

DA DECIDIBILIDADE DE CONFLITOS JURÍDICOS À LUZ DA TEORIA KELSENIANA DA INTERPRETAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A (IN)EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Bruno Milenkovich Caixeiro¹

Kelvin Nascimento Garcia²

RESUMO: A partir de uma análise exploratória bibliográfica e por meio do método zetético analítico puro de compreensão do Direito, realizou-se um exame acerca da decidibilidade de conflitos jurídicos à luz da teoria kelseniana da interpretação e a sua relação com a (in)eficácia dos direitos sociais. Apresentaram-se os elementos formadores do Estado Democrático contemporâneo que deram origem à soberania como principal apoio à competência do Poder Judiciário para promover a interpretação e a decisão enquanto atos de vontade, concebidos por Kelsen em uma proposta paradigmática de uma ciência jurídica pura. Constata-se a insuficiência de tal proposição, que não permite a formação de uma teoria dogmática da interpretação, que, além de gerar novas problemáticas, como o arbítrio, impede o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos e garantias individuais e coletivas fundamentais. Buscou-se a formação de um saber jurídica, a partir da Lógica do Razoável, para constatar as falhas históricas da lógica tradicional, positivista, e suscitar a resolução de suas consequências. Ao final, revela-se a necessidade de empregar a construção de saberes jurídicos para a superação de limitações do paradigma dominante do Direito e a efetivação do papel do Poder Judiciário, principalmente do guardião da Constituição, na proteção e efetividade dos direitos.

Palavras-chave: Soberania, Paradigma dominante do Direito, Interpretação, Decidibilidade, Direitos Humanos.

ABSTRACT: As from an exploratory bibliographical analysis and through the pure analytic zytetic method of understanding the Law, an examination was made on the decidability of legal conflicts in the light of the Kelsenian theory of the interpretation and its relation with the (in)effectiveness of the rights social policies. It was presented the formative elements of the contemporary Democratic State that gave rise to sovereignty as the main support to the competence of the Judiciary to promote interpretation and decision as acts of will conceived by Kelsen in a paradigmatic proposal of a pure legal science. The insufficiency of such a proposition, which does not allow the formation of a dogmatic theory of interpretation, which, in addition to generating new problems, such as arbitrariness, hinders the development of the

¹ É bacharel (2005) e Mestre (2008) em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília - UNIVEM. Compõe quadro de servidor público federal, na qualidade de Professor Assistente - nível I, da Fundação Universidade Federal de Rondônia / Campus de Cacoal - UNIR/Cacoal.. E-mail: brunomica@unir.br.

² Acadêmico do curso de Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia, UNIR, *campus* "Professor Francisco Gonçalves Quiles", de Cacoal. E-mail: kmgga.garcia@gmail.com.

Democratic Rule of Law and the realization of individual rights and guarantees collective agreements. The formation of a juridical knowledge, from the Logic of Reasonable, was sought to verify the historical flaws of the traditional, positivist logic, and to provoke the resolution of its consequences. In the end, it is necessary to use the construction of legal knowledge to overcome limitations of the dominant paradigm of the Law and the effectiveness of the role of the Judiciary, especially the guardian of the Constitution, in the protection and effectiveness of rights.

Keywords: Sovereignty, Dominant paradigm of Law, Interpretation, Decidability, Human rights.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria Pura, enquanto doutrina majoritária da Teoria Geral do Direito, é tida como baliza na formação e manifestação do Direito na forma de ordenamentos jurídicos dos países. Por essa razão, a referida teoria, de Kelsen (1998), passou a ser um paradigma dominante do Direito, como é no Brasil.

A referida teoria propõe a manifestação do Direito por meio de normas postas como resultado de uma pureza, pela qual não é admitida qualquer interferência das outras áreas do saber, tornando-se, assim, uma ciência cujas fórmulas são próprias, inalteradas e inflexíveis aos fatores externos.

Assim, em decorrência da pureza do Direito, o órgão competente para a decidibilidade necessita de uma teoria que permita a atividade da interpretação. Mas diante das limitações da referida teoria, e, enquanto baliza do ordenamento jurídico, da efetivação de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o Estado Democrático de Direito, a formação de uma investigação para aplicação da norma pode ser frustrada, o que torna-se necessária a construção de um saber jurídico, por meio da Lógica do Razoável, diversa da tradicional, com a análise de elementos históricos que servem como orientação para a organização social, política e jurídica moderna, entre outros fatores, para propor a resolução da problemática, constatando-se, muitas vezes, que a Teoria Pura do Direito é desafiada pelos próprios órgãos jurídicos.

Considerando que toda sociedade precisa de normas para a organização das relações sociais, o que exige abstração para aplicação e, para isso, a interpretação que o Direito pode proporcionar, tem como fim a verificação de

conceitos e contextos que permitem o exercício da reflexão e a investigação do fenômeno jurídico próximo da realidade à qual devem ser aplicadas.

A análise mencionada torna-se necessária considerando que a pureza do Direito e a ausência de uma teoria da interpretação que seja satisfatória à atividade do órgão jurídico competente para a decidibilidade em conformidade com o ordenamento, principalmente no que se trata de direitos e garantias fundamentais, torna o Direito destituído das realidades social, política e jurídica às quais está inserido e aos fenômenos gerados pelas lacunas, aqueles que não possuíam previsibilidade pelo ordenamento jurídico positivo; o que é possível com o método zetético analítico puro da investigação do assunto no plano da lógica e sem o compromisso com a construção de um novo modelo, mas com o aperfeiçoamento do Direito.

2 DESENVOLVIMENTO

Por meio do emprego da lógica do razoável (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 122-123), é encontrado um meio de, além de realizar interpretações e aplicações do Direito, tornar possível a superação da lógica tradicional, que apresenta excesso de formalismos, e a promoção de alternativas como resultado da construção de saberes jurídicos³ com a constatação de conceitos, contextos hodiernos e históricos e elementos jurídicos para ser realizada a compreensão da concepção de decidibilidade e a efetivação de direitos e garantias sociais diante dos obstáculos formais à realização do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a lógica tradicional majoritariamente representada pelo positivismo proposto por Kelsen (1988), em uma teorização da ciência jurídica pura, portanto neutra em relação a todas as demais áreas do saber, tem como consequência a falha em possibilitar entender concretamente as circunstâncias de problemáticas jurídicas e políticas da realidade (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 127-128), considerando apenas a norma prescrita e posta previamente, o que resulta, também, na necessidade de valorações, que a axiologia oferece, e da

³ Foucault torna clara a distinção entre o que é considerado como “saber” e o que é apenas “conhecimento” (REVEL *apud* CAIXEIRO, 2011, p. 29). O conhecimento é a manifestação de um processo de racionalização fixa e identificação de conteúdos para reprodução, enquanto o saber promove, além da compreensão geral dos objetos das análises, modificações ao sujeito do conhecimento.

historicidade para fornecer o sentido efetivo da norma em conformidade com a justiça.

Em conformidade com a aplicação da Lógica do Razoável, portanto, a compreensão dos contextos em que é formado o poder concebido como soberania, enquanto noção que deu origem à possibilidade de estabelecer um órgão superior aos agrupamentos sociais, com o fim de promover a conciliação dos possíveis conflitos, demonstra que o aperfeiçoamento de seus mecanismos teve como resultado o que é visto como o Estado burocrático hodierno responsável pela manifestação de normas, na forma prescrita, por meio de um ordenamento jurídico positivo hierárquico capaz de permitir a tomada de decisões diante de problemáticas.

Com Ferraz Jr. (2016, p. 100-101), pode ser constatado que a estrutura de manifestação das normas que possibilita a tomada de decisões é formada a partir dos próprios problemas que devem ser solucionados por meio da decidibilidade, os quais, para tanto, exigem classificações diversificadas dos conteúdos orientadores e critérios de aplicação do que está disposto como teor que é reputado como adequado ao fato. E, além disso, a referida estrutura também é disposta de acordo com classificações e critérios que são obtidos com o desenvolvimento histórico e que são consideradas como “grandes dicotomias”, como são o direito público e o direito privado.

Portanto, tais categorias dicotômicas são responsáveis pelo estabelecimento de norteamentos, a partir de critérios de aplicação, e formadas por conteúdos que são aceitos por serem capazes da visualização de problemáticas, enquanto direções à dogmática, e permitem acompanhar as evoluções e o surgimento de novos problemas, bem como torna possível a decidibilidade:

As grandes dicotomias permitem uma sistematização, no sentido dogmático, isto é, tópico, do direito analiticamente concebido como conjunto de normas. Trata-se, para usar uma terminologia de Kelsen, de uma *sistematização estática*.

Entenda-se por sistema estático uma organização das normas que leva em conta sua estrutura ou a matéria normada (relação autoridade/sujeito, a *facti species* e a consequência jurídica, as relações que se formam entre os sujeitos). O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático (FERRAZ JR., 2016, p. 101).

De acordo com Assis (2009, p. 115), as referidas divisões que são encontradas no Direito dos romanos é resultado de uma influência exercida pela gramática dos gregos, e não apenas da prática da jurisprudência romana. Assim, os jurisconsultos se utilizaram da dicotomia para possibilitar a elaboração de conceitos, definições e critérios de classificação dos conteúdos sistematizados que caracterizavam o Direito a ser aplicado em Roma.

Nesse sentido, Ferraz Jr. (2016, p. 101) demonstra, com a análise do Digesto de Ulpiano, que o direito público abrangia o “estado da coisa romana, a *polis* ou *civitas*”, enquanto o direito privado aos usos dos particulares.

Tal compreensão é confirmada por Assis (2009, p. 116), que também encontra em Cícero a noção de esfera pública como âmbito no qual são abrangidas as formas de organização social e as decorrentes estruturas, e a esfera privada, que abrange o domínio de atuação dos particulares, como as coisas e a propriedade; dicotomias, portanto, que são compreendidas pelo Direito.

Na Antiguidade (FERRAZ JR., 2009, p. 101-102), a esfera privada compreendia as imposições que a necessidade natural do ser humano gerava, como a alimentação, o repouso e a procriação, e a esfera pública abarcava o espaço em que eram exercidas as atividades dos cidadãos, denominado como *polis*, ou seja, a cidade, o que deu origem à ideia de ação política caracterizada pelo domínio da palavra por meio do discurso, e, também, deu origem ao desenvolvimento da vida política e do ser humano como animal político, orientação que levou Ulpiano à distinção entre *jus publicum* e *jus privatum*.

Pelo objeto de análise de Santo Tomás, qual acerca da expressão aristotélica *politikon zoon*, ou seja, animal político, é constatado que, na Idade Média (FERRAZ JR, 2009, p. 103), o termo que permite as análises das dicotomias passa a ser *animal sociale*. Assim, é constatada a noção de social em substituição e em contraste com a mera noção de político, e tem como fim abranger tanto a esfera pública como a privada, compreensão pela qual o que é público tem projeção sobre o que é privado.

Portanto, com a Era Moderna (FERRAZ JR., 2009, p. 103), na generalização da noção de social encontra-se a origem da distinção entre social e individual, pela qual o agir político é tido como atividade que promove a “paz, a segurança, o

equilíbrio, o bem-estar, e o domínio das técnicas políticas e seu instrumento”, abrangidos pela esfera pública.

Assim, a referida época é caracterizada pela homogeneidade da esfera pública, garantida por meio da sociedade oposta ao indivíduo, este caracterizador da esfera privada. Daí surge a necessidade de um órgão artificial acima da organização social competente para determinar o que é público e privado, o que se denomina Estado:

[...] Nesse sentido, Hobbes nos irá falar do Estado-Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, **um verdadeiro organismo (burocrático) de funções**, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, **guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: a soberania**. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de *poder*. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado.

Como se subentende que entre as relações privadas sejam utilitárias num sentido estrito e as públicas sejam abrangentes e neutras, visando o bem de todos, dir-se-á que o interesse público prepondera sobre o privado [...] (FERRAZ JR, 2016, p. 103-104) (Negritou-se).

Com as referidas transformações, de acordo com Ferraz Jr. (2009, p. 104), a esfera privada, dos particulares, passa a ser caracterizada pela atividade econômica, com a riqueza e a propriedade consequentes, o que dá origem aos direitos individuais, “do burguês”, como aspiração da sociedade econômica para impedir a atuação do Estado fora de seus limites; e esse contexto gera, portanto, a distinção entre o direito público como abrangente dos interesses do Estado, tais quais “administração, imposição de tributos, de penas”, e o direito privado que abrange os interesses dos indivíduos, tais quais “suas relações civis e comerciais cuja base é a propriedade e a riqueza”.

Os referidos aspectos influenciam diretamente na formação da Era Contemporânea (FERRAZ JR. 2009, 104), com o surgimento da indústria e a característica da produção em grande quantidade e contínua, e a predominância do *animal laborans*. Assim, como consequência, nesta época o âmbito público da política é também caracterizado pela atuação do Estado na organização da economia e da sociedade, e, portanto, a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive como detentor de meios de produção e produtor.

A dicotomia de Direito público e Direito privado é relevante na medida em que revela o elemento da soberania, que confere, em conformidade com as teorias da relação de cominação (FERRAZ JR., 2009, p. 106), o *jus imperii* ao Estado enquanto manifestação do Direito público. Portanto, o Estado se encontra em uma posição superior à esfera privada.

Dessa forma, é o Estado que detém o poder absoluto da força e de impor ações. Em consequência, o Poder Público, com fundamento na soberania, é responsável por estabelecer de modo prescrito o que é o Direito, bem como permitir a decidibilidade:

O princípio máximo do direito público é o princípio da soberania. Trata-se de uma noção que, historicamente, apresentou várias conotações. De modo geral, corresponde à efetividade da força, pela qual as determinações de autoridade são observadas e tornadas de observação incontestável pelo uso inclusive de sanções, de um ponto de vista interno. De um ângulo externo, no confronto das soberanias, corresponde a uma não sujeição a determinações de outros centros normativos. É, em síntese, o caráter originário e independente da capacidade de determinar, num âmbito definido de atuação, a relevância ou a irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue. No direito contemporâneo, afirma-se que soberania é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii* (FERRAZ JR. 2009, p106-107).

As normas estabelecidas pelo Estado, de acordo com Ferraz Jr. (2009, p. 107), possuem capacidade para constringer ao cumprimento, inclusive fisicamente, e têm como fundamento o “princípio do interesse público relevante”, ou seja, da sociedade e da justiça, este prevalecendo diante de interesses da esfera privada, mas dentro de limites, principalmente do princípio da estrita legalidade.

Com o surgimento das complexidades que envolvem as sociedades (FERRAZ JR. 2009, p. 184-185), em decorrência do capitalismo e as atividades econômicas, do Estado burocrático e da positivação de normas costumeiras, as relações de poder passam a abranger não apenas o espaço físico, mas também as pessoas, por meio de um “poder disciplinar” amplo a ponto de necessitar de um “sistema de delegações”, que tem como fundamento a soberania que dá origem à teoria das fontes enquanto ponto de partida do “império da lei” que promove a organização. Nesse contexto, a teoria das fontes é responsável por determinar qual o dever legal a ser desempenhado pelo Estado, como o de apresentar normas à comunidade, tais

quais Constituição e leis, formando, portanto, uma ordem, bem como de que maneira devem ser apresentadas.

Nesse contexto, o Direito passou a se balizar teoricamente, principalmente com o reconhecimento da Teoria Pura do Direito, assentada por Kelsen (1998), pela doutrina majoritária da Teoria Geral do Direito, como norteadora das ordens jurídicas, que exerce influência à forma prescrita do Direito contemporâneo, e, portanto, é tida como um paradigma dominante do Direito:

Referida teoria, tida como o atual paradigma do Direito, é que norteia a estipulação e a criação do Direito para a sociedade. Isto porque serve de bússola, tanto para doutrinadores, como para juristas e, principalmente, políticos, na tentativa de abordar, “solucionando”, problemas ou conflitos sociais de ordem jurídica, isto é, respectivamente, pela interpretação, pelo proferimento e pela elaboração da ordem jurídico-estatal social, representada pelo Direito, para sociedades (CAIXEIRO, 2011, p. 102-103).

A Teoria Pura do Direito é constituída a partir de um objeto próprio (KELSEN, 1998, p. 1), considerada como uma teoria do Direito positivo em geral e não de determinados ordenamentos jurídicos, nem da interpretação dos mesmos, apesar de oferecer uma teoria responsável pela interpretação. Assim considerado, se limita a observar como o Direito é, e não como deve ser, não se utilizando, portanto, de outras áreas do conhecimento e ou do saber. Conseqüentemente, tudo o que não está estabelecido positivamente como Direito, dele é destituído, o que revela o caráter de pureza do mesmo.

Ocorre que o Direito, quando é determinado como norma posta e inflexível na Teoria Pura, com a pretensão de se estabelecer como uma ciência pura, pode ser destituído da realidade à qual está inserido, e, portanto, seus instrumentos de sistematização e interpretação podem não oferecer uma previsibilidade capaz da resolução de problemáticas, principalmente no Brasil:

Esse modo de estipulação do Direito é que rege, atualmente, o Brasil, pela interpretação dos fatos sociais resultantes do constante aumento de sua complexidade social, considerando-se sua evolução emergente de um sistema extrativista e escravagista, principalmente lusitano, de colonização, em que se verifica o sistema republicano democrata representativo como forma atual de organização social, demonstrada pela sua evolução. Trata-se, referido modelo, do método pelo qual a sociedade brasileira se organiza, no geral, e pelo modo como expressa sua vontade no específico, no que tange à sua forma jurídica de expressão de sua organização (CAIXEIRO, 2011, p. 104).

De acordo com Fonseca (2013, p. 158-160), a crítica à abordagem positivista apresenta tem como resultado, além de outras limitações, a constatação de que a o positivismo não representa as diversidades e as modificações, bem como não analisa as diferenças que, muitas vezes, passam despercebidas, mas que fazem diferenças, ignorando, assim, a compreensão de problemáticas que geram prejuízos ao Direito, colocando-as “debaixo do tapete”; que tem como dogma a neutralidade do processo de conhecer, com o excesso de objetividade e a tentativa de justificar uma ciência que apenas verifica fatos e seus aspectos objetivo, negando que o órgão que possui competência como intérprete não realiza uma atividade pura, e que, ao contrário, este interfere nos resultados do processo de conhecimento; e que torna-se afastada dos movimentos e das forças que a história gera, em decorrência de reconhecimento de apenas um encadeamento linear da história que ignora muitas circunstâncias relevantes entre fatos.

Portanto, predomina, na formação positivista dos intérpretes, a simplificação da história, uma redução a proposições e ou premissas positivas, que, para Fonseca (2013, p. 161-164), ocorre na forma de introduções expressas em manuais, que causam prejuízos à história do Direito, esta que é responsável por determinar o contexto do presente, ignorando, em nome de um formalismo, os aspectos das organizações sociais que são vastos e complexos.

Kelsen oferece uma teoria acerca do ato da interpretação jurídica enquanto manifestação da vontade do órgão responsável pela aplicação do Direito, considerada como autêntica, na formação da norma jurídica ou quando tenha que ser ajustada ao caso concreto:

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.
A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica [...] (KELSEN, 1998, p. 394).

Nesse sentido, a interpretação que não é realizada por um órgão responsável pela aplicação do Direito, e que, portanto, não tenha competência, é considerada como não autêntica, mas como cognoscitiva, e, como o Direito é por Kelsen tido como puro, afasta as possibilidades empíricas de resolução de problemáticas, mesmo se realizada pela “ciência jurídica”:

Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito.

[...]

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A idéia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente (KELSEN, 1998, p. 395).

Segundo Ferraz Jr. (2016, p. 217), a explicação do último capítulo da Teoria Pura do Direito acerca da interpretação jurídica gera frustração por, após estabelecer um paradigma para uma ciência do Direito, não oferecer norteamentos à hermenêutica dogmática, apenas considerando a referida dicotomia de interpretação em autêntica e doutrinária.

Ainda, Kelsen justificou a interpretação autêntica considerando-a como um ato de vontade que possui fundamento na competência do órgão, e esta atividade é que pode apresentar o sentido, que passa a ser imposto, que deve ser seguido na aplicação da norma jurídica:

[...] Essa definição, diz Kelsen, é produto de um *ato de vontade*. 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 (que pode ser o juiz, o próprio legislador quando interpreta o conteúdo de uma norma constitucional, as partes contratantes, quando num contrato interpretam a lei etc). Havendo dúvidas sobre o sentido estabelecido, recorre-se a uma autoridade superior até que uma última e decisiva competência o estabeleça definitivamente. A sequência é de um ato de vontade para outro de competência superior.

[...]

Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi confirmado como um conhecimento racional do direito. Ainda que lhe atribuamos um caráter de tecnologia, de saber tecnológico, sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contrassenso falar em *verdade* hermenêutica?

Enfrentar essa questão constitui o que chamaríamos, então de o *desafio kelseniano* (FERRAZ JR., 2016, p. 219).

Nesse sentido, Bitencourt (2018, p. 75-76) apresenta como um “grande retrocesso na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal”, o guardião

da Constituição, a decisão interpretativa que ignora o consagrado princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual um acusado não pode ser privado de sua liberdade por meio da execução de sentença condenatória se esta não tiver apoio no trânsito em julgado, que o autor considera como um instituto processual que não pode ser questionado ou relativizado em qualquer hipótese, e, portanto, que não haja recursos pendentes, em conformidade com o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, princípio que é característico do Estado Democrático de Direito, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Tal circunstância gera questionamentos ao paradigma dominante do Direito, enquanto modelo para uma ciência do Direito que apresenta uma teoria da interpretação jurídica fundamentada em atos de vontade competentes e, portanto, soberanos, e que é baliza para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal permite a referida execução de sentença condenatória sem o trânsito em julgado, motivo pelo qual Bitencourt também avalia como uma ofensa ao princípio da proibição do retrocesso:

O Supremo Tribunal Federal orgulha-se de ser o guardião da Constituição Federal, e tem sido prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que lhe atribui essa missão. Mas o fato de ser o guardião de nossa Carta Magna não lhe atribui a sua titularidade. Isto é, o STF não é o dono da Constituição, tampouco tem o direito de reescrevê-la a seu bel-prazer, como vem fazendo nos últimos anos, com suas interpretações contraditórias, equivocadas e, especialmente, contrariando o que vinha afirmando nos últimos 25 anos.

Essa postura autoritária que vem assumindo ultimamente, como órgão plenipotenciário, não o transforma em uma Instituição mais identificada com a sociedade brasileira. Pelo contrário, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os sentimentos democráticos e republicanos e gera imensurável insegurança jurídica na coletividade brasileira. As garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu no julgamento do HC 126.292, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016 (2018, p. 75).

No mesmo sentido, Brega Filho e Alves (2015, p. 125-126), considerando a necessidade de analisar o papel das cortes constitucionais nos Estados Democráticos contemporâneos à luz da teoria da separação dos poderes, verifica que, não raras vezes, há a atuação dos órgãos do Poder Judiciário atuando na esfera do Poder Legislativo por meio da competência atribuída para realizar a interpretação, esta que apresenta falhas, portanto ignorando a separação dos poderes.

Ressalta (BREGA FILHO; ALVES, 2015, p. 127-128), em razão disso, a necessidade de reflexão acerca do papel das Cortes Constitucionais, quando há urgência de organização da complexidade social de modo a garantir “legitimidade moral”, “promover a proteção dos grupos minoritários” e impedir que o Poder Judiciário seja uma forma de realizar arbítrios, com fundamento nos atos de vontade positivistas, em conformidade com os princípios republicanos e democráticos, considerando, ainda, que ao Judiciário é atribuído o monopólio da última palavra.

Pelo exposto, constata-se que a Teoria Pura do Direito, enquanto paradigma dominante, apresenta limitações que podem gerar danos a um ordenamento jurídico diante de a pureza permitir que as normas jurídicas, por meio dos órgãos que possuem a competência, e, portanto, soberania, para promover a decidibilidade, representem um obstáculo à efetivação de um Estado Democrático de Direito, o que constitui um fato constatado em outros momentos da história do Brasil:

Não é difícil concluir quão importante foi o normativismo puro de Kelsen para dar sustentáculo a regimes totalitários, inclusive na América Latina, com a institucionalização de quarteladas e dos golpes de Estado, até mesmo no Brasil. Clara demonstração disto, entre nós, tem-se no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, em boa parte inserido na Constituição brasileira de 1967 por intermédio da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Não obstante esse ato fosse escancarada negação da ordem constitucional estabelecida em 1967, a Teoria Pura do Direito deu-lhe validade, tal como aos totalitarismos soviéticos, italiano, francês (como Kelsen admite) e ao nazismo alemão.

Esse normativismo puro, ao dar sustentação à ditadura imposta pelo regime militar em 1964, possibilitou o desrespeito a direitos fundamentais contemplados na Constituição de 1967, o que se verificava a cada aplicação do Ato Institucional nº 5. **As violações eram tão sérias que o artigo 11 excluía da apreciação do Judiciário** “todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos”, com total e indisfarçada ofensa ao disposto no artigo 153, § 4º, da Constituição então vigente (ESTEVÃO, 2010, p. 137).

No mesmo sentido, com a exposição do objetivo de promover uma ciência ao custo de ignorar muitos fatores, como as diversas problemáticas que surgem e que necessitam, para a resolução, da construção de saberes jurídicos e os fins aos quais serviria o Direito, Villey declara que a compreensão e a explicação por meio da interpretação jurídica capazes de promover efetividade correspondente à realidade foi restrita:

Jamais se levou tão longe a indiferença aos fins do direito. O kelsenismo mutila o direito por separação de sua causa final. Pretende fazer dos

professores sábios neutros, cérebros sem alma, seres irresponsáveis, prodigalizando seus serviços a *qualquer um*. O kelsenismo, contudo, teve sucesso (1977, p. 155).

Ainda, para Trindade (1997, p. 169-170), em que continua atual, diante das atuações dos Estados que causam violações aos direitos e garantias fundamentais individuais, após as conferências mundiais que tratam dos direitos humanos, os países continuam em estado distante das ações que confirmam as Convenções estabelecidas com o propósito de eliminar problemáticas que envolvem direitos sociais caracterizadores do Estado Democrático de Direito.

Portanto, considerando que os direitos humanos, além de todos os inerentes aos seres humanos em face das complexidades da evolução histórica, tais quais a não discriminação, a proibição da tortura e a proteção da família, dos idosos, da mulher, da criança e do adolescente, também abrangem os direitos e garantias processuais constitucionais, tais quais a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal, com todos os seus pressupostos, a evolução teórica do Direito por meio dos saberes demonstra a necessidade de resolução de problemáticas dos Estados que, muitas vezes, para Trindade (1997, p. 171), são despercebidos “dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado”, o que demonstra a necessidade de reflexão acerca de instrumentos que permitem a superação de crises jurídicas.

Perelman, considerando a universalidade do Direito e as transformações pelas quais passa em conformidade com cada época, manifestando-se de formas diversas, contribui para questionar a natureza de ciência que Kelsen (1998) pretendia promover sem questionar as estruturas históricas, sociais e econômicas, entre outras, às quais o Direito é submetido:

Um dos lugares-comuns que todo estudante de direito ouve muitas vezes durante seus estudos afirma que o direito não é uma ciência, mas que há uma ciência do direito. A elaboração e a aplicação do direito necessitam, com efeito, recorrer a juízos de valor, a escolhas e a decisões que, característicos da legislação e mesmo da jurisprudência, são alheios a qualquer ciência que se pretende, por natureza, descritiva e objetiva [...] (1996, p. 408).

Pelo exposto, verifica-se que a construção de saberes jurídicos, ao invés de apenas difundir informações dadas, é imprescindível na medida em que permite o

exercício da reflexão capaz de superar paradigmas, contribuir para a construção de novas realidades e o aprimoramento do Direito enquanto meio efetivo de compreensão de fenômenos e de transformações acompanhadas da proteção de direitos e garantias fundamentais a toda sociedade que se considere como democrática.

3 CONCLUSÃO

Verifica-se, pelo exposto, que a problemática jurídica desenvolvida compreende a teoria da interpretação jurídica que permita ao órgão competente a decidibilidade. Diante do paradigma dominante do Direito que representa a Teoria Pura de Kelsen (1998), que é tida como baliza ao ordenamento jurídico brasileiro, a norma posta, além de permitir o estabelecimento de normas apenas pelo ato de vontade, com base na competência, não garante que os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição se tornem efetivos, e, em alguns casos, são ofendidos.

Portanto, consta-se que a Teoria Pura, com o objetivo de estabelecer uma ciência jurídica pura, é reconhecida como doutrina majoritária da Teoria Geral do Direito, e exerce influência à constituição das ordens dos Estados na forma prescrita, não sendo destinada a algum específico, mas ao Direito em geral com base na soberania. Ocorre que demonstrou não conceber a resolução de problemáticas por meio do auxílio das demais áreas dos saberes.

Por essas razões, a partir das propostas de Kelsen (1998) para o norteamento da interpretação que possibilite a decidibilidade, as expectativas de efetivação do ordenamento jurídico no que se trata de direitos e garantias fundamentais, e, inclusive dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, tais qual o Estado Democrático de Direito, podem ser frustradas por prescrever a referida teoria que a interpretação possível é autêntica, e, por isso, realizada apenas pelos órgãos que possuem competência com base no ato de vontade.

Revela-se, nesse contexto, que os órgãos, como o Supremo Tribunal Federal, considerado como o guardião da Constituição Federal, podem promover a atividade jurídica interpretativa e que ocorram fenômenos dos quais não há previsibilidade pela lógica tradicional de compreensão do Direito.

Decorre da referida análise que o paradigma dominante do Direito deve ser objeto de reflexões por meio de uma lógica que, como exemplo, ofereça fundamentos por meio da axiologia e de elementos históricos e sociológicos para o aperfeiçoamento do Direito, sua adequação à realidade social e a efetivação de fundamentos da ordem jurídica e dos direitos e garantias consideradas como fundamentais.

4 REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **História da cultura jurídica: o direito em Roma**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

BREGA FILHO, V.; ALVES, F.B. Termidorizar a Deliberação: O Papel das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, p. 124-134, 2015. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5179375.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2018.

CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Ordenamento jurídico penal (tributário): reflexões críticas**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A retórica no direito: a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131/131>>. Acesso em: 13 mar 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TOMASZEWSKI, Adauto de A. **A lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito**. Ver. de Ciênc Jur. e Soc. Unipar, vol. 1, n. 1: jul./dez. 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100007&script=sci_arttext&tIng=pt>. Acesso em: 20 mar 2018.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.