



Ⓜ Teleologia do Supremo Tribunal Federal, realismo jurídico e os efeitos da suspensão de decretos que flexibilizam o porte de armas para a segurança nas eleições de 2022

Teleology of the Brazilian Supreme Court, legal realism and the suspension of decrees that make a flexible carrying of arms for security in the 2022 elections



Clara Kelliany Rodrigues de Brito

Universidade de Marília- UNIMAR, SP, Brasil

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, SP, Brasil.

São Luís, MA – Brasil.

clarardebritoadv@gmail.com



Emerson Ademir Borges de Oliveira

Universidade de Marília- UNIMAR, SP, Brasil

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – UC, Portugal; Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP, SP Brasil.

Marília, SP – Brasil

emerson@unimar.br

Resumo: O presente trabalho propõe-se a analisar a teleologia utilizada pelo STF na formação da maioria para suspender os decretos que flexibilizam o porte de armas, objetivando que haja mais segurança no período eleitoral de 2022. Pretende-se demonstrar que seguir a linha da observância da realidade finalística das decisões, embora haja entendimentos contrários (ainda que minoritários), pode reduzir a prática de ativismo judicial desnecessário e gerar maior entendimento e compreensão das pautas por parte da sociedade. Utilizou-se o método dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, e legislação nacional. Chega-se à evidência de que o STF, como guardião da Constituição Federal, é responsável por aplicar a lei (positivismo) como também direcionar sua interpretação ao princípio finalístico (teleológico), a fim de que haja maior eficácia nas suas decisões (realismo jurídico).

Palavras-chave: eleições 2022; princípio finalístico; realismo jurídico.

Abstract: The present article attempts to analyze the teleology used by the Brazilian Supreme Court in the formation of the majority to suspend the decrees that make the carrying of weapons more flexible, aiming at greater security in the 2022 electoral period. In an attempt to demonstrate the finalistic reality of decisions, although there are contrary understandings (still minority), can reduce the practice of unnecessary judicial activism and generate greater understanding of the agendas of society. The deductive method was used, based on national and foreign bibliographical research, and national legislation. There is evidence that the Brazilian Supreme Court, as guardian of the Federal Constitution, is responsible for applying the law (positivism) as well as directing its interpretation to the finalistic principle (teleological), so that there is greater effectiveness in its decisions (legal realism).

Keywords: 2022 elections; finalistic principle; legal realism.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

BRITO, Clara Kelliany Rodrigues de; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Teleologia do Supremo Tribunal Federal, realismo jurídico e os efeitos da suspensão de decretos que flexibilizam o porte de armas para a segurança nas eleições de 2022. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 390-407, jul./dez. 2023. <http://doi.org/10.5585/rjt.v12i2.23368>

Introdução

Há duas formas pelas quais os positivistas podem afirmar que a moralidade se relaciona com o que é a lei: a validade condicional e a validade de conteúdo. Ao mesmo tempo, sustenta-se que o Direito fundamenta-se, basicamente, na fonte, e incorpora normas que lhes são vinculadas.

Há, portanto, uma versão inclusiva do positivismo jurídico, que pretende formar um meio-termo entre o positivismo jurídico exclusivo e a doutrina antipositivista de Dworkin. No direito, os juízes, muitas vezes, justificam uma decisão judicial mostrando o que é instrumental para a promoção de um determinado objetivo legal. Do ponto de vista funcional, as regras podem ser consideradas como um instrumento para cumprir objetivos econômicos, sociais e políticos.

Esses objetivos podem ser jurídicos *lato sensu* e possuir valores como vetores de segurança, bem-estar da sociedade ou objetivos mais específicos de um determinado sistema jurídico ou ramo do direito que, no caso brasileiro, inclui tanto a obediência às leis escritas quanto à inclinação ao sistema de precedentes.

Pretende-se demonstrar, neste artigo, que, ao aplicar uma norma jurídica em uma situação concreta, um juiz pode justificar essa aplicação com base em sua função instrumental para a realização de um determinado objetivo, e pode fazê-lo mediante fundamentação quanto às consequências da aplicação da regra na situação concreta. Entretanto, nem sempre o STF consegue proferir suas decisões aplicando o preceito teleológico, razão pela qual as decisões quase sempre promovem um intenso *backlash*.

Em seguida, desenvolve-se a análise relativa à decisão do STF, a qual suspendeu decretos presidenciais de flexibilização do uso de armas, na véspera das eleições de 2022. Observada à luz da teoria jurídica e da argumentação teleológica, a análise ocorre em relação aos objetivos ou propósitos de uma norma jurídica. Nesse sentido, a decisão dos Ministros da

Corte é observada quanto ao contexto da justificação da interpretação de uma norma jurídica, aplicada ao caso concreto.

Argumenta-se que poderia haver um maior número de pessoas armadas na rua, ainda que em trânsito para os clubes de tiro, mas que, devido à polarização política que o país se encontra, a proximidade com as eleições e os diversos episódios de violência já vivenciados em razão desses fatores, foi conveniente suspender referidas normas.

Destaca-se que a conceituação realista da função do juiz que sugere flexibilizar e conceituar o fato de que fatores legais e não legais podem ter um efeito causal no comportamento judicial. A implicação mais direta da abordagem realista diz respeito a como o interesse do juiz no resultado do caso afeta o grau em que as fontes legais influenciam a decisão.

Para a compreensão do último capítulo, define-se positivismo e realismo jurídico, passando-se em seguida a delinear os parâmetros acerca do posicionamento do STF ao utilizar a interpretação teleológica e fazer uso do realismo jurídico para proferir as decisões paradigmáticas apontadas neste estudo, em especial a que suspendeu os decretos presidenciais que flexibilizam o porte de armas em período pré-eleitoral.

1 Positivismo e realismo jurídico

Um dos princípios centrais do positivismo jurídico, em sua forma metodológica ou conceitual, é a Teoria da Separação entre Direito e Moral. Trata-se de uma tese centrada na afirmação de que a existência e o conteúdo do direito dependem dos fatos sociais e não de seus méritos, e explica o conceito de direito, independentemente da moralidade.

Porém, sabe-se que há conexões conceitualmente necessárias entre direito e moral, além de razões normativas para incluir elementos morais no conceito de direito. E enquanto o argumento conceitual, por si só, é muito limitado para estabelecer uma conexão suficientemente forte entre direito e moral, e o argumento normativo sozinho falha ao abordar a natureza do direito. Os dois juntos apoiam um conceito não positivista de direito, impedindo de ser realmente uma teoria abrangente, como explica Oliveira (2012, p. 120).

Nesse sentido, Herbert Hart (2009, p. 161) defende a incerteza normativa, permitindo a discricionariedade do magistrado para criar normas nos casos necessários, embora defenda que o direito e a moral são searas diferentes e independentes. Entretanto, admite-se que possa haver, em alguns momentos, o entrelaçamento entre eles, pois, para Hart, a moral não tem o poder de revogar uma norma. Contudo, ela é capaz de comprometer a eficácia normativa.

Uma reconstrução genealógica da tradição revela que, quando os juízes positivistas são forçados a operar nesse espaço, eles têm de adaptar seu próprio estilo de raciocínio a algumas das restrições do cenário. Desse modo, a maioria dos positivistas contemporâneos tende a repudiar esses magistrados, o que constitui problemas profundos no positivismo contemporâneo, que derivam da tentativa de separar o positivismo de sua tradição política.

Nesse sentido, explica Hogemann (2021, p. 04):

Ainda há dúvidas sobre qual área do direito o realismo jurídico estaria inserido, se na Teoria do Direito ou na Teoria da Decisão Judicial já que é possível identificar que o interesse dos realistas é naquilo que os juízes fazem através de suas decisões, atacando o formalismo jurídico, bem como a educação jurídica dos estudantes.

Suas recentes contemplações não somente reúnem o positivismo com sua tradição política, mas, também, abrem caminho para um debate produtivo entre o positivismo e seus críticos, tão como entre o realismo e a eficácia das decisões judiciais. E, no que diz respeito à abordagem filosófica, outrora tão viva e dominante, mostra sua inquietação ao buscar a revitalização em meio à aplicação da lei e à produção de decisões polêmicas.

Observa-se, portanto, que o positivismo jurídico, concebido como um projeto político e não como um relato descritivo do direito, costuma produzir uma jurisprudência democrática, tal como denominada por Jeremy Waldron. O referido filósofo representa um positivismo jurídico politizado, baseado em um argumento normativo para o positivismo jurídico, em vez de uma afirmação não normativa de que o positivismo jurídico é o verdadeiro.

Nas palavras de Mascaro (2018, p. 243),

O juspositivismo estrito, embora tendo em Kelsen seu símbolo e auge, não se refere apenas a ele. Uma série de pensadores do direito pode ser classificada segundo tal perspectiva. Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio são alguns dos mais exemplares juspositivistas estritos do século XX que criticam, secundam ou dialogam com Kelsen. A chamada corrente do realismo jurídico, que é típica dos países nórdicos e do mundo anglo-saxão, em suas mais importantes implicações, é também exemplar do juspositivismo estrito. Suas variadas críticas internas não apagam uma visão comum sobre o direito.

Decorrente desse pensamento, os elementos institucionais essenciais dessa jurisprudência democrática constituem as características familiares do positivismo jurídico clássico. O argumento político de Waldron para o positivismo é baseado em noções kantianas sobre autonomia moral, cujas conclusões sobre o papel dos juízes interferem nesses fundamentos kantianos e nos objetivos da jurisprudência democrática.

Pelas acepções de Waldron, observa-se, ainda, que há uma tradição de positivismo político que remonta a Bentham, e o envolvimento com esses argumentos sugere que o positivismo jurídico, em última análise, deve abraçar uma forma democrática radical de

anticonstitucionalismo. No entanto, esse entendimento é fortemente repudiado na maioria dos países democráticos da atualidade, que, embora tenham diferentes vertentes e graus, são inclinados a serem obedientes a uma determinada lei fundamental (OLIVEIRA, 2012, p. 126).

Nessa perspectiva, o neopositivista Luigi Ferrajoli defende que a Constituição deve articular-se aos direitos fundamentais (conteúdos axiológicos expressos na Constituição), como a clara separação entre moral e direito. Ele prega o garantismo, ou seja, pressupõe a ideia de um ordenamento laico, com clara separação entre o direito e moral, entre a validade e justiça. Ademais, para Ferrajoli o Estado Constitucional de Direito deve possuir a positivação dos valores morais socialmente compartilhados por meio dos princípios jurídicos (FERRAJOLI, 2016, 678).

Por outro lado, o movimento jurídico intitulado realismo se desenvolveu na primeira metade do século XX nos Estados Unidos e, posteriormente, foi levado para a Escandinávia, onde ambos defendem que a efetividade do direito decorre de fatos sociais ou históricos, ou seja, não admitem o direito idealizado. Isso implica afirmar que o direito não pode ter, unicamente, como requisito a validade, sendo necessário, também, o requisito da eficácia.

O realismo jurídico americano defende que o Direito é aquilo encontrado nas decisões judiciais, não estando atreladas à lei. Por outro lado, o realismo jurídico escandinavo, trabalhado por Alf Ross, possui um tom mais conciliatório entre o positivismo e o realismo norte-americano. Ross sustenta que há regras pré-estabelecidas que vinculam o juiz. Contudo, o conceito de validade jurídica somente se firma, no que de fato é concretizado pela decisão judicial. Em outras palavras, o direito é aquilo que é vivenciado pela sociedade na prática. (PITSICA; PITSICA, 2010, 153).

Nesse sentido, o realismo jurídico congrega discussões abrangentes e profundas enquanto movimento mais influente da história do direito americano, e que permanece mais de cinquenta anos depois como assunto de debate. Como principal e mais importante legado do realismo jurídico, sua compreensão do direito, irredutível a uma ou outra escola jurisprudencial, congrega um conjunto de instituições que se distinguem pela difícil acomodação de três tensões constitutivas, mas insolúveis, entre poder e razão, entre ciência e ofício, e entre tradição e progresso.

Entretanto, os problemas da Teoria do Direito permanecem levantando dúvidas quanto à sua aplicação. E, considerando tais indagações, as principais caracterizações do realismo jurídico apresentadas por teóricos e historiadores faz parte da promoção de uma visão instrumental do direito como um meio para servir a fins sociais.

Na mesma linha, compreende, também, a busca de abordagens científicas sociais para o direito, os esforços dos reformadores para transformar a educação jurídica a fim de melhorar a prática e o julgamento jurídico, e as tentativas dos reformadores de promover uma agenda política progressista dentro e por meio do direito (REALE, 2002, p. 153).

Já pela tradição do realismo norte-americano, afirma-se que há um declínio da teoria, mas que suas vertentes implicam uma tradição jurisprudencial que afirma ter sido o realismo convertido a todos. Inclusive, os advogados possuem o entendimento de que o realismo não é um determinado sistema de regras, e que a doutrina jurídica é, atualmente, concebida no contexto do processo jurídico mais amplo. Por sua vez, o processo legal é entendido como parte do sistema social concebido da mesma maneira que o processo jurídico (MASCARO, 2018, p. 382).

Supõe-se que, em essência, os advogados modernos pensam como realistas, mesmo que comumente não se considerem como tal. Enquanto se descartaram as ideias e argumentos mais fracos desenvolvidos pelos chamados realistas, os melhores foram absorvidos pelo pensamento jurídico moderno.

Unem-se os realistas à visão de que o raciocínio jurídico formalista não determinava ou previa, com precisão, as decisões judiciais. Desse modo, a maioria deles não endossou o entendimento de que as decisões judiciais são idiossincráticas ou crassamente ideológicas (CASTILHO, 2018, p. 229).

Especialmente no que tange ao assunto central deste trabalho, há uma intersecção que merece destaque. Como os realistas não eram céticos no sentido de acreditar que as decisões judiciais são precisas e idiossincráticas, do mesmo modo, altamente ideológicas, consideravam que elas buscam a uma eficácia que não se desprende do princípio finalístico.

Nesse sentido, a teleologia é um traço forte do realismo, que, embora possa estar pautado na aplicação do positivismo, não o concebe isoladamente, e, às vezes, dá espaço à atuação ativista do magistrado. Quando se trata de decisões decorrentes do STF, a demanda constitucional implica uma previsão dos efeitos futuros em termos de eficácia, do mesmo modo que deve ter projeção para os reflexos imediatos.

Interessante notar, ainda, que a linhagem dominante do realismo sustentava que, embora a lei formal seja um guia pobre às decisões reais, os juízes aplicam na prática um tipo de “lei real” que é mais sensível a áreas substantivas específicas ou contextos factuais, conforme Mascaro (2018, p. 393).

Argumenta-se, ainda, que a reivindicação central dos realistas era de que os juízes respondem, de maneira sistemática e previsível, a padrões de fatos que não são capturados por

um conjunto restrito de acontecimentos que são legalmente relevantes, com aproximação ao positivismo.

Dessa forma, os realistas acreditavam que os estudiosos poderiam usar métodos indutivos para extrair do conjunto dos casos decididos as regras jurídicas reais que os juízes estavam usando para decidi-los. Além disso, enfatizavam que os juízes devem (e muitas vezes o fazem) respeitar os precedentes (*state decisis*), não em obediência aos fundamentos legalistas formais apresentados em casos anteriores, mas, em vez disso, observando, atentamente, aos padrões sistemáticos de como os juízes anteriores responderam aos padrões de fatos particulares que apareceram nesses casos (REALE, 2002, p. 157).

Muitos realistas acreditavam que os advogados praticantes em determinados campos têm uma compreensão intuitiva da lei, do mesmo modo que as partes, empresas e funcionários do governo que lidam regularmente com esses campos do direito.

A razão para usar a argumentação teleológica pode, como já foi dito, ser encontrada em considerar as regras jurídicas como um instrumento para a realização de objetivos econômicos. A regulamentação legal do comportamento humano visa à implementação de valores específicos, que podem ser tratados como fins da lei. Do ponto de vista funcional, a interpretação das normas jurídicas, as funções da norma e suas finalidades, devem ser consideradas.

Para estabelecer o significado de uma norma jurídica para uma situação concreta, na interpretação dos objetivos gerais ou normas que sejam capazes de justificar o estatuto, deve-se adequá-la à realidade social, a fim de que haja maior eficácia, fundamento precípua do realismo jurídico.

Desse ponto de vista instrumental ou funcional, uma norma jurídica é um instrumento de controle social, considerando que a aplicação de normas jurídicas resulta em certas consequências que podem ser consideradas como funções. Portanto, as funções pressupostas constituem os resultados que devem acontecer, e as funções reais, resultados que a regra tem ou terá de acordo com previsões adequadas.

Na aplicação judicial do direito, observam-se motivos para rejeitar a interpretação de uma regra quando, nessa interpretação, há, previsivelmente, um efeito indesejável, e que pode resultar em consequências contrárias à lei.

Tem-se, portanto, que o objetivo de uma norma jurídica permite interpretar a regra de tal forma que suas consequências jurídicas sejam conducentes à realização desse objetivo, posto que a promulgação de uma lei pode ser vista como um instrumento na busca de algum aspecto da justiça ou bem público. Tal fim real ou imputado é o propósito da lei, e a sua finalidade é

entendida como um fundamento avaliativo para considerar as consequências de possíveis interpretações como favoráveis ou desfavoráveis.

Nos termos postos, embora o realismo jurídico americano tenha passado por tempos difíceis, as objeções dos realistas ao formalismo jurídico tiveram substância no início do século e se mantêm até então. Há muitos paralelos entre o realismo jurídico e a economia institucional de estilo antigo, considerando-se a concepção de que ambos falharam por falta de operacionalização.

2 Teleologia: princípio finalístico das decisões judiciais

A teleologia é um modo de explicação em que a presença, ocorrência ou natureza de algum fenômeno é explicada pelo fim para o qual contribui. O modelo de explicação é o mecanismo puro, que exhibe um único tipo de mudança, movimento, que pode estar ligado à intencionalidade e à normatividade. Esses argumentos se baseiam no modelo platônico de teleologia transcendente, em que a teleologia aristotélica complementa a compreensão atual de sistemas adaptativos, auto-organizados e dirigidos a objetivos.

Objetiva a interpretação teleológica do Direito a realizar a finalidade da norma jurídica, muitas vezes superando a mera literalidade do texto normativo, como preconiza Ricardo Soares (2019, p. 51), em que “a norma se destina a um escopo social, cuja valoração dependerá do hermeneuta, com base nas circunstâncias concretas de cada situação jurídica”. Procura-se, ao utilizar essa técnica, delimitar a *ratio essendi* do preceito normativo, ou seja, delimitar as premissas do seu real significado.

Assim, realiza-se a delimitação do sentido normativo, que requer alcançar os fins para os quais se elaborou a norma jurídica, e serve de norte para os demais processos hermenêuticos. Ao considerar o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica, e, de modo eficaz, “fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado eficaz” (MAXIMILIANO, 2017. p. 151).

Compreende-se o sucesso do desenvolvimento como aquilo que pode ser explicado pela plasticidade, em que os julgamentos são muitas vezes sujeitos a intenso escrutínio por parte da mídia e da sociedade de um modo geral. O Supremo Tribunal Federal, em particular, tem sido

costumeiramente apontado como uma Corte ativista, que interpreta o direito à luz dos objetivos pessoais dos ministros.

Argumenta-se que se o STF utiliza o método teleológico de interpretação para aumentar a eficácia do direito, algumas vezes, quase que em detrimento da lei ou dos textos jurídicos escritos, ou seja, do positivismo. Ressalta-se que as escolhas legais, e em particular as determinações legislativas, precisam considerar múltiplos direitos e valores, e por meio das quais devem estar as decisões judiciais.

Observa-se que as normas jurídicas, e, em particular, as normas constitucionais de Direito, muitas vezes prescrevem a busca de objetivos, que podem estar em conflito uns com os outros. Desse modo, um modelo de raciocínio teleológico é aplicado a escolhas que afetam diferentes objetivos, entre os quais aqueles prescritos por normas constitucionais.

Uma estrutura analítica é fornecida para avaliar tais escolhas em relação a possíveis alternativas, em que as escolhas legislativas estejam de acordo com a proporcionalidade, e seja então considerada e modelada usando o quadro analítico fornecido. Diante disso, a estrutura é expandida para incluir as ideias de razoabilidade e deferência institucional e as margens de apreciação correspondentes, de acordo com a moldura a ser analisada.

Defende-se, na doutrina a supremacia da Escola Teleológica em Hermenêutica, que congrega a doutrina da finalidade em toda a sua amplitude, para os vários ramos do Direito, pelo egrégio Rudolf Von Jhering, baseada no processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral. Congrega como corifeus dois professores belgas, Paul Vander Eycken e Edmond Picard, embora Rudolf Von Jhering deva, talvez, ser considerado o mestre por excelência, verdadeiro chefe da escola (MAXIMILIANO, 2017, p. 55).

Ao considerar uma posição realista como correta, a relevância política de um caso deve ser inversamente correlacionada com a probabilidade de um juiz acatar uma decisão que ele não goste, mediante a adoção de fundamentos ideológicos. Casos recentes do Supremo Tribunal Federal ilustram essa situação, como a suspensão do piso salarial dos profissionais de enfermagem (BRASIL, 2022)¹, suspensão dos Decretos que flexibilizam o porte de armas no Brasil (STF, 2022a)² e a obrigatoriedade de fornecimento de vagas em creches (STF, 2022b)³.

¹ À guisa de informação: “sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro, a Lei 14.434/2022 instituiu o piso salarial nacional para enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e parteiras. Para enfermeiros, o piso previsto é de R\$ 4.750. Para técnicos, o valor corresponde a 70% do piso, enquanto auxiliares e parteiras terão direito a 50%” (BRASIL, 2022, p. 01).

² O Supremo Tribunal Federal (STF) referendou as liminares deferidas pelo ministro Edson Fachin, em três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), que suspenderam os efeitos de trechos de decretos da Presidência da República que regulamentam o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) e flexibilizam a compra e o porte de armas (STF, 2022a).

³ O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (22), que o dever constitucional do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade é de aplicação direta e imediata, sem a necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional (STF, 2022b).

Importa destacar que os esquemas de argumentação constituem formas de raciocínio falíveis, mas corrigíveis dentro de uma estrutura de autocorreção. Seu uso fornece uma base para tomar uma ação racional ou para aceitar, razoavelmente, uma conclusão como uma hipótese provisória, mas eles não são dedutivamente válidos.

Nesse ponto, o raciocínio teleológico pode fornecer a base para justificar o uso de esquemas argumentativos tanto no raciocínio monológico quanto no dialógico. Tal justificativa teleológica, além de ser inspirada no objetivo de direcionar um conhecedor limitado para a crença verdadeira e escolhas corretas, precisa considerar as atitudes dos interlocutores, bem como os modelos normativos de diálogo e os tipos de atividades comunicativas, em particular ambientes sociais e culturais, conforme escólio doutrinário de Oliveira (2012, p. 128).

Nessa perspectiva muitas vezes, embora se aplique a teleologia nas decisões judiciais, ainda pode ocorrer — e como frequentemente tem ocorrido— o efeito chamado *backlash*, em que parte da sociedade não concorda com determinado posicionamento do magistrado (ou ministro) e se insurge contra ele.

Conceitua-se referida expressão como “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”, conforme Marmelstein (2016, p. 03), sendo considerada uma manifestação democrática da sociedade diante de decisões judiciais.

Se o raciocínio envolve desenhar analogias abstratas, raciocinar teleologicamente sobre regras para decidir um caso e colocar casos hipotéticos para testar regras de decisão, no entanto, não está claro a quais requisitos a ontologia deve satisfazer (REALE, 2002, p. 159).

Os exemplos citados centram-se em um conjunto de casos jurídicos reais, cada qual com seus contextos, fatores, princípios e políticas, em que também se observa a presença da dialética voltada para a teleologia. Pode parecer que o realismo e o positivismo estejam quase sempre em posições antagônicas, principalmente quando ligadas a sistemas jurídicos em que se aliam mais ou menos a um deles.

Diante disso, não se pode afirmar que haja a necessidade de modelar o raciocínio jurídico como construção-teoria dialética dirigida pela teleologia no *common* (que privilegia o realismo) ou *civil law* (mais próximo do positivismo), praticado pelas Cortes dos países que os adotam. Nesse ponto, os precedentes são vistos como uma evidência a ser explicada por meio de teorias, pois ambos os sistemas tendem a evoluir no sentido de aplicar o sistema de precedentes (BACKER, 2000).

Assim, dado um histórico de fatores e valores, pode levar a uma argumentação baseada em teoria, ou seja, uma troca dialética de teorias concorrentes, que sustentam ora resultados opostos, ora convergentes, ao explicar as mesmas evidências e apelar para os mesmos valores.

A determinação da ambiguidade deixa aos juízes considerável poder discricionário, e podem dar ensejo ao ativismo judicial. Dado que os magistrados têm algum poder discricionário para evitar a aparente decisão teleológica baseada em preceitos legais, é razoável supor que ele possa ser mais propenso a tentar encontrar uma justificativa legal para evitar a aplicação desses termos.

Entretanto, embora este seja um caminho menos tortuoso em matéria de observância aos termos do *civil law*, com obediência aos preceitos da norma escrita, o STF vem sendo constantemente questionado, considerando-se não ter um parâmetro específico para proferir decisões.

Essa volubilidade traz insegurança jurídica e faz com que a sociedade cada vez mais questione suas decisões ultrapassando-se os limites do *backlash*, e adentrando na seara do descrédito à instituição. No tópico 3, analisar-se-á a decisão do STF que suspendeu os decretos presidenciais que flexibilizam o porte de armas, à luz do realismo e positivismo jurídico, considerando-se o Princípio Finalístico colocado na decisão.

3 Discussão acerca dos objetivos finalísticos da decisão de suspensão dos decretos presidenciais que flexibilizam o porte de armas e o realismo jurídico

A perspectiva realista sugere uma série de hipóteses comparativas sobre as condições com base nas quais a lei e o argumento jurídico são mais (ou menos) importantes, assim como o comportamento judicial pode mudar em resposta a mudanças nos recursos restrições, talento ou ambiente externo.

Por outro lado, as decisões teleológicas conectam os precedentes jurídicos aos valores sociais e políticas a que servem, assentadas em relações temporais, ainda que se baseiem em casos anteriores, mas que busquem um domínio jurídico e a postura processual.

No dia 20 de setembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal referendou as liminares deferidas pelo ministro Edson Fachin, propostas por meio de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), “que suspenderam os efeitos de trechos de decretos da Presidência da República que regulamentam o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) e flexibilizam a compra e o porte de armas” (STF, 2022a).

Na ocasião, formou-se maioria entre os ministros com a finalidade de sustar a eficácia da ampliação do acesso à posse e porte de arma de fogo, armas de uso restrito e munições em

três ações que tramitam na Corte. O ministro Fachin anunciou como justificativa, dentre outras, a existência de violência política nas eleições de 2022 — bem como, no período que a antecede, como vem sendo amplamente noticiado e tem sido assunto de debate em diversos espaços públicos.

Nesse ponto, argumentou o ministro, que, ao atender os pedidos, concorda com a argumentação dos partidos, e ressaltou:

Embora seja recomendável aguardar as contribuições decorrentes dos pedidos de vista, passados mais de um ano da suspensão do julgamento, e diante dos recentes episódios de violência política, seria necessário conceder a cautelar para resguardar o próprio objeto em deliberação pela Corte. (STF, 2022. p.01)

Sendo este o principal argumento prolatado, e que possui reserva teórica em todos os votos, salvo nos divergentes de Nunes Marques⁴ e André Mendonça, as condições em que foi proferida demonstra a incidência do realismo jurídico e da teleologia, em franca adesão ao combate à polarização por parte do STF. Embora haja muita discussão sobre a atuação dos ministros em diversas oportunidades, o que se observa, de fato, é que o efeito *backlash* se inclina a uma ou outra parte, quando contra elas a decisão judicial é ou não favorável.

Na teoria jurídica, como já referendado neste trabalho, a argumentação referente aos objetivos ou propósitos de uma norma jurídica é chamada argumentação teleológica. Isso implica que os juízes usam esse tipo de argumentação no contexto da justificação de interpretação de uma norma jurídica, aplicada a um caso concreto e argumentam que essa interpretação pode ser justificada a partir da perspectiva do objetivo.

Em relação às diferentes propostas teóricas envolvidas na definição de diretrizes e na construção de modelos de controle racional das decisões judiciais, algumas propostas dão especial atenção aos argumentos consequencialistas, ou seja, aqueles que consideram as consequências da decisão.

Esse fundamento tem sido utilizado em algumas decisões do STF, embora outras, como a que determinou aos municípios que forneçam as vagas em creches no âmbito de sua competência, mas que não apontaram de onde viriam os recursos para serem aplicados nesse investimento.

A comparação teórica, juntamente aos resultados a que conduz a análise da argumentação judicial, lança luz sobre a capacidade e eficácia das ferramentas na orientação da

⁴ Segundo Maia (2022, p. 01), “em seu voto divergente, Nunes Marques afirma que não vê motivo para as liminares por conta do período eleitoral. Penso que a suspensão, às vésperas do pleito eleitoral, da vigência dos decretos em tela não terá o condão de surtir qualquer eficácia. Diversamente do que se possa imaginar, o cidadão não consegue ir à loja, adquirir uma arma de fogo e levá-la consigo no mesmo dia”, escreveu o ministro. “Se um cidadão pretender adquirir uma arma de fogo hoje, deverá esperar, na melhor das hipóteses, pelo menos até a segunda **quinzena de novembro**”.

construção racional e avaliação do raciocínio judicial. No âmbito das decisões decorrentes do STF, a análise que se faz é que os ministros costumam desenvolver instrumentos para a reconstrução racional da argumentação em que uma decisão judicial é justificada, fazendo-se referência às consequências em relação à finalidade da norma. (GONÇALVES, 2020).

Entretanto, esta não é uma constante, pois os instrumentos desenvolvidos integram *insights* (percepções) que congregam a teoria jurídica e a filosofia jurídica, sobre a função e uso de argumentos de consequências em relação ao propósito de uma regra em um quadro pragmático-dialético.

Desse modo, é possível aplicar o instrumento à análise de exemplos das práticas jurídicas anteriores, demonstrando-se que a eficácia dessas decisões passadas serve como exemplos paradigmas para doravante. Para tanto, utilizam instrumentos que podem oferecer uma ferramenta heurística e crítica para a análise e avaliação da argumentação jurídica que pode preencher a lacuna entre discussões mais abstratas de formas de argumentação legal, por um lado; e argumentos jurídicos, como eles ocorrem na prática jurídica real, por outro (HABÈRLE, 1997).

A forma de como os tribunais avaliam a matéria, em especial o STF, levanta a questão corolário de saber se há avaliação adequada do conteúdo da ação, e pode ser influenciada pela teleologia ou evidência, paratextualidade, ainda que haja elementos que possam distorcer evidências para atingir objetivos socialmente desejáveis.

Esses comportamentos trazem ameaças à segurança jurídica das decisões oriundas do STF, e ocorrem apesar dos padrões profissionais, em que a teleologia tem impacto na tomada de decisão judicial tanto no *common law* quanto no *civil law*, ambos praticantes do realismo jurídico, ainda que em graus diferentes (LAWSON, 1977).

Não há dúvidas de que a interpretação teleológica, como um dos métodos interpretativos fundamentais reconhecidos pela teoria jurídica brasileira, é utilizada na prática pelos tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Nos julgados apontados, em especial aquele que diz respeito à suspensão dos decretos que flexibilizam o porte de armas em período pré-eleitoral, considera-se a gênese histórica do país em relação ao acesso da população às armas.

Nesses termos, com as liminares, ficou decidido que a posse de arma de fogo somente poderá ser autorizada às pessoas que demonstrem concretamente a efetiva necessidade, por razões profissionais ou pessoais. Do mesmo modo:

A aquisição de armas de fogo de uso restrito, por sua vez, só deve ser autorizada por interesse da segurança pública ou da defesa nacional, não de interesses pessoais. Ou seja, a aquisição desse tipo de armamento por colecionadores, atiradores e caçadores

está suspensa enquanto perdurar a liminar. Em relação ao porte de arma de fogo, ficou estabelecido que a regulamentação efetuada pelo Poder Executivo não pode criar presunções de efetiva necessidade além das já disciplinadas no Estatuto do Desarmamento. Dessa forma, a necessidade de porte deve ser sempre concretamente verificada e não presumida. Além disso, a quantidade de munição adquirível pelos proprietários de armas fica limitada, de forma diligente e proporcional, apenas ao necessário para garantir a segurança dos cidadãos. (STF, 2022, p. 01).

No último tópico do trabalho, o qual segue abaixo, o estudo se concentra na análise dos argumentos que se assentam na decisão teleológica proferida pelo STF, de acordo com os elementos amplamente divulgados nos últimos meses no Brasil.

Esses fatos causaram consequências sociais que estarão refletidas no julgamento final do caso. Particularmente, investiga-se a relação entre interpretação textual e interpretação teleológica e ilustram-se as situações em que prevaleceu a interpretação teleológica.

4 Polarização política, crescimento do número de episódios de violência e as implicações sociais das decisões judiciais

O início do processo de polarização política acirrou-se com as últimas eleições presidenciais de 2018, e continuou com a crescente insatisfação com as decisões de governança da plataforma governamental, que passou, desde então, a utilizar, fortemente, a comunicação de seus atos por meio de mídia social, como Twitter, Facebook e Instagram, tal como ocorreu com o governo Trump nos Estados Unidos da América.

Referida condição levou a uma série de esforços substanciais, originados tanto na direita quanto na esquerda política, para modificar suas plataformas, a fim de conquistar e reconquistar seu eleitorado. Nessas condições, houve um esforço no campo do Direito e do jornalismo informativo para sinalizar a desinformação que foi amplamente utilizada como ferramenta de ataque e defesa de ambos os lados.

Nessa perspectiva, as plataformas de mídia social estão sendo cada vez mais usadas para atividades políticas e comunicação, e pesquisas sugerem que o design e o uso de mídia social estão contribuindo para a polarização da esfera pública. Habermas possui fortes considerações acerca da democracia deliberativa, que auxiliam o entendimento quanto à exploração de novos *designs de interface* que diversificam as fontes de informação por meio da recomendação de conteúdo, e que podem diminuir a polarização (HABERMANS, 1997).

Parte da doutrina compreende que a polarização, entendida como a separação e o agrupamento de atitudes políticas, é positiva para a democracia, desde que seja em pequenas doses. Apesar disso, quando excessiva, leva as pessoas a desconsiderarem visões diferentes das suas, dificultando a busca de soluções democráticas para os problemas da sociedade (FOS; KEMPF; TSOUTSOURA, 2022).

Na América, considerando-se o Brasil e os Estados Unidos, atingiram-se níveis recordes de polarização, podendo ser observados episódios resultantes de estereótipos extremistas, como a invasão do Capitólio (DW, 2022); O atentado ao presidente Jair Bolsonaro (à época candidato à presidência) (CIOCARI, 2018); e o assassinato do militante petista Marcelo Arruda (LOPES, 2022), sendo apenas algumas delas.

Em todas, observa-se que a compreensão teórica do espetáculo, como recurso midiático, foi amplamente utilizada pelos partidos envolvidos, e que, invariavelmente, insuflam a polarização que resvala em demandas judiciais, e influencia as decisões.

A polarização afetiva, criada pela animosidade política, está aumentando nas Américas e não pode ser totalmente explicada pela polarização ideológica, pois os elementos contextuais demonstram que há outras circunstâncias que a agregam.

As percepções errôneas das pessoas sobre a divisão ideológica causam uma falsa polarização, e podem explicar melhor a intensificação da antipatia partidária, sendo influenciadas pelas elites políticas, cada vez mais polarizadas, somam à mídia partidária e à mídia social, que também selecionam conteúdo polarizador.

Dessa forma, o cenário político e da mídia moldam as percepções errôneas partidárias, contribuindo para um ciclo autorrealizável de crescente polarização, que contribui para as percepções distorcidas da divisão entre o eleitorado, o que, por sua vez, pode contribuir para um ciclo de autoperpetuação que alimenta a animosidade (polarização afetiva) e a real polarização ideológica ao longo do tempo.

Conclusão

Em relação aos conceitos em uso no discurso jurídico, o “positivismo jurídico” é certamente um dos mais polissêmicos. Por isso, atualmente, existe um risco real de ser mal interpretado ao usá-lo, e, em particular, há uma distinção nítida entre a forma como os teóricos do Direito usam o conceito, e como ele é frequentemente usado por outros juristas.

Este artigo apresentou os fundamentos do positivismo e do realismo jurídicos, visando facilitar a fluidez das discussões mais frutíferas. Abordou-se o positivismo jurídico como teoria do Direito e como ideologia, em que se destacaram diferentes correntes em relação ao uso do conceito em cada categoria.

Assim, enquanto os realistas advertiram contra a tentativa de tirar conclusões sobre a natureza e efeitos da lei, tomando as opiniões judiciais escritas pelo seu valor nominal, mas eles

rejeitavam a ideia de sistematização do direito, ou sobre como o direito opera em determinadas searas.

Os realistas foram bem-sucedidos em afastar o discurso jurídico de um discurso amplo, abstrato e de análise dedutiva, preferindo, assim, uma abordagem mais sensível ao contexto, repleto de pragmática e estilo autoconsciente de raciocínio judicial. Devido essa mudança na forma como os juízes e estudiosos falam sobre direito, a lacuna entre as reais razões pelas quais os juízes fazem o que fazem, e as razões pelas quais os juízes emitem suas opiniões, provavelmente é menor agora do que era no início do século XX.

No entanto, alguma lacuna persiste, pois, o ponto não é simplesmente a afirmação de que os juízes podem ser tendenciosos ou ideológicos em alguns casos. Em vez disso, o realismo sugere que pode haver padrões relativamente consistentes e estáveis nas decisões judiciais, entendidos por advogados, litigantes e juízes qualificados, que não são capturados nem pelas regras formais nem por medidas ideológicas grosseiras.

Observou-se que as jurisdições com leis formais semelhantes podem ter suas aplicações bem diferentes, enquanto jurisdições com regras formais divergentes podem ter sistemas jurídicos bastante semelhantes na prática, como visto, no caso do uso do realismo jurídico nos Estados Unidos e no Brasil.

Entretanto, o objetivo dessa contribuição é desenvolver uma estrutura para a análise e avaliação da argumentação teleológica no contexto jurídico, em que se integram ideias retiradas da teoria do direito em um modelo pragmático-dialético para analisar e avaliar a argumentação no STF.

Diante dessa realidade, conclui-se que, ao proporcionar uma abordagem mais sistemática e uma estrutura elaborada para avaliar a qualidade dos argumentos teleológicos à medida que eles ocorrem em justificativas complexas de interpretações jurídicas, o STF oscila muito nas suas motivações.

Os elementos colocados evidenciam que não é por conta da sua estrutura e do modo como os ministros são escolhidos, tampouco em face da adoção do sistema de *civil law* existente no Brasil. Isso decorre do desenvolvimento de um modelo de análise e avaliação da argumentação em contextos particulares que se formou na corte ao longo dos anos.

Portanto, este entendimento não se alinha a nenhuma vertente, e, mesmo que haja instrumentos que forcem a adoção de precedentes, a vinculação deles não é definitiva, podendo, inclusive, haver modificações radicais. Mas, isso não é um mal insanável em uma sociedade dinâmica, em que as relações precisam ser constantemente reavaliadas, com a finalidade de se adequar ao contexto social em que estão inseridas.

Referências

- BAKER, J. H. **The common law tradition**. Londres/ Rio Grande: Hambledon Press, 2000.
- BRASIL. Agência Brasil. **Maioria do STF mantém suspensão de piso da enfermagem**. 15/09/2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2022-09/maioria-do-stf-mantem-suspensao-de-piso-da-enfermagem>. Acesso em: 26 set. 2022.
- CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CIOCARI, Deysi. O atentado contra Jair Bolsonaro: imagem e a violência nas eleições 2018. **Líbero – Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**, São Paulo, a. XXI, n. 42, p. 127-141, jul./dez. 2018.
- DW. **Invasor do Capitólio é condenado a sete anos de prisão**. Política. Estados Unidos. 02/08/2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/invasor-do-capit%C3%B3lio-%C3%A9-condenado-a-sete-anos-de-pris%C3%A3o/a-62686656>. Acesso em: 28 set. 2022.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**: 1. Teoría del derecho, 2ª ed., Madrid – Espanha: Editorial Trotta, 2016.
- FOS, Vyacheslav; KEMPF, Elisabeth; TSOUTSOURA, Margarita. The political polarization of corporate America Working. **National bureau of economic research**, 1050, Massachusetts Avenue Cambridge, MA, jun./2022. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w30183/w30183.pdf. Acesso em: 28 set. 2022.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Justiça em transição**: pela edificação de um novo sistema de administração da justiça no Brasil. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen (1929). **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbet L. A. **O Conceito de Dreito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. A influência das antigas teses do realismo jurídico na atualidade do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 45, n. 02, p. 1-26, set./dez. 2021.
- MAIA, Flávia. **STF forma maioria para manter suspensão de decretos que flexibilizam porte de armas**. Jota. Eleições 2022. 20/09/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-forma-maioria-para-mantem-suspensao-de-decretos-que-flexibilizam-porte-de-armas-20092022>. Acesso em: 28/09/2022.
- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. CAJU – Centro de Atendimento ao juiz federal. 2016. Disponível em:



BRITO, Clara Kelliany Rodrigues de; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Teleologia do Supremo Tribunal Federal, realismo jurídico e os efeitos da suspensão de decretos que flexibilizam o porte de armas para a segurança nas eleições de 2022

https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

LAWSON, F. H. **A common lawyer looks at the civil law**. Westport: Greenwood Press, 1977.

LOPES, Léo. **Crime em Foz: o que se sabe sobre o assassinato do petista Marcelo Arruda**. 16/07/2022. CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/crime-em-foz-o-que-se-sabe-sobre-o-assassinato-do-petista-marcelo-arruda/>. Acesso em: 28 set. 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, André Gualteri. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PITSICA, Nicolau Apóstolo; PITSICA, Diogo Nicolau. **Realismo Jurídico Antimetafísico de Alf Ross**. Porto Alegre- RS: Conceito Editorial, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **STF mantém suspensão de decretos que flexibilizam compra e porte de armas**. 20/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494468&ori=1>. Acesso em: 19 set. 2022a.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Supremo decide que oferta de creche e pré-escola é obrigação do poder público**. 22/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494613&ori=1>. Acesso em: 19 set. 2022b.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Fachin suspende decretos da Presidência que flexibilizam compra e porte de armas**. 05/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=493519&tip=UN>. Acesso em: 19 set. 2022.

