

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

**ATUALIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUDICIÁRIO:
SUPERAÇÃO OU RETORNO À PROBLEMÁTICA DA MOLDURA Kelsen?
ATIVISMO OU ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO PODER JUDICIÁRIO?**

Raphael de Castro Barroti

Graduação em Direito

São Paulo
2022

Raphael de Castro Barroti

**ATUALIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUDICIÁRIO:
SUPERAÇÃO OU RETORNO À PROBLEMÁTICA DA MOLDURA DE KELSEN?
ATIVISMO OU ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO PODER JUDICIÁRIO?**

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
como requisito para obtenção de grau de
bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.
Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

São Paulo
2022

*Dedico a presente monografia aos meus pais,
Claudia e Giovanni, com os quais espero estar
sempre unido no amor de Deus.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais por me proporcionarem a oportunidade de cursar uma das melhores universidades de Direito, além de todo apoio e compreensão.

Em especial, agradeço à minha mãe, Claudia, por ter zelado por mim em toda essa jornada que fora a graduação.

Agradeço aos amigos, que estiveram ao meu lado, pela amizade e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período em que me dediquei a este trabalho.

Ao prof. Luiz Guilherme Arcaro Conci, por ter sido meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação e paciência.

“Do ponto de vista científico, o direito existe para a felicidade das pessoas, não de apenas algumas, não da classe dominante, não de todos os poderosos, mas de todas as pessoas”.

Ricardo Marcondes Martins

“Toda filosofia ocidental não passa de notas de rodapé das páginas de Platão”.

KUNZMAN; BURKARD & WIEDMANN

Resumo

Este trabalho trata de uma análise crítica acerca do papel do Judiciário e de seu intérprete em um Estado Democrático de Direito, principalmente quando, sob a justificativa de satisfação de princípios constitucionais e resolução de demandas sociais não apreciadas oportunamente pelo Legislativo e pelo Executivo, o Judiciário acaba por dirimir a esfera de atuação desses dois poderes, ocasionando na controvérsia de um Ativismo, além de uma insegurança jurídica criada a partir de sua atuação pró ativa. Nesse sentido, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica de textos de jusfilósofos, além da análise de casos concretos, abordando principalmente o desafio kelseniano, para tentar se compreender não só as consequências de uma atuação expansiva e pro ativa do Judiciário, mas também o que levou, historicamente, a este *modus operandi*, além de tentar entender e delimitar qual seria o papel do jurista, do intérprete da lei, em um Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Positivismo Jurídico; Desafio Kelseniano; Ativismo Judicial; Papel do Jurista; Justiça

Abstract

This paper is a critical analysis of the role of the Judiciary System and its interpreter in a Democratic State, mainly when, under the justification of the satisfaction of constitutional principles and the resolution of social demands not appreciated by the Executive and Legislative Systems, the Judiciary System ends up imposing itself and diminishing the sphere of influence of those powers, causing, in result, Judicial activism, besides legal insecurity, from its active stance. On this subject, the adopted research methodology was a literature review of texts by jusphilosophers, in addition to the analysis of concrete cases, addressing mainly the “Kelsenian challenge”, in order to comprehend not only the consequences of a active and expansionist stance by the Judiciary System, but also what, historically, gave rise to such *modus operandi*, besides trying to understand and delimit what is the role of the jurist in a Democratic State.

Keywords: Legal positivism; Kelsenian challenge; Legal activism; The role of a jurist; Justice;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CARACTERIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA MOLDURA DE KELSEN.....	12
1.1 Elementos gerais do juspositivismo.....	12
1.2 O desafio kelseniano.....	15
1.3 Tendências contemporâneas e o legado de Kelsen.....	19
2. A LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	24
2.1 – A proposta do jusnaturalismo clássico.....	24
2.2 – Há direito sem justiça?.....	27
2.3 – Renovar as leis, o homem ou o Judiciário?.....	29
3. ESTUDO E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	32
3.1 – Breve considerações ao controle de constitucionalidade brasileiro.....	32
3.2 – A união estável homoafetiva: atentado contra o Legislativo ou atuação legítima do Judiciário?.....	38
4. CONCLUSÕES.....	43
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho trata da discussão acerca da atualização e integração¹ da norma feita pelo judiciário, partindo, a princípio, de uma breve análise histórica e filosófica da dogmática hermenêutica, o papel do jurista em seu manejo, e seus efeitos no plano concreto.

Em princípio, o papel do jurista não é meramente compreender o texto jurídico. Como ensina Tércio Sampaio, será papel principal do operador do direito não só extrair a norma do texto legal e atribuir-lhe sentido, mas também definir a sua incidência, força e alcance, confrontando o texto normativo com dados atuais de determinado problema, tornando decidível determinado conflito, ao trabalhá-lo como relação entre regras e situações potencialmente conflitiva². Comumente, em decorrência da evolução da sociedade e seus valores, o judiciário acaba por atualizar a lei, ora atribuindo um maior alcance, ou diminuindo este, ora inibindo parcialmente ou totalmente a aplicação da lei em determinado contexto pretendido pelo legislador, ou aplicando esta lei para além do que o legislador outrora pretendia, etc.

Todavia, deste processo lógico normativo, podem ocorrer diversos problemas. A crítica mais recorrente e mais ampla é o da fomentação do *Ativismo Judicial*, em que o Poder Judiciário se torna verdadeiro protagonista, com uma atuação proativa e expansiva, interferindo nas decisões de outros poderes, Legislativo e Executivo, minando o campo de atuação destes.

Em um Estado Democrático de Direito, tem como função principal o Poder Legislativo elaborar e aprovar projetos de lei que visam garantir e efetivar Direitos fundamentais e sociais; já o Poder Executivo tem como função principal implantar e concretizar estes direitos, constantes na Constituição Federal.

No entanto, se vem observando ultimamente incontáveis descasos por parte desses dois poderes estatais supramencionados. O que fazer quando o Poder Legislativo não atua para regulamentar importante instituto para se garantir direitos

¹ Miguel Reale insere a integração de normas a um conjunto de princípios denominados *princípios monovalentes*, ou *princípios gerais de direito*. É um preceito que se encontra no art. 4º da LINDB, por força do qual, quando a norma jurídica for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Observa o renomado jurista que a remissão aos princípios gerais de direito tem sido cada vez mais frequente no Direito contemporâneo (REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pg. 304)

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

mínimos³? O que fazer quando o Poder Executivo não só deixa de implantar políticas públicas importantes para garantir direitos sociais, mas vem paulatinamente minando e precarizando tais políticas⁴? Neste sentido, vem o Judiciário agindo para tentar suprir e coibir estes descasos. Só que inúmeras perguntas devem ser feitas a respeito dessa atuação.

Poderia o Poder Judiciário agir para coibir estes descasos? Haveria legitimidade para que o Judiciário assim agisse? Em caso afirmativo, **não seria essa atuação do Judiciário calcada em razões políticas ao invés de razões jurídicas?** Mesmo que se admitisse este condão jurídico, seria uma mera “questão de valores” ou haveria uma “razão maior”, racional, que guiaria essa atuação do Judiciário?

Propõe-se este trabalho não só uma reflexão e uma possível busca pela resposta a essas questões, como também tentará se chegar à *raiz* destas, isto é, tentará se analisar a concepção tida como *juspositivista*, que historicamente buscou relegar ao operador do direito o mero papel “de boca de lei”, sem atuação e interferência nas outras esferas de poder, como o Legislativo e o Executivo.

Outra questão importante a ser analisada, que se intersecciona com o *Ativismo Judicial*, é o da *Insegurança Jurídica* criada pela atualização desta norma, uma vez que, em certa medida, tira a segurança do cidadão sobre a aplicação da lei, tal qual fora concebida pelo legislador.

Invariavelmente, para além do papel do jurista, se questionará a *legitimidade de atuação* do jurista, isto é, o que torna o direito legítimo ou ilegítimo. Como elucida o renomado jurista Sampaio, acerca deste problema:

“O problema que se enfrenta é de saber se existe alguma forma de razão, totalizadora e unificadora, que seja para o direito uma espécie de código doador de sentido, um sentido não adaptativo ao próprio direito e que nos permita estimá-lo como legítimo ou ilegítimo. Em suma, se a legitimidade repousa puramente num sentimento, subjetivo e irracional, ou se existe uma estrutura universal e racional que legitime o direito ou nos faça reconhecê-lo como ilegítimo. Enquanto se pode postular como certo que as normas jurídicas são regras que de alguma forma se adaptam às mudanças sociais

³ Por exemplo, podemos citar o célebre caso do julgamento da ADI 4277, quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva. Embora seja conjectura, não é de todo errado aferir que, caso não houvesse o julgamento da referida ADI, os casais homoafetivos provavelmente não teriam, se dependesse da atuação do Poder Legislativo, assegurados o direito basilar que é o de exercer e construir uma família, de forma digna, direito assegurado principalmente na forma do art. 226 da CF.

⁴ Por exemplo, não fora incomum o corte de gastos para setores estratégicos e muito importantes para assegurar um mínimo de concretização de direitos fundamentais e sociais. Neste sentido, podemos citar notícia recente de bloqueio de R\$ 10,5 bilhões no Orçamento deste ano, prejudicando principalmente áreas como a Educação, Saúde e Ciência. Neste sentido: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2022/10/06/educacao-ciencia-e-saude-sofrem-os-maiores-cortes.htm?cmpid=copiaecola> (Acessado em 13/10/2022, às 16:50)

posto que podem deixar de valer ao serem revogadas, conforme o interesse da decidibilidade dos conflitos, o que se procura é uma espécie de estrutura de resistência à mudança, que assegure à experiência jurídica um sentido persistente. Desde a Antiguidade, foi na ideia de justiça que se buscou essa estrutura”⁵.

Neste sentido, ao se tratar dos critérios morais, buscará se analisar a questão da Justiça, principalmente ao longo do segundo capítulo. Afinal, o que é justiça? É possível haver direito sem justiça?

Assim, no escopo deste trabalho, pretende-se analisar o mesmo problema sob diferentes prismas, vale dizer, à medida em que se avança na investigação, o problema continuará o mesmo, mas será analisado sob outra perspectiva, tal qual ocorre em uma longa viagem realizada de carro, em que não obstante a mudança da paisagem conforme se progride na estrada, o horizonte sempre será uma constante. No caso deste trabalho, o sempre presente horizonte sombrio que terá de ser defrontado ao longo desse trabalho será a problemática da Moldura de Kelsen.

Em apertada síntese, uma vez que tal tema será melhor desenvolvido ao longo do texto, a Moldura de Kelsen é uma metáfora adotada pelo jurista de Praga para sustentar que, ante uma moldura que terá de ser preenchida pelo operador do direito, a interpretação correta para controvérsia jurídica no caso concreto não seria, sequer, uma questão jurídica, mas sim política. Assim, como defende Kelsen *“Do mesmo modo que não se pode obter, através de interpretação da constituição, leis corretas, também não se pode obter, através de interpretação da lei, decisões judiciais corretas.”*⁶

Argumenta-se neste Trabalho de Conclusão de Curso que questões prejudiciais à atualização e integração da norma feita pelo Judiciário, como o *Ativismo judicial* e a *Insegurança jurídica*, nada mais são do que *iterações modernas* da Moldura de Kelsen, **resguardada as devidas proporções**, uma vez que essas questões prejudiciais são *muito mais amplas* do que a problemática trazida pelo jurista de Praga. Vale dizer, o *Ativismo judicial* e a *Insegurança jurídica* são, atualmente, problemas que **ultrapassam** a esfera dogmática, sendo não só imprudente, mas insuficiente tentar analisar e chegar a boas soluções dentro da ciência hermenêutica.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019, pg. 319

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Grupo GEN, 2021, pg. 87.

Não obstante, pretende-se demonstrar a conexão destas questões prejudiciais à problemática da Moldura de Kelsen, e como ainda reverberam questões outrora tidas como superadas, advindas principalmente do positivismo jurídico. Assim, o método empregado será a análise de textos de jusfilósofos, além de uma análise de casos concretos, para se refletir sobre: (I) o papel do intérprete e aplicador do direito, em determinados movimentos históricos e filosóficos, como no jusnaturalismo clássico e no positivismo jurídico; (II) dos problemas oriundos da atualização da lei feita pelo judiciário, dando enfoque especial no problema da potencial insegurança jurídica criada; (III) casos concretos de atualização de lei feita pelo Judiciário e suas repercussões positivas e negativas.

Por fim, pretende o presente trabalho demonstrar a importância do estudo da filosofia do direito, principalmente do jusnaturalismo clássico, do juspositivismo e das tendências contemporâneas para uma melhor compreensão não só do tema, mas do papel do intérprete nos tempos atuais e, principalmente, da importância da atualização e integração da norma feita por este intérprete no contexto de um Estado Democrático de Direito.

1. CARACTERIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA MOLDURA DE KELSEN

1.1 Elementos gerais do juspositivismo

Não é tão simples conceituar o positivismo jurídico. Robert Alexy aponta elemento comum, presente nas *posições positivistas* hodiernas, que é a *tese da separação*. Em apertada síntese, trata-se de definir o direito de modo que não haja elementos morais inclusos, restringindo-se a elementos quanto à legalidade e à eficácia social⁷. Todavia, como apontado por José P. G. Souza, as raízes de tal concepção são profundas e ultrapassam os séculos. Neste sentido:

“Encontramo-lo no utilitarismo inglês, no sistema filosófico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas aplicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, inúmeros são os partidários de um positivismo sociológico, confinando, conforme o caso, pelos limites das ciências naturais, evolucionismo de Spencer, a orientação psicológica predominante nos

⁷ ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Pg. 4

estudos de filosofia jurídica dos positivistas italianos e a escola histórica do direito".⁸

Ademais, aponta o ilustre jurista que mesmo dentro do positivismo jurídico não há consenso sobre os postulados supracitados, isto é, a restrição do direito à mera legalidade e eficácia social. Para enumerar alguns exemplos⁹: há posições que reduzem todo direito ao direito positivo, sem admitir nenhuma espécie de direito natural, vale dizer, vinculação moral (o "direito puro" de Picard); há posições que fundamentam o direito positivo em uma lei superior, de ordem cosmológica ou sociológica, embora no sentido de um ideal a ser perseguido, e não propriamente como fundamento (como o sistema de Spencer). Mesmo Kelsen não negava a idealização da Justiça na vida humana, considerando-a uma ordem mais alta, a ser perseguida pelo Direito¹⁰.

Para fins didáticos, se adotará aqui texto de Norberto Bobbio, autor que dissertou com elegância e maestria acerca do tema, apresentando não só a história e desenvolvimento do instituto, mas também seus principais pontos e influências na modernidade.

Como elucida o jurista italiano, o fortalecimento da concepção juspositivista se deu principalmente com a formação do Estado Moderno, após dissolução da sociedade medieval¹¹. Acerca do papel do juiz antes da gestação do Estado Moderno, explica Bobbio:

*"Antes da formação do Estado Moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha ainda uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam fontes do direito."*¹²

Thomas Hobbes, fundador e mais proeminente teórico da teoria do Estado Moderno, justifica que o homem, em seu estado de natureza, viveria em um constante estado

⁸ DE SOUSA, José Pedro Galvão. Direito natural, direito positivo e estado de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Pg. 19

⁹ DE SOUZA, José Pedro Galvão. Op. Cit, Pg. 22

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito; tradução de J.

Cratella Jr.; Agnes Cretella – 3. Ed. Rev. da tradução. – São Paulo: Editora RT, 2003

¹¹ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 2006. Pg. 26

¹² *Ibidem*, p. 28

de anarquia, zelando somente por seus próprios interesses, traduzindo-se em um constante estado de insegurança e guerra de todos contra todos, em que jamais haveria a certeza de respeito à lei, perdendo esta toda sua eficácia. Assim, para sair de tal condição, seria preciso criar o Estado, atribuindo força a uma só instituição: o soberano.

Todavia, como brilhantemente apontado por Bobbio, “...esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo”¹³. Deste ponto em diante, isto é, a partir da obra “O Leviatã” de Thomas Hobbes, a concepção positivista do direito logrou-se em dois fundamentos: *formalismo* e *imperativismo*.

Em apertada síntese¹⁴, o elemento do *formalismo* cinge-se na definição do direito sendo dado apenas com base na autoridade que põe as normas, portanto, é um elemento puramente formal; o elemento do *imperativismo* é um comando, pelo qual o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos.

Percebe-se aqui algumas diferenças fundamentais do **papel do juiz** antes e depois da formação do Estado Moderno. Estaria agora o juiz condicionado a escolher normas exclusivamente emanadas do órgão legislativo do Estado; embora não necessariamente vedado, não poderia mais o juiz decidir exclusivamente com base em critérios equitativos, ou costume, pois estes já não estavam mais no mesmo nível da norma emanada pelo Estado.

Tal concepção do direito eventualmente culminou na *Escola da Exegese*¹⁵, oriunda da França Pós Revolução, em que o juiz tornou-se um verdadeiro *Juiz Boca de Lei*, tendo em vista o desenvolvimento de princípios como os *da onipotência do legislador, culto ao texto da lei e concepção rígida do estado*. Deveria o juiz, ante controvérsias que chegassem no Poder Judiciário, somente verificar se havia *subsunção* do caso concreto à lei, e uma vez verificada tal subsunção, aplicar as medidas delimitadas em lei.

No entanto, por consequência de estabelecimento de tais dogmas, tinha o juiz dificuldades de se defrontar com situações fáticas não reguladas por lei, as chamadas *lacunas*, pois teria de lidar com possível *obscuridade da lei, insuficiência da lei* ou *silêncio da lei*.

¹³ *Ibidem*, p. 35

¹⁴ *Ibidem*, p. 37

¹⁵ *Ibidem*, p. 64

Não à toa, como destaca Bobbio¹⁶, fora a Escola da Exegese na França acusada de *fetichismo da lei*, pois considerava o Código de Napoleão instrumento que contivesse em si todas as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.

Assim, em “contraposição” à Escola da Exegese – na verdade, o correto seria uma continuação – acabou por surgir na Alemanha o *método da ciência jurídica*, concebida por Jhering, que criou um caráter mais sistemático ao ordenamento jurídico e valorizou as construções simples e claras, dando maior ênfase à lógica mais do que qualquer outra coisa, como a vontade do legislador por exemplo.

Kelsen indubitavelmente aprimorou esta teoria, e acabou por atribuir ao direito o status de ciência autônoma de que dispõe hoje, além de conceber a teoria que mais influenciou a interpretação e aplicação do direito até o século passado, com raízes profundas que alçaram os dias atuais.

Antes de adentrar a teoria kelseniana, mister elencar as principais características, enumeradas por Bobbio¹⁷, acerca da concepção juspositivista, pois estas serão retomadas e fortalecidas na teoria do jurista de Praga. Neste sentido, pode-se dizer que: 1) O direito é tido como um fato, e não um valor; 2) O direito é definido em função do elemento da coação; 3) Legislação é a fonte primária de direito; 4) A norma é tida como um comando, pela teoria imperativista do direito; 5) O ordenamento jurídico tem como pressupostos a sua completude e coerência; 6) A interpretação é mecanicista; 7) Envolve obediência absoluta da lei enquanto tal.

1.2 O desafio kelseniano

Como se destacou no subcapítulo passado, um dos elementos centrais do *juspositivismo jurídico* é a **tese da separação**, isto é, definir o direito de modo que não haja elementos morais inclusos, vale dizer, que não seja a *Justiça* elemento condicionante do direito. Pode-se afirmar que a *tese da separação* nada mais é do que uma nova face do pressuposto *juspositivista* de que “O direito é tido como um fato, e não um valor”.

¹⁶ Ibidem, p. 77

¹⁷ Ibidem, pg. 133

Como elucida Bobbio acerca desta característica¹⁸, o jurista, tendo o direito como um fato, deveria estudar o direito sem formular juízos de valor. A análise da validade de uma norma deveria pautar-se unicamente em critérios quanto à sua estrutura formal, abstendo-se de formular juízos de valor. Seria dispensado a análise do conteúdo da norma para aferir a sua validade.

Assim, para reforçar essa premissa e tentar “afastar a valoração moral da norma”, isto é, afastar a concepção da Justiça, Hans Kelsen, em sua obra *A ilusão da Justiça*, tenta analisar a obra de Platão, intelectual que mais tentou compreender o fenômeno da justiça, para ao fim concluir que Platão na verdade oferece uma “ilusão da justiça”, daí o título da obra do jurista de Praga.

Não pretende este trabalho delongar-se acerca da obra. Aliás, talvez não haja crítica tão pertinente, completa e elegante acerca da obra de Kelsen do que a efetuada pelo jurista Gonzaga¹⁹. Não obstante, há elementos centrais, apontados pelo renomado professor, que confluem com a tese juspositivista e que merecem destaque, pois integram o *desafio kelseniano*.

Kelsen, no capítulo 18 de sua obra, assenta que a base da metafísica platônica fora sua profunda religiosidade, logo, o Bem, e conseqüentemente a Justiça, já não seriam considerados apoderáveis pelo conhecimento, mas – e tão somente – pelo misticismo religioso²⁰. Neste sentido, defende Kelsen que a virtude e o Bem não serviriam para justificar o domínio do mestre pelo discípulo (dentro de um contexto de formação da *pólis*), mas sim fundamentariam o principal dogma da filosofia política de *A República*: o governo do filósofo.

Aponta Gonzaga, de forma sucinta, de que na verdade *Kelsen* estava **transferindo o local da verdade** para o Estado, mascarando a produção de ideologia pelo Estado. Nesse sentido:

“Dando por expostos os argumentos que provam que o Estado depende da ideologia, em ‘A religião como ideologia estatal’, Capítulo 40, Kelsen busca apenas registrar que cabe ao próprio Estado produzir a ideologia, e notadamente a principal dessas ideologias: a religião”²¹.

Como elencado anteriormente, Kelsen fora responsável por atribuir ao direito o status de ciência autônoma, tentando fazer uma separação total entre as instâncias

¹⁸ *Ibidem*, pg. 131

¹⁹ GONZAGA, Alvaro de Azevedo. O erro de Kelsen. São Paulo: grupo GEN, 2020.

²⁰ *Ibidem*, pg. 51

²¹ *Ibidem*, pg. 58

científicas e políticas. Todavia, como apontado por Gonzaga, Kelsen apenas elencou a moral e a justiça como pontos válidos desde que adviessem do Estado:

“Em que pese nosso trabalho não justificar a doutrina kelseniana com relação à Ciência do Direito, é importante observar que a crítica exposta, por Kelsen a Platão, pode, em certa medida, aplicar-se de forma reflexa a ele. Isso porque, embora Kelsen pretenda uma total separação entre as instâncias científicas e políticas, sua própria sistematização do direito no modelo da teoria, ao fundamentá-lo com base em um pressuposto lógico transcendental (norma hipotética fundamental), também possui o mesmo escopo teológico, transferindo o local das verdades dogmatizantes para o Estado”²²

Este pequeno recorte, feito da obra de Gonzaga, veio para demonstrar de que na verdade Kelsen *não inovou* em sua teoria acerca da ordem jurídica, e sim deu uma nova roupagem à diversos preceitos já existentes na tradição juspositivista²³, vale dizer, tal qual Thomas Hobbes, Kelsen buscou a monopolização do poder coercitivo e do poder normativo nas mãos do Estado, a despeito de qualquer valoração moral existente, afinal de contas, o próprio Estado haveria de se tornar o aparato moral e ideológico.

Neste sentido, a atuação do Poder Judiciário seria somente *uma extensão do Estado*. Todo critério de justiça seria muito subjetivo em sua natureza, baseado em elementos emocionais de nossa mente, nossos sentimentos e nossos desejos. Como Franco Montoro destacou²⁴, a Teoria Pura do Direito de Kelsen renunciou toda justificativa da lei positiva por uma “super lei”, deixando esta tarefa problemática de definir e dar legitimidade ao *Direito* nas mãos da religião ou da metafísica. Todavia, como destacado anteriormente, Kelsen acabou transferindo o local das verdades dogmatizantes para o Estado, logo o Estado delimitaria o que seria justo ou não.

Feita toda essa apresentação preliminar acerca dos elementos centrais do juspositivismo jurídico, e de como esses elementos centrais estão presentes na doutrina e filosofia de Kelsen, passa-se agora à análise do *desafio kelseniano*.

No capítulo 6 de sua obra “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen traz de forma metafórica a aplicação do Direito como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação jurídica, ante casos de indeterminação. Argumenta o renomado jurista que todos os métodos de interpretação até o presente momento

²²*Ibidem*, pg. 51

²³ Destacam-se aqui algumas das características elencadas anteriormente, a saber: I) O direito é tido como um fato, e não um valor; II) a Legislação é a fonte primária de direito; III) O ordenamento jurídico tem como pressupostos a sua completude e coerência.

²⁴MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, 33^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pg. 162

conduziriam sempre a um resultado possível, nunca a um resultado que seja o único correto.

“A interpretação de uma lei não deve então necessariamente conduzir a uma decisão como a única correta, mas antes a várias decisões, todas possuindo – na medida em que são avaliadas de acordo com a norma a ser aplicada – o mesmo valor, embora apenas uma delas se torne, através do ato da sentença judicial, direito positivo. O fato de uma sentença judicial se fundamentar na lei não significa, na verdade, nada mais que o fato de ela permanecer dentro da moldura que a lei representa; não significa que a sentença judicial é a norma individual, mas antes que ela é uma dentre as normas individuais que são possíveis dentro da moldura da norma geral”²⁵.

Assim, a interpretação correta ante uma controvérsia jurídica no caso concreto não seria, sequer, “uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do direito”.

Nesta toada, conclui o jurista que não seria possível obter, a partir da lei, por interpretação, as únicas sentenças corretas. Uma sentença não seria mais correta ou menos correta que a outra: isso o tribunal competente teria de decidir. **O ato de interpretação não seria um ato com caráter de científico, mas sim político**, na medida que o preenchimento da moldura do direito seria uma função voluntária.

Mesmo técnicas clássicas de interpretação seriam destituídas de valor, como o argumentum a contrario e a analogia, já que segundo Kelsen, os dois conduziriam a resultados opostos e não haveria qualquer critério que permitiria saber quando um deve ser empregado e quando o outro deve ser utilizado.

Como bem observado pelo professor Marcondes²⁶, fica claro o absoluto relativismo moral de Kelsen. Os valores, além de relativos, seriam todos subjetivos. Não haveria um grau de objetividade valorativa, logo, escolher entre um juízo moral e outro, tão somente seria uma questão de escolha. O agente normativo não estaria subordinado a absolutamente nenhum referencial axiológico, podendo escolher a seu bel prazer, estando o aplicador do direito somente atrelado à escolha positivada.

Perceba-se aqui que, pela teoria da Kelsen, não se poderia chegar a uma decisão mais correta do que a outra na prática jurídica. Utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito²⁷ seriam decisões políticas, ou seja, fora do campo de atuação do Judiciário. Eventual mudança de entendimento acerca de

²⁵KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Grupo GEN, 2021, pg. 89.

²⁶PIRES, Luis Manuel e MARTINS, Ricardo Marcondes. Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. Pg. 65

²⁷Vale lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assim dispõe e autoriza o emprego de tais institutos, em seu art. 4º. Trata-se da hipótese de Integração de normas, em que o juiz, para resolver determinado conflito não regulado por lei, haverá de se utilizar de tais institutos.

determinado tema, utilizando a integração de normas, seria um ato político, fora da competência relegada ao Judiciário, portanto, inválida.

1.3 Tendências contemporâneas e o legado de Kelsen

O legado de Kelsen, como teoria dominante, acabou por não se sustentar muito ao tempo. Como destacado pelo jurista Marcondes, uma das consequências nefastas da relativização absoluta da moral na teoria de Kelsen, que ficaram marcadas na história, foi a ascensão do nazismo. Neste sentido:

“O equívoco kelseniano evidenciou-se na análise crítica do período nazista. Pela premissa adotada, o que foi feito com o povo judeu pode ser considerado moral ou imoral, dependendo o juízo político de quem edita a lei: como não existe uma moral impositiva, os campos de concentração, dependendo do ponto de vista adotado, podem ser considerados compatíveis com a moral, tudo depende do pluralismo, do juízo político de cada um. O exemplo é suficiente para evidenciar o equívoco, há um vasto campo em que se alguma pessoa discorda, tem uma opinião diversa, essa opinião deve ser rechaçada”²⁸.

Embora com diversas consequências ao campo do direito, sejam históricas, axiológicas e epistemológicas, a principal consequência no campo prático do direito foi a relativização da hermenêutica jurídica, que num primeiro momento, viria a perder o seu caráter de ciência.

A partir do final das Grandes Guerras Mundiais, ficou claro que o positivismo, enquanto isenção valorativa absoluta, não era não somente aceitável, como incongruente, de um ponto de vista prático, para a aplicação do direito. Mera subsunção não era o suficiente para se resolver os problemas advindos da complexa realidade. Outros meios, que partissem da análise do caso concreto, mostraram-se necessários.

A primeira reação marcante deu-se com a obra *Tópica e jurisprudência*, de Theodor Viehweg²⁹. Nela, para a análise de cada caso concreto, a lei seria reduzida a um mero argumento, a um *topoi*; esta teoria mostrou-se insuficiente, e verdadeiro avanço surgiu com a obra de Jossef Esser, *Princípio e norma na elaboração jurisprudencial do direito privado*, em que se vinculou a aplicação do direito a critérios

²⁸ PIRES, Luis Manuel e MARTINS, Ricardo Marcondes. Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. Pg. 66

²⁹ *Ibidem*, p. 67

de racionalidade fundados numa análise valorativa, que haveria de ser feito pelo magistrado, mediante cada caso concreto.

Isso abriu caminho para os chamados métodos concretistas, como o *método da concretização constitucional* de Konrad Hesse; *método estruturante* de Friedrich Muller; *método da constituição* aberta de Peter Haberer; por fim, o método central que será analisado, e que mais teve sucesso em superar o desafio kelseniano e afastar a concepção juspositivista, o *método da ponderação* de Robert Alexy.

Como observado pelo professor Marcondes:

“Todos os métodos concretistas adotam duas premissas: 1. O texto normativo não é apenas um argumento, uma opinião, um topoi, mas um elemento que deve ser levado a sério na aplicação do direito; 2. A aplicação do direito não se restringe ao cumprimento de normas abstratas, mas envolve uma verdadeira análise valorativa à luz de cada caso concreto”³⁰.

Vale destacar que Robert Alexy é um dos grandes expoentes modernos da tese da vinculação, vale dizer, de que há uma pretensão de correção (Justiça) inerente ao direito.

Ao tratar do conceito de direito, Alexy apresenta elementos que considera essenciais: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material³¹.

Até então, somente os dois primeiros elementos eram tratados dentro do campo jurídico, na era em que a concepção jus positivista vigorava. Alexy traz como terceiro elemento essencial para a compreensão do conceito de direito a pretensão da correção material, *dar a cada um o que lhe é devido*, brocardo máximo da Justiça.

Neste ponto, referente à tese da vinculação, Alexy traz o argumento da correção à tona³². Neste argumento, tanto as normas e decisões jurídicas individuais como o sistema jurídico como um todo formulam uma *pretensão à correção*. *A contrario sensu*, normas, decisões e sistemas jurídicos que não formulam implicitamente ou explicitamente esta pretensão não são sistemas jurídicos. Neste ponto, argumenta-se pela *não existência* destes institutos.

Todavia, Alexy cita o caso em que estas normas e sistemas jurídicos formulam a pretensão de correção, mas não a satisfazem. Neste caso, seriam defeituosos. Cabe aqui trazer, para uma melhor compreensão do renomado autor, a teoria dos três

³⁰ *Ibidem*, pg. 67

³¹ ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Pg. 15

³² Op.cit, pg. 15

planos, sistematizada pelo célebre constitucionalista Pontes de Miranda³³, que tratam da existência, validade e eficácia de uma norma. Como o renomado jurista Marcondes explica, utilizando-se da teoria dos três planos:

*“A norma que possui dois elementos, conteúdo e forma, e observa quatro pressupostos, objeto, editor normativo, mínimo de eficácia ou recognoscibilidade social e não concretização de intolerável justiça, existe no mundo jurídico, é uma norma jurídica. Isso não significa que ela seja válida. A norma existente pode ser válida ou inválida, quer dizer, estar de acordo com o direito globalmente considerado ou contrariá-lo”*³⁴.

Assim, embora não expresso por Alexy, chega-se a uma conclusão: a pretensão de correção, vale dizer, a justiça, não interfere apenas no plano da existência jurídica, mas também no da validade. Mesmo que uma maioria esmagadora de normas exista no plano jurídico, haja visto que somente a dita justiça intolerável afeta a existência de uma norma no plano jurídico³⁵, elas podem ser *inválidas*. Assim, não é de todo correto afirmar que toda norma injusta não é direito, mas é correto afirmar que toda norma injusta não é direito válido³⁶.

Antes de adentrar o método da ponderação de Alexy, importante destacar contribuição de Ronald Dworkin no campo jurídico. Até pouco tempo atrás, principalmente na fase em que o juspositivismo vigorava, a Ciência do Direito apenas trabalhava com regras, e, portanto, subsunção.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1999/2000 apud MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pg. 56.

³⁴ PIRES, Luis Manuel e MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. Pg. 56.

³⁵ Neste sentido, a pergunta que se faz é: o que vem a ser uma injustiça intolerável? O professor Marcondes, ao tratar da justiça na supracitada obra “Um diálogo sobre a justiça”, sobre o que é justo, o faz à luz de um direito positivado ou normativista, isto é, um conjunto de normas vigentes numa dada comunidade, adotando, pois, uma análise de teoria do direito e não de filosofia do direito. Neste sentido, tendo em vista a teoria dos três planos de Pontes de Miranda, disserta o professor Marcondes dos requisitos para que se configure uma injustiça intolerável, que fulminará a própria existência da norma. Destaca-se: 1. Trata-se da violação ao núcleo essencial dos direitos humanos básicos, ou seja, direitos positivados ou implícitos na Constituição Federal, que se fundamentam na concretização da dignidade da pessoa humana, sendo estes direitos uma esfera que jamais deve ser restringida, sendo o núcleo mantida independente das circunstâncias fáticas e jurídicas. Op. Cit, pg. 60.

³⁶ Recentemente, em matéria jornalística do UOL, intitulada “O remédio de R\$ 6 milhões e o dilema na saúde pública”, veio à tona uma discussão de “fazer uma balança” entre “escolher gastar para salvar uma única vida, ou gastar para salvar outras milhares de vidas”. Apesar de não mencionado na matéria, tal balanço já fora feito na história, isto é, no contexto da Alemanha Nazista, em que pessoas portadoras de deficiência, físicas e/ou mentais, eram sistematicamente mortas com o condão de “melhorar a raça”, vale dizer, uma justificativa Eugênica. Tal matéria, e eventual norma que dispusesse acerca de “uma balança voltada para os mais saudáveis”, são excelentes exemplos de possíveis normas que não só seriam injustas, e portanto não condizentes com o ordenamento, mas também de normas tidas como justiça intolerável, o que se traduziria em sua não existência, uma vez que violam núcleo essencial de direito humano básico. Para mais detalhes, à respeito da matéria: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/dilema/> (Acessado em 15/10/2022, às 18h39).

Ronald Dworkin notou a existência no sistema normativo de outros tipos de normas, que geram uma razão para decisão, mas não uma razão conclusiva³⁷. Essas razões, que baseiam em decisões de casos por tribunais, Dworkin chama de princípios.

Como elucida o jurista Marcondes, Robert Alexy aprimorou a teoria dos princípios de Dworkin³⁸. Primeiro, os princípios seriam mandatos de otimização: otimiza-se, concretiza-se um valor tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas; princípios são nada mais que valores positivados no direito. A importância de um valor depende da situação e circunstância do caso concreto, sendo relativos.

Os princípios, que são os valores positivados, estão sempre em conflito. Escolher a incidência de um princípio implica um juízo de valor, o que não significa, para Alexy, que incidirá sempre a valoração subjetiva, pessoal ou individual, aos princípios. Isso se pode observar na *lei de colisão*:

*“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”*³⁹.

Neste mesmo sentido, na *lei de ponderação*:

*“Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”*⁴⁰.

Ora, depois de séculos em que vigorou concepção juspositivista, temos aqui uma retomada da conexão da valoração moral à aplicação do direito. O ato de operacionalização do direito não é “mera política”, mas um ato que tem um fim, que é o da promoção da Justiça, razão de ser do Direito.

Como o professor Marcondes destaca, de forma bela e sucinta, acerca do papel do direito:

*“Do ponto de vista científico, o direito existe para a felicidade das pessoas, não de apenas algumas, não da classe dominante, não de todos os poderosos, mas de todas as pessoas [...] Exige-se um perfeito equilíbrio, uma perfeita composição de interesses. Exige-se, enfim, uma decisão justa. Eis o segundo passo: Justiça no plano da validade é a decisão que na medida do possível contribua para a máxima felicidade de todas as pessoas, é, portanto, a composição perfeita dos interesses humanos”*⁴¹.

³⁷ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 57 apud MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pg. 33

³⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pg. 33.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Pg. 99

⁴⁰ *Ibidem*, pg. 167.

⁴¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pg. 69.

Depreende-se que, na atualidade, a valoração moral é imprescindível não só na aplicação, mas na compreensão do direito. Não se tem mera idealização de um sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata de natureza humana, a exemplo do espantalho que o positivismo jurídico criou para elevar-se. Tem-se princípios e valores, cuja aplicação pressupõe um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana, do seu caráter permanente, porém mutável no tempo e espaço, que há de variar em cada caso concreto.

Por isso a pertinência do *Método da Ponderação* de Alexy, haja visto que sua aplicação não se baseia numa mera ficcionalidade, “mera política” ou qualquer outra coisa: se baseia, simplesmente, na complexa realidade fática, reconhece o seu caráter mutável e complexo, e tenta se adaptar para melhor concretizar o objetivo do direito, a Justiça: dar a cada um o que lhe é devido.

Ante o exposto até aqui, percebe-se que houve um considerável avanço e superação do *desafio kelseniano*, vale dizer, de que é possível, ante as várias soluções dadas a uma controvérsia jurídica, chegar a um resultado mais correto do que o outro, e que se utilizar da *Integração da norma*, sopesando vários princípios de um caso concreto, podem sim chegar a um resultado mais correto e adequado, sendo esta uma questão jurídica, própria do âmbito de atuação do Judiciário.

Neste sentido, uma vez contextualizado o desafio kelseniano, isto é, o seu surgimento na acepção juspositivista, caracterizado, e por fim defrontado frente à história, pretende-se, no próximo capítulo, apresentar-se a perspectiva *jusnaturalista clássica*, principalmente para definir a acepção da Justiça como elemento legitimador da atuação do Judiciário, ao atualizar a norma e valer-se de critérios de Integração da Norma para tal fim.

Aliás, no escopo deste trabalho, *argumenta-se* que a filosofia e o Método de Ponderação de Robert Alexy possuem uma unidade ontológica do jusnaturalismo clássico, isto é, trata-se de uma retomada dos principais

2. A Legitimação da atuação do Judiciário

2.1 A proposta do jusnaturalismo clássico

O jusnaturalismo clássico é uma corrente que não compreende o direito, e os princípios que o regem, em função das normas positivas. Direito e justiça são conceitos afins que se inter-relacionam, sendo impossível fazer uma separação, tal qual pretendia a concepção juspositivista. Acerca da aceção do emprego da expressão *direito*, José Pedro explica de forma sucinta:

*“A expressão direito, correspondente ao latim ius, é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de iustam (o justo objetivo), lex (a norma de direito), licitum e potestas (direito subjetivo) e iurisprudencia (ciência do direito). Trata-se de um termo análogo, isto é, que tem sentidos diversos mas relacionados entre si”*⁴².

Continua o autor, acerca da *lei natural*:

*“É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaboradas arbitrariamente pelo legislador. Há uma justiça anterior e superior à lei escrita, há direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural”*⁴³

Pode-se aferir duas características principais da *lei natural*: 1. O direito natural é tido como um direito essencialmente moral, vale dizer, direito e moral são conceitos que se inter-relacionam, sendo a moral, neste contexto, tida como sinônimo de Justiça; 2. O direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos primeiros princípios de moralidade.

Antes de prosseguir a discussão, vale fazer uma distinção do conceito clássico de direito natural, e o conceito advindo do sistema racionalista e individualista. Isto se dá pois, geralmente, as críticas advindas do sistema positivista tendem a serem feitas ao sistema racionalista⁴⁴, quando não é criado um espantalho de jusnaturalismo abstrato e dedutivo⁴⁵.

⁴² DE SOUSA, José Pedro Galvão. Direito natural, direito positivo e estado de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pg. 5.

⁴³ *Ibidem*, pg. 5.

⁴⁴ Neste sentido, pertinente a observação de Bobbio quanto ao que classifica como “jusnaturalistas racionalistas estatais”, que concebem o direito natural como “estado ideal” das coisas, único, que serviria de guia para as leis positivas. Temos Montesquieu como um jusnaturalista racionalista estatal, além de Hobbes, que idealizavam um estado de natureza que, para ser superado, culminaria em um *contrato social*. Percebe-se aqui uma visão *individualista* do ser humano, que viveria isolado em um *estado de natureza*, em contraposição à concepção aristotélica do homem como um *animal político*.

⁴⁵ Como Miguel Reale destaca, acerca deste embate: “Alteram-se os sistemas, mudam-se as doutrinas e os regimes políticos, e nem bem se proclama que ele [o direito natural] está morto, definitivamente morto, ressurgue das cinzas com renovada vitalidade” (REALE, Miguel. REALE, Miguel. “Lições preliminares de direito”. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 311).

Como José Pedro explica⁴⁶, o *conceito clássico* do direito natural pauta-se nas seguintes características: 1. Princípios da moralidade, cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana. Caráter permanente e variável do direito natural, conforme se trate dos princípios primeiros ou de suas aplicações; 2. É o fundamento do direito positivo; 3. Primado na lei natural, fundamento objetivo do direito.

Já quanto ao *conceito pautado em sistemas racionalistas e individualistas*: 1. Sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata de natureza humana; 2. Ideal do direito positivo; 3. Predomínio dos direitos naturais subjetivos.

Como se depreende, não se propõe o jusnaturalismo clássico oferecer uma mera idealização de um sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata de natureza humana. Muito pelo contrário, reconhece-se a variação da moral e do direito, no espaço e no tempo, não sendo o *direito natural clássico* um *direito ideal*, tal qual pregava a doutrina positivista.

À título de comparação com a concepção juspositivista, John Finnis, ao tratar da definição do direito, indaga se seria possível fazer uma avaliação do direito, como uma espécie de instituição social (se assim fosse possível considerar), de uma maneira *value free*, isto é, isento e isolado da moral⁴⁷, tal qual propôs-se Kelsen. Todavia, como logo é apontado e desmistificado pelo autor norte americano:

“The development of modern jurisprudence suggests, and reflection on the methodology of any social Science confirms, that no theorist can give a theoretical description and analysis of social facts without also participating in the work of evaluation, of understanding what is really good for human persons, and what is really required by practical reasonableness”.

Neste sentido, pode-se afirmar que uma descrição do direito *isenta de moral* não só é insuficiente, como toda e qualquer tentativa necessariamente implicará em uma inclusão implícita dos próprios valores na conclusão, aderidos a uma finalidade.

Não à toa, como demonstrado anteriormente, Kelsen, ao querer fazer uma descrição pretensamente *não valorativa, neutra e científica* do direito, acabou por meramente transferir o local de verdades dogmatizantes à figura do Estado. Todavia, novamente, pode-se cair na problemática do *desafio kelseniano*, isto é, o que será

⁴⁶ DE SOUSA, José Pedro Galvão. Direito natural, direito positivo e estado de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pg. 13.

⁴⁷ FINNIS, John. Natural Law & Natural Rights, second edition. Oxford. Oxford University Press, 2011, pg. 3

realmente tido como direito pelo jurista? O que deverá integrar ou não o campo de análise e atuação do operador do direito? John Finnis questiona-se sobre, de forma semelhante:

“It is obvious, then, that the differences in description derive from differences of opinion, amongst the descriptive theorists, about what is important and significant in the field of data and experience with which they are all equally and thoroughly familiar”⁴⁸.

John Finnis encontra a solução na identificação de um “*Central case and its Focal meaning*”. Em apertada síntese, através da exploração dos vários significados acerca de um determinado termo (mas sem perder de vista o princípio ou razão desta pluralidade de significados atribuídos), se poderia não só categorizar determinado termo e/ou instituto, mas também se diferenciar e apontar as nuances, sejam negativas ou positivas, de determinado termo.

Assim, através da utilização da identificação do “*Caso central*”, se poderia diferenciar o direito maduro do subdesenvolvido, o sofisticado do primitivo, o florescente do corrupto, o espécime comum do espécime divergente⁴⁹. Como exemplifica o autor:

“So there are central cases, as Aristotle insisted, of friendship, and there are more or less peripheral cases (business friendship, friendship of convenience, cupboard love, casual and play relations, and so on: see VI.4). There are central cases of constitutional government, and there are peripheral cases (such as Hitler’s Germany, Stalin’s Russia, or even Amin’s Uganda)”⁵⁰.

De forma semelhante, indaga-se José Pedro de como distinguir o mal do bem, o injusto do justo⁵¹. Por fim, chega à conclusão de que outra norma não teria que não a da natureza, sendo necessário unir o conceito de justiça a um conceito de bem. Pretende-se, no capítulo 2.2, discorrer acerca da conceituação do que seria o bem e sua relação com a justiça, importante pilar que não só sustenta o direito, mas legitima a atuação do Judiciário.

Por fim, ante a breve apresentação, pergunta-se: o que deverá o teórico e operador do direito contar como *direito* para propósitos não só de descrição, mas como âmbito de atuação?

⁴⁸ *Ibidem*, pg. 9

⁴⁹ À título de demonstração, John Finnis utiliza como metáfora o *tipo ideal* de Max Weber, por tentar se definir determinado conceito pelo seu “significado essencial”.

⁵⁰ FINNIS, John. *Natural Law & Natural Rights*, second edition. Oxford. Oxford University Press, 2011, pg. 11

⁵¹ DE SOUSA, José Pedro Galvão. *Direito natural, direito positivo e estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pg. 47.

Ora, poderíamos ter em mente o direito como um conjunto em que as normas e o sistema jurídico venham a possuir uma perfeita legalidade e coesão conforme o ordenamento, plena eficácia social e plena formulação e concretização de pretensão de correção material⁵².

Quanto mais uma decisão judicial vir a realizar estes pressupostos, mais justa esta será; quanto mais se afastar destes pressupostos, mais tendente à injustiça será; desse modo, temos um critério de conceituação de direito que foge do simples “conjunto de normas ou regras coercitivas positivadas”. Destaca-se aqui que não se defende meramente a *pretensão de correção material* (mormente a sua extrema importância), mas também se defende a *legalidade e plena eficácia social da norma*.

Assim, temos um critério que irá simplesmente afirmar o que é direito, o que se afasta deste direito e o que jamais poderia sequer vir a se concretizar como direito no plano da existência, por seu afastamento completo do *central case*. Neste sentido, podemos *aferir*, sem medo, de que a concepção juspositivista **não é direito válido**, pois falta importante pressuposto, que é a *pretensão da correção material*.

Feita esta análise, passa-se à análise da conceituação e legitimação da *pretensão de correção material*, ou em outras palavras, da conceituação da pedra angular que sustenta o direito, e legitima a atuação do Judiciário: a Justiça.

2.2 Há direito sem justiça?

É evidente a complexidade dessa questão que toda filosofia do direito pretendeu responder, seja negando, como se pretendeu a visão positivista, a incidência e relação dos conceitos, ou seja afirmando estes conceitos, de forma moderada ou radical.

Para fins didáticos, uma vez que corrobora e exemplifica a tese e problemática deste trabalho (atualização e integração da norma feita pelo judiciário), se adotará aqui os ensinamentos de Franco Montoro a respeito do tema. Ao tratar da questão axiológica da justiça no âmbito jurídico, indaga-se o renomado jurista:

“Mas, que é a justiça? Quais as suas características, sua natureza, suas espécies, seu fundamento? E os demais valores jurídicos – a segurança, o

⁵² Novamente, destaca-se aqui que critérios como a legalidade e a eficácia social não são próprios do direito positivo, mas também integram a concepção jusnaturalista clássica. Como se expôs, não é um direito ideal, abstrato, imutável, pelo qual a lei positiva irá perseguir eternamente. Muito pelo contrário, é uma concepção calcada no conhecimento objetivo e mutável da natureza humana.

interesse social, a ordem, o bem comum – são opostos, redutíveis ou irredutíveis à justiça?”⁵³

Nesta toada, Montoro segue enumerando diferentes perspectivas acerca do direito. Por exemplo, pode-se analisar o direito simplesmente como um sistema de normas positivas que regem a vida de determinada comunidade. Como demonstrado inúmeras vezes ao longo deste trabalho, tal concepção mostrou-se insuficiente e, por vezes, até mesmo *letal*, ao longo da história.

Todavia, como destaca o jurista, poderá se analisar o direito como exigência da justiça. Como outrora definido acerca da acepção da palavra *direito*, podendo ser tida como “*iustam* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *iurisprudentia* (ciência do direito), o direito, *ius*, não se confundiria com a *lex*⁵⁴.

Nesse sentido, “*direito é propriamente aquilo que é devido por justiça a uma pessoa ou comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem, a educação é direito da criança... A essa acepção corresponde a expressão clássica “dar a cada um o seu direito”*”.

Como destaca Montoro, o sentido fundamental da justiça é a *virtude*. É a virtude da convivência humana, significando, fundamental, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens. A justiça se opõe a tendência egoísta e individualista, exigindo que se respeitem os direitos e as pretensões das demais pessoas⁵⁵.

Complementa o jurista seu pensamento citando Aristóteles, que ao tratar da justiça em seu exercício *mais amplo*, chega a conclusão de que nada mais é do que a concretização da *virtude*, isto é, o exercício das virtudes dentro da *justa medida*, de forma habitual.

Em *Ética à Nicômaco*, Aristóteles dividiu a justiça, no que tange a aplicação desta *em sentido estrito*, de duas formas: a distributiva e a comutativa. A primeira revela-se na máxima *suum cuique tribuere*, isto é, dar a cada um o que lhe pertence, versando, portanto, sobre a distribuição *equitativa* de bens e serviços. Já a justiça comutativa representa uma ideia de reciprocidade.

⁵³ MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, 33ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pg. 160

⁵⁴ *Ibidem*, pg. 162. Montoro destaca que os gregos também faziam essa distinção, atribuindo o direito, isto é, o “devido” ou “justo”, a palavra *dikaion*, e à lei, *nomos*.

⁵⁵ *Ibidem*, pg. 165.

Como elucida Montoro, as exigências de justiça são objetivas, fundamentando-se na igualdade fundamental dos homens e impõe deveres que não dependem de convenções ou contratos⁵⁶.

Todavia, como apontado anteriormente por José Pedro, a Justiça, ou a aplicação moral do direito, supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana, de caráter permanente e *variável do direito natural*, isto é, irá se modificar ao longo do tempo conforme a evolução dos valores de uma determinada sociedade.

Tentar se extrair dessa concepção normas justas, e aplicá-las de forma eficaz não é uma tarefa fácil. É algo carregadíssimo de ideologia, de diferentes interpretações, de diferentes contradições, tal qual o ser humano.

Se poderia alongar nos mais diversos exemplos de leis injustas concebidas ao longo da humanidade, simplesmente porque era a *moral vigente* da época. Leis eugenistas concebidas na França do século XIX, que se desenvolveram nos Estados Unidos e na Alemanha do século XX; o poder de vida e morte que o *pater familiae* tinha sobre sua família, podendo vir a concretizar o infanticídio se assim entendesse; a condição da mulher, no âmbito normativo, até metade do século XX, etc.

São inúmeros os casos em que se poderia argumentar que na verdade uma determinada moral vigente em uma sociedade viesse a ser injusta, logo, as leis oriundas seriam inevitavelmente injustas. Neste sentido, algumas ponderações são feitas pelo magistrado João Del Nero.

2.3 Renovar as leis, o homem, a sociedade ou o Judiciário?

Ante o exposto até aqui, chega-se a conclusão tácita de que o Direito necessita adaptar-se às novas realidades sociais, políticas e econômicas, de modo a encarar os problemas de uma sociedade interdependente, constantemente em mutação, ainda mais em um contexto de globalismo tal qual vivemos hodiernamente.

Como pondera o jurista João Del Nero, o problema fundamental não é a busca por leis perfeitas⁵⁷, mas sim o *Ethos*. Cita exemplos de leis formalmente perfeitas que

⁵⁶ *Ibidem*, p. 204

⁵⁷ NERO, João Del. Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. P. 93.

não são cumpridas, principalmente quando possam prejudicar membros mais poderosos da sociedade, o que revelaria um problema moral.

Nessa toada, continua o autor a defender a tese de que os fatores morais são imprescindíveis, uma vez que a reforma do Direito somente pelas leis relegaria a um plano secundário a crença de que a injustiça, na verdade, se encontra no coração dos homens.

Neste sentido, não bastaria a reforma das leis. Seria necessário transformar o espírito do homem, que causaria a injustiça, a crueldade, a exploração e o crime. Citando Pontes de Miranda, o magistrado afirma que o fracasso da democracia em países latinos foi “*falta de lastro moral*”⁵⁸. Assim, reflete Del Nero:

“Conclui-se, portanto, que a nova ordem jurídica – em que haja maior igualdade e justiça plena entre os homens e que seja mais humana – não provirá apenas de novas instituições; de novas leis [...] provirá especialmente, de “novo espírito”.

Novas instituições e novos sistemas não trarão, necessariamente, como se afigura a eminentes juristas e mesmo a Ripert, o ‘novo espírito’. Este provirá, principalmente, da renovação moral do homem que interpreta e aplica a lei”

Todavia, merecidíssima atenção deve ser dada à *Superestrutura*. Autores socialistas, como Pachukanis, atribuem grande parte das injustiças existentes no Ocidente à própria existência do capitalismo, isto é, o direito seria indissociável do *modo de produção capitalista*, logo, existiria tão somente para cumprir os interesses da classe dominante, detentora dos meios de produção, isto é, a burguesia⁵⁹.

Neste sentido, para o autor socialista, dada a equivalência entre a forma jurídica e a forma mercadoria, esta preconizada por Karl Marx, haveria de se ocorrer uma superação desse *modo de produção*, para que houvesse uma mutação do direito à uma forma mais justa, principalmente para com a classe trabalhadora, de modo que seus interesses (nesse contexto: direitos) fossem devidamente resguardados.

Não se propõe essa monografia a uma tomada de posicionamento, até porque não houve o adequado desenvolvimento e amadurecimento de ideias, principalmente no que tange a resposta à pergunta “O que é o Justo? Como se pode alcançar e

⁵⁸ *Ibidem*, p. 97

⁵⁹ Em julgamento finalizado na data de 08/06/2022, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu acerca do caráter do rol de tratamentos dispostos pela ANS, que seria de cunho taxativo, embora mitigado em alguns casos específicos. Foi um duro golpe aos consumidores, que se encontraram em situações que seus tratamentos passaram a não serem mais cobertos, da noite pro dia, em função da decisão elencada. Este é só mais um caso material que corrobora com a tese de que, dado o conflito de interesses, prevalecerá a opção que mais trará lucro, a despeito de outros princípios tidos como essenciais por nosso ordenamento, como o direito à saúde.

concretizar o Justo?”. Como elencado, a ideia de Justiça não é uma concepção universalmente válida, imutável, mas sim algo que irá se alterar para abarcar as necessidades de cada povo, em cada época.

Todavia, como defendido anteriormente, **há a possibilidade de se chegar a uma concepção mais justa do que a outra**, principalmente em sede de atuação do Judiciário em determinado caso concreto. Como defendido no capítulo 2.1, através de John Finnis, se pode eleger um *Central Case and its Focal meaning*, categorizando determinado termo e/ou instituto, mas também se diferenciando e apontando as nuances, sejam negativas ou positivas, de determinado termo. Assim, se poderia apontar a ideia de algo *primitivo ou desenvolvido*, algo mais *Justo ou Injusto*, etc.

Nesse sentido, independente da linha adotada, isto é, de que o Injusto deve ser superado através de uma *“evolução moral do homem”*, ou de uma evolução e superação do modo de produção capitalista, é imprescindível apontar o fio condutor, o *Caso Central e seu Ponto Focal*, importantes para delimitar o que é Justo ou não nos tempos atuais, que são os Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU⁶⁰, de 1948, foi um importante passo que serviu como fio condutor para as legislações de todos os países. Dada a pluralidade de crenças e convicções de cada povo, a Declaração Universal, um rol de diversos direitos tidos como *essenciais* para o ser humano, tornou-se uma espécie de *direito universal* para os povos, *“não sendo essa uma declaração exaustiva e definitiva, como a catalogada na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948, mas relacionada com o estado da consciência moral e da civilização de uma época dada da história.”*⁶¹

Conforme se verá na análise de casos concretos, a concretização e satisfação de princípios atrelados aos Direitos Humanos acabou por assumir importante papel, sendo exaustivamente levado em conta pelos Tribunais Constitucionais ao se decidir acerca de determinada controvérsia.

⁶⁰ Muito importante destacar que tal declaração se inspirou na obra de Jacques Maritain, “Os direitos do homem e a lei natural”.

⁶¹ Trecho do instituto Jacques Maritain. Disponível no link: <http://maritain.org.br/fundamentos-filosoficos-dos-direitos-humanos-segundo-jacques-maritain/>

3. ESTUDO DE CASOS PRÁTICOS

3.1 Breves considerações ao controle de constitucionalidade brasileiro

No modelo austríaco de controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos gerais e provoca a eliminação do preceito, isto é, através de uma sentença constitutiva, a norma tida como inconstitucional é anulada do plano jurídico, mas, não emana seus efeitos para o passado (efeito *ex tunc*). É o que se chama no modelo kelseniano de papel do legislador negativo⁶².

O papel do tribunal Constitucional, segundo Kelsen, seria o de um *legislador negativo*, cujo papel seria o de frear decisões arbitrárias do Legislativo, retirando normas declaradas inconstitucionais.

Claro, como demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, não era aberto à interpretação a utilização de técnicas como a integração da norma, ou ponderação de princípios, tendo em vista a crença em alguns dos postulados positivistas definidos anteriormente, como a questão da *completude e coerência do ordenamento jurídico*⁶³.

No que tange a *completude* do ordenamento jurídico, Kelsen elaborou a teoria da norma fundamental para sustentar e assegurar a unidade formal do ordenamento, isto é, seria uma norma que criaria a suprema fonte do direito, que autorizaria ou legitimaria o supremo poder existente num dado ordenamento a produzir normas jurídicas⁶⁴.

⁶² JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Técnicas de decisões intermediárias constitucionais: a superação do legislador negativo e a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal. Revista do IBEDAFT: Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, São Paulo, Ano 3, vol. V – Jan/jun/2022, p. 253~283

⁶³ A crença na completude do ordenamento jurídico nos leva à ideia de que somente as normas seriam fontes válidas do direito, descartando-se outras formas de interpretação mais “abertas”, tal qual a integração. Destarte, como apontado anteriormente, ao se definir como única fonte válida do direito o poder legitimado a pôr estas normas em primeiro lugar, quem, ou o quê, legitima tal poder a pôr as normas?

⁶⁴ Novamente, como destacado anteriormente no capítulo 1.2, o que Kelsen fez na prática foi atribuir todo o local das verdades dogmatizantes à figura do Estado, à revelia de toda e qualquer forma crítica de se enxergar o direito, pois afinal, a “moral” e a “justiça” seriam inseguros e imprevisíveis demais para se garantir a coesão e estabilidade do ornamento jurídico. Na prática, como apontado anteriormente, isso apenas transformou o direito em uma “moral do Estado”, que estaria legitimado a agir e exercer o seu poder ao seu bel prazer, pois estava legitimado em uma *norma fundamental*, que poderia ser modificada pelo próprio Estado.

Todavia, como apontado anteriormente, o desenvolvimento histórico do direito levou juristas, como Dworkin⁶⁵, a enxergar no ordenamento a existência no sistema normativo de outros tipos de normas, que geram uma razão para decisão, mas não uma razão conclusiva, isto é, os princípios.

O reconhecimento da existência de princípios que regeriam o ordenamento jurídico fez com que os Tribunais Constitucionais não mais meramente agissem como um “legislador negativo”, somente verificando se tal norma viesse a se adequar ao âmbito constitucional. Passou-se a reconhecer a possibilidade de não aplicação de determinada norma tida como inconstitucional, além da possibilidade de se anular os seus efeitos produzidos no passado (*ex tunc*).

No Brasil, tal modelo de controle de constitucionalidade, uma herança do modelo estadunidense⁶⁶, em que se admite que qualquer magistrado ou Tribunal possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la ao caso concreto, está previsto nos artigos 97 e 102, III, a, b e c, da Constituição Federal. Vale apontar que, tal qual o modelo estadunidense, via de regra, havendo a nulidade da norma, a decisão tem eficácia retroativa (efeitos *ex tunc*)⁶⁷.

Fica claro que a Constituição optou pelo reconhecimento da nulidade da lei, independente de manifestação do STF, sendo este um princípio implícito. Todavia, há algumas ponderações a se fazer quando o reconhecimento de nulidade da lei parte do próprio Supremo Tribunal Federal.

Existem situações em que o STF, ao julgar determinado caso, reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, mas percebe que extirpá-la do ordenamento pode vir a causar prejuízos ainda maiores do que permitir os seus efeitos, vale dizer, tentar corrigir o vício da norma inconstitucional, que violou princípios quistos pelo ordenamento, na verdade poderia acarretar em ainda mais violações.

Para não se permitir que norma inconstitucional viesse a produzir mais efeitos, mas ao mesmo tempo também não vilipendiar outros princípios quistos do

⁶⁵ Há uma descrição mais detalhada acerca dos princípios no tópico 1.3, “*tendências contemporâneas e o legado de Kelsen*”

⁶⁶ JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Técnicas de decisões intermediárias constitucionais: a superação do legislador negativo e a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal. Revista do IBEDAFT: Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, São Paulo, vol. V – Jan/jun/2022, p. 253~283

⁶⁷ LUNARDI, Soraya. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos *apud* JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha, op.cit.

ordenamento ao se declarar a “súbita nulidade” de uma norma, surgiu a necessidade de se fazer a *modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade*.

É o que se extrai do artigo 27 da lei nº 9.868/99⁶⁸, que reconheceu o caráter *não dicotômico* do direito, isto é, se haveria subsunção ou não da norma, se determinada norma seria constitucional ou inconstitucional⁶⁹, etc. Ficou consagrado, em sede de ADI, a possibilidade no que tange à produção de efeitos, a partir do trânsito em julgado, de eficácia *extunc* (como regra geral), *ex nunc* e até efeitos futuros.

Vale acrescentar que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como delimita o parágrafo único do art. 28⁷⁰, “*têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*”.

Dessas decisões, em que há uma ponderação de valores e princípios constitucionais, denominam-se *sentenças atípicas, interpretativas ou intermediárias*⁷¹. Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos afirmam que essas decisões intermediárias podem ser classificadas em interpretativas e construtivas⁷².

Nas *decisões interpretativas*, o Tribunal confere ou rejeita uma decisão que poderia ser extraído da norma, obtendo-se o sentido que mais de acordo com a Constituição, ou suprimindo as interpretações e sentidos tidos como inconstitucionais.

Há diversas formas do Tribunal tecer **decisões intermediárias** tidas como interpretativas. A técnica da *Interpretação conforme a Constituição* é uma delas, em

⁶⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁶⁹ Não só em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ocorrer a modulação de efeitos. Com as leis nº 8.868 e 9.882, é facultado ao STF modular os efeitos temporais, por exemplo, acerca da declaração da inconstitucionalidade de atos normativos em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADIs, ADCs e ADPFs)

⁷⁰ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁷¹ JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit.

⁷² BARROSO, Luís Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade *apud* JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit.

que dada pluralidade semântica do texto legal, escolhe-se a interpretação que extrairá a norma tida como mais compatível com a Constituição.

Um excelente exemplo, apontado pelos juristas Igor Jorge e Yuri Jorge, no que tange à aplicação conforme a constituição:

“Um exemplo da utilização dessa técnica pode ser extraído do julgamento da ADI 3684. Nessa ação, decidiu-se sobre a constitucionalidade dos incisos I, IV e IX do art. 114 após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Alegou-se que tais dispositivos teriam atribuído jurisdição penal à Justiça do Trabalho, pois foi-lhe conferida jurisdição sobre qualquer controvérsia oriunda da relação de trabalho, incluindo-se o julgamento de habeas corpus

(...)

Ao fim do julgamento, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a segunda interpretação violava os princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural. Informou-se, ainda, que ao atribuir o julgamento de habeas corpus à Justiça do Trabalho não implica reconhecer jurisdição penal, pois essa ação poderia ser movida não somente em no âmbito da persecução penal.”⁷³

Outro exemplo de técnica utilizada em sede de decisão interpretativa é a técnica da Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto⁷⁴, em que o texto da lei não sofre nenhum tipo de reparo, mas a norma extraída sofre alterações, principalmente no que tange à delimitação do seu alcance.

Por fim, vale citar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador⁷⁵, em que há restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e um apelo para que o legislador supra a inconstitucionalidade por meio da edição de uma nova norma; há a técnica da interpretação em que se declara a inconstitucionalidade por omissão, e por fim, a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade, em que a constitucionalidade é amparada por uma situação de fato, que se modifica no tempo, eventualmente vindo a se tornar inconstitucional⁷⁶.

Quanto às **decisões intermediárias construtivas**, ou **manipulativas**, podemos citar as polêmicas *sentenças aditivas*, em que, tomando por base uma inconstitucionalidade por omissão parcial, o Tribunal procura “*adequar à Constituição*

⁷³ JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit, p. 263

⁷⁴ Op. Cit, p. 263

⁷⁵ Op. Cit, p. 266

⁷⁶ Um exemplo clássico é o julgamento do HC 70.514, que considerou constitucional lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública em matéria penal, até a sua devida estruturação.

uma norma pelo que ela deixou de incluir em seu programa”⁷⁷. Quanto à metodologia da técnica, explica o jurista Luís Roberto Barroso:

“A declaração de inconstitucionalidade, parte ablativa ou demolitória da decisão, incide apenas sobre a norma negativa implícita, que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão parcial. A parte reconstitutiva ou restaurativa do julgado é aquela por meio da qual se adiciona o conteúdo que faltava, para que a norma possa ser considerada plenamente constitucional. Na hipótese, a Corte declara a norma inconstitucional na parte em que não previu X”.⁷⁸

É polêmica tal metodologia porque muito além de definir o alcance, força e incidência da norma, se poderá chegar, analogamente, a casos de *legislação pelo Judiciário*.

Um caso emblemático foi o julgamento da ADPF 54, em que se reconheceu a possibilidade de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, incluindo assim, sem previsão expressa, uma nova excludente de ilicitude no art. 128 do Código Penal, pois mediante a conclusão de que o feto anencefálico não constituiria vida viável, entendeu o STF que não se configuraria crime de aborto.

Nessa toada, podemos citar as sentenças substitutivas, em que se declara a inconstitucionalidade pelo que se está disposto na norma, e não pelo que se omite, como na sentença aditiva.

Um exemplo de *sentença substitutiva* fora o julgamento da ADI 4.424, de relatoria do ministro Marco Aurélio, em que se afastou o cabimento de ação penal condicionada à representação em caso de violência doméstica contra a mulher, determinando-se assim que “os artigos 12, I, e 16 da lei nº 11.340/06 deveriam ser interpretados de forma a reconhecer a natureza incondicionada da ação penal nos casos de violência”⁷⁹.

Dessas decisões intermediárias, divididas em *interpretativas* e *construtivas*, diversas críticas são tecidas a respeito. Novamente, chega-se aos mesmos problemas elencados anteriormente, tal qual a *Insegurança Jurídica*, o *Ativismo Judicial*, e como bem apontado pelos juristas Igor e Yuri Jorge⁸⁰, uma suposta violação ao princípio

⁷⁷ JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit, p. 271

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto e MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade apud JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit, p. 272

⁷⁹ JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. Op. Cit, p. 274.

⁸⁰ Op. Cit, p. 275

democrático, uma vez que há alteração do conteúdo da norma produzido pelo Legislativo, não tendo os juízes legitimidade para tal alteração.

Em primeiro lugar, como muito bem apontado pelos juristas Igor e Yuri Jorge, a democracia está presente nas demais áreas, incluindo na atuação do Tribunal Constitucional, estando a democracia presente sempre que se pronuncia de forma legítima. Nesse sentido:

“A forma de exercer o controle democrático sobre o Tribunal Constitucional passa, naturalmente, pelo modo como são eleitos e por quem elege os seus membros; passa-se pela construção de um modelo democrático-pluralista aplicável à discussão interna dos processos (Jorge Miranda fala de pluralidade de correntes); passa pela fundamentação das suas decisões, pela publicidade destas e dos votos de vencido; passa pela discussão pública de suas decisões. Mas passa também por uma aplicação do modelo de checks and balances que permita que algumas das suas decisões ou segmentos de decisões não sejam consideradas intocáveis e insindicações. O controle democrático-representativo exercido sobre um órgão tão próximo do político supõe a possibilidade de algumas das suas decisões – ou algumas facetas das suas decisões – poderem ser colocadas em causa pelos outros tribunais ou até pelo legislador (para já não falar do direito geral de resistência dos cidadãos)”⁸¹

Nesse sentido, aponta-se para um horizonte de democracia deliberativa fundada na legitimidade do discurso⁸². E novamente, à despeito do que Kelsen defendia, não são essas decisões simples opiniões políticas do órgão julgador, mas sim decisões que tem em vista a efetivação de direitos, com base em regras e princípios extraídos da Constituição e de regramentos internacionais⁸³.

Por fim, quanto ao papel representativo dessas Cortes Constitucionais, é importante destacar a atuação nos casos em que são instadas a se pronunciar sobre demandas sociais que não foram satisfeitas em momento oportuno pelo legislador ou

⁸¹ CANAS, Vitalino. Os Efeitos das Decisões do Tribunal Constitucional: A Garantia da Segurança Jurídica, da Equidade e do Interesse Público. Revista Brasileiro de Direito Constitucional, N.2, jul./dez. *apud* JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. *Op. Cit.*, p. 275.

⁸² O que começou como reação à problemática da moldura de Kelsen, através da obra *Tópica e jurisprudência*, de Theodor Viehweg, acabou por evoluir e culminar em um modelo de democracia contemporânea feita a base de argumentos, ou *topois*, em que a Corte Constitucional seria mais um “representante da sociedade”, que ponderaria os valores e princípios da sociedade frente a determinado caso concreto. Apesar de diversas contradições na materialidade, que não serão abordadas em sede desta monografia, mister elencar que este é um modelo muito mais democrático e representativo do que o que fora defendido aqui no Brasil, principalmente durante o período da ditadura militar. Não à toa, o regime tecnocrata defendia e disseminava tanto o estudo de Kelsen e da teoria juspositivista nas grades das faculdades de direito, pois se pretendia a manutenção de um *status quo* em que se concentravam as verdades dogmatizantes na figura do Estado, à revelia dos valores e costumes de uma sociedade tão rica e diversa quanto a brasileira.

⁸³ Novamente, remete-se ao tópico 2.3, para se destacar o parâmetro central na elaboração de normas e na fundamentação de decisões judiciais: a concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

quando atuam para suprir omissões inconstitucionais do Poder Legislativo. É o que se verifica do julgamento da ADI 4277, que será analisada a seguir.

3.2 A união estável homoafetiva: usurpação do Legislativo ou atuação legítima do Judiciário?

Ante o exposto até aqui neste trabalho, chegou-se a algumas conclusões pertinentes, tal como: 1. É necessário que, em um Estado Democrático de Direito, o Judiciário possa atuar e interferir e atuar nas outras esferas, para que possa concretizar o postulado máximo do próprio direito, isto é, a Justiça; 2. Ante a um caso concreto, em que será possível chegar a mais de uma interpretação, poderá o órgão julgador chegar a uma decisão mais correta do que a outra, não havendo um absoluto relativismo moral que irá pautar a decisão.

Para além do cumprimento dos requisitos de *Legalidade*, *eficácia social* e *pretensão de correção material*, precisará o Judiciário, por vezes em determinado caso concreto, ponderar determinados princípios que chocam entre si, para se chegar o mais próximo possível de uma sentença justa, que traga à tona e concretize o maior pressuposto humano, isto é, a dignidade humana. *Mister* destacar a enorme contribuição de Robert Alexy, com o seu *Método da Ponderação*.

Neste sentido, talvez não haja um caso mais emblemático que demonstre não só o quão longe pode ir o Poder Judiciário em seu campo de atuação, mas também o ganho *material* e *humano*, do que o caso do reconhecimento da união estável homoafetiva⁸⁴.

Trata-se de um caso clássico de descaso por parte do Poder Legislativo, que acabou “não regulamentando” aspecto essencial da vida civil para milhões de pessoas, isto é, o aspecto do matrimônio para pessoas do mesmo sexo, importante instituto para se garantir direitos mínimos e proteger a *sociedade de afeto*, isto é, a família.

Preliminarmente, é importante destacar que no julgamento da ADI 4277, no que tange à união estável homoafetiva, o debate no âmbito constitucional pautou-se em três hipóteses: *Silêncio Constitucional*, *Omissão Constitucional* e *Lacuna Constitucional*.

⁸⁴ ADI 4277

Em apertada síntese: 1. Na hipótese de *Silêncio Constitucional*, tem-se uma clara não previsão, deliberada e intencional, a fim de excluir a matéria apreciada do campo de incidência da Constituição e/ou norma. 2. Na hipótese de *Omissão Constitucional*, se trataria de uma “simples” não apreciação do Legislador, de modo que a matéria apreciada devesse ser “meramente” regulamentada e/ou implementada no futuro. 3. Na hipótese de *Lacuna Constitucional*, apesar de a matéria em questão não vir claramente expressa, haveria espaço para se realizar uma interpretação sistemática, aplicando-se as demais regras análogas junto dos outros princípios gerais que balizam e sustentam a matéria, vale dizer, normas de direito de família. Vale dizer, se trata do emprego do *Método da Integração*.

Acertadamente, o STF compreendeu que a união estável homoafetiva estaria dentro da hipótese de Lacuna constitucional, e acertadamente pugnou pelo seu reconhecimento, fortalecendo e consagrando assim diversos princípios já presentes em nosso ordenamento.

Quais princípios estavam em jogo? Na fundamentação da causa de pedir (fls. 618 e 619, do referido processo), alguns princípios foram destacados para que fossem interpretados e aplicados coerentemente com os ditames constitucionais, quais sejam:

I – Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II – Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV – Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V – Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral”.

Acertadamente, o STF compreendeu que a união estável homoafetiva estaria dentro da hipótese de Lacuna constitucional, e acertadamente pugnou pelo seu reconhecimento, fortalecendo e consagrando assim diversos princípios já presentes em nosso ordenamento.

Deste modo, diante da omissão legal do emprego do gênero dos indivíduos para discriminar quem poderia ou não constituir vínculo de matrimônio, o STF decidiu de modo a preencher a lacuna no sistema legal através da aplicação dos princípios gerais de direito, como possibilitado pelo artigo 4º da LINDB, e fazer valer a possibilidade de pessoas de mesmo gênero constituírem família por meio da união estável. Como estipulado pelo artigo 5º do citado diploma legal, o julgador há de atender aos fins sociais que a lei se propõe e às exigências do bem comum.

Ora, se o conceito constitucional de família deve ser entendido como norma de inclusão, sem restringir um modelo específico a ser seguido, a interpretação a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal não poderia fugir do fim social da norma e da promoção do bem comum em respeito ao princípio da dignidade humana.

Feito esta introdução preliminar, haveria de se perguntar: mas e se o STF decidisse pelo não provimento da ação? **Estaria uma decisão mais ou menos correta do que a outra?** O que fundamenta uma decisão ou outra, ao final das contas, **não se calcaria em critério mais político do que jurídico?**

Pois bem, já fora discutido de forma exaustiva a consequência, histórica e no campo de atuação do Judiciário, de tais concepções qu... Para se responder a pergunta, pretende-se fazer uma análise *em sentido contrário*, isto é, **o que estaria em jogo ao não se pugnar pelo reconhecimento da união estável homoafetiva.**

Na hipótese de não provimento, o Supremo Tribunal Federal acabaria por faltar com o cumprimento de tais princípios, em especial o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Com efeito, os dispositivos legais, ao conceituarem o termo “família”, não o fizeram de modo restritivo, isto é, especificando um tipo determinado de família que deveria de ser abarcado, mas sim de modo plural, o que possibilita o entendimento de tais normas como de inclusão.

Isto significa que, a interpretação a ser desenvolvida a partir da tutela constitucional da família não poderia permitir a restrição de direitos subjetivos ao negar a possibilidade de indivíduos do mesmo gênero de constituírem união estável.

Neste sentido, caso decidisse em sentido contrário, o STF teria descumprido explicitamente o princípio da isonomia (“*todos são iguais perante a lei, sem distinção*

de qualquer natureza”, art. 5º da Constituição Federal), já que incluiria no conceito de família, e por conseguinte de constituição de união estável/casamento, **o critério discriminatório do gênero dos indivíduos**, vedando a composição de família por dois homens ou duas mulheres. Em relação a este ponto, complementa Maria Berenice Dias:

*“o conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.*⁸⁵

Ora, se o conceito constitucional de família deve ser entendido como norma de inclusão, sem restringir um modelo específico a ser seguido, a interpretação a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal não poderia fugir do fim social da norma e da promoção do bem comum em respeito ao princípio da dignidade humana. Neste ponto, como ensina Maria Benenice:

*“A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais”.*⁸⁶

Quanto ao Princípio da Segurança Jurídica, é importante destacar que em nosso ordenamento o emprego da palavra família é usado tendo em vista os seguintes critérios⁸⁷: *dos efeitos sucessórios e alimentares, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias*. Embora com algumas peculiaridades, todos esses critérios são aplicados às entidades familiares presentes no art. 226 da CF.

Assim, o não reconhecimento da união estável homoafetiva acarretaria efeitos catastróficos, pois uma vez que não fosse considerada válida a incidência das normas que regulam o Direito de Família a essa modalidade de entidade familiar, simplesmente haveria **um enorme vácuo normativo**, em que cartórios e juízes poderiam decidir a seu bel prazer, abrindo espaço para discriminação e insegurança jurídica.

Por fim, quanto ao Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade, tendo em vista o exposto até aqui, suscita-se o seguinte questionamento: caso tivesse o STF decidido em contrário, pelo não conhecimento da União estável homoafetiva, qual

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 10ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2015, pg. 272

⁸⁶ *Ibidem*, pg. 274

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 36ª edição. Editora Saraiva Jur., 2022, pg. 25

seria o bem jurídico tutelado pelo nosso Ordenamento que seria “protegido” e elevado, em desfavor dos demais princípios supracitados, que seriam lesados?

A princípio, o único, e *questionável*, fundamento jurídico que seria elevado e preservado seria o de uma “**dita legalidade**”, vale dizer, a competência de o Congresso Nacional poder dirimir e decidir acerca da matéria.

Alguns juristas, à época do julgamento da ADI, como Ives Gandra Martins, defenderam a tese do Silêncio Constitucional ⁸⁸, manifestando-se contra o reconhecimento da união estável homoafetiva e, mormente o reconhecimento da pauta pelo Supremo Tribunal Federal, este último somente poderia ter enviado ao Congresso uma proposta de emenda à Constituição.

Felizmente, em votação unânime, o STF decidiu pelo devido reconhecimento e equiparação da união estável homoafetiva ao de uma verdadeira entidade familiar, atendendo aos fins sociais preconizados na Constituição Federal e em lei, isto é, uma Constituição que não discrimina e restringe o conceito de família a um só tipo, mas o amplia, permitindo aos seus cidadãos igualdade de tratamento na constituição de uma família, sem que haja alguma discriminação, como a feita em razão de gênero, por exemplo.

Percebe-se neste caso que, ante o descaso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário atuou de forma a concretizar princípios quistos em nossa Constituição.

⁸⁸ Aliás, não só Ives Gandra. Maria Helena Diniz, em obra citada nesta monografia (Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 36ª edição. Editora Saraiva Jur., 2022), também se posiciona de maneira semelhante. Defende a autora que seria um absurdo admitir o matrimônio de duas pessoas do mesmo sexo tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial (*op.cit*, pg. 68). Que entre pessoas do mesmo sexo, o máximo que poderia ser reconhecido no âmbito jurídico seria uma sociedade de fato, não um verdadeiro matrimônio tal qual o concebido na seara do direito de família, vale dizer, não seria uma sociedade de afeto (*op. Cit*, pg. 426). Vale frisar que Miguel Reale também é adepto da corrente do *Silêncio* Constitucional, chegando a afirmar que a união homossexual só poderia ser discutida depois de alterada a constituição, como destacou Maria Helena Diniz (*op. Cit*, pg. 435). Trouxe-se à tona tal posicionamento de juristas reconhecidos e aclamados na área do direito para se demonstrar que sim, ao fim do dia, trata-se da discussão inerente de valores e princípios que, dentro de uma sociedade multicultural e multifacetada, que passa por constantes mudanças, eventualmente entrará em choque com outros valores e princípios, ainda mais dentro do ambiente do Judiciário. **Não obstante**, como se defendeu de forma exaustiva ao longo deste trabalho, ante o choque destes valores, ou princípios, dentro de um contexto Jurídico, poderá sim se chegar a um resultado mais correto do que o outro, vale dizer, poderá se preencher uma moldura, em que tantas aplicações da norma são possíveis, de uma forma que sejam melhor atendidos os requisitos de *Legalidade*, *Eficácia Social* e *Pretensão de Correção Material*, vale dizer, poderá se chegar a uma interpretação que melhor cumpra com **a razão de ser do direito**: a concretização da Justiça.

4. CONCLUSÕES

O intuito deste trabalho foi explorar o tema da atualização e integração da norma feita pelo Judiciário, abordando questões como a legitimidade por trás do Judiciário em tal atuação, uma vez que muitas vezes há uma interferência na esfera de outros poderes estatais. Neste sentido, através da investigação da doutrina de jusfilósofos e de historiadores do direito, além da análise de casos concretos atuais, pretendeu-se elucidar a questão do papel do aplicador do direito no contexto de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, conclui-se:

Que (I) o que legitima a atuação do Judiciário, principalmente quando há descaso e/ou inação por parte dos outros poderes estatais, como o Legislativo e o Executivo, será a Justiça, elemento central indissociável do direito e que inclusive o legitima. É certo que as decisões constitucionais têm de observar limites e, muitas vezes, podem vir a se tornarem equivocadas. Todavia, eventual incapacidade do Judiciário em agir para concretizar o *justo* poderá desolar a sociedade, até porque os Tribunais Constitucionais são também uma esfera de representação democrática, que age visando efetivar e concretizar direitos e princípios extraídos da Constituição e dos regramentos internacionais.

Que (II) no âmbito de atuação do Judiciário, no que tange à interpretação da norma, poderá se chegar a uma decisão *mais correta* que a outra, vale dizer, não será *política* a decisão final de determinado caso, mas sim *jurídica*, tendo em vista que há critérios e técnicas hermenêuticas que apontam para uma decisão *mais justa*, como os critérios baseados na *Legalidade, Eficiência Social e Pretensão de Correção Material*.

Que (III) o papel do aplicador da norma, em um Estado Democrático de Direito, não é o de um simples “juiz boca de lei”, que simplesmente fará a *subsunção da norma* sem uma análise crítica do conteúdo desta, mas o de um juiz que irá agir em função do elemento legitimador do direito, isto é, a justiça. Tal postulado hoje é muito mais perceptível, uma vez que o aplicador do direito tem sempre de observar se a norma jurídica posta, e a sua decisão, não atingirão o núcleo essencial dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em determinado caso concreto. E se atingirem, se não haveria uma *justa e igual satisfação* de outro direito essencial

E por fim, (IV), se chegou à conclusão de que atualização da norma, e o uso de critérios integrativos da norma jurídica, como a analogia, costumes ou princípios gerais do direito, são essenciais para não só condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico, mas também aplicá-lo de forma justa, sempre tendo em vista o caso concreto, evitando assim a aplicação fria e mecanicista da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2017
2. ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011
3. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006
4. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2015
5. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, 36ª edição. Editora Saraiva Jur., 2022
6. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.
7. FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**, second edition. Oxford. Oxford University Press, 2011.
8. GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **O erro de Kelsen**. São Paulo: grupo GEN, 2020
9. JORGE, Igor Caminha e JORGE, Yuri Caminha. **Técnicas de decisões intermediárias constitucionais: a superação do legislador negativo e a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal**. Revista do IBEDAFT: Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, São Paulo, vol. V – Jan/jun/2022, p. 253~283
10. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Grupo GEN, 2021
11. DE SOUSA, José Pedro Galvão. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977
12. MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**, 33ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

13. NERO, João Del. **Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. P.
14. PIRES, Luis Manuel e MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012
15. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
16. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.