**UNAMA – GRUPO SER EDUCACIONAL - ICJ – CURSO DE DIREITO**

DISCIPLINA: Hermenêutica e Argumentação Jurídica

Prof. Alberto de Moraes Papaleo Paes

Aluno: Anselmo Barbosa de Souza

TEMAS: 1) A respeito do pragmatismo jurídico Norte-Americano: disserte acerca dos três momentos da interpretação na doutrina pragmatista; 2) Sobre a interpretação em Kelsen. Identifique a relação entre relativa indeterminação do direito e a discricionariedade interpretativa do juiz.

**1 - INTRODUÇÃO**

Este trabalho tem por finalidade absorver conhecimento através da pesquisa bibliográfica, buscando, no decorrer de seu desenvolvimento, ganhar condições de levar uma compreensão mais aconchegante ao iniciante do Curso de Direito. Por esse motivo, encontramos razões para iniciar através de uma introdução voltada ao Realismo Jurídico Norte-Americano, para depois se ater aos temas propriamente ditos.

De acordo com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano, pag. 25, diz que: O pragmatismo é o pano de fundo filosófico do realismo jurídico norte-americano. Preocupa-se em investigar como as pessoas pensam. Não se questiona por que motivos as pessoas pensam. Por que precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente? Segundo os pensadores ligados ao pragmatismo, perde-se muito tempo com questões do pensamento, de pequeno resultado prático (cf. MENAND, 1997). Filosofia tipicamente americana, o pragmatismo conta com alguns ensaios clássicos que o presente trabalho vai resenhar.

Charles Sanders Peirce, Semiótica, 1839-1914, Tradução 2005, traz rara combinação entre cientista natural e estudioso da história da filosofia, reputado como o antepassado comum da escola pragmática, dá início a essa seção que faz arqueologia do pensamento pragmático.

A importância do contexto, a não consideração de diversas teorias como sendo imutáveis, a natureza instrumental do Direito e a inevitável presença de diferentes expectativas, são aspectos relevantes ao entendimento do que seja pragmatismo jurídico. Em razão do contexto, o juiz pragmatista pode recorrer a elementos externos, como as mudanças na realidade ou nos valores morais da coletividade, ou seja, de fontes jurídicas e não-jurídicas, a fim de atender demandas sociais existentes no caso concreto, seguindo uma disposição geral de fundamentar suas decisões em fatos e consequências, em vez de conceptualismos e generalidades. Ele vai utilizar esses recursos sem qualquer caráter vinculante, mas sim apenas como meros instrumentos, podendo inclusive fazer uso de suas experiências nas decisões. Essa conduta vai demonstrar a essência prática do magistrado, uma vez que visualiza o que há de ocorrer, estuda criteriosamente as necessidades do homem, rejeitando teorias imutáveis, objetivando alcançar a melhor decisão. Portanto, o pragmatismo traz uma análise das ideias e ações, a partir das suas consequências, de modo que apenas estas consequências seriam aptas a atribuir-lhes o seu efetivo significado.

Nos dias atuais o que podemos entender como Pragmatismo Jurídico é que esta forma de pensamento apresenta um teor essencialmente prático, pois, volta-se para o futuro, analisa as necessidades humanas presentes e futuras, e mostra-se avesso a princípios fechados, característicos do racionalismo. O juiz pragmatista, ao seguir estes passos, tem como objetivo primordial a escolha da melhor decisão, podendo valer-se de sua própria experiência como jurista, de recursos jurídicos e não-jurídicos, de diversas teorias e até mesmo de decisões anteriores. Contudo, é de suma importância destacar que essas fontes somente serão utilizadas quando úteis à obtenção da melhor decisão.

Percebe-se, então, que o Pragmatismo Jurídico se vale, como técnica de decisão, de metodologia comparativo-consequencialista, a qual implica em que se proceda a repetições entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e os seus respectivos desdobramentos, bem como as suas consequências de ordem prática no contexto social. Ocorrendo que em razão dos possíveis efeitos da decisão, o juiz poderá buscar em outras fontes do conhecimento, que não só o jurídico, os parâmetros e fundamentos para sua decisão. Assim, a investigação filosófica ou científica demandaria uma ligação necessária e indissociável para com a experiência do mundo real e as suas repercussões práticas.

**1.1 – O PRAGMATISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO**

O pragmatismo jurídico, como método de interpretação, surge na década de trinta, quando, alguns Juízes da Suprema Corte Americana voltam-se ao reestudo das obras dos realistas jurídicos britânicos, as quais, como teoria do Direito, visualizava o conceito de Direito através da análise da jurisprudência.

Os realistas acreditavam que o conceito de Direito não era algo abstrato, mas sim algo que vai se produzindo na medida em que os tribunais vão se alimentando de entendimentos das surpresas do Direito. Para eles era essencial que se fizesse o estudo de caso, uma avaliação e um diagnóstico através da jurisprudência, portanto o conceito de direito estava diretamente ligada à jurisprudência. No decorrer desses estudos, é que se inicia o desenvolvimento da tese do pragmatismo jurídico como método de interpretação, ressaltando que método de interpretação não é teoria do Direito, mas uma forma de se analisar a aplicação do Direito construída por regras, ou momentos da interpretação para o juiz pragmatista, os quais irão se subdividir em: contextualismo (ações envolvidas no caso); consequencialismo (análise minuciosa de todas as consequências no caso); e o antifundacionismo (não interferência de qualquer valor metafísico).

No contextualismo o juiz pragmatista vai começar a analisar as ações humanas envolvidas no caso concreto, de maneira minuciosa, primeiramente identificando o peticionante e o réu, passando posteriormente a elencar as ações colocadas pelo peticionante, e as ações do réu elencadas na sua defesa. Para, partir daí, começar a construir o caso. Dentro desse contextualismo, o juiz pragmatista pode chegar à validade, ou à invalidade, de ações através da análise das provas contidas no processo, portanto uma análise que está puramente ligada a questão fática. Assim, o juiz pragmatista vai analisar as relações, as condutas, vai catalogar os atos de uma parte, os atos da outra parte, e assim ele poderá comprová-los ou não, através da análise das provas levadas pelas partes ao processo. Nessa primeira análise é um juízo voltado a questões práticas, portanto pragmatismo, contextualismo como análise das ações envolvidas no caso.

No consequencialismo, esse é o momento em que o juiz pragmatista vai fazer uma análise minuciosa das consequências, para decidir o processo dessa ou daquela forma, o que requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis.

O antifundacionismo consiste no caso concreto a rejeição pelo juiz pragmatista de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. O juiz pragmatista não quer discutir justiça, ética, moral, certo ou errado, mas sim qual a melhor decisão baseada na análise dos fatos e suas consequências.

Concluindo o tema, verifica-se relevância no posicionamento de Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Capítulo III, II, 2.2.2, quando faz a seguinte exposição: “Por fim, outra importante alternativa ao interpretativismo, formulada nos Estados Unidos, é o *pragmatismo judicial*. Trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam “bons” para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom), sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes. A melhor decisão, para o pragmatismo, é a que gera melhores consequências práticas, não a que seja mais coerente com o texto constitucional ou com seus valores fundamentais. O pragmatismo é consequencialista e contextualista:o que importa são as consequências da decisão, e estas devem ser avaliadas no contexto em que a decisão se insere”. Partindo desse entendimento do autor, percebe-se que o pragmatismo nos conduz “à formulação de proposições perigosas quanto à observância da dignidade da pessoa humana, ao autorizar decisões que se legitimam por beneficiar a maioria, mesmo que isso implique flexibilizar direitos individuais. Embora esse não seja um elemento essencial dos juízos pragmáticos, há o risco de que o indivíduo não seja tratado como um fim em si mesmo – como estabelece a fórmula kantiana – mas como um meio para a realização de metas coletivas.”. Trata-se de um autor constitucionalista, portanto sua observação interpretativa está voltada a teorias de interpretação constitucional, tanto quanto ao interpretativismo e o não interpretativismo, momento em que busca duas linhas de pensamento próximas: o textualismo, segundo o qual as normas escritas da Constituição são a única fonte legítima em que se pode fundar a autoridade judicial e o originalismo, pelo qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas, entendendo que “(...) texto e história estão na base dessa formulação. Subjacente ao interpretativismo está o ponto de vista de que juízes não são, como regra, agentes públicos eleitos e, em qualquer caso, não estão nem devem estar inseridos na dinâmica da política. Em razão disso, não deveriam ter o poder de extrair da Constituição, consequências e direitos que não constem da literalidade de suas disposições ou da intenção manifesta de seus autores. Apesar da aparência pouco sofisticada dessas formulações, elas comportam nuances e sutilezas e são defendidas, sem prejuízo de atenuações pontuais, por figuras expressivas do pensamento jurídico conservador, tanto na academia, como Robert Bork, quanto na Suprema Corte, como Antonin Scalia. O *não interpretativismo*, também referido como *construtivismo*, reúne as linhas de pensamento que se opõem ao textualismo e ao originalismo, notadamente pela idéia de que o intérprete não se limita a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajuda a construí-lo. (...)”.

**1.2 – SOBRE A INTERPRETAÇÃO EM KELSEN**

A relação entre relativa indeterminação do Direito e a discricionariedade interpretativa do juiz, podemos inicialmente considerar o conceito de interpretação conforme Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, esse conceito podemos chamar de subsunção, que traz o entendimento de que a interpretação é uma operação mental que acompanha a relação entre uma norma de escalão inferior e uma norma de escalão superior da ordem jurídica. Percebe-se que Kelsen trabalha a interpretação como uma operação mental, portanto qualquer ser humano é capaz de interpretar, porém essa interpretação a que se refere Kelsen tem a qualidade de poder validar uma norma inferior apoiada em uma norma superior, ou seja, ele trabalha uma concepção escalonada de normas jurídicas em que as superiores validam as inferiores.

“Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.” (KELSEN, 1998, pag. 245).

Analisando a ideia de norma jurídica de imputação, é interessante perceber no caso, que se a norma jurídica narra uma conduta e estabelece uma correspondência entre ser e dever ser, o primeiro ato interpretativo, a primeira operação mental, será a aproximação da conduta do tipo, da norma. E assim podemos usar o seguinte exemplo: O sujeito A utilizando sua arma de fogo, mira em direção de B, atirou e o alvejou na parte frontal da cabeça, vindo a óbito o sujeito B em alguns minutos após o disparo – verifica-se que nessa narrativa hipotética tratar-se de uma ação, mas aonde vamos encontrar amparo para essa ação na norma jurídica, provavelmente no artigo 121 do Código Penal, que diz: “constitui crime matar alguém; pena de 6 a 20 anos”. Portanto, o processo de interpretação inicia a partir dessa aproximação entre conduta humana e o que a norma jurídica tem a dizer sobre essa conduta. A regulamentação prevista na norma e a conduta humana que é formada por um fato concreto, esse vai ser o primeiro momento da interpretação segundo Kelsen. Então vamos subsumir a aplicação da norma pelo fato, e essa norma utilizada para aplicar ao fato, deve ser validada por uma norma superior hierárquica. Quanto ao fato podemos pensar em um acidente de trânsito em que o sujeito A dirigindo seu veículo distraidamente ao celular,por negligência, colide com a traseira de outro veículo causando danos à vítima do acidente, o sujeito B. Fato: A causou danos para B. Aí questionamos sobre o que a norma jurídica vai dizer nesse caso, e vamos encontrar a previsão de responsabilidade civil no Código Civil, artigos 186, 187, que vai dizer que: “aquele que causa dano comete ato ilícito”, e o que é o ato ilícito? É uma ação ou omissão voluntária que gera dano a outrem. Vamos encontrar no Código Civil toda a regulamentação de responsabilização civil. Agora veja, nos artigos 944, 927 do código Civil, vão dizer que se A causou danos a B, A vai ser obrigado a reparar o dano. Então, para esse fato, vamos subsumir a aplicação dos artigos 186, 187 e seguintes, do Código Civil de 2002. Esse é o primeiro movimento interpretativo para entender a subsunção como conceito de interpretação em Kelsen. Mas, ele vai dizer que essa norma jurídica precisa ser apoiada na norma superior hierárquica, que vamos encontrar especificamente no artigo 22 da Constituição Federal/88, a previsão de que “compete privativamente à União Federal a legislar sobre o Direito Civil”. Então se pergunta – o Código Civil é uma Lei Feral? Sim, portanto temos aí uma validade formal dessa norma jurídica. Ainda, no artigo 5º da Constituição Federal/88, incisos V e X, veremos que o direito de resposta proveniente ao exercício de liberdade de expressão e o eventual dano decorrente dele, resulta em direito a indenização decorrente do dano proveniente da violação à honra, à imagem, à privacidade das pessoas. Com isso, então, conseguimos entender porque o Código Civil vai regulamentar a materialidade do ato ilícito, chegando à ideia do dano moral do dano material porque o inciso X fala que a vítima B deve ser indenizada ainda que o dano seja extra-patrimonial. Então a vítima, sujeito B do exemplo acima, vai poder exigir a reparação do dano causado pelo sujeito A, seja esse dano de ordem moral, seja esse dano de ordem material, e o que valida o que está previsto na norma é a nossa Constituição Federal de 1988. Isso é a interpretação em Kelsen, pois, subsumimos a aplicação da norma para o fato, validando a norma na sua superior hierárquica. Podemos usar como exemplo a petição inicial por sua estrutura formada exatamente em cima do método subsuntivo, especificamente no silogismo, na analógica aristotélica, premissas maiores que justificam premissas menores para se chegar à determinada conclusão. Nos estudos em Direito Processual vemos que a petição inicial vai se dividir da seguinte forma: dos fatos, do direito, do pedido. Portanto, praticamos de modo cotidiano a interpretação segundo Kelsen.

O método subsuntivo ou método clássico, ainda hoje, é o método mais utilizado para se realizar a interpretação jurídica, e parte dessa premissa de Kelsen, de que interpretação é uma operação mental que acompanha o ir e vir de uma norma de escalão inferior para uma norma de escalão superior, elas vão se validar vão atribuir uma eficácia para essas normas inferiores, que vão ser subsumidas para aplicação no caso.

Kelsen, então, vai se dedicar acerca de uma diferença que vai fazer, porque após a subsunção, ele vai perceber no ordenamento jurídico a existência de dois tipos de interpretação, quais sejam: a interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica. A interpretação autêntica é realizada por uma pessoa constitucionalmente autorizada a interpretar o ordenamento jurídico, que é a pessoa do juiz, por juiz entenda qualquer magistrado: o juiz de primeiro grau, o desembargador, o ministro; a essas pessoas compete a jurisdição, possibilidade de aplicar o direito no caso concreto. Então, não muito rara é a interpretação do juiz que vai ser aplicada no caso, que vai ganhar qualidade de coercitiva, em contraposição à interpretação não-autêntica, que é feita pelo restante das pessoas da sociedade. Percebe-se que a interpretação realizada por essas pessoas vai ser de uma forma diferente e não poderá ser oponível, porque somente a interpretação do juiz será válida e executada e, por esse motivo, Kelsen vai chamar essa interpretação de autêntica, porque no final quem vai poder produzir a interpretação válida sobre o caso é o poder judiciário. A interpretação não-autêntica tem sua relevância, tem sua importância, mas não vincula a ação das pessoas, as pessoas podem interpretar jurisprudência ou a constituição de uma forma, mas no final a interpretação válida é a do Supremo Tribunal Federal.

Kelsen dividiu a interpretação em autêntica e não-autêntica, mas depois de outras análise, vai trazer outras questões que ainda não havia até então apresentado, como a de que toda norma jurídica narra uma relação de correspondência entre *ser e dever ser*, então: *“todas as vezes que eu matar alguém, eu devo ser preso; todas as vezes que eu roubar, eu devo ser preso; todas as vezes que eu deixar de pagar pensão, eu devo ser preso”*. A norma jurídica, portanto, nos dizeres de Kelsen, é determinada, pois sabemos qual é o *ser* que corresponde ao *dever ser*.

Kelsen nos mostra que em alguns momentos essa norma jurídica pode deixar ser determinada e se tornar relativamente indeterminada, relativa mas ainda apresenta alguma indeterminação. Perceba o exemplo: “se eu matar, eu vou ser preso? Sim. Temos uma relação determinada, correspondência: matar, ser preso. Agora qual será minha pena? De seis a vinte anos. O legislador estabeleceu para mim um universo de possibilidades. Pergunto a norma jurídica é determinada? Sim. Eu sei que vou ser preso, mas qual será a minha pena? Posso ser preso e condenado por homicídio a uma pena de sete anos, ou de quinze anos, dezesseis anos, doze anos, dezenove anos, ou de seis anos e um mês? É evidente que existem tais possibilidades.

“Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN, 1998, p. 247).

E assim, Kelsen nos mostra que em alguns momentos o Direito vai abrir uma pequena margem para que o juiz possa utilizar juízos discricionários para poder interpretar o Direito. Em razão dessa abertura, proveniente da relativa indeterminação da norma jurídica, Kelsen vai nos trazer a ideia do direito de interpretar como uma moldura, sustentando ainda que a relativa indeterminação da norma jurídica pode ser intencional ou não-intencional. No primeiro momento o legislador quis que isso acontecesse, *“previu que a pena será de vinte a trinta anos”*, então o juiz vai ter que escolher dentro desse universo de possibilidades, qual vai ser a pena na sua decisão, ou utilizou o conceito vago, e cabe agora ao juiz determinar, por exemplo, o legislador nos diz: “*nos processos de guarda, tutela e curatela, serão garantidos o melhor interesse do menor. Mas o que é melhor para o menor? A norma não diz”*. Então de maneira não-intencional criou-se uma indeterminação do direito.

“Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à conseqüência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar.” (KELSEN, 1998, p. 246).

Kelsen nos mostra que o juiz tem sim liberdade interpretativa, e nesse momento ele vai poder utilizar a discricionariedade, ele vai poder escolher, justificar as escolhas para as decisões jurídicas. Kelsen estabelece que essa indeterminação é relativa, porque a discricionariedade do juiz tem limites. Quando ele fala do direito de interpretar como em uma moldura, quer dizer que o juiz vai ter liberdade interpretativa dentro do espaço existente no interior dessa moldura, sendo que fora desse espaço ele não vai poder aplicar o direito, e essa é a metáfora da moldura.

“Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, 1998, p. 247).

A discricionariedade do juiz é limitada pelo próprio ordenamento jurídico, pela própria norma jurídica, que impõe limites fixos, ainda que seja por questões linguísticas, questões semânticas, o juiz deve considerar todo o ordenamento jurídico como limites para sua atuação. Portanto, a ideia da metáfora da moldura de Kelsen compreende o ordenamento jurídico como limite da interpretação judicial, onde o juiz vai decidir, vai aplicar o direito no caso concreto, vai ter certa liberdade em alguns momentos, mas, ainda assim, essa liberdade vai encontrar limites dentro do próprio ordenamento jurídico.

Concluindo, diz Kelsen, Teoria Pura do Direito, 1998, pag. 248: Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática - do legislador tem - do ponto de vista do Direito positivo - valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra.

**2 - CONCLUSÃO**

Este trabalho teve a relevante contribuição do Professor Alberto de Moraes Papaleo Paes, Hermenêutica e Argumentação Jurídica, através da competente explanação sobre o assunto, realizada em sala de aula do Curso de Direito/2015.2-UNAMA/Grupo Ser Educacional, a quem ofereço todo o esforço empregado na pesquisa, em forma de agradecimento por mais esse conhecimento adquirido.

**3 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano / Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. Brasília: edição do autor, 2013;

BARROSO, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013;

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior);

PEIRCE, Charles Sanders, 1839-1914. Semiótica/Charles Sanders Peirce; Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.