da regra fixada pelos pais? O valor e o princípio, fixados anteriormente, jogariam algum papel na fixação da norma resultante da regra?

É possível, em uma primeira aproximação, afirmar-se que o comando deôntico no caso do prato sujo seria: é proibido deixar pratos sujos no quarto. Esse é o significado normativo mais próximo das palavras utilizadas na regra fixada. Mas esse significado normativo, aplicado em sua literalidade, deixaria de sancionar condutas igualmente violadoras do propósito subjacente, qual seja: o dever do filho adolescente manter o quarto limpo.

O caso do prato sujo invoca uma controvérsia corriqueira na interpretação dos textos legais. Toda palavra utilizada para generalizar uma regra de conduta possui um espaço de clareza semântica, um núcleo de certeza, e um espaço periférico que, vez por outra, desafia e testa a capacidade da expressão utilizada para estabelecer uma solução razoável para uma controvérsia. Não há aqui a mesma segurança e previsibilidade constante do núcleo normativo inequívoco.

Quando surge a controvérsia jurídica, não obstante a aparente clareza da formulação normativa, a potencial vagueza das palavras, em confronto com novas circunstâncias do contexto de aplicação, aponta para soluções que se afastam da literalidade da norma e ensejam outros significados, a partir de diversos elementos hermenêuticos que visam propiciar uma interpretação corretiva do texto. Nem sempre a literalidade das palavras utilizadas nas formulações legislativas será suficiente para evitar ou resolver controvérsias jurídicas.

A norma decorrente de texto legal traduz uma proposta de solução contextual e baseada na linguagem natural compartilhada pelos seus destinatários. Mas, a norma "bruta", por assim dizer, decorrente da primeira leitura do texto, ainda não configura uma solução pronta para todas as controvérsias envolvendo a referida formulação normativa.

O presente trabalho procurará examinar os limites da vinculação dos intérpretes aos textos legais, bem como ressignificar a utilidade da interpretação literal, intuitiva, para a solução de controvérsias jurídicas. Para tanto, não obstante o texto tenha se beneficiado da abordagem de filósofos da teoria analítica do direito, o marco teórico será a perspectiva de um pós-positivismo constitucionalista, a partir de abordagem dedutiva, utilizado-se a análise documental e bibliográfica. Nos dois primeiros tópicos será feita aproximação ao problema da generalidade das regras e outros problemas que a interpretação literal dos textos suscita. Passa-se, então, à análise de dois casos polêmicos envolvendo a discussão de questões semânticas no Supremo Tribunal Federal (STF). Segue a pesquisa destacando a importância e os limites da vinculação ao texto, bem como as situações em que é necessária uma interpretação corretiva. Por fim, como forma de controle da ascensão teórica proveniente das interpretações corretivas, desenvolve-se a ideia de âncoras pragmáticas e institucionais visando adequada fixação de resultados normativos.

Cabe ainda que registrar que o objeto desta pesquisa se enquadra no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, do Direito, Da decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, dada a

ênfase na discussão de temas afetos à teoria da norma, à teoria da decisão e à argumentação jurídica. Daí, pois, à aderência ao referido Grupo de Trabalho.

2- A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E EXPERIÊNCIAS RECALCITRANTES.

Não obstante a formulação da textura aberta da linguagem ter sido apresentada pelo filósofo Friedrich Waissman (Waissman, 1945), foi na obra de Herbert Hart (HART, 2009) que a referida expressão se popularizou na área do direito, trazendo a referida discussão para as formulações gerais das regras jurídicas.

A textura aberta da linguagem, na perspectiva jurídica (HART, 2009, p. 161-176), viria a significar a dificuldade das palavras que compõem as formulações legais descreverem e apontarem soluções normativas para controvérsias normativas, diante de situações não percebidas pelo legislador ao formular padrões vinculantes de condutas. Segundo essa perspectiva, as palavras possuem uma zona de certeza normativa, seja positiva, seja negativa, e uma zona periférica cuja abrangência fática é imprecisa. A textura aberta das palavras, portanto, representa essa área indeterminada, constante da penumbra do âmbito normativo, sobre a qual pode incidir a norma.

Para ilustrar o fenômeno da textura aberta da linguagem jurídica, Hart propõe situação hipotética, na qual os moradores de uma cidade estariam incomodados com a presença de automóveis barulhentos nos parques dacidade. Assim, o prefeito estabeleceria que, a partir de determinada data, seria proibida a entrada de veículos nesses locais (HART, 2009, p. 167).

Em um primeiro momento, os visitantes poderiam aproveitar o sossego representado pela regra. Entretanto, surgiriam problemas decorrentes do emprego da palavra "veículo" na sua formulação. Bicicletas, velocípedes, carroças puxadas por cavalos, ou monumentos com veículos que atuaram na segunda grande guerra mundial também estariam proibidos? Sem dúvida que, sendo veículos, estariam abrangidos pela vedação. Mas, seriam esses tipos de veículos alcançados pela norma? O problema da textura aberta dos "termos gerais" é retratado pelo autor, nas seguintes passagens:

> "...É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (se algo é um veículo, um automóvel o é), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (a palavra aqui usada, veículo, incluirá bicicletas, aviões, patins?). Estas últimas são

> situações de fato, continuamente criadas pela natureza ou pela inventividade humana, que possuem apenas alguns dos traços presentes nos casos simples, enquanto outros estão ausentes. (...) Os casos simples, nos quais os termos gerais não parecem carecer de interpretação e o reconhecimento de exemplos parece pouco problemático ou "automático", são apenas os familiares, que reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios. (HART, 2009, p.164)

Não obstante a boa intenção do prefeito da cidade e a aparente clareza da formulação da regra, a palavra "veículos", escolhida como a classe genérica a partir do caso paradigmático de um automóvel barulhento no parque, mostrou-se sobreinclusiva, na medida em que o termo geral incluiu veículos que não apresentam barulho, ou o mesmo inconveniente dos veículos automotores.

Para além do problema da textura aberta das palavras empregadas na formulação de padrões decisórios, outros problemas podem ocorrer. É que, em outras circunstâncias, a vedação de veículos no parque poderia ensejar situações que também mereceriam a atenção do prefeito da cidade. Assim, motocicletas ou patinetes elétricos, conduzidos por pessoas imprudentes e em alta velocidade, talvez merecessem estar abrangidos pela norma. Nesses casos, o propósito da norma, assegurar o sossego dos visitantes dos parques, excederia o teor literal da palavra veículo, configurando um caso de subinclusão.

O processo de generalização de uma regra parte do caso paradigmático (um problema), de um estado ideal de coisas que se quer alcançar (um propósito) e de um prognóstico acerca da probabilidade daquele evento, que se quer evitar, torne a ocorrer no futuro. Assim, ao escolher o predicado fático (termos gerais) que enseja a consequência legal, palavras genéricas são escolhidas, tais como prato, veículo, livro, racismo, etc. Congênita a tal escolha, tanto quanto a sombra acompanha o corpo, são as experiências recalcitrantes que soem ocorrer na aplicação da regra em outras controvérsias futuras que a solução legal é chamada a solucionar. Problemas de sobreinclusão, subinclusão e da textura aberta da linguagem, provocam a necessária escolha entre o significado mais próximo à literalidade da norma, ou uma interpretação corretiva da formulação legal.

Para ilustrar seu argumento de que generalizações são acompanhadas pelos problemas recalcitrantes de linguagem, Frederick Schauer (SCHAUER, 2004, p. 271) retrata a situação hipotética na qual um determinado cão entra em um restaurante e passa a latir e incomodar os demais circunstantes. Diante desse caso paradigmático, tendo em vista a probabilidade de que o evento torne a ocorrer e considerando a necessidade de trazer tranquilidade aos demais

frequentadores, o dono do estabelecimento estabelece a seguinte regra: é proibida a entrada de cachorros no restaurante (SCHAUER, 2004, p. 271).

Como no caso do prato sujo ou do veículo, surgem situações nas quais o propósito subjacente à norma irá conflitar com a literalidade da formulação normativa. Com efeito, em algumas situações, a solução legal se aplica com tranquilidade, já que há cães barulhentos e que não se comportam. Mas a generalização talvez não seja adequada para todos os cachorros, surgindo situações nas quais o propósito da norma estará aquém de seu texto. São as situações de sobreinclusão.

Noutras situações, o texto pode estar aquém do propósito da norma. O que dizer de gatos, papagaios ou outros animais que poderiam atrapalhar a refeição dos frequentadores do restaurante? Assim, a generalização do termo geral escolhido, cachorro, talvez não fosse suficiente para o propósito de oferecer um ambiente tranquilo para os circunstantes. Seriam situações de subinclusão.

As palavras prato, veículo, cachorro, referem-se a classes de objetos conhecidos e que permitem rápida compreensão pelos destinatários da norma. São palavras cujo significado, pode-se dizer, é intuitivo. Nesse sentido, a pessoa que se encontrar no predicado fático da norma, ao se deparar com placa contendo a regra, ainda que a considere injusta, não terá dificuldades de saber as consequências de eventual descumprimento, bem como poderá planejar sua ação a partir do conhecimento prévio da regra (escolher outro restaurante, no caso do cachorro, etc..).

3. PROBLEMAS ENVOLVENDO A LITERALIDADE DOS TEXTOS NORMATIVOS.

Formulações legais fixadas em um texto possuem, para além dos vícios entre o propósito e as palavras empregadas na sua formulação, outras mazelas que foram sintetizadas por Carlos Nino (NINO, 2010, p. 305), quais sejam: ambiguidade, carga afetiva da linguagem, força das orações e dificuldades relativas à promulgação das normas.

Um texto é ambíguo quando se vale de palavras que possuem mais de um sentido e que sugerem soluções em direções diferentes. O art. 150, inciso VI, letra “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) assegura imunidade dos livros, vedando a cobrança de impostos sobre: “d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.” A imunidade abrangeria apenas o papel destinado à impressão de periódicos ou incluiria livros e

jornais? Esse tipo de ambiguidade trata do âmbito de aplicação de uma conjunção (NINO, 2010, p. 309).

A carga afetiva das palavras invoca significados positivos ou negativos. Direito e democracia são palavras que despertam emoções positivas. Por outro lado, formalismo, utilitarismo e crime, estão associados a qualidades negativas e despertam estados mentais desfavoráveis a um debate que se pretende racional. O apelo às palavras com carga emocional negativa pode impactar a persuasão do decisor ao associar o significado normativo a um resultado indesejado.

A questão da carga afetiva (NINO, 2010, p.317) ou da carga emocional das expressões (CARRIÓ, 1983, p. 24) pode vir determinada pelo viés de enquadramento, é dizer, por uma descrição com palavras que despertam sentimentos favoráveis ou desfavoráveis à solução que se pretende prevaleça ao final. Para ilustrar o ponto, imagine-se uma discussão sobre as medidas de restrição noturna durante a pandemia quando a ocupação dos leitos dos hospitais se aproximava da capacidade total. Para descrever a medida restritiva, poder-se-ia pensar em duas abordagens: A primeira trataria tais medidas como "toque de recolher", suscitando a mesma emoção despertada pelas constantes violações de direitos em períodos autoritários; outra abordagem, faria referência a "medidas protetivas da saúde" e suscitaria emoções positivas relativas ao paternalismo estatal. Ambas as abordagens pecam pelo viés de enquadramento (KANEMAN, 2012, p.114) e dificultam a correta analise do fenômeno e a configuração racional de suas vantagens e seus limites.

A força das orações representa a controvérsia sobre o comando emergente de um texto legal. Assim, questiona-se se se trata de ordem peremptória ou de faculdade. Esse tipo de controvérsia surge especialmente quando o texto apresenta um rol de condutas. Assim, no caso dos procedimentos cobertos pelos planos de saúde, questionou-se se o rol de cobertura fixado pela Agência Nacional de Saúde (ANS) é rol taxativo ou meramente exemplificativo. A questão está pendente de julgamento nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.886.929/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas, Segunda Seção. Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de ser o rol exemplificativo (entre outros, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.345.913/PR, Relª. Minª. Nangy Andrigui, Terceira Turma, DJe 27/02/2019). A posição mais recente, entretanto, é pela taxatividade do rol (entre outros, REsp. n. 1.733.013/Paraná, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 3/08/2020).

Além dos problemas até aqui elencados, há os problemas de promulgação do texto. O art. 41 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), dispunha: "Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei". Não obstante a utilização da expressão "substituição", entendeu-se que a "substituição" compreendia também hipótese de "sucessão" processual. Tal problema de promulgação foi corrigido pelo novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que dispõe: "Art. 108. No curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei." Nesse caso o legislador simplesmente errara a a palavra empregada na formulação legal.

4. DECISÕES POLÊMICAS ENVOLVENDO A LITERALIDADE DOS TEXTOS.

A CRFB/88, no citado art. 150, VI, "d", pretendeu garantir a difusão de notícias (evitando a censura indireta por meio da taxação dos insumos destinados aos jornais), disseminar o conhecimento, facilitar processos de aprendizagem, bem como estimular a aquisição de livros por parte dos estudantes brasileiros.

Assim, como resultado do processo constituinte de 1987, o texto constitucional trouxe diversas disposições que estimulavam a ampliação do conhecimento. Nesse contexto, surgiu a atual versão da imunidade tributária dos livros, anteriormente mencionada.

Ocorre que o termo generalizante "livro" passou por transformações semânticas inimagináveis pelo constituinte de 1987. O propósito de estimular a leitura, expandir o conhecimento e a consequente educação dos estudantes brasileiros que, num primeiro momento, contavam com uma palavra abrangente e que denotava a maioria dos componentes da classe "livros", passou a ser esvaziado pela tecnologia. Aos poucos, os livros foram se desmaterializando passando a serem comercializados em suportes diferentes do papel.

O texto normativo passou a restringir o propósito emancipador que fundamentou a referida imunidade tributária. A palavra "livro" mostrou-se subinclusiva diante do propósito mais abrangente de sua justificativa. Assim, a controvérsia constitucional se instalou. Os livros eletrônicos e seus suportes estariam incluídos na expressão "livro" diante da referência final do dispositivo constitucional que mencionava "...e os papeis destinados à sua impressão"? A palavra "livro" possuiria um significado essencial canonicamente fixado a ser descortinado pelo interprete?

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) e foi decidida no sentido de se atribuir um significado mais abrangente da palavra "livro" em razão do propósito da referida imunidade. Com efeito, no Recurso Extraordinário n. 330.817/ RJ, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 31/08/2017, o STF atualizou o sentido da palavra "livro" para incluir na sua zona de certeza normativa elementos que estavam na área de penumbra da referida imunidade tributária.

Em outro caso polêmico, questionou-se se a palavra racismo possuiria um sentido canônico, congelado no tempo, correspondente ao que estava no horizonte normativo do constituinte de 1988, ou o significado da referida palavra deveria corresponder ao sentido mais próximo do contexto interpretativo e que representasse a melhor perspectiva do direito em face de valores fundantes da democracia constitucional brasileira.

Deveria o Judiciário buscar a intenção do legislador constituinte, considerando que tanto a versão final do texto constitucional quanto o projeto de lei correspondente à atual legislação de combate ao racismo, tenham sido apresentados por um parlamentar negro preocupado com o racismo estrutural brasileiro? O propósito da norma constitucional deve ser entendido à maneira originalista, é dizer, considerando o sentido mais próximo ao texto e a finalidade social que o legislador histórico pretendia alcançar?

Essas e outras perplexidades surgiram no curso do debate. Entretanto, naquilo que interessa ao presente texto, o debate em torno do significado da palavra racismo ilustrou a dificuldade de se buscar significado pré-pronto, entrincheirado, como se a solução normativa estivesse fossilizada em uma folha de papel, em significado sem contexto e datado.

Registre que a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, não obstante sua epígrafe faça referência à questão racial, já no ano de 1997, teve seu texto alterado para incluir em tal conceito a discriminação religiosa e em razão da origem do ofendido. Confira-se: "Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." Assim, onze anos após a criminalização do preconceito de raça ou de cor, a norma foi alterada pelo legislador ordinário para incluir outras práticas discriminatórias no referido tipo incriminador. Acrescentou-se, novo capítulo ao longo e tortuoso romance em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 276) que trata do combate ao preconceito e à discriminação.

Em 2003 o plenário do STF tornou a discutir o significado da palavra "racismo", no Habeas Corpus 82.424/RS, redator do acórdão Min. Maurício Corrêa, DJe 19/03/2003, se teria ocorrido a prescrição de crimes envolvendo práticas discriminatórias e preconceituosas contra

judeus. A questão aqui era se o comportamento antissemita poderia integrar o conceito de racismo para fins de inafiançabilidade e imprescritibilidade constantes do art. 5º, XLII da CRFB/88.

O debate envolveu diversas disposições legais e argumentos relevantes e razoáveis de parte a parte. Entretanto, como ressaltado pela maioria, a ideia de racismo, se dependesse de sua origem etimológica, não teria nenhuma utilidade, já que a divisão humana em raças perdeu sentido com a descoberta do genoma humano. Assim, haveria de se buscar um conceito de racismo que cumprisse a missão constitucional de combater práticas discriminatórias, que seria o propósito constitucional nessa matéria.

Sobre o propósito subjacente às regras, serão feitas algumas digressões mais adiante. Por ora, o que sobreleva ressaltar é que no referido precedente preferiu-se ressignificar a palavra "racismo" para incluir o chamado racismo social, qual seja, a atitude discriminatória contra minorias sociais historicamente excluídas do processo político. O romance continuou...

Mais recentemente, a palavra "racismo" esteve no centro do debate sobre a criminalização de práticas homofóbicas ou transfóbicas (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, rel. Ministro Celso de Mello, Plenário, DJe, 06/10/2020). A controvérsia instalou-se ao se pretender incluir a prática discriminatória contra indivíduos homoafetivos ou transgêneros na abrangência da palavra racismo. Sustentava-se omissão inconstitucional do legislador brasileiro ao não criminalizar adequadamente a referida prática discriminatória, não obstante decorridos trinta anos da determinação constitucional.

No centro do debate, novamente, entre outras normas, estava a disposição constitucional constante do art. 5, XLII, da CRFB/88 vazada nos seguintes termos: "...XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;". Poderiam as práticas homotransfôbicas serem consideradas outra forma de racismo social?

O plenário do STF, na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, resolveu a controvérsia no sentido afirmativo. Segundo ressaltado pelo relator, constatou-se, mais uma vez, omissão inconstitucional relevante por parte do legislador ordinário ao deixar de proteger adequadamente minorias estigmatizadas. O conceito de racismo, mais uma vez, deveria ser ampliado para incluir as referidas hipóteses de racismo social.

No mais recente capítulo do romance relativo ao combate ao preconceito às minorias, o STF. adotou a técnica da interpretação conforme a Constituição para incluir essa hipótese de racismo social na abrangência da expressão racismo e promover tutela penal adequada, e

provisória, às referidas minorias até que o legislador ordinário desperte de seu sono letárgico e promova um debate qualificado sobre a homotransfobia.

Ressalte-se que a ressignificação da palavra racismo terá efeitos *ex nunc* em razão da taxatividade que deve possuir todo tipo penal incriminador. Por meio dessa estratégia, o S.T.F. conciliou exigências de proteção adequada das minorias diante da inequívoca inércia do legislador ordinário com a necessidade de segurança jurídica a impor a não retroatividade para tipos penais incriminadores[1].

4. IMPORTÂNCIA E LIMITES DA VINCULAÇÃO AO TEXTO.

Conforme a exposição feita até aqui, após um caso paradigmático, é feito prognóstico relativo à reiteração de problemas que se quer evitar. Escolhe-se uma classe de palavras, que seja suficientemente genérica, bem como um propósito (ou vários) que justifica a adoção de tal medida. Espera-se, ao final, que a solução normativa assim entrincheirada possa reduzir o problema que se quer evitar e promover o fim que justifica a regra, fazendo do direito o melhor que ele puder ser.

Tanto quanto possível, o significado literal do texto deve possuir precedência, *prima facie,* na solução de eventuais controvérsias jurídicas que surgirem envolvendo os predicados normativos dos diversos tipos de padrões decisórios. A importância do significado intuitivo do texto já foi ressaltada como componente importante do Estado democrático de direito.

A importância da prevalência *prima facie* do teor literal dos textos decorre de sua tríplice função (KLAT, 2017, p. 23). Toda interpretação de um texto parte do seu teor literal, é dizer, o primeiro significado normativo que oferece uma solução para uma controvérsia é o decorrente da percepção usual das palavras empregadas no texto. Portanto, a solução literal limita o

[1] Permaneceu em aberto, contudo, a discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na ação direta de inconstitucionalidade da omissão, ante a literalidade do texto constitucional que dispõe incumbir ao Supremo Tribunal Federal apenas dar ciência ao "ao Poder competente para a adoção das providências necessárias" (art. 103, § 2º, da CRFB/1988). Também permaneceu em segundo plano o alcance da regra (ou princípio) da legalidade em matéria penal, segundo a qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX, da CRFB/1988). O STF, anteriormente, havia assentando o entendimento segundo o qual matéria penal não poderia ser objeto de medida provisória, ressalvadas regras mais favoráveis aos acusados (Recurso Extraordinário n. 254.818/PR, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJe, 19.12.2002). No mais recente entendimento, reconheceu que decisão do STF, em controle concentrado, pode definir tipo penal, a partir de interpretação conforme à Constituição.

universo de significados normativos possíveis, a partir do texto interpretado. Trata-se de importante regra hermenêutica.

A literalidade da norma é importante, também, na medida em que representa a sujeição do intérprete ao direito vigente. Esse aspecto retrata a vinculação à lei por partes dos órgãos aplicadores dos textos. É dizer, há uma vinculação à densidade normativa dos textos, ainda que essa qualidade represente um gradiente.

Por fim, cumpre ao texto a função de fixar os limites entre a interpretação do direito e sua invenção. Nesse ponto, ao elaborar o significado normativo relevante para a solução de uma controvérsia jurídica o texto, parte dele, ou o conjunto de diversos textos, representam um limite, *prima facie,* à construção de sentido realizada pelo intérprete, ainda quando opta por uma interpretação corretiva. Aqui, o princípio formal da separação de poderes, ou da governança articulada (WALDRON, 2013, p. 52) joga um papel essencial. Nesse particular, a técnica decisória da interpretação conforme a constituição permitirá a manutenção do texto legal, mas reduzirá os possíveis significados normativos dele decorrentes.

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico é composto por valores, regras, princípios e outros padrões decisórios, cuja relação de precedência condicionada, nos casos complexos, dependerá dos diversos saberes jurídicos que o contexto decisório enseja. Pode-se dizer que há casos em que o padrão decisório é intuitivamente percebido pelos destinatários da norma e outros que ensejam raciocínios mais complexos (KANEMAN, 2012, p. 22).

A concepção piramidal do ordenamento jurídico, comumente atribuída ao positivismo normativo Kelseniano, mostra-se insuficiente para retratar a complexidade do sistema jurídico que é composto também por princípios e valores. Tal concepção, embora revele com exatidão a dimensão autoritativa do direito, não avança sobre a dimensão argumentativa exigida pela pretensão de correção inerente à ideia de direito, é dizer, não considera a dupla natureza do direito (ALEXY, 2018, p. 151).

5. INTEPRETAÇÃO CORRETIVA E ASCENSÃO TEÓRICA.

Um texto legal, após promulgado, passa a integrar um sistema jurídico dinâmico e concorre com normas proveniente de diversas fontes normativas.

O presente texto não pretende desenvolver todas as complexas questões envolvendo a ambígua expressão interpretação jurídica. Também não pretende discorrer sobre as vantagens e desvantagens das diversas escolas hermenêuticas. O objetivo, bem mais modesto, é apontar a melhor maneira de lidar com os diversos significados possíveis para um caso complexo e tentar sugerir um modelo hermenêutico mais adequado para a valoração ou a precedência condicionada de eventuais significados diante do contexto de aplicação dos textos normativos.

Os elementos tradicionais de hermenêutica jurídica foram configurados pela doutrina há centenas de anos, e configuram o que se pode chamar de cânones interpretativos das formulações legais. São eles: o elemento literal; o elemento teleológico; o elemento histórico (ou genético); o elemento sistemático. Por todos, destaca-se:

> "El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el linguaje de las leyes; El elemento lógico, la decomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes; El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia , em la época em que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer; Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituiciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por conseguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necessario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquélla ocupaba en este sistema" (SAVIGNY, 1878, p. 188)

A enumeração de diversos cânones hermenêuticos, já em 1878, serve para ilustrar que não são recentes as dificuldades de se estabelecer as opções decisórias e de as ordenar hierarquicamente em um complexo processo de valoração.

Uma proposta, a partir do paradigma teórico do não positivismo inclusivo, apresenta uma enumeração semelhante dos cânones interpretativos fazendo menção aos seguintes argumentos: semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico. Cada um possui estrutura própria e poderá representar uma solução para problemas complexos. Entretanto, na perspectiva não positivista inclusiva (ALEXY, 2011, p.12), os diferentes cânones não são suficientes para resolver problemas complexos. Assim, a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica serão desenvolvidas para guiar o intérprete e oferecer caminho hermenêutico, que se pretende suficientemente racional, para a construção controlada de soluções limitando o processo por determinados elementos formais e informais como o sistema jurídico, os precedentes e a doutrina.

Não é possível desenvolver em profundidade, no espaço deste trabalho, temas tão complexos como a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica. Mas é possível em rápidas pinceladas, apresentar duas poderosas concepções interpretativas do direito úteis para o debate que se propõe.

Uma primeira abordagem teórica sustenta deva predominar no processo hermenêutico alguma espécie de intenção do legislador. Nessa perspectiva, sustenta-se que, se cabe ao legislador criar e modificar normas jurídicas, o intérprete, ao ser deferente com o propósito estabelecido pelo referido órgão, prestigiaria as soluções proferidas pelos órgãos legitimamente investidos para formulação de padrões decisórios. Alinhados a tal perspectiva estariam os intencionalistas Andrei Marmor e Joseph Raz (LIFANTE, 2018, p. 157).

Essa perspectiva é bastante disseminada entre a doutrina e a jurisprudência brasileiras. Com efeito, no direito privado, há normas que recomendam tal escrutínio, tais como as seguintes formulações legislativas provenientes da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil): "art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem."; "Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". Sobre a concepção intencionalista, destaca-se:

> "É a isso que chamarei de ponto de vista da intenção do locutor pois supõe que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação, e que os juízes se voltam para a história legislativa quando uma lei não é clara, para descobrir qual era o estado de espírito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos. Pressupõe, em resumo, que a interpretação correta de uma lei deve ser aquilo que chamei, no capítulo II, de interpretação conversacional, e não de interpretação construtiva. O modelo condutor dessa teoria é o conhecido modelo da conversação habitual. Quando um amigo diz algo, podemos perguntar: "o que ele quis dizer com isso?", e pensar que nossa resposta a essa pergunta descreve algo a respeito de seu estado de espírito quando ele falou, alguma ideia que queria nos comunicar ao falar do modo como o fez..." (DWORKIN, 2007, p.379)

Intencionalistas centram-se no aspecto estrutural do fenômeno jurídico. Consequentemente, não percebem a conexão necessária entre direito, moral e política, nos casos difíceis. Em suma, não reconhecem o valor da dimensão argumentativa do direito.

Autores pós-positivistas (LIFANTE, 2018, p. 209) vêm sustentando uma perspectiva construtivista, discursiva, a partir da ideia de uma dupla natureza do fenômeno jurídico, para agregar à dimensão formal, ligada à autoridade do direito, a dimensão material, ligada à sua legitimidade. Em comum, há a perspectiva de que a interpretação é um processo que parte do

significado intuitivo da norma, mas que se desenvolve discursivamente até a solução mais adequada para uma determinada comunidade de princípios, definidos por uma moral crítica. Sobre a interpretação construtiva, por todos, destaca-se passagem de Ronald Dworkin:

> "Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das praticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do interprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem..." (DWORKIN, 2007, p. 64)

A justiça ou injustiça das soluções para problemas complexos não podem ser obtidas a partir de questões linguísticas, semânticas. Quando o texto legal entra em conflito com o propósito subjacente ao significado mais próximo da linguagem usual, é preciso verificar qual o valor que o direito considera importante e, a partir dessa perspectiva, ordenar as opções decisórias. À legitimidade do direito corresponderia a procura por um fundamento material das soluções que aquele é capaz de oferecer para problemas complexos.

Nos casos difíceis, seja em razão de problemas com textos, seja em razão de problemas sistêmicos ou teleológicos, é preciso ordenar as soluções e buscar a construção de significado que seja mais valioso, da perspectiva do propósito da norma, e que traduza a necessária integridade do direito.

6. ÂNCORAS PARA A ASCENSÃO TEÓRICA: PRAGMATISMO E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS.

Há um processo de ascensão justificadora (DWORKIN, 2010, p. 76) que remete o intérprete a um contínuo processo de progressão nos graus de abstração, a partir do material normativo que circunda o caso difícil.

Ocorre que a valorização da busca pelo direito legítimo, e a consequente ascensão teórica baseada em princípios abstratos, vem provocando uma erosão da vinculação ao texto em situações nas quais a deferência às regras formuladas por agentes com maior capacidade institucional talvez fosse a opção mais adequada.

Com efeito, em um cenário de poucas informações sobre o caso a ser julgado, que expõe o decisor a erros sistêmicos, deve o intérprete cuidar para não se perder em elucubrações teóricas, sem qualquer contato com a realidade. Em alguns cenários decisórios, o melhor caminho pode ser a solução legal intuitivamente compartilhada pelos destinatários das formulações normativas.

Não por outro motivo, vem sendo percebida inclinação pragmática e institucional do direito. Pragmática não no sentido filosófico, mas jurídico. Nesse sentido, almeja-se abordagem que seja deferente à necessidade de coerência e integridade do direito com o histórico legislativo, mas que tenha uma atitude "antifundacionalista", empiricista e consequencialista. (POSNER, 2010, p. 47).

"Antifundacionalista", no sentido de que, tanto quanto possível, deve-se evitar elucubrações que, de tão abstratas, servem de argumento meramente retórico para justificar decisões sem fundamento razoável. Talvez, na maioria dos casos controversos, não seja necessário ascensão teórica tão abrangente como nos casos do livro ou do racismo.

Empiricista, no sentido de se exigir que as propostas de soluções estejam baseadas em dados disponíveis no contexto decisório e não em suposições teleológicas ou consequencialistas sem qualquer apoio na realidade. O intérprete, tanto quanto possível, deve se ater aos dados concretos disponíveis na prática argumentativa que configura sua atividade, evitando conclusões a partir de suposições, por mais intuitivas que se lhe pareçam.

Consequencialista, no sentido de que, ordenadas as opções decisórias sugeridas pelo processo argumentativo desenvolvido nas diversas instâncias decisórias, quando, considerada todas a coisas, ainda assim a solução não puder ser determinada com uma probabilidade próxima da certeza, deve-se dar preferência para opções decisórias que causem as melhores consequências sistêmicas.

No direito brasileiro, a partir da promulgação da n. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) passou a dispor expressamente sobre o que se pode chamar de um consequencialismo fraco (SCHWARTS, 2011, p. 131), *verbis*, "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".

A atitude pragmática, *pragmatic mood* (POSNER, 2010, p. 38) embora procure fixar âncoras para ascensão teórica, ainda não enfrenta o problema da cegueira institucional, ou o dilema institucional (VERMEULE, 2006, p.3).

Com efeito, decisores reais buscam soluções para problemas complexos a partir do conhecimento proveniente das informações que consegue colher durante sua tarefa de valorar opções decisórias.

A consideração das capacidades institucionais vem sendo destacada como resultado de uma complexa e dinâmica arquitetura institucional. Assim, é preciso verificar, no caso concreto, quem possui a maior quantidade de informação e maior capacidade de evitar erros sistêmicos, produzindo as melhores consequências práticas.

O conceito foi formulado nos Estados Unidos por Neil Komesar (KOSEMAR, 1994) e popularizado na área jurídica por Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (SUNTEIN, VERMEULE, 2003). Esses autores procuram enfrentar o problema da cegueira institucional na intepretação dos textos legais.

Com efeito, em um cenário complexo, em que margens de atuação de órgãos tradicionais se sobrepõem às de órgãos específicos, surge o problema da sobreposição de opções decisórias que deve ser resolvido a partir de uma mirada concreta das questões estruturais e funcionais de cada órgão/instituição que propõe uma solução para a controvérsia. Destaca-se, lição doutrinária no mesmo sentido:

> "O estudo das capacidades institucionais pressupõe uma certa medida de especialização, isto é, que existam instituições e órgãos que tenham como finalidade, função ou objetivo precípuo o desempenho de determinada atividade típica. (...) Pressupõe, também, que toda instituição é falível quando tenta atingir os fins a que se destina, estando limitada a priori (pelas incertezas dos resultados prováveis) e a posteriori (pelos erros efetivamente cometidos). Este talvez fosse o "pecado original" dos teóricos que ignoravam ou reduziam o papel das capacidades institucionais nas decisões estatais: "romantizar" ou deificar as possibilidades reais das instâncias decisórias e pensar que os aplicadores do direito são idefectíveis. Numa abordagem institucionalista, ao invés de estudar-se somente qual o procedimento adequado para a tomada de decisão – e mesmo que se adote alguma postura pragmatista ou consequencialista -, não se pode ignorar aspectos institucionais. Deve-se indagar por que aquele órgão decisor (e não outra instituição), com estrutura e limites, é funcionalmente mais aparelhado para enfrentar tais questões. (CABRAL, 2021, p. 314-315)

Para que o argumento das capacidades institucionais produza algum efeito, é preciso que ele não se torne um recurso retórico a partir de uma idealização dos intérpretes. O risco de

que o emprego de tal argumento se torne banal, redundante e desnecessário já foi apontado pela doutrina (ARGUELHES; LEAL, 2011)

O Supremo Tribunal Federal tem atuado com responsabilidade na análise das capacidades institucionais merecendo destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.501/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 14/12/2020, na qual se discutia se a norma proveniente do legislador ordinário poderia se sobrepor a parecer do órgão técnico responsável pela segurança na produção de medicamentos. No caso, o legislador autorizara a produção em larga escala da substância fosfoetanolamina, não obstante o parecer contrário do órgão técnico, no caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que não recomendara a referida produção diante dos estudos clínicos inconsistentes com o resultado prometido, é dizer, a cura do câncer.

Sustenta-se que o argumento das capacidades institucionais não deve ser empregado de forma retórica, mas a partir da análise da estrutura concreta e das funções desempenhadas pelos órgãos envolvidos na solução de questões complexas a partir de um cenário decisório específico.

8 - CONCLUSÃO.

Ao longo da exposição, sustentou-se que a interpretação semântica mais próxima do significado natural das palavras utilizadas no texto possui prioridade, *prima facie*, sobre outros significados decorrentes de diversos fatores que estão latentes em toda norma prescritiva de uma conduta. Mas, se por um lado a referida prioridade retrata um dos pilares do Estado de Direito, é preciso reconhecer que a ideia, outrora compartilha da por muitos doutrinadores, de que as soluções normativas estariam completamente configuradas nos textos legais, não mais se sustenta.

O texto é o princípio da interpretação jurídica, que pode ser mais ou menos complexa, a depender dos fatores expostos até aqui. Assim, quando houver problemas linguísticos, problemas decorrentes do concurso de significados e sobreposição de competências, deve-se perquirir o propósito objetivo da norma, a partir de seu texto. Caso o referido propósito não seja intuitivo, deve-se reconstruir o seu significado a partir da histórica legislativa buscando o que há de valioso para o direito no texto questionado.

Nesse processo de ascensão teórica, além da necessidade de integridade (DWORKIN, 2010, p.76), é preciso sopesar as consequências das opções decisórias, que devem ser aferidas

a partir de dados concretos, bem como o argumento das capacidades institucionais dos atores envolvidos pelo contexto decisório.

Importante reiterar que não há relação hierárquica fixa entre as diferentes opções decisórias. A interpretação literal, da qual se principia o processo hermenêutico, pode prevalecer ao final, seja porque a regra é intuitiva e seguida sem grandes controvérsias, seja por opção valorativa do decisor, após considerados todos os aspectos relevantes e pertinentes ao cenário decisório desenvolvidos em procedimento discursivo envolvendo os interessados. Aqui, a opção mais próxima do sentido literal poderá representar opção deferente ao sentido intuitivo da regra diante da insuficiência de informações ou do risco de erro sistêmico por parte do decisor.

A fixação dos significados nas normas que compõem essa rede normativa deve acompanhar a necessidade do contexto decisório. O significado semântico mais próximo à linguagem comum pode ser uma estratégia decisória que evite erros sistêmicos provocados por decisores com formação generalista e que não estejam em condições de oferecer a melhor solução, seja em razão da assimetria de conhecimento, seja em razão da falta de informações sobre o cenário decisório, seja pela falta de aptidão técnica em assuntos que exigem dinamismo e atualização constante da regulação.

O fecho da presente exposição pode ser sintetizado na ideia de que a normatividade semântica de textos normativos, seja a CFRB/1988, seja uma lei, seja uma resolução de uma agência, seja um decreto do chefe do poder executivo, pode representar a melhor solução em dois sentidos. Como vinculação intuitiva decorrente da observância do significado inequívoco e incontroverso do texto, ou como uma estratégia decisória, ao final do *iter* argumentativo correspondente à atividade complexa de sua interpretação.

Por fim, tanto nos casos do prato, do veículo, do livro, do racismo, ou mesmo de decisões envolvendo complexas cadeias normativas, o direito é obra coletiva, de construção contínua, e deve servir para promover fins valiosos para a humanidade, devendo ainda ser capaz de oferecer soluções minimamente racionais, apontar caminhos, ou mesmo ser deferente com outros saberes que possam oferecer melhor resposta diante dos diversos cenários decisórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 16/4/2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. DJe 11/1/2002

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018**. Diário Oficial da União de 26/4/2018.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo civil revogado**. Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Decreto-Lei n.4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm, acesso em 16/4/2021.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. DJe 6/01/1989.

BRASIL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**, rel. Min. Celso de Melo. DJe 25/02/2022.

BRASIL. **AgInt no AREsp n. 1345913/ Paraná**, Rel. Min. Nangy Andrigui, Terceira Turma, DJe 27/02/2019.

BRASIL. **Habeas Corpus 82424/Rio Grande do Sul**, rel. Min. Moreira Alves, DJe 19/03/2003.

BRASIL. **REsp. n. 1.733.013/Paraná**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 3/08/2020.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 330.817/ Rio de Janeiro**, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 37/08/2017.

BRASIL. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/ São Paulo**. Min. Ricardo Villas Bôas. Recurso pendente de julgamento.

CARRIÓ, Genaro. ***Notas Sobre Dercho y Lenguaje*** – Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol.1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito** - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KANEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas e pensar** – São Paulo: Objetiva, 2012.

KLAT, Matthias. **Hacer el Derecho Explícito**: **Normatividad semântica em la argumentación jurídica**. Madri: Marcial Pons, 2017.

KOSEMAR. Neil k. ***Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics anda Public Policy***. Chicago: *University of Chicago Press*, 1994.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Dois problemas de operacionalização do argumento de "capacidades institucionais"**. Revista de Estudos Institucionais, v. 2, 1, 2016.

LEAL, Fernando. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **Direito Pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHAUER, Frederick. ***Las Reglas em Juego*** – Madrid: *Marcial Pons*, 1991.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Revista De Direito Administrativo, 248, 130–158. https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531

VIDAL, Isabel Lifante. ***Argumentación e Interpretación Jurídica: Escepticismo, intencionalismo y construtivismo***. Valência: *Tirant Lo Blanch*, 2018.

VERMEULLE, Adrian, SUNSTEIN, Cass. ***Interpretation and Institutions.*** *Michigan Law Review* 885(2003),https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles, acesso em 12/04/2022.

VERMEULLE, Adrian. ***Judging Under Uncertainty***. *London: Harvard University Press*, 2006.

VERMEULLE, Adrian. ***Law'w Abnegation***. London: *Harvard University Press*, 2016.

WAISMANN, Friedrich. ***Verifiability***, *In: Flew, A.G.N. (ed.). Logic and Languange (first series). Oxford: Basil Blackwell*, 1978.

WALDRON, Jeremy. ***Separation of Powers in Thought and practice?*** Revista De Direito Administrativo, 279(3), 17–53.