

HERMENÊUTICA JURÍDICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: PESQUISA AMOSTRAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Grazielly Alessandra Baggenstoss*

RESUMO: Para conferir legitimidade às decisões judiciais emanadas pelos tribunais superiores pátrios, por meio da fundamentação racional, fez-se um exame científico, de modo amostral, acerca da aplicabilidade do direito e sobre o método hermenêutico escolhido por aqueles órgãos jurisdicionais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Argumentação jurídica. Julgados brasileiros.

1 INTRODUÇÃO

Após explanar sobre variados pensamentos jurídicos que definem *princípio e regra*, Silva (2003) descreveu um fenômeno percebido no Brasil que denominou de sincretismo metodológico.

O sincretismo metodológico, de tal ponto de vista, consubstancia-se na adoção, pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, de teorias jurídico-hermenêuticas incompatíveis entre si. O esforço de adequação de teorias incompatíveis

* Doutoranda em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Mestra em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Especialista em Direito Processual pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Pesquisadora Jurídica pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em vinculação com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJur), advogada, autora de escritos jurídicos; e-mail: grazielly.baggenstoss@gmail.com.

acarreta um Direito aplicado impingido de contradições conceituais e estruturais.

Do método inadequado de aplicação jurídica observa-se, igualmente, a ausência de lisura na construção do pensamento científico pelo qual prima a Ciência Jurídica.

Assim, teorias incompatíveis são consideradas harmonizáveis e, por consequência, cria-se e apegam-se a formulações inócuas e desprovidas de consonância com a própria teoria hermenêutica de base. Um exemplo disso é postular o “princípio da proporcionalidade” pela teoria hermenêutica de Robert Alexy, que defende ser a proporcionalidade um critério e, por conseguinte, uma regra¹.

Desse modo, qualquer tentativa de construção de uma teoria hermenêutica jurisprudencial² esbarra na ausência de rigor científico e na aplicação reprodutória das normas jurídicas.

Partindo, então, da ideia de que muitas das teorias interpretativas utilizadas pelos tribunais brasileiros em suas fundamentações são conflitantes entre si, conforme apontado por Virgílio Afonso da Silva, propõe-se a investigação, de modo amostral, de escolhidas decisões judiciais, delimitando as definições teóricas do pensamento hermenêutico utilizado para apurar eventuais incompatibilidades metodológicas.

As decisões judiciais configuram o vértice da junção “teoria-prática”: sua produção requer a compreensão acerca do ordenamento jurídico e, igualmente, do atento olhar sobre o caso concreto posto a exame. É através desses decisórios, portanto, que se obtém o direito concreto, resultado do enquadramento do contexto fático à norma jurídica específica.

¹ Na teoria hermenêutica de Robert Alexy o critério da proporcionalidade é verificado pela aplicação das regras (a) de adequação do meio utilizado para a persecução do fim, (b) de necessidade desse meio utilizado e (c) da aplicação estrito senso da proporcionalidade. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

² Como o episódio da aplicação equivocada da teoria de Robert Alexy.

Para que a decisão judicial, tal como instrumento de aplicabilidade do Direito, espelhe os valores defendidos pelo ordenamento jurídico pátrio, é necessário que, em sua produção, haja a adoção de alguma teoria hermenêutica. Esta, em sua função de ofertar significações a termos jurídicos e pretender a unidade coesa do conjunto normativo, apresenta determinada estruturação ao Direito que lhe confere organização científica.

As decisões judiciais de maior impacto na sociedade brasileira são proferidas pelos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Tribunal Superior do Trabalho (TST) –, tendo em vista a notória importância desses órgãos jurisdicionais para a coerência do Direito brasileiro, para a estabilidade do sistema normativo-jurídico pátrio e para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário.

Por isso mesmo devem priorizar a elaboração de suas decisões judiciais para que não se traduzam em meros “anúncios passageiros do semblante do Direito” (MARINONI, 2011).

Nesse sentido, as decisões judiciais dos tribunais superiores, que se tornam precedentes e inspiram os juízos *a quo*, devem apresentar lógica estrutural para com o sistema jurídico, bem como ser compatíveis com os valores defendidos constitucionalmente.

É de ser objetivo dos intérpretes jurídicos, portanto, a racionalidade das decisões, alcançada com a aplicação de teoria hermenêutica consistente e coexistente com o ordenamento jurídico para impedir a arbitrariedade judicial e, assim, a subjetividade das decisões.

A falta de adequação científica na aplicação das teorias hermenêuticas (o que representa a inexistência de método científico de aplicação do Direito) pode gerar instalação, nas decisões judiciais mencionadas, de juízos axiológicos que

estejam em desacordo com a Constituição Federal e, quiçá, de preferências momentâneas não jurídicas.

Diante desse panorama, oferece-se tal pesquisa amostral para a análise das decisões judiciais dos tribunais superiores, especificamente no tocante ao método hermenêutico (ou à ausência deste) adotado para a fundamentação dos decisórios.

2 TEORIAS HERMENÊUTICAS

É por meio do sufrágio que a representação à legislação e à administração da máquina pública torna-se legítima. Contudo, dentre as funções atribuídas pelo Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é exercida por magistrados cujo ingresso no aparelho estatal dá-se por concurso de provas e títulos e não por eleição.

Assim, hodiernamente, é entendimento de que a legitimidade das decisões judiciais, não amparadas pela escolha do voto, consiste na aplicação do direito de modo consistente e coerente com o ordenamento jurídico pátrio. E mais: tal aplicação, alicerçada na vigência das normas jurídicas, deve apresentar uma racionalidade que fundamente a decisão no caso concreto de tal modo que os jurisdicionados compreendam-na como decisões racionais.

Nessa senda, a argumentação jurídica racional é uma questão imposta tanto aos teóricos do Direito quanto ao jurista prático e, igualmente, é interessante ao cidadão participante da coisa pública. Isso porque a argumentação jurídica racional não confere apenas um caráter científico às decisões judiciais, mas também lhes atribui legitimidade (ALEXY, 2005, p. 19).

Desse modo, “a tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e da aceitabilidade

racional” (HABERMAS, 1996, p. 198).

Para cumprir a exigência atual de racionalidade às decisões judiciais, há consideráveis teorias de argumentação e hermenêutica jurídicas. Dentre essas, é possível classificar as construções teóricas a partir da proposta de vinculação ou não do Direito com a Moral.

As teorias que defendem essa relação são, aqui, enquadradas como neoconstitucionalistas. Tais teorias diferenciam-se pela defesa da aplicação da ponderação entre princípios: por exemplo, a teoria de Robert Alexy contempla a ponderação entre princípios e a teoria de Friedrich Müller, não. Aqui importa ressaltar que, apesar de tais propostas teóricas divergirem em muitos pontos, tornando essa reunião um conjunto heterogêneo e até paradoxal, sem muita convergência ideológica e metodológica, entende-se que o consenso quanto à inserção de elementos não jurídicos na fundamentação judicial é suficiente para a referida união.

Quanto à construção teórica que sustenta a separação do Direito e da Moral, há o Garantismo Jurídico, cujo expoente é Luigi Ferrajoli. Essa teoria pretende fazer uma releitura crítica do positivismo jurídico, “revalorizando a Constituição sob seu aspecto notadamente substancial e apresentando desconformidade com respeito às correntes ponderacionistas” (CADEMARTORI; DUARTE; STRINGARI, 2012, p. 7-8).

Das teorias escolhidas para a pesquisa amostral tem-se o Garantismo Jurídico propriamente dito e as variações aqui propostas do macroconceito Neoconstitucionalismo, a partir dos teóricos Robert Alexy, Friedrich Müller, Ronald Dworkin e Klaus Günther.

Destaca-se que a explanação sobre as propostas teóricas mencionadas não tem o cunho de exauri-las ou, ainda, de adentrar em seus detalhes estruturais. Objetiva-se, então, a referência das teorias de modo tangencial, a fim de que se possa, tão-somente, diferenciá-las para, posteriormente, caracterizá-las – ou não – nos julgados escolhidos.

2.1 GARANTISMO JURÍDICO: A VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS COMO PRESSUPOSTO DA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

A Teoria do Garantismo Jurídico representa a construção de uma base filosófico-política constituída pela doutrina liberal da separação entre Direito e Moral, em que Luigi Ferrajoli, seu autor, na obra **Diritto e ragione**, de 1989, propõe um modelo ideal de Estado de Direito. Tal modelo deve apresentar a aproximação do direito positivo com o direito que realmente é observado no meio social, sob pena de deslegitimação, reclamando a aproximação entre direito válido e direito efetivo.

Nesse modelo hermenêutico, então, a integração de lacunas e antinomias do Direito não é entregue ao ativismo interpretativo dos juízes, mas apenas à função legislativa da política (FERRAJOLI et al., 2012, p. 33-34).

Também denominada Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Positivista, as principais teses dessa teoria, segundo Cademartori (1999, p. 94-95), são:

a) a separação entre direito e moral, em que se diferencia a qualificação de uma norma como válida ou inválida (ao se analisar o direito internamente) e a qualificação de uma norma como justa ou injusta (se examinada pela perspectiva externa); sendo que:

b) tal separação é tida a partir do postulado do filósofo empirista inglês, David Hume, que determina que não se pode deduzir prescrições de descrições, o que significa, entre outras coisas, que não se pode deduzir a moral do direito, visto que o direito válido não é por si um direito justo. Separam-se, portanto, juízos de validade e juízos de valor.

O fundamento para tanto é claro: com a incorporação de diversos princípios ético-políticos nos estatutos do Estado Constitucional de Direito, os critérios de legitimidade ou ilegitimidade não estão mais em base externa ou jusnaturalista, mas em fundamento interno ou positivista.

2.2 TEORIAS NEOCONSTITUCIONALISTAS: A INSERÇÃO DE ELEMENTOS NÃO JURÍDICOS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Diante da crise da legalidade frente à supremacia da Constituição e outros fenômenos (como a desconfiança à atividade restrita ou omissa do legislador), o Neoconstitucionalismo surge como resposta ao modelo de Estado de Direito descrito, oferecendo uma nova explicação e uma nova teoria do Direito, de acordo com esse abandono ao dogma da estatalidade e da legalidade (SANCHÍS, 2003, p. 123-124).

A teoria neoconstitucionalista, a fim de alcançar a Justiça na aplicação do Direito, interessa-se pelas questões que se referem à indeterminação do Direito além dos limites institucionalizados. Sob tal prisma, o julgador pode passar, por intermédio da decisão judicial, a ocupar o papel do legislador (é possível, também no âmbito da teoria da legislação, o desenvolvimento de novas teorias da argumentação voltadas à fundamentação da lei a ser produzida) (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 43).

Ao contrário do Positivismo Jurídico, para o qual o Direito não perde sua juridicidade pelo fato de ser injusto, o Neoconstitucionalismo retrata a correlação entre justiça e licitude e apresenta a tese de que a racionalidade moral desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica. Em vista disso, reverbera a existência da relação intrínseca entre o Direito e a Moral (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 43-44).

A doutrina neoconstitucionalista é também denominada de Constitucionalismo Principalista, Constitucionalismo Ético ou Constitucionalismo Argumentativo e, justificando tais títulos, defende ferozmente a superação ou a negação do positivismo jurídico, o qual não seria idôneo à configuração dos atuais Estados constitucionais.

2.2.1 Robert Alexy: colisão e ponderação de princípios

A teoria principiológica de Robert Alexy tem como objeto de estudo as normas de direitos fundamentais e sustenta, inspirado por Ronald Dworkin, que o ordenamento jurídico é composto por normas que se subdividem em regras e princípios. Estes são mandados de otimização que possuem uma relação de prioridade *prima facie*, devendo ser aplicados mediante a ponderação (que é uma contribuição da teoria dos valores, os quais entram no ordenamento jurídico através dos princípios, via de regra imbuídos de conteúdo moral). Já as regras são normas com a mesma estrutura deôntica dos princípios, mas, ao contrário deles, devem ser taxativamente cumpridas, se válidas, ou excluídas do ordenamento jurídico, se inválidas, não abrindo espaço para gradações na sua incidência, como no caso da característica de otimização dos princípios (ALEXY, 2008, p. 28-35, *passim*).

A partir de tal estrutura normativa, na hipótese de colisão entre princípios no exame de um caso em concreto, Robert Alexy defende a realização da ponderação a partir da regra da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade, assim, é desdobrada em outras três sub-regras, subsidiárias entre si: adequação (referente à aptidão para alcançar o resultado pretendido), necessidade (na hipótese de que o objetivo não possa ser alcançado, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido) e proporcionalidade em sentido estrito (em que há o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e fundamenta a adoção da medida restritiva) (ALEXY, 2008, p. 112)³.

³ Cf. SILVA, 2002.

É no momento a ponderação referida que se verifica a abertura para a inserção de elementos morais e de outra ordem, que não jurídica, na fundamentação da decisão judicial.

2.2.2 Friedrich Müller: teoria estruturante do Direito

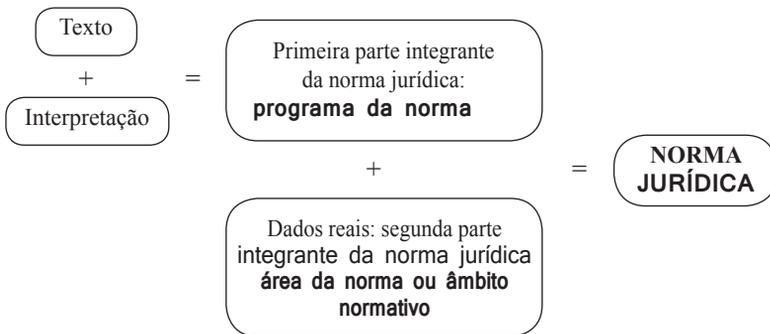
Friedrich Müller desenvolveu a construção teórica denominada Teoria Estruturante do Direito Constitucional em que apresenta a ideia de concretização do Direito como construção da norma jurídica geral em cada caso examinado, com o aspecto temporal inerente da normatividade. A partir disso, tem-se a dedução de que, na prática, a norma jurídica é formada por dados linguísticos e, também, por dados concretos do caso em exame. Em outras palavras, alega de que é impossível isolar a norma da realidade e reprova a construção da norma jurídica unicamente a partir de enunciados linguísticos (MÜLLER, 2005, p. 9).

Para alcançar o intento de tal teoria, deve-se abandonar o positivismo legalista, a compreensão do Direito como um sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica e que elimina todos os elementos da ordem social, não reproduzidos na norma (MÜLLER, 2000, p. 54).

Assim, considerando que o texto da norma é o ponto de partida para o seu processo de concretização e que o intérprete fará uma interpretação desse texto, há um elemento advindo desse processo interpretativo que Müller denominou de **programa da norma**, que é, então, a primeira parte integrante na norma jurídica.

O programa da norma e os dados reais (os fatos relevantes para a questão e compatíveis com o programa da norma e que legitimam a decisão), por sua vez, formam a segunda parte da norma jurídica, chamada de **área da norma**.

Assim, *o programa da norma e a área da norma formam a norma jurídica*:



Portanto, tanto no momento da interpretação (que formará o programa da norma) quanto na consideração dos dados reais que incidem sobre o caso concreto há a possibilidade de inserção de elementos estranhos à ordem jurídica.

2.2.3 Ronald Dworkin: ética comunitária

Baseado na releitura do liberalismo, a partir da adoção de uma ética comunitária e da prevalência do princípio da igualdade, Ronald Dworkin estrutura a sua teoria filosófica do Direito com os fundamentos de integridade e de indissolubilidade entre moral e direito.

Com o fundamento da integridade, Dworkin (2007, p. 213) trabalha com duas faces estatais: a legislativa, cuja função é produzir a lei e tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerentes; e a jurisdicional, que cabe aos juízes considerar a coerência moral na sua atividade decisória.

Especificamente na atividade jurisdicional, Dworkin (2011, p. 377-492, passim) apresenta a figura do juiz Hércules, o que detém habilidade e paciência sobre-humanas, demonstrando, em seus julgamentos, critérios e métodos que correspondam à melhor interpretação dos casos precedentes vinculados à ética comunitária.

Também construção principiológica, a teoria de Dworkin imputa aos princípios, sempre morais, o papel fundamental de traduzir para o direito os valores intrínsecos de uma dada comunidade política. Assim, para uma decisão judicial, a compreensão correta dos princípios a serem aplicados será advinda de uma perspectiva eminentemente pragmática.

Nesse contexto, a atividade do magistrado deverá considerar a ética comunitária, que são os princípios eleitos pela comunidade jurisdicionada, a fim de alcançar a decisão mais acertada, mesmo nos *hard cases* (casos difíceis)⁴.

2.2.4 Klaus Günther: normas morais fundantes do Direito e das decisões judiciais

Em sua Teoria da Argumentação, Klaus Günther aborda o problema da aplicação das normas morais e jurídicas, especificamente no que se refere à faculdade de como julgar e a determinação de critérios racionais para o seu exercício.

Segundo o autor, o discurso jurídico apresenta duas espécies: o discurso de justificação e o discurso de aplicação.

O discurso da justificação envolve a investigação sobre a validade das normas jurídicas aplicáveis *prima facie*. Em tal intento, promove a validação por meio do princípio do discurso de Jürgen Habermas (1987) em um teste de universalização, em que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (GÜNTHER, 1993, p. 23-24; 200-86).

⁴ “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo.” (DWORKIN, 2007, p. 165).

Tais discursos, portanto, consideram interesses universalizáveis em condições ou circunstâncias legais ou constantes (como o discurso da legislação).

No discurso de aplicação, o referencial é considerar as normas jurídicas adequadas a um caso concreto específico. Nesse ponto, assemelha-se ao pressuposto da unicidade do caso concreto, de Ronald Dworkin, em que cada caso é singular tal como o ato processual de um dado processo é único. Nesse tipo de discurso, portanto, são consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, com circunstâncias dinâmicas ou mutáveis (como o caso do discurso da decisão judicial) (GÜNTHER, 1993).

Em ambos os discursos, então, pretende-se à elaboração de um juízo sobre a validade das normas por meio de um discurso de fundamentação baseado em normas morais ou de outra ordem que não jurídicas.

3 PESQUISA AMOSTRAL DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E ANÁLISE DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS

Após a explanação acerca das teorias hermenêuticas consideradas no presente estudo, resta esclarecer o método utilizado para o exame de determinados julgados dos tribunais superiores brasileiros (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral).

Inicialmente, foram pesquisadas e selecionadas decisões judiciais dos órgãos referidos, que contivessem uma abordagem conteudística de repercussão de relevância jurídica, política, social ou econômica decididas no primeiro semestre de 2013 e/ou segundo semestre de 2012, as quais foram denominadas “julgados-base”.

Desses julgados-base, foram pontuados os tópicos

caracterizadores das decisões⁵ e verificada a sua estrutura de fundamentação jurídica, juntamente com a possível coerência com teorias hermenêuticas.

Destarte, em referência ao Supremo Tribunal Federal, tomou-se como tópico o caso do HC 114340, em que se extrai o entendimento de que, no caso de reiteração de atos criminosos, torna-se inaplicável o princípio da insignificância.

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, selecionou-se o caso julgado pelo REsp 1362456, que, em sua conclusão, proferiu que supressão em área de preservação permanente deve respeitar as hipóteses taxativamente estabelecidas em lei.

No que diz respeito ao Tribunal Superior do Trabalho, cúpula da Justiça eminentemente jurisprudencial, pinçou-se o caso do Recurso debatido em Revista (Processo nº TST-RR-13900-22.2007.5.04.0017), o qual definiu que, considerando a inexistência de previsão no Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.124/78 do MTE acerca do dever de pagamento de parcela de insalubridade aos trabalhadores que desenvolvam atividades na função de telemarketing, não é devido o pagamento ao caso julgado, mesmo com a constatação de laudo pericial.

Por fim, no que tange aos julgados próximos do Tribunal Superior Eleitoral, tem-se como destaque até o momento o novo entendimento da corte eleitoral, a qual, na Respe 7464 – TSE, decidiu que manifestação política pelo Twitter não configura propaganda eleitoral extemporânea.

Pontualmente, tem-se como dados básicos dos julgados:

⁵ Tópicos caracterizadores dos julgados:

I) TÓPICOS PROCESSUAIS: Dados do Processo; Regra do Caso (conclusão); Fatos da causa (resumo fático); Objeto da ação (pedido); Questão jurídica (divergência); Decisão; Fundamentação; Observações.

II) TÓPICOS DE HERMENÊUTICA: Teoria-base e autor adotados; Termos hermenêuticos mencionados; Método de interpretação; Divergência teórica (colisão entre termos, significações e fundamentação utilizados).

*Hermenêutica Jurídica nos Tribunais Superiores Brasileiros:
Pesquisa Amostral das Decisões Judiciais*

TRIBUNAL SUPERIOR	Julgado-base Processo relacionado	Temática	Referência argumentativa
STF	HC 114340 (medida cautelar): No caso de reiteração de atos criminosos, torna-se inaplicável o princípio da insignificância. Julgado em 14/05/2013	Princípio da insignificância da reiteração de prática criminosa	Referência doutrinária e jurisprudencial
STJ	REsp 1362456: Supressão em área de preservação permanente deve respeitar as hipóteses taxativamente estabelecidas em lei. Julgado em 20/06/2013	Direito ambiental/ Supressão em área de preservação permanente	Código Florestal (Lei nº 12.651/12) e Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81)
TST	Recurso de Revista Processo nº TST-13900-22.2007.5.04.0017 Considerando a inexistência de previsão no Anexo 13 da NR-14 da Portaria 3.124/78 do TEM, acerca do dever de pagamento de insalubridade aos trabalhadores que desenvolvam atividades na função de telemarketing, não é devido o pagamento da referida parcela no caso julgado, mesmo com a constatação de laudo pericial. Julgado em 22/08/2013.	Insalubridade na atividade de telemarketing	Portaria 3.124/78 do MTE (referência administrativa) Orientação jurisprudencial 4 da SDI-1 do TST
TSE	Respe 7464 TSE decide que manifestação política pela rede social Twitter não configura propaganda eleitoral, por ausência de dispositivo legal. Julgado em 12/09/2013	Propaganda eleitoral	Lei das eleições (Lei nº 9.504/1997)

A partir disso, é possível verificar a fundamentação dos julgados selecionados, especificamente a existência de métodos hermenêuticos em conformidade com os teóricos anteriormente mencionados ou, ainda, outros que possam ter sua teoria aplicada para a decisão.

Assim, aporta-se como o exame proposto, de acordo com os Tribunais Superiores referidos:

a) Supremo Tribunal Federal:

Os fatos estudados pela corte envolveram o réu, condenado à pena de 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de furto privilegiado, em regime aberto, por conta do furto de uma farmácia – 7 tubos de creme dental, bens avaliados em R\$ 69,44 (sessenta e nove reais e quarenta e quatro centavos). A pena corporal foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade a ser definida pelo juízo da execução. A defesa sustentou a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Conforme se confere do acórdão do julgamento, o Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Contudo, com a repetição da atividade criminosa, há questionamento sobre a periculosidade e a reprovabilidade do comportamento do réu.

Nessa senda, a tese abordada no julgado escolhido é uma exceção ao princípio da insignificância: será inaplicável em casos de reiteração criminosa. Assim, ao reconhecimento da insignificância, não será somente considerada

a expressão econômica da lesão, mas sim a conduta do réu. O STF entende que o princípio da insignificância reflete a atipicidade da conduta, desde que presentes determinados requisitos, como os apontados.

Sem referência de método hermenêutico, a fundamentação da decisão, assim, como o próprio princípio da insignificância, firma-se em posicionamentos judiciais, já que inexistem qualquer referência legislativa sobre o tema. De tal constatação, verifica-se a utilização da teoria neoconstitucionalista, em tendência à ética comunitária, em que se permite a inserção no Direito – especialmente em formato de precedentes – de elemento extrajurídico, especialmente vinculado à conotação de justo.

b) Superior Tribunal de Justiça:

O caso examinado trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul cujo objeto é a ilegalidade da supressão da área de preservação permanente em face da construção de imóvel na margem do Rio Ivinhema/MS. A decisão do caso considerou que, de acordo com o Código Florestal e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, é uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária). Também se ponderou que, no caso de área de preservação permanente, a sua supressão deve respeitar as hipóteses autorizativas taxativamente previstas em Lei, tendo em vista os interesses envolvidos de

proteção do meio ambiente. Faticamente, verificou-se que houve a construção de empreendimento em área de preservação permanente, a qual, segundo expressamente afirmado pelo acórdão recorrido, causou a supressão da vegetação local; que esta conduta foi praticada sem autorização válida, vez que a Licença de Operação nº 12/2008 teria sido expedida em desacordo com a legislação ambiental pertinente; e, por fim, que, com a nulidade da Portaria, tal circunstância não pode afetar àqueles que já haviam realizado edificações na área em questão.

Os argumentos judiciais acerca da regulamentação do exercício da atividade de supressão de área de preservação permanente baseiam-se no estabelecido pelas hipóteses albergadas pelo Código Florestal (Lei 12.651/12) e pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Verifica-se, assim, a interpretação da lei e a subsunção do caso à norma referida. Daí, então, apesar da não menção expressa, tem-se a aplicação da teoria garantista.

Na base argumentativa utilizou argumento de analogia: Precedentes do STF (no âmbito da ADI nº 3.540/DF - medida cautelar) e do STJ (RESp 176.753/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 7.2.2008, DJE 11.11.09).

c) Tribunal Superior do Trabalho:

Na decisão judicial examinada questionou-se sobre a possibilidade de conceder percentual de insalubridade a trabalhador que desenvolve as funções de telemarketing, em que a parte obreira

buscava o enquadramento de suas atividades pela recepção de sinais em fones, nos termos do Anexo 13, item Operações Diversas, da NR 15 da Portaria nº 3.214/78. Especificadamente, o Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho estabelece que é devido o pagamento do adicional de insalubridade em grau médio no exercício de funções de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação de aparelhos tipo Morse e recepção de sinais em fones. O Tribunal trabalhista apresentou entendimento de que a recepção de fala por meio de fones de aparelhos telefônicos da atividade de telefonia, em regra, não se inclui nos sinais em fone tratados no mencionado dispositivo regulamentador. Por tal razão, as atividades desenvolvidas pela parte querelante não se enquadram naquelas descritas no referido normativo e, no caso, não se pode aplicar a analogia.

Diante disso, a corte referida decidiu pela impossibilidade de tal concessão com base na inexistência de previsão expressa da hipótese do caso em concreto na Portaria 3.124/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que é referência administrativa, e na Orientação Jurisprudencial 4 da SBDI-1 do TST. Igualmente sem indicativo hermenêutico e sem referência legislativa sobre o tema, aponta-se a utilização da teoria neoconstitucionalista, em que se permite a inserção, no Direito – especialmente em formato de precedentes –, de elemento extrajurídico, no caso, vinculado à política.

Tribunal Superior Eleitoral:

O caso estudado pelo julgado escolhido analisou a conduta consistente na publicação, por

meio da rede social *Twitter*, de pronunciamentos proferidos por lideranças políticas do Estado em evento realizado pelos partidos PSDB e DEM, na data de 1º de junho de 2012, o que configuraria, conforme o Ministério Público Federal, propaganda eleitoral antecipada. Contudo, a tese defendida na decisão judicial é a de que manifestações políticas pela rede social *Twitter* não se configura propaganda eleitoral. Para tanto, definiu-se o *Twitter* como uma rede social em que há conversa entre pessoas e, geralmente, essa comunicação está restrita aos seus vínculos de amizade e a pessoas autorizadas pelo usuário. Por isso, ponderou-se que impedir a divulgação de um pensamento ou opinião, mesmo que de conteúdo eleitoral, no período vedado pela legislação eleitoral, em uma rede social restrita como a rede social em comento, é impedir que alguém converse com outrem. Essa proibição implica violação às liberdades de pensamento e de expressão.

A base argumentativa de decisão foi a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), o que implica da referência legislativa, sem a menção a outras espécies de sistemas sociais (como moral ou política) e, também, sem referência de cunho hermenêutico. Verifica-se, assim, que o julgado considerou a manifestação na referida rede como uma conversa entre pessoas, o que não é tipificado pela lei como propaganda eleitoral. Assim, com a interpretação da lei específica e com a consideração de que não houve a subsunção do caso à norma referida, deduz-se a utilização da teoria garantista.

Ante o exposto, a constatação amostral desta pesquisa

revela a falta de aplicação explícita, nessas decisões judiciais brasileiras, de uma teoria hermenêutica ou argumentação jurídica que fundamente a sua racionalidade de acordo com o pensamento científico do meio jurídico atual e, por conseguinte, que confira legitimidade ao que é proferido.

Destarte, sem alusão a teorias ou a métodos de argumentação, pode-se configurar a anarquia metodológica nos julgados brasileiros ou, então, tem-se a comprovação do sincretismo metodológico apontado por Virgílio Afonso da Silva.

4 CONCLUSÃO

Como objetivo deste trabalho, cujo produto deve ser analisado de modo relativo, considerando o seu viés amostral, foram examinados julgados selecionados dos Tribunais Superiores brasileiros a fim de observar a adoção – ou não – de métodos hermenêuticos que se coadunassem com as teorias de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Friedrich Müller e Klaus Günther.

Verificou-se, então, que as decisões judiciais escolhidas não apresentam uma estrutura hermenêutica expressa conforme as referidas. Além disso, de acordo com o sistema orgânico de cada Justiça estudada (trabalhista, eleitoral, constitucional e federal), ponderam tacitamente as nuances das categorias hermenêuticas apresentadas: garantista e neoconstitucionalista.

A teoria garantista baliza-se, grosso modo, pela análise delimitativa conforme a lei dos casos jurídicos. Sob esse prisma, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral apresentaram, em suas decisões judiciais, a argumentação de autoridade primordial do Estado Democrático de Direito, qual seja a lei.

Por outro lado, as decisões judiciais examinadas do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho

expuseram uma argumentação construída em referências jurisprudenciais (argumento de analogia) e administrativas. Desse modo, em razão da inexistência de normativo legal para a regulamentação do caso, houve a inserção de elementos não-jurídicos – mas em sintonia com um consenso de autoridade –, de justiça e de política, para a resolução do caso posto à solução jurisdicional.

Em que pese já se concluir pela ocorrência do sincretismo metodológico, consoante apontado por Virgílio Afonso da Silva, que os tribunais brasileiros promovem a adoção de teorias incompatíveis como se fossem compatíveis, é possível, no estágio atual da pesquisa, vislumbrar a hipótese de existência do anarquismo metodológico nas cortes brasileiras ou, ainda, no apontamento de um novo método hermenêutico exclusivamente pátrio.

O anarquismo metodológico, com referência em Feyerabend (2011, p. 85-100, *passim*), traz um paradigma subjetivo da cientificidade, em que o pensamento científico não seria condicionado a métodos ou procedimento, mas, de modo extremamente subjetivo, seria pautado por um pluralismo teórico cujas bases variariam de acordo com o pesquisador, partindo da metafísica até a matemática. Em tal ponto, correlato a este estudo, pode-se deduzir que as cortes brasileiras não se guiam por uma racionalidade hermenêutica nos termos teóricos mencionados, beirando, então, ao anarquismo metodológico, com a justificação aberta de suas decisões.

De outro modo, vê-se a possibilidade de os tribunais pesquisados estarem implementando uma construção teórico-hermenêutica própria, cujo delineamento será percebido com a continuidade deste estudo.

Assim, qualquer conclusão nesse sentido é ainda precoce, pois se dará com o incremento da pesquisa a partir de exames de outros julgados. Mas, apesar disso, este panorama já fornece um substrato relevante para se questionar sobre a racionalidade das decisões judiciais proferidas pelos órgãos

jurisdicionais brasileiros, bem como acerca da sua necessária legitimidade.

Legal hermeneutics in Brazilian courts: demonstrative research of judgments

ABSTRACT: Aiming to confer legitimacy to judicial decisions issued by Brazilian higher courts, supporting themselves on rationality, was held a scientific examination by sampling mode, on the applicability of the law and the hermeneutic method chosen by such courts.

Keywords: Legal hermeneutics. Legal argumentation. Brazilian judicial decisions.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1362456 (MS 2013/0007693-0). Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Darco Vieira de Barros. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23887768/recurso-especial-esp-1362456-ms-2013-0007693-0-stj>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no habeas corpus nº 114340. Recorrente: Fabiano dos Santos

Andrade. Recorrido: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22062312/medida-cautelar-no-habeas-corporis-hc-114340-es-stf>>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 13900-22.2007.5.04.0017. Recorrente: Legião da Boa Vontade. Recorrido: Adriana Leal de Deus. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília: 22 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24056979/recurso-de-revista-rr-139002220075040017-13900-2220075040017-tst>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso especial nº 7464. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Rogério Simonetti Marinho. Relator: José Antônio Dias Toffoli. Brasília, 12 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirDadosProcesso.do?nprot=426352012&comboTribunal=tse>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; _____; STRINGARI, Amana Kauling (Coord.). **Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionalistas**. Curitiba: Juruá, 2012.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.
3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O império do direito**. São
Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo,
hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto
Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma
sociedade livre**. São Paulo: UNESP, 2011.

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness:
application discourses in morality and law**. New
York: State University of New York, 1993.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma
teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos
de Filosofia Alemã**. São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and
Norms**. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**.
v. II. Madrid: Taurus, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal
da revogação da jurisprudência consolidada dos
tribunais superiores. **Revista do TST**. Brasília,
n. 3, v. 77, p. 223-248, jul./set.2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito
constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Entrevista com Friedrich Müller. **Sequência**.

Florianópolis, n. 51, ano XXV, p. 9-30, dez. 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.