

Poderes, instituições e normas: a autoridade como fundamento das decisões judiciais

Powers, institutions, and norms: authority as the foundation of legal decisions

Olívia Brandão Melo Campelo
oliviabrandaomelo@hotmail.com
Universidade Federal do Piauí – UFPI

Alysson Fernando Paiva
alyssonfernandoprof@gmail.com
Universidade Federal do Piauí – UFPI

Resumo: O artigo discute a causa da coexistência de decisões divergentes em um sistema jurídico. Será analisada sob a perspectiva fática da atuação dos tribunais. O artigo se baseia na teoria institucional de John Searle, abordando fatos institucionais, poderes deônticos e a relação entre lei e linguagem. A linguagem jurídica, aberta e abstrata, possibilita uma variedade de possíveis aplicações. Decisões *contra legem* são possíveis devido à diversidade de critérios interpretativos e o fundamento de decisões se basearem preeminentemente na autoridade do julgador. Trata-se de uma pesquisa qualitativa que utiliza do método dedutivo.

Palavra-chave: Decisão judicial, Tribunal, Supremo Tribunal Federal, Linguagem, Autoridade.

Abstract: The article discusses the cause of the coexistence of divergent decisions in a legal system. It will be analyzed from the factual perspective of the courts' actions. The article is based on John Searle's institutional theory, addressing institutional facts, deontic powers, and the relationship between law and language. Legal language, being open and abstract, allows for a variety of possible applications. Decisions against the law are possible due to the diversity of interpretative criteria and the fact that decisions are primarily based on the authority of the judge. This is a qualitative research that uses deductive method.

Keywords: Judicial decision, Court, Supreme Federal Court, Language, Authority.

Introdução

O crime de estupro de vulnerável entrou para o rol de crimes hediondos a partir da interpretação do STJ¹. Por outro lado, o mesmo STJ entendeu pela relativização do estupro de vulnerável a partir da observação de elementos como a pouca diferença de idade entre o acusado e a vítima, concordância dos pais da vítima e nascimento de filho². Em 2017, O STF, a corte constitucional do país, decidiu pela interpretação oposta:

EMENTA Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Estupro de vulnerável. Vítima menor de quatorze anos. Consentimento e existência de relacionamento amoroso. Irrelevância. Presunção absoluta de violência. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. “Para a configuração do estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de 14 anos” (BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC nº 122.945/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4/5/17).

Essas duas interpretações divergentes e contraditórias convivem juntas na prática jurídica brasileira. Embora seja possível criticar a falta de harmonia em duas das maiores instâncias jurídicas do país, deve-se reconhecer o fundamento comum da possibilidade de coexistir, dentro do ordenamento jurídico, duas posições diametralmente opostas. Mas, se o direito é a solução de litígios a partir da aplicação de leis, como decisões divergentes geram efeitos jurídicos? Qual a razão da possibilidade dessas decisões? O presente artigo, ao responder a última questão elucidará a primeira questão.

O artigo parte da teoria institucional de John Searle. Primeiro será analisado o conceito de fatos institucionais e função de status desenvolvidos pelo autor. Em seguida será relacionado ao conceito de poderes deonticos, quando então será desenvolvido um conceito de autoridade baseado na teoria de John Searle. Em seguida, será desenvolvida a relação entre lei e linguagem. A lei usa necessariamente de um vocabulário abstrato e aberto, que deverá ter seu sentido adjudicado por um intérprete autoritativo. Podem ser atribuídas diversas interpretações a uma mesma lei, a partir de considerações semânticas ou pragmáticas. A conclusão é a de que a atividade decisória é fundada, em primeira instância, sobre a autoridade do julgador. Decisões divergentes subsistirão necessariamente em um ordenamento jurídico, uma vez que diferentes sujeitos detentores de autoridade decisória aplicam critérios pragmáticos ou semânticos.

Será uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método dedutivo. A pesquisa dará ênfase à teoria social desenvolvida por John Searle. Dessa forma, a primeira parte do trabalho buscará elucidar conceitos como fatos institucionais, função de status, poderes deonticos e atos declarativos. Esses conceitos serão explanados e apresentados sob a ótica da prática jurídica. Posteriormente a atividade decisória será tendo em vista os aspectos particulares da linguagem jurídica, tais como a vagueza e a ambiguidade.

¹ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC . PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA SIMPLES. CRIMES ANTERIORES À LEI Nº 12.015/09. CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA. 1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo porque o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e não a integridade física ou a vida da vítima, sendo irrelevante, para tanto, que a prática dos ilícitos tenha resultado lesões corporais de natureza grave ou morte. 2. As lesões corporais e a morte são resultados que qualificam o crime, não constituindo, pois, elementos do tipo penal necessários ao reconhecimento do caráter hediondo do delito, que exsurge da gravidade mesma dos crimes praticados contra a liberdade sexual e merecem tutela diferenciada, mais rigorosa. Precedentes do STJ e STF. 3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para declarar a natureza hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes da edição da Lei nº 12.015/09, independentemente que tenham resultado lesões corporais de natureza grave ou morte. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1110520/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012)

²“(…) 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).



1. Fatos institucionais e função de status

É possível existir linguagem sem o direito, mas não há um direito sem linguagem. As aplicações da linguagem são infinitas. A linguagem é usada para perguntas, respostas, afirmações, promessas, ameaças, narrar um acontecimento, negociar. Dentre as várias funções cotidianas da linguagem, enfatiza-se aqui a sua função de *fazer coisas*; isto é, usar a linguagem para realizar modificações concretas na vida social. Essa é a base da teoria dos atos de fala de John L. Austin (1962). A partir dessa teoria inicial, Searle construiu sua própria teoria dos atos de fala (1969) que, nos anos seguintes, se desdobrou em uma ampla e rica teoria da social (2010).

Esta teoria afirma que a linguagem é uma força criadora de estruturas sociais. Fato atestado no poder da linguagem de ressignificar entes e condutas a partir de certas convenções sociais. Essa ressignificação acontece através de regras constitutivas e regras regulativas (SEARLE, 2007, p. 88). Vamos começar a analisar o que são regras constitutivas e o que são regras regulativas.

1.1. Regras constitutivas e reguladoras.

Regras reguladoras regulam condutas que já existem anteriormente e de forma independente³. Veja o exemplo de regras de etiqueta. As regras de trânsito são um bom exemplo de regras reguladoras. Transitar pela rua é uma ação anterior a qualquer regra que regule essa conduta. Alguns países exigem que os automóveis transitem pelo lado esquerdo; outros, como o Brasil, pelo direito. Regras de etiqueta são um exemplo notório de regras reguladoras. A necessidade de comer antecede qualquer regra sobre como comer. Regras reguladoras, portanto, criam ajustes a condutas que já existem. Regras constitutivas, por outro lado, criam novas condutas.

O jogo de xadrez não existe sem as regras que constituem o jogo de xadrez (SEARLE, 1969, p. 33). Um observador externo, por exemplo, que não entende nada de xadrez, apenas veria duas pessoas sentadas uma de frente para outra, movendo peças de formato diferente sobre um tabuleiro quadriculado. Sem as regras constitutivas não se pode dizer que há um jogo de xadrez, um jogo de futebol. Portanto elas são a razão da existência da própria conduta. Agora pode-se dizer que alguém está comendo peixe mesmo se ela desrespeitar todas as regras reguladoras sobre *como* comer um peixe.

As regras constitutivas podem ser resumidas com a fórmula: *x conta como y, se z*⁴. John Searle chama-as de locução de “*conta como algo*.” O dinheiro, por exemplo, sob uma perspectiva puramente material é apenas um pedaço de papel sem valor nenhum. Mas dentro de um contexto específico “*conta como*” um valor de troca em uma transação comercial.

A linguagem é o fundamento das regras constitutivas⁵. De outra forma, essas regras não poderiam sequer ser comunicadas e reproduzidas por outros seres humanos. Um treinador de cães pode ensinar ao animal algumas regras reguladoras. Dessa forma, o cão espera sentado o momento de receber a ração; fica quieto quando tentam botar-lhe a coleira; não urina e defeca em locais públicos. Porém, é impossível para um cão

³Como ponto de partida, podemos dizer que as regras reguladoras regulam formas de comportamento independentes ou já existentes, por exemplo, muitas regras de etiqueta regulam as relações interpessoais, que existem independentemente das regras. Mas as regras constitutivas não apenas regulam, eles criam ou definem novas formas de comportamento. As regras do futebol ou xadrez, por exemplo, não apenas regulam como jogar futebol ou xadrez, assim como que criam muitas possibilidades de jogar esses jogos (SEARLE, 1969, p. 33).

⁴Em *Mind, Language and Society* Searle afirma que: “Regras constitutivas sempre têm a mesma forma lógica (...) Elas são sempre da forma lógica que considera que algo conta como tendo este ou aquele status.” (2008, p. 123-124, tradução nossa).

⁵Dessa forma, afirma em *making the social world* que linguagem é a “mais fundamental de todas as instituições (SEARLE, 2010, p. 10).”



entender o jogo de xadrez e é impossível para um cão entender que o dinheiro possui um valor para transações comerciais. Esses fatos, simples para um humano, dependem de um aparato linguístico e conceitual que não é encontrado em nenhuma outra espécie do planeta terra⁶. Essa regras constitutivas, por outro lado, não teriam utilidade nenhuma se não fosse a aceitação coletiva. Um jogo de xadrez se torna impossível se apenas uma das partes aceita as regras do jogo. Isso quer dizer que, além de depender da aceitação coletiva, as regras constitutivas do xadrez possuem uma existência objetiva, independentemente da aceitação de algumas pessoas. Alguém que não saiba as regras do xadrez não conseguiria sequer começar a jogar. Mas com um pouco de curiosidade e tempo disponível, pode aprender as regras constitutivas daquele jogo e passar a jogá-lo com outras pessoas que também conhecem e aceitam aquelas regras. Essas duas pessoas, no momento de uma partida de xadrez, estarão envolvidas em uma intencionalidade coletiva.

A intencionalidade coletiva foi estudada por diferentes autores como Bratman (1992); Tuomela (2005); Searle (2010, 1996). O seu conceito, no entanto, pode ser sumarizado a partir da entrada *collective intentionality* na *Plato Stanford Encyclopedia of Philosophy*:

A intencionalidade coletiva é o poder das mentes de serem conjuntamente direcionadas a objetos, questões de fato, estados de coisas, metas ou valores. A intencionalidade coletiva se manifesta em uma variedade de modos, incluindo intenção compartilhada, atenção conjunta, crença compartilhada, aceitação coletiva e emoção coletiva. Atitudes intencionais coletivas permeiam nossas vidas cotidianas, por exemplo, quando dois ou mais agentes cuidam ou criam uma criança, lamentam a perda de um ente querido, fazem campanha por um partido político ou torcem por um time esportivo. Elas são relevantes para filósofos e cientistas sociais porque desempenham papéis cruciais na constituição do mundo social. (SCHWEIKARD e SCHMID, 2021, Tradução nossa)

A Intencionalidade, por outro lado, é uma propriedade de nossa consciência estar direcionada para algo. “Se, por exemplo, eu tiver uma crença, deve ser uma crença de que determinada coisa é desse ou daquele modo; se tiver um temor, deve ser um temor de alguma coisa ou de algum acontecimento (...). (SEARLE, 2002, p. 1)” Quando alguém acredita que está chovendo, sua crença é a de que “está chovendo.” Quando alguém deseja chá, seu desejo tem por objeto “o desejo de beber chá.” Segundo Searle, cada intencionalidade possui um modo psicológico e um conteúdo proposicional (2002, p. 8). Portanto, o desejo de jogar xadrez apresenta o modo psicológico desejo e o conteúdo proposicional jogar xadrez. A intencionalidade também pode ser coletiva, quando envolve algum contexto social. “Uma importante aplicação da intencionalidade coletiva é a atribuição coletiva de função a pessoas e objetos. As funções são sempre relativas à intencionalidade e constituem uma classe importante de funções. (SEARLE, 2010, p. 44, tradução nossa)” Duas pessoas dançando valsa realizam suas ações através de uma intenção compartilhada dos passos da dança. A ação não seria possível se qualquer um dos executantes não tivesse uma expectativa de como o outro deveria se comportar. Essa expectativa é inerente às convenções sociais: “A coisa essencial sobre convenções é que elas são arbitrárias, mas uma vez estabelecidas, concedem aos participantes o direito a expectativas específicas. Elas são normativas. (Searle, 2010, p. 87, tradução nossa).” Ao ter uma expectativa do comportamento do outro, em uma ação coletiva, um indivíduo consegue ajustar sua própria conduta.

⁶ O poder da linguagem de constituir uma realidade social é sumarizado no pensamento de Lênio Streck: “Isto porque é pela linguagem que, simbolizando, compreendo; logo, aquele real, que estava fora do meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser realidade. Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. (...) A construção social da realidade implica um mundo que pode ser designado e falado com as palavras fornecidas pela linguagem de um grupo social (ou subgrupo). O que não puder ser dito na sua linguagem não é parte da realidade desse grupo; não existe, a rigor”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 1999, p. 178).



1.2. Fatos Brutos e Institucionais

A constituição das regras constitutivas e relatórias não se dão em um vácuo, mas sobrepõe-se aquilo que de acordo com a filósofa britânica G.M. Anscombe chamou de fatos brutos (1958). Searle utiliza essa distinção em seu próprio projeto de uma teoria social. Fato bruto é um fato que independe de observadores. O fato de existir neve no topo do Everest, existir um fundo do oceano ou um lado escuro da lua, independem da agência humana (SEARLE, 1995, p. 121). Os fatos institucionais, por outro lado, dependem de convenção humana. No tópico anterior foi visto que a intencionalidade coletiva permite que os agentes humanos atuem coletivamente. E foi visto que algumas condutas são constituídas ou reguladas através de regras. Estas condutas determinadas por regras constitutivas ou reguladas são os fatos institucionais. Toda a realidade social (a soma dos fatos institucionais) é fundada sobre estas regras regulatórias e regras constituídas enquanto são reconhecidas pela intencionalidade coletiva dos membros de uma comunidade. Dentro desta realidade social está incluído o direito. O direito, portanto, é um fato institucional⁷.

A promulgação de uma lei envolve a criação de uma regra constitutiva. Transportando a equação das regras constitutivas para a linguagem jurídica, percebe-se que um mandato é legalmente válido se atender os requisitos estabelecidos em lei. Conduta x é crime (y) se assim estabeleceu a lei z. Uma lei é válida se atingiu os critérios formais. Estas regras constitutivas (e, por conseguinte, a lei) estipulam poderes deonticos a determinados agentes humanos, permitindo-lhes realizar certas funções essenciais à vida social.

1.3. Poderes deonticos e função de status

As regras constitutivas dos fatos sociais adjudicam determinados poderes reconhecidos. Searle denomina esses poderes como poderes deonticos, que envolvem direitos, deveres, obrigações, requerimentos e autorizações (2010, p.8). “Os poderes deonticos são poderes que existem apenas porque são reconhecidos e aceitos como existentes. Às vezes, os apoiamos com força física - no caso do direito penal, por exemplo - mas as forças policiais e os exércitos também são sistemas de deontologias. (SEARLE, 2010, p. 88, tradução nossa).” Searle classifica três tipos de poderes deonticos: “1. O poder deontico positivo, quando tenho direitos. 2. O poder deontico negativo, quando tenho obrigações. 3. O poder deontico condicional, meu poder, por exemplo, de votar no Partido Democrata se me registrar como democrata. (MANEE, 2018, p. 95, tradução nossa).”

As regras constitutivas criam fatos institucionais que, por sua vez, geram poderes deonticos. “O teste mais simples para determinar se um fenômeno ou fato é genuinamente institucional é perguntar: Sua existência implica poderes deonticos, como os poderes de direitos, deveres, obrigações, requerimentos e autorizações? (SEARLE, 2010, p 95, tradução nossa)” Dessa forma, as regras constitutivas do xadrez impõe aos jogadores uma jogada por turno. O xeque-mate implica no dever de reconhecimento da vitória. No âmbito jurídico, o poder legalmente constituído de contratar, por exemplo, estipula direitos e deveres recíprocos entre os contratantes. Em um contexto decisional, cada uma das partes do processo tem direitos e deveres garantidos segundo as regras processuais, que também devem ser observadas pelo juiz no momento da decisão.

Segundo o professor Nelson Juliano, o direito é constituído por diferentes tipos de artes (2008). A arte do advogado é diferente da arte do juiz, que, por sua vez, é diferente da arte do promotor ou do procurador da república. Embora trabalhem com as mesmas fontes, a lei, estes exercem no cotidiano jurídico funções diferentes (MATOS, N.J. C., 2008, p. 27). Por motivos de economia textual, aqui será analisada apenas a função do advogado e do juiz. A função do advogado é pleitear o direito através da redação da redação de

⁷ Para mais informações sobre a aplicação da teoria de Searle ao direito ver: Fletcher GP. Law. In: Smith B, ed. John Searle. Contemporary Philosophy in Focus. Cambridge University Press; 2003:85-101.



uma tese – uma defesa penal, uma petição, contestação, etc.. O juiz, por outro lado, recebe a tese e, através de uma fundamentação, defere ou indefere o pedido. Mas qual a ontogênese dessas funções de pleitear e deferir ou indeferir? A resposta deve ser encontrada dentro da estrutura realidade social.

“O aspecto diferencial da realidade humana social, o modo no qual ele difere de outras formas de realidade animal que eu conheço, é que os humanos tem a capacidade de impor funções sobre objetos e pessoas, funções que estes objetos e pessoas não poderiam cumprir somente em virtude da sua estrutura física (...) As pessoas e objetos estão aptas a realizar certas funções em virtude do fato de que elas tem um status coletivamente reconhecido que as permite realizar as referidas funções de um modo que não teriam se não tivessem o reconhecimento coletivo do status.” (SEARLE, 2010, p. 7, tradução nossa)

Uma peça de xadrez é apenas um objeto material se não forem-lhes atribuídas determinadas funções dentro das regras constitutivas do xadrez. Dessa forma, a peça que tem a forma de um cavalo executa movimentos em L, enquanto as peças que tem forma de torre executam movimentos latitudinais e longitudinais. E o jogo de xadrez só funciona se os jogadores reconhecerem as respectivas funções de cada uma das peças que compõem o jogo de xadrez. Searle conceitua a função de status como

“(...) uma função que é realizada por um objeto, pessoa, ou outro tipo de entidade, a qual pode ser realizada somente em virtude do fato de que a comunidade na qual a função é realizada atribui um certo status ao objeto, pessoa ou entidade em questão, e a função é realizada em virtude da aceitação coletiva ou reconhecimento do objeto, pessoa ou entidade como tendo tal status.” (SEARLE, 2010, p. 94, tradução nossa)

Os juízes, os advogados, os professores, os membros do ministério público, os promotores: todos possuem uma função de status coletivamente reconhecida, que pautam suas condutas profissionais. Mas o fundamento da própria condição de inteligibilidade da função de status atribuída a um objeto ou pessoa é a linguagem, que determina a condição de representabilidade cognitiva da função de status.

“A linha de pedras X, agora tem o status de fronteira Y, mas este status pode existir somente se os participantes na instituição têm uma linguagem rica suficiente para representar isso. Isto é, eu faço uma distinção entre simples disposições para atuar, as quais não requerem uma linguagem, dos casos nos quais há uma deontologia institucional. Tal deontologia pode existir somente se ela é representada como existindo.” (SEARLE, 2010, p. 95, tradução nossa)

A questão da capacidade da linguagem representar algo para os indivíduos é essencial na formação da realidade social. Um exemplo baseado em discrepâncias culturais pode revelar o poder das representações na conduta dos indivíduos. Levy Bruhl, antropólogo do século XIX, escreveu sobre o modo de mentalidade primitiva. Constatou que, as tribos primitivas de Papua Nova Guiné tinha uma noção bem diferente de propriedade, em relação ao modo de pensar europeu. O número de objetos privados é diminuto. Desconhecem o comércio e a acumulação de riquezas. Dessa forma, não possuem uma linguagem que expresse noções sobre o que é propriedade privada, comércio e riquezas (LEVY-BRUHL, 2005, p. 155-156).

Após se constatar que linguagem é essencial para a comunicabilidade de regras constitutivas, das regras regulatórias e para a comunicabilidade da transformação da função de status de objetos e pessoas, percebe-se que petição de um advogado é apenas um pedaço de papel com tinta se não atender aos requisitos formais que dão ao papel escrito a *função de status* de uma petição jurídica. Assim como uma sentença judicial depende, para produzir efeitos, de seus requisitos formais, ditados pelas regras constitutivas da atividade decisional. Essas petições e sentenças, elementos essenciais da atividade jurídica funcionam como atos declaratórios. Essa afirmação será explicada no próximo tópico.

1.4. Atos ilocutórios e Atos declaratórias

Os atos de fala se distinguem em atos locutórios, ilocutórios e perlocutórios (AUSTIN, 1962). Ato locutório é a simples ação de pronunciar uma palavra; isto é, quando alguém diz gato pronuncia determinadas articulações de consoantes e vogais em duas sílabas para produzir os sons *ga-to* (AUSTIN, 1962, p. 94).

Ato ilocutório é o ato que o locutor realiza quando diz algo; o locutor pode querer afirmar, algo, prometer, convencer (AUSTIN, 1962, p. 98). Os atos perlocutórios, por outro lado, são os efeitos produzidos no ouvinte, que pode se sentir persuadido, convencido ou ameaçado (AUSTIN, 1962, p. 101). Dos diversos tipos de atos ilocutórios, esse trabalho se deterá na análise dos atos declaratórios tal qual descritos por John Searle em *A Classification of Illocutionary acts* (1976). Estes atos instituem e alteram uma situação de fato a partir de sua simples pronúncia. “Declarações causam alguma alteração no status ou condição do objeto ou objetos mencionados exclusivamente em virtude do fato de que a declaração foi realizada com sucesso. Essa característica das declarações as distingue das outras categorias. (SEARLE, 1976, p. 14, tradução nossa)” Estes atos declaratórios, para serem operacionalizáveis, precisam cumprir uma série de requisitos socialmente exigidos:

Além disso, deve existir uma instituição extralinguística e o falante e o ouvinte devem ocupar lugares especiais dentro dessa instituição. É somente dentro de instituições como a Igreja, a lei, a propriedade privada, o Estado e uma posição especial do falante e do ouvinte dentro dessas instituições que se pode excomungar, nomear, doar e legar posses ou declarar guerra. (SEARLE, 1976, p. 14, tradução nossa)

Dessa forma, um simples *sim* fora do contexto de um casamento não produz nenhum efeito. O *sim* provoca efeitos apenas se pronunciado em um contexto específico de evento matrimonial. Os atos declarativos constituem boa parte da atividade jurídica.

A função de status do juiz refere-se à posição e o papel que o magistrado desempenha no sistema judiciário de aplicar ou não a lei a partir de um ato declarativo. Esse poder de aplicar ou não a lei implica na capacidade de sua decisão mover o aparato estatal para cumprir esta decisão (operacionalidade), alterando a situação jurídica de sujeitos e objetos. Dessa forma, sua decisão pode mudar a situação jurídica de um imóvel, no momento de uma adjudicação compulsória; pode transformar inocentes em culpados; pode autorizar o cumprimento de prisões; reconhecer ou não a existência de um dano moral. Essa possibilidade de optar ou não pela aplicação da lei implica em um certo grau de discricionariedade. Optar ou não por alguma coisa denota um poder fazer ou não-fazer. Embora não seja uma autoridade absoluta, já que presume-se que os juízes precisam seguir a lei no momento de sua decisão, o caso inicial demonstra que é possível mais de uma posição ser adotada diante do mesmo caso concreto. Não necessariamente juízes de um tribunal são unânimes em uma decisão; tampouco é certo que todos terão o mesmo argumento no momento de decidir.

2. Lei e Linguagem

Uma decisão jurídica é um ação fundada por regras constitutivas contidas nos diversos textos jurídicos. Para ser operacionalizada, precisa cumprir certos requisitos ditados pelas regras constitutivas da própria atividade decisional. Na nossa sociedade: ser realizada por alguém com autoridade para tal (sujeito com função de status de decidir) e fundamentada em norma, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Decisões proferidas fora desses requisitos estipulados em lei não possuem legalidade.

A lei pode ser entendida como prescrição escrita que emana da autoridade soberana de uma dada sociedade e impõe a todos os indivíduos a obrigação de submeter-se (GIBBS, 1968, p. 430). Dessa forma, a lei é uma regra constitutiva criada por uma autoridade competente; possui, portanto, função de status de regular condutas humanas produzindo poderes deonticos⁸. A linguagem legal, no entanto, possui limitações e essas limitações estão relacionadas à natureza da atividade decisional.

⁸ Joseph Raz, de maneira mais ampla, definiu funções primárias e secundárias das leis: “As quatro funções primárias da lei - prevenir comportamentos indesejáveis e garantir comportamentos desejáveis, que são realizados no direito penal e na responsabilidade civil; fornecer facilidades para acordos privados entre indivíduos, encontrados no direito privado, direito

2.1. Vagueza e Ambiguidade

Os comportamentos sociais são em número maior do que a norma pode prever. O texto legal é dessa forma genérico e impreciso⁹. Paulo Nader define como características da linguagem normativa a bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade, coercibilidade (2014, p.103). Desses caracteres, a abstratividade necessariamente torna a linguagem jurídica vaga e ambígua.

Visando a atingir o maior número possível de situações, a norma jurídica é abstrata, regulando os casos dentro do seu denominador comum, ou seja, como ocorrem via de regra. Se o método legislativo pretendesse abandonar a abstratividade em favor da casuística, para alcançar os fatos como ocorrem singularmente, com todas as suas variações e matizes, além de se produzirem leis e códigos muito mais extensos, o legislador não lograria o seu objetivo, pois a vida social é mais rica do que a imaginação do homem e cria sempre acontecimentos novos e de formas imprevisíveis. Benedetto Croce, ao formular a noção da lei, refere-se à sua condição abstrata: “lege è un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni”. Tanto a generalidade quanto a abstratividade, embora constituam características típicas das normas jurídicas, não chegam a ser essenciais a estas, como anota Massimo Bianca, pois há situações especiais em que as normas se revelam individuais e concretas (NADER, 2014, p. 56).

Ambiguidade é uma característica linguística resultante da capacidade de uma palavra possuir diferentes significados. Essa característica deriva da polissemia e da homonímia. Na polissemia, uma palavra abrange múltiplos sentidos. Na homonímia as diferentes palavras compartilham a mesma forma, mas têm significados distintos (RODD; GASKEL; MARSLEN-WILSON, 2002, p. 245). A resolução da ambiguidade muitas vezes é obtida por meio do contexto, que atua como um filtro interpretativo, direcionando a seleção do sentido apropriado. Nesse processo, a compreensão da mensagem depende da habilidade do leitor ou ouvinte em discernir as nuances contextuais que especificam a interpretação desejada.

A vagueza, por outro lado, é a presença de casos limítrofes de sentido (POSCHER, 2016, p. 273). Dessa forma, criança é uma palavra vaga, uma vez que é impossível delimitar, com clareza, quando alguém deixa de se tornar um bebê para se tornar criança para se tornar um adulto¹⁰.

A vagueza está relacionada com outras qualidades da linguagem, como generalidade e ambiguidade, que podem aparecer nas mesmas expressões linguísticas. “Criança” é ambíguo, vago no sentido de uma prole imatura e geral no tocante a meninos e meninas. Isso torna a atribuição de performances a uma das características linguísticas de uma expressão uma tarefa complexa. É indispensável para a lei criar regulações que abarquem uma grande quantidade de casos. A generalidade é a característica da linguagem que permite à lei fazê-lo. Até mesmo nos casos em que um maior grau de generalidade está, às vezes – mas não necessariamente – correlacionado com um maior grau de vagueza, não é a vagueza, mas é a generalidade que faz isso acontecer. Em uma leitura mais benevolente de H.L.A. Hart, podemos dizer que ele poderia ter razão, afinal: a vagueza “é o preço a se pagar pelo uso de termos genéricos de classificação”; não é, no entanto, um valor com o que a lei esteja preocupada. (POSCHER, 2016, p. 283)

A vagueza pode existir apenas em um tipo de comunicação não-natural, uma vez que estes adquirem sentido através de intenções comunicativas. Quando se anda na floresta e se vê uma fumaça emergindo acima das árvores, intuímos imediatamente fogo – que pode vir tanto de um incêndio quanto de uma chaminé. O sinal é inconclusivo da origem da fumaça, mas não é vago. No contexto da decisão judicial,

penal e responsabilidade civil; provisão de serviços e redistribuição de bens encontrados nos sistemas legais; e resolver disputas não regulamentadas encontradas em tribunais e órgãos judiciais - são discutidas no capítulo. Também são abordadas as funções secundárias e indiretas da lei. As funções secundárias da lei incluem a determinação de procedimentos para alterar a lei e a regulamentação do funcionamento dos órgãos aplicadores da lei.” (Raz, Joseph, ‘The Functions of Law’, The authority of law: Essays on law and morality. Oxford, 1979. p. 163).

⁹Para Eros Roberto Grau: “Não é um mal injustificável, de toda sorte, este de que padece a linguagem jurídica. E isso porque, se as leis devem ser abstratas e gerais, necessariamente hão de ser expressas em linguagem de textura aberta.” (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008).

¹⁰Este assunto é abordado com mais profundidade no livro *Notas sobre derecho y lenguaje* de Genaro Carrió: Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje* / Genaro R. Imprenta: Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1990.

por outro lado, muitas vezes os julgadores não se atêm somente à questões semânticas. É possível, por exemplo, definir uma decisão através da consideração de elementos pragmáticos.

No contexto da decisão jurídica, será realizada uma distinção entre *interpretação jurídica fundada em aspectos semânticos* e *interpretação jurídica fundada em aspectos pragmáticos*. Conceitua-se a interpretação semântica refere-se à análise do significado das palavras, termos ou expressões em relação à realidade que representam. Ela busca destacar o significado correto dos signos, distinguindo e eliminando associações imprecisas, e envolve a investigação da conotação e denotação dos elementos linguísticos. Por outro lado, a interpretação pragmática foca nos efeitos interacionais que uma decisão tem dentro de uma comunidade. No contexto jurídico, a interpretação pragmática leva em conta os valores morais, culturais e sociais da comunidade, examinando como os dispositivos legais afetam uma determinada comunidade. Um exemplo famoso de considerações semânticas e pragmáticas de uma decisão ocorre no caso *Garner v. Burr*¹¹. A legislação proibiu o uso de veículo em uma via pública sem pneus pneumáticos. Lawrence Burr adaptou rodas de ferro ao seu galinheiro e o arrastou pela estrada com seu trator. Burr foi processado com base na lei, sendo inicialmente absolvido em 1º instância, que entenderam que um galinheiro não se enquadrava na definição de veículo. Entretanto, o tribunal de apelação reverteu tal decisão. O *Lord Chief Justice* argumentou que as regulamentações tinham múltiplos propósitos, incluindo a proteção das vias, e o galinheiro, ao possuir pneus de ferro em vez de pneus pneumáticos, poderia danificar as estradas. Ele criticou a interpretação restritiva dos magistrados em relação ao termo veículo. O *Lord Chief Justice* concluiu que a lei abrangia qualquer objeto sobre rodas puxado por um trator ou outro veículo motorizado. Portanto, afirmou que um delito ocorrera, classificando o galinheiro como um veículo nos termos da Lei de Tráfego Rodoviário de 1930 (MARMOR, 2014, p. 10).

A decisão pode ser vista sob os aspectos semânticos e pragmáticos. A primeira decisão levou em conta apenas os valores semânticos da palavra veículo, tentando definir se era ou não hipótese de imputação. O tribunal de apelação levou em conta fatores pragmáticos no momento da decisão. Portanto, era impossível determinar *a priori* a decisão “correta” uma vez que diferentes critérios levam a diferentes resultados. A própria determinação sobre o que é ou não veículo, em virtude da vagueza do termo, não pode ser estabelecida *a priori*.

2.2. Decisão jurídica e operacionalidade do direito

O texto jurídico abre a possibilidade de várias interpretações possíveis. Juristas comumente discutem a interpretação mais autêntica ou mais útil, mas a doutrina não cria operacionalidade¹² do direito. A única *interpretação autorizada* é o do sujeito que possui função de status para decidir qual a interpretação mais adequada, para usar de linguagem kelseniana (1994, p. 234). É, portanto, um ato declaratório que cria a operacionalidade do direito. Mas qual o papel do texto legal dentro desta discricionariedade? Se não há interpretações verdadeiras ou falsas qualquer interpretação é possível?

O artigo começa com duas posturas distintas sobre o crime de estupro de vulnerável. Uma realizada pelo STJ e outra pelo STF. Essas duas interpretações divergentes convivem juntas na prática jurídica brasileira. Embora seja possível criticar a falta de harmonia em duas das maiores instâncias jurídicas do país, deve-se reconhecer o fundamento comum da possibilidade de coexistir. O fundamento comum destas decisões é a autoridade, entendida aqui como constituída através função de status conferida aos

¹¹ Uma análise do caso pode ser encontrada em: MARMOR, Andrei, ‘Varieties of Vagueness in the Law’, *The Language of Law* (Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 June 2014), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714538.003.0004>,

¹² O conceito de operacionalidade aqui proposto é o da qualidade daquilo que está em condições de produzir efeitos.



sujeitos que compõem os tribunais. A decisão jurídica é sempre um ato declaratório¹³ estruturado em três níveis: (1º) Autoridade; (2º) Decisão; (3º) Operacionalidade. É simples justificar essa ordem. Antes da tomada de qualquer decisão judicial, há um sujeito ou um corpo de sujeitos intitulados para tal ação. E essa decisão gera consequências reais para pessoas reais (operacionalidade)

2.3. Da reversão das decisões jurídicas

Um ato declaratório pode ter sua operacionalidade suspensa de duas formas (i) seus efeitos são ignorados, (ii) é revertida por outro ato declaratório. No âmbito jurídico, formal em sua própria natureza, a falta de produção de efeitos gera tão somente a ineficácia da decisão. Imagine uma sentença autorizando a prisão de um foragido. Ela é operacionalizada até onde permite a mobilização das forças policiais. Não é uma garantia que o foragido seja encontrado.

Quanto à possibilidade de sua reversão, é necessário entender que a decisão jurídica, a partir da burocracia moderna, é registrada por razões de continuidade da execução do serviço público¹⁴. Toda decisão burocrática e, por conseguinte, toda decisão judicial é formal, pública e escrita, sujeita a *accountability*. Tribunais são organizações burocráticas como qualquer outra (GUIMARÃES; GUARIDO FILHO; LUZ, 2020). Por ser uma decisão pública e levada a registro, ela só pode ser reformada por outra decisão. Revogar uma decisão judicial não é um processo que pode ser realizado unilateralmente por outro tribunal, de acordo com a independência dos julgadores expressa no artigo 131 do Código de Processo Civil: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Os juízes e os tribunais possuem autonomia decisória. Soma-se a isso o princípio da coisa julgada: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Uma decisão judicial, dessa forma, é revisada sempre em caráter excepcional, através de recursos dirigidos à instâncias superiores que poderão aplicar critérios interpretativos diferentes.

Conclusão

Jeremy Bentham afirmou que o estudo do direito se dá da forma como ele é ou como ele deveria ser. Criou, com essa distinção, o conceito de *Expositure jurisprudence* e *Censorial jurisprudence* (BENTHAM, 2000, p. 234). A *censorial jurisprudence* deve estudar o direito como ele deveria ser. Essa distinção originalmente se aplicava à distinção entre as atividades jurídicas e políticas, mas o presente trabalho demonstrou que esta divisão também pode se aplicar sobre a atividade dos tribunais. A avaliação do trabalho dos juízes pode ser avaliado de forma a se analisar criticamente suas decisões. Mas também pode ser analisada sob a perspectiva de como ela é, ou seja, sob a perspectiva fática.

¹³John Searle distingue ações institucionais de ações naturais. As últimas causam mudanças naturais; as primeiras, mudanças institucionais. No direito, ações institucionais se chamam atos jurídicos. (LAGIER, Daniel González. *The Paradoxes of Action: Human Action, Law and Philosophy*. Illustrated edition. Springer Science & Business Media, 2013. p. 116-117).

¹⁴A continuidade é outro elemento-chave da organização burocrática. A autoridade racional-legal exige regras e procedimentos uniformes para documentos escritos e comportamento oficial. Os arquivos de uma burocracia (ou seja, seus registros passados) fornecem-lhe uma memória organizacional, permitindo-lhe seguir precedentes e procedimentos operacionais padrão. A capacidade de utilizar procedimentos operacionais padrão torna as organizações mais eficientes, diminuindo os custos associados a qualquer transação específica. Os arquivos organizacionais registram procedimentos, comportamentos anteriores e registros de pessoal. Eles também permitem que uma organização seja contínua e, portanto, independente de qualquer liderança específica. No geral, a continuidade é vital para a capacidade de uma organização de manter sua identidade e até mesmo sua cultura. Sem seus registros, seria impossível manter transações fundamentadas na legalidade. Rockman, Bert. “bureaucracy”. *Encyclopedia Britannica*, 26 Dec. 2023, <https://www.britannica.com/topic/bureaucracy>. tradução nossa. Acesso em 30 de dezembro de 2023.

O presente trabalho não busca defender uma discricionariedade absoluta da atividade judiciária. Ela lembra, pelo contrário, que a atividade decisional vai muito além da mera aplicação da lei. Mas o poder judiciário é uma estrutura burocrática vital no meio de uma sociedade. Essa estrutura divide-se em níveis hierárquicos e funcionais distintos. A atividade decisional, por outro lado, parte do princípio de que há diversos modos de aplicação da lei. Foi demonstrado nas páginas anteriores a diversidade de critérios que conduzem as decisões jurídicas. É natural que diversos julgadores adotem critérios divergentes no momento da apreciação do mesmo caso. Esses fatos ajudam a entender as perguntas colocadas no início do artigo.

Mas se o direito é a solução de litígios a partir da aplicação de leis, como decisões *contra legem* geram efeitos jurídicos? Uma decisão *contra legem* é uma decisão contra o conteúdo semântico de uma lei. Ainda resta, no entanto, um outro critério que pode ser adotado: o critério pragmático. A decisão que relativizou o estupro de vulnerável levou em conta elementos pragmáticos como forma de estabelecimento de exceção. O STF, por outro lado, preferiu dar ênfase aos critérios semânticos. Mas qual a razão da possibilidade destas divergências? Sob o aspecto fático, a atividade decisional é realizada por uma pluralidade de agentes detentores de uma função de status decisória. Essa pluralidade de agentes encontra-se distribuída em uma estrutura burocrática. Diferentes julgadores aplicarão divergentes critérios no momento de suas decisões. É impossível estabelecer *a priori* qual o critério será aplicado, uma vez que somente o sujeito detentor da função de status de julgar pode estabelecer esse critério. A reconsideração dos critérios aplicados somente se dá em um novo contexto decisional, quando outro agente detentor da mesma função de status pode escolher manter o critério original ou adotar um novo critério na tomada de decisão.

Resumindo, pode-se afirmar que (i) na prática judicial, as decisões são tomadas por sujeitos detentores de um status-função que lhes conferem autoridade para a interpretação “autêntica” (no sentido kelseniano); (ii) a prática jurídica é orientada por normas abstratas, necessariamente vagas e ambíguas, que geram diferentes possibilidades interpretativas; (iii) decisões *contra legem* geralmente são tomadas a partir de considerações pragmáticas. Conclui-se, portanto, que é impossível a constituição de um sistema jurídico perfeitamente coerente, porque diferentes agentes detentores de status-função de julgadores tem diferentes critérios para a aplicação da lei no caso concreto.

Referências bibliográficas

ANSCOMBE, Elizabeth. On Brute Facts. Analysis (Vol. 18, No. 3, Jan., 1958). Publicado por: Oxford University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/3326788>. 1958

AUSTIN, J. L. How to do things with words. Oxford: Clarendon Press. 1962

BARROSO FILHO, Angerico Alves. External control versus internal and administrative control: analysis of the supposed conflict of competency between the Nacional Council of Justice (CNJ) and the Federal Accounts Office (TCU). n. 139 (2017): Revista do TCU, p. 52-71. 2017

BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Jeremy Bentham. 1781. Batoche Books. Kitchener. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1110520/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012

BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC nº 122.945/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4/5/17

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021

BRATMAN, Michael. 1992. Shared Cooperative Activity, *The Philosophical Review*, Vol. 101, No. 2, 327-341. 1992

Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje* / Genaro R. Imprenta: Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1990

FLETCHER, G.P. Law. In: Smith B, ed. John Searle. *Contemporary Philosophy in Focus*. Cambridge University Press; 2003:85-101.

GIBBS, Jack P. (1968). Definitions of Law and Empirical Questions. *Law & Society Review*, 2 (3): 429–446. 1968

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

GUIMARAES, T. A., GUARIDO FILHO, E. R., & Luz, B. B. de C. (2020). Courts as organizations: Governance and legitimacy. *Brazilian Administration Review*, 17(4), e200032. <https://doi.org/10.1590/1807-7692bar2020200032>. 2020

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAGIER, Daniel González. *The Paradoxes of Action: Human Action, Law and Philosophy*. Illustrated edition. Springer Science & Business Media, 2013.

LÉVY-BRUHL, Lucien. *A mentalidade primitiva*. Tradução: Souza Campos, E. L. de. Editora TEODORO. Niterói, 2015.

MANEE, Samal H. R. (2018). Exploring Searle's Social Ontology. *Philosophical Alternatives Journal / Filosofski Alternativi*, 2(2), 90-101. 2018

MARMOR, Andrei. *Varieties of Vagueness in the Law*, *The Language of Law* (Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 June 2014), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714538.003.0004>. 2014

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O dilema da liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito: o caso da judicialização da política no Brasil*. Universidade Federal de Pernambuco. 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

POSCHER, Ralf. Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation. In: P. TIERSMA; L. SOLAN (ed.), *Oxford Handbook of Language and Law*. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 128-144. Tradução de Rafael Giorgio Dalla Barba (PPGD/Unisinos). 2013

RAZ, Joseph. *The authority of law: Essays on law and morality*. Oxford, 1979.

ROCKMAN, Bert. *Bureaucracy*. *Encyclopedia Britannica*, 26 Dec. 2023, <https://www.britannica.com/topic/bureaucracy>. tradução nossa. Acesso em 30 de dezembro de 2023



RODD, Jennifer; GASKELL, Gareth; MARSLEN-WILSON, William. Making sense of semantic ambiguity: Semantic competition in lexical access. *Journal of Memory and Language*, 2002

SEARLE, John. *Freedom and neurobiology: reflections on free will, language and political Power*. New York: Columbia University Press, 2007.

SEARLE, John. *Making the social world: The structure of human civilization*. Oxford University Press. 2010.

SEARLE, John. *Mind, Language and Society: Philosophy in the Real World*. New York, Basic Books, 1998.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. Simon and Schuster. 1995.

SEARLE, John. *Intencionalidade*. WMF Martins Fontes; 1ª edição. 2002.

SEARLE, John. 1969. *Speech Acts: Na Essay in the Philosophy of Language*. London: Cambridge University Press. 1969

SEARLE, John R. A Classification of Illocutionary Acts. *Language in Society*, vol. 5, no. 1, 1976, pp. 1–23. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4166848>. (Acessado em 31 de março de 2024). 1976

SCHWEIKARD, David P. e SCHMID, Hans Bernhard. Collective Intentionality, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/collective-intentionality/>>. 2021

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

TUOMELA, R.; MILLER, K. We-Intentions. *Philosophical Studies*, 53, p. 367-389. 1988

Recebido em 30 de dezembro de 2023. Aprovado em 05 de abril de 2024.