

SUPERAÇÃO DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE PARA UMA IDEIA DE ESTRUTURA PENTAGONAL DO DIREITO COM BASE NOS JULGADOS DO STF

EXCEEDING MIGUEL REALE'S THREE-DIMENSIONAL THEORY FOR A PENTAGONAL STRUCTURE IDEA OF LAW BASED ON THE STF JUDGES

Ana Paula Rodrigues Muniz^{1,2}

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário ICESP de Brasília (Unicesp)

² Artigo desenvolvido sob a orientação dos professores Yanne Marcelle Pereira Silva e Leonnardo Vieira Morais, no âmbito do Programa de Iniciação à Pesquisa Científica do Unicesp, com financiamento, na forma do Edital nº 02/2018 - Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica - PIBIC/Bolsistas

Resumo: O presente artigo busca a aplicação das teorias argumentativas nos julgados do STF. Percorrendo pelas matrizes teóricas do jusnaturalismo, do positivismo de Kelsen e do pós-positivismo atrelado ao neoconstitucionalismo, na teoria tridimensional de Miguel Reale. Extraíndo os aspectos básicos de cada teoria: jusnaturalismo, voltado para os fatos, no mundo do “SER”; positivismo jurídico de Kelsen, focado na norma, no mundo do “DEVER SER”; pós-positivismo com Miguel Reale, que incluiu em sua teoria três aspectos “SER” (fato), “DEVE SER” (norma) e o “PODER SER” (valor). Além desses aspectos, inclusão de mais dois aspectos fundamentais, fundados também no pós-positivismo/neoconstitucionalismo, para o constitucionalismo do futuro. O “POR VIR”, valores atrelados à fraternidade e à solidariedade; o “QUE É”, valores atrelados à política. Essas teorias foram aplicadas nos julgados do Supremo tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) 888815 - *Homeschooling* - Ensino Domiciliar; na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 855 - Pesagem de Botijões de Gás; e na ADIn 4983 - Proposta de Emenda Constitucional (PEC) da *Vaquejada*, escolhidos aleatoriamente, buscando demonstrar a superação da estrutura tridimensional ou não, para uma ideia de estrutura pentagonal do direito.

Palavras-Chaves: História; Teorias; Estrutura; Pentagonal; STF; Julgados.

Abstract: This article seeks the application of argumentative theories in the judges of the Supreme Court. Traversing the theoretical matrices of jusnaturalism, Kelsen positivism and post-positivism linked to neoconstitutionalism, in Miguel Reale's three-dimensional theory. Extracting the basic aspects of each theory: jusnaturalism, focused on facts, in the world of "SER"; Kelsen's legal positivism, focused on the norm, in the world of "DUTY SER"; post-positivism with Miguel Reale, who included in his theory three aspects "SER" (fact), "DEVE SER" (norm) and "PODER SER" (value). In addition to these aspects, inclusion of two other fundamental aspects, also founded in post-positivism/neoconstitutionalism, for the constitutionalism of the future. "FOR VIR", values linked to fraternity and solidarity; "WHAT IS", values linked to politics. These theories were applied in the judges of the Supreme Court (STF), in the Extraordinary Appeal (RE) 888815 - *Homeschooling* - Home Teaching; in the Direct Action of Unconstitutionality (ADIn) 855 - Weighing of Gas Cylinders; and in ADIn 4983 – Proposal for constitutional amendment (PEC) of *Vaquejada*, chosen randomly, seeking to demonstrate the overcoming of the three-dimensional structure or not, for an idea of pentagonal structure of law.

Keywords: History; Theories; Structure; Pentagonal; STF; Judged.

Sumário: Introdução. 1 Matrizes Teóricas - Correntes filosóficas que influenciaram, transformaram e marcaram a história do direito. 1.1 fundamentos teóricos. 1.1.1 Positivismo jurídico de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito). 1.1.2 As concepções da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. 1.2 Fundamentação básica no âmbito do conhecimento jurídico. 1.2.1 A Ciência do Direito. 1.2.2 Sociologia Jurídica. 1.2.3 Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. 1.2.4 História do Direito. 1.2.5 Política do Direito. 2. Superação da Estrutura Tridimensional para uma ideia de Estrutura Pentagonal do Direito. 3 Superação da estrutura tridimensional e uma ideia de estrutura pentagonal do direito com base na análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). 3.1 *Homeschooling* - Ensino Domiciliar - Recurso Extraordinário 888815/RS, Rel. Orig. Min. Roberto Barroso, Red. p/ o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/9/2018. 3.2 Pesagem de botijões de gás a vista do consumidor - ADin855 / PR - Paraná - Ação Direta de Inconstitucionalidade. 3.3 Lei cearense que regulamenta *Vaquejada* - ADin 4983/CE - Ceará - Ação Direta de Inconstitucionalidade. 4. A necessidade de uma nova teoria para o Século XXI. Considerações finais. Referências.

Introdução

A pesquisa que conduziu ao presente artigo tem os *paradigmas e fundamentos teórico-argumentativos nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro à luz da teoria da argumentação jurídica*. A proposta de investigação teve motivação pela necessidade de compreender influências teóricas nas instituições jurídicas brasileiras e até que ponto as teorias podem ser vistas na prática do STF. Inicia-se o estudo percorrendo as correntes filosóficas que marcaram o direito no âmbito da cultura jurídica: o jusnaturalismo; o normativismo positivista e o pós-positivismo atrelado ao neoconstitucionalismo (ATIENZA, 2013).

Após esse percurso inicial, surgiu uma questão: a prática jurídica caminha para a superação ou não da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, indagando-se e como se daria esse diálogo entre teoria do Direito e prática jurídica. Tendo em vista essa nova percepção, o estudo teve novos rumos, direcionando-se a aprofundar cada teoria, extraindo os aspectos fundamentais de todas elas e, ainda, analisar os julgados do STF na busca de demonstrar a superação da estrutura tridimensional, ou não, para uma ideia de estrutura pentagonal do direito.

1 Matrizes teóricas - Correntes filosóficas que influenciaram, transformaram e marcaram a história do direito

Para buscar entender se houve a superação da teoria tridimensional de Miguel Reale, inicialmente é importante percorrer o contexto histórico. Pois, de acordo com Wolkmer (2003, p. 16), analisar os problemas relacionados à História ao Direito é de extrema importância,

principalmente quando se verifica uma ideia normativa extraída de todo um contexto histórico, definido como uma experiência passada que ajuda a moldar o presente. Essa introdução entre o passado e o presente permite uma discussão mais aprofundada, no sentido de ter percepção da inadequação do modelo teórico tradicional e a ideia de rompimento, estabelecendo de forma clara que espécie de futuro se busca, não sendo mais uma história que se atrela a justificar o passado, mas que rompe as barreiras em relação ao presente.

Assim, Wolkmer (2003, p. 18) continua dizendo: “o passado não deve ser estudado como um objeto morto, como uma ruína, nem como uma fonte de autoridade, mas como uma experiência apreendida e consolidada”.

Desta forma, para verificar a inadequação do modelo tradicional e a ideia de rompimento entre o pretérito e o presente, entre a história e o direito é fundamental, cabe percorrer as matrizes teóricas. As correntes filosóficas, na afirmação de Wolkmer (2003, p. 18), influenciaram, transformaram e marcaram a história do direito. Portanto, Cruz (2017, p. 5) traz as três correntes, sendo elas: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo. Neste contexto, será abordado o conceito de cada corrente, começando com o jusnaturalismo.

Nojosa (2015, p. 2) segue trazendo o primeiro período do Direito Natural, afirmando que, em um primeiro momento, o jusnaturalismo consolidou-se na ideia de justiça, por valores atrelados não a uma lei escrita, mas por valores ditados por uma lei superior, uma lei divina. Cruz (2017, p. 5) acrescenta dizendo que o Direito Natural não depende da vontade do Estado, é uno, imutável, inato, anterior ao ser humano, está baseado na razão, nas concepções divinas, pois a lei nada mais é do que a razão humana. Nesta linha, Rao (1997, p. 75) segue afirmando que o direito natural é um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, são imediatamente aplicados quando definem os direitos fundamentais do homem. Já para Rocha (1992, p. 14), “o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicas”.

Cruz (2017, p. 5), em um segundo momento diz que, com a chegada do Iluminismo, o jusnaturalismo obteve seu crescimento nas primeiras constituições escritas, nas codificações, mas, com a ascensão do positivismo jurídico, tornou-se obsoleto.

Por sua vez, com a queda do jusnaturalismo, surge o positivismo jurídico. O positivismo, que para Atienza (2013) se difundiu amplamente na teoria do Direito do Século XX, opondo-se ao jusnaturalismo, tendo como um dos principais expoentes o jurista alemão Hans Kelsen.

Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, tinha como objetivo desenvolver uma teoria pura, livre de toda ideologia política e de toda ciência natural, da sociologia, da filosofia e da história. Sua intenção principal era elevar a norma ou jurisprudência (palavra jurisprudência como sinônimo de Ciência do Direito), separando a ciência do direito da ciência política e das demais ciências existentes.

A busca constante dele, não era na verdade pela colocação da jurisprudência ou norma dentro da ciência, mas pela separação rigorosa entre a ciência jurídica e a política.

No entanto, ao dar o nome da Teoria como Pura do Direito, Kelsen (1998, p. 1) afirma que o “Pura” significa que o conhecimento é direcionado apenas e exclusivamente ao Direito e à norma, excluindo tudo que não se refere ao seu objeto, libertando a ciência jurídica de tudo e todos os elementos estranhos a esta ciência. Fernandes (2011, p. 9), com base na teoria de Kelsen, segue dizendo que “o magistrado somente aplicava a lei, buscando a vontade do legislador, sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma”, mas apenas a norma.

Ao longo de suas pesquisas, Kelsen (1998, p. VII) é pragmático ao dizer que conseguiu adeptos e opositores à Teoria Pura do Direito, deixando a seguinte declaração: “além de adesões e imitações, provoquei também oposições”.

Assim, Griboggi (2010, p. 10) enfatiza que a teoria kelseniana despertou muitas críticas e entrou em declínio, por seu purismo metodológico, pela formalidade exagerada e pelo total apego à lei. Kelsen (1998, p. 1) dizia ser a norma a única fonte do Direito. Neste contexto, Saldanha (1987, p. 69) traz sua crítica sobre a Teoria Pura do Direito: “ao pensar no Direito como pura representação lógica, reduzi-lo a norma e ter a norma como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana”. No entanto, Griboggi (2010, p. 12) diz que o modelo positivista engessou o Direito e até mesmo o Estado, que não se adequava mais às necessidades da sociedade, ao crescimento e desenvolvimento tecnológico, cultural e social.

Nesta linha, e de acordo com Figueroa (2009, p. 228-229), a crise do positivismo se deu, entre outras razões, pela diversidade e complexidade de uma sociedade pós-moderna que não entendia um sistema positivista codificado, bem como pelas dificuldades de suavizar a aplicação das normas positivistas, que acabavam em soluções desproporcionais, desumanas e absurdas. Um exemplo clássico é o sacrifício de pessoas na Alemanha nazista. Desta forma,

passando a não ser capaz de explicar e se adequar à verdadeira realidade do ordenamento jurídico.

Com isso, Figueroa (2009, p. 201 a 251) sustenta que, diante de tanta barbárie, surge um novo pensamento, o pós-positivismo, impondo limites valorativos na aplicação das normas e buscando corrigir o sistema. Para Caldas (2016, p. 216), a “separação entre o direito e a moral é repensada pelos teóricos do pós-positivismo e a célula principal dos princípios passou a ser o da dignidade humana, bem como dos valores morais incorporados no direito”. Com isso, decisões que não estavam de acordo com a justiça, como as que foram realizadas pelo fascismo e o nazismo, não mais seriam aceitas (FERNANDES, 2011, p. 9). As pessoas passaram a entender que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10). Nessa perspectiva, o pós-positivismo, conforme Barroso (2007, p. 22), se tornou um marco filosófico no ordenamento jurídico para o novo direito constitucional. Fernandes (2011, p. 12) complementa assinalando que o pós-positivismo deu bases para a aplicação da justiça ou equidade, ampliando o direito e valorando o sistema.

Como consequência, na linha do que foi assinalado, com o alargamento do objeto de estudo no pós-positivismo, a teoria de Kelsen, que entendia a norma como a única fonte do Direito, de acordo com Griboggi (2010, p. 10), entrou em declínio. Passando a vigorar o pós-positivismo jurídico com a busca de uma carga valorativa e a aplicação da justiça e equidade.

No Brasil, Miguel Reale (2002, p. 64) diz que sua teoria tridimensional deu uma feição nova ao estudo do direito. Ao analisar os diversos sentidos da palavra direito, Reale (2002, p. 64) fundamenta sua teoria demonstrando três aspectos fundamentais: um aspecto normativo (norma - ciência jurídica), um aspecto fático (fato - ciência social e histórica) e um aspecto axiológico (valor - o direito como valor de justiça). Ou seja, os três aspectos fundamentais são o fato, o valor e a norma, caracterizando a carga valorativa dada pelo pós-positivismo jurídico.

Assim, de acordo com Reale (2002, p. 6), onde existe um fenômeno jurídico, existira sempre um fato (seja ele de ordem econômica, geográfica), um valor (que dá significado ao fato) e uma regra ou norma (que integra o fato ao valor). Esses elementos não podem existir separadamente, eles têm uma interação dinâmica. O estudo do direito tem uma visão ampla; não é estático, é dinâmico.

Em sua teoria, Reale (2002, p. 29) afirma que é com base nos fatos que o legislador (ou, mais genericamente, o político) projeta normas, sancionando as que considera que devam ser

obedecidas, que têm uma carga valorativa maior. No direito nacional, a Teoria Tridimensional de Miguel Reale, em particular, é referida por vários juristas no âmbito doutrinário e, também na prática judiciária, através de citações em petições, recursos e agravos (vide Agravo no Recurso Especial - ARESP 1275195/RJ).

Contudo, Fernandes (2011, p. 12) relata que, atrelado ao pós-positivismo está o neoconstitucionalismo, ou, segundo Lenza (2012, p. 61), constitucionalismo pós-moderno, ou ainda, pós-positivismo, que, para Fernandes (2011, p. 9), combina aspectos do jusnaturalismo (concepção ideal do Direito, inspiração no ideal de justiça), do positivismo (concepção formal do Direito, inspiração no ordenamento jurídico constitutivo), e do realismo (concepção social do Direito, inspiração na realidade social) em uma só corrente, de forma eclética.

Por sua vez, o realismo, nas palavras de Fadul (2010, p. 4), busca a aplicação do direito à realidade, concluindo que a lei positiva é importante, desde que nos ajude a compreender o sistema jurídico como é, o qual, os juízes e tribunais devem seguir. Assim, Vasconcelos (2002, p. 187-190) afirma que o *Direito Judicial*, composto de jurisprudências, constitui várias polêmicas. Para os realistas, que são seguidores do tridimensionalismo, teoria constituída por três pilares (fato, valor e norma), a lei não é Direito, posto que é apenas uma previsão normativa. Pois, o Direito só existirá a partir de uma decisão judicial que o cria de acordo com os fatos mais relevantes para o mundo jurídico. Já para a parcialidade do realismo, o Direito não está no desmembramento do fenômeno jurídico em fato, valor e norma, mas em considerar o Direito como um todo, não apenas o contencioso.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo busca unir três marcos filosóficos. Diante disso, faz-se necessário descrever esses três pontos marcantes destacados por Lenza (2012, p. 63-64) dessa matriz teórica: 1) Estado constitucional de direito: que diz respeito à ideia de superação de Estado Legislativo de Direito, tornando a Constituição o centro de todo o sistema, com uma carga valorativa intensa, devendo todos observar o que está nela, não podendo deixar de observar o seu caráter axiológico, sua imperatividade, superioridade e centralidade. Toda e qualquer hermenêutica parte da Constituição, pois os valores estando na Constituição, o desafio maior do neoconstitucionalismo é buscar formas e mecanismos para que eles possam ser concretizados; 2) Concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas; isso significa que os valores constitucionais poderão entrar em confronto, ou seja, em choque, mas o neoconstitucionalismo nesta vertente defende que a constituição deve buscar impor decisões valorativas essenciais e consensuais, devendo assegurar uma participação

democrática e resguardar as condições mínimas para uma existência digna. Reaproximando a ética, o direito e a moral, o direito e a justiça e demais valores substantivos, mostra a importância do ser humano, cuja valoração axiológica está acima do sistema político e jurídico, devendo ser protegido pelos direitos fundamentais e amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 Fundamentos teóricos

1.1.1 Positivismo jurídico de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito)

A Teoria Pura do Direito, de acordo com Kelsen (1998, p. VII), não era algo novo e diferente de tudo, mas sim um desenvolvimento e simplificação de vários pensamentos existentes dentro do positivismo jurídico do século XIX.

Um desses pensamentos está no imperativo categórico de Kant, onde Kelsen (2000, p. 71) afasta da ideia metafísica kantiana o entendimento de moralidade como uma norma social positiva. Para o autor, se a moral for um valor considerado único e universal, atrelado a justiça, será dado a ela um valor absoluto.

O imperativo categórico, que é um conceito fundamental na filosofia de Kant, onde é o dever de todos agir de acordo com princípios (éticos e morais), dos quais ele acredita ser benéfico a todos, se forem seguidos. Para Kelsen, se a moral for um valor considerado único e universal, atrelado a justiça, será dado a ela um valor absoluto. O que leva a entender que o direito seja parte da moral, ou que segue pela a ideia de justiça, como foi no jusnaturalismo. É exatamente isso que Kelsen não queria.

Desta forma, Consani (2016, p. 141 a 143) diz que as normas metafísico-religiosas, conforme o pensamento kelseniano, colocam a justiça como um valor totalmente absoluto. A exemplo disso, Kelsen cita o bem absoluto conceituado por Plantão ou o fundamento de amor ao seu semelhante e a Deus sobre todas as coisas, no caso dos cristãos. E continua dizendo que “a justiça pela qual o mundo clama, ‘a’ justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Ela é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus”. Assim, Kelsen (1993, p. 21) identifica que o imperativo categórico não é refletido como uma norma de justiça e sim como um princípio “geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça”.

Consani (2016) enfatiza: “o dever ser kantiano (leis morais/ ética/direito) é dado pela razão, o dever ser kelseniano (moral/direito) é construído, seja a partir dos costumes e da tradição (moral), seja a partir da vontade de uma autoridade político-jurídica (legislador ou juiz) ”.

Por outro lado, Kelsen (1998, p. 3) busca saber se a ciência jurídica é uma ciência natural ou social, ou seja, se o direito é um fenômeno natural ou social. Em um raciocínio simples, ele define seu posicionamento dizendo que o direito é um fenômeno apenas social e não natural. Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente, ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa. Sendo assim, Kelsen (1998, p. 3) descreve que a conduta parte de um fato e resume dizendo que, do fenômeno social, resulta uma interpretação normativa que depende da conduta humana, podendo ser constituída de um ato jurídico lícito ou ilícito, ou seja, um fato jurídico ou antijurídico.

Além dos tópicos abordados acima, é necessário adentrar em um ponto importante: a lógica jurídica desenvolvida por Kelsen. Para Kelsen (1998, p. 4), em sua lógica jurídica, o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, um conjunto de normas que regulam o comportamento. Kelsen (1998, p. 4) se refere à norma dizendo que algo “deve ser” ou acontecer. O verbo “dever” no sentido de “ter permissão” e “poder fazer” é aqui empregado para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem. Pode-se resumir da seguinte forma: a norma é um dever-ser, e o ato de vontade (fato) de que ela constitui o sentido é um ser. Assim, uma determinada pessoa (um “ser” fático do ato de vontade, ou seja, um fato) quer que a outra se conduza de determinada maneira (“dever ser” a uma norma como sentido do ato, ou seja, criação de uma norma para regulamentar o fato).

Conforme a simples ilustração acima, Kelsen (1998, p. 4) define que a norma é um dever-ser. Enfim:

- SER = Fato (conduta humana que motivou a existência da norma)
- DEVER-SER = Norma (conduta obrigatória)

Por fim, Kelsen (1998, p. 12) também atribui um valor à norma. Quando a norma determina uma conduta como obrigatória no sentido de dever-ser (prescreve ou determina), o indivíduo pode corresponder à norma ou contrariá-la. Através de uma conduta, e de acordo com uma norma válida, pode ser dado um juízo de valor positivo ou negativo. Positivo significa que a

conduta é boa, ou seja, corresponde à norma. Negativo significa que a conduta é má, ou seja, viola a norma. Ao prescrever uma conduta como devendo ser, e o valor dado a esta conduta for negativa, será determinada uma sanção. Definindo assim: SER = Fato (conduta humana que motivou a existência da norma); DEVER-SER = Norma (conduta obrigatória). Esta conduta obrigatória pode ser positiva ou negativa, se for negativa viola a norma, se for positiva não viola a norma; mas se violar a norma, gera uma sanção.

1.1.2 As concepções da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale

Após percorrer a Teoria Pura do Direito de Kelsen, é necessário também abordar as concepções de Miguel Reale e sua Teoria Tridimensional do Direito. Esta se inicia estabelecendo um conceito simples de direito: Reale (2002, p. 1) conceitua da seguinte forma: o direito é norma e ordem aos olhos de um indivíduo normal, ou seja, um conjunto de regras obrigatórias para que o homem viva em sociedade, estabelecendo limites. Sendo que, quem age de acordo com as regras estabelecidas tem um comportamento certo, e quem não age tem um comportamento torto. Conceito este bem parecido com regulamentação positiva e negativa de Kelsen. Reale (2002, p. 2) continua dizendo que o direito era um fato e um fenômeno social, e só pode existir a partir da convivência em sociedade. Sem a convivência em sociedade, o direito passa a não existir.

Se, para Kelsen (1998, p. VII), a intenção principal era elevar a norma; para Reale (2002, p. 6), o estudo do direito tem uma visão ampla, ele não é estático, é dinâmico. Assim, ele afirma (2002, p. 23-24) que, em função da coexistência, os homens estabelecem relações coordenadas, subordinadas, de integração, relações que não ocorrem sem regras de organização e conduta. Essa relação pode ser em razão de pessoas ou em função de coisas. Para Reale (2002, p. 28-29), a ciência jurídica é uma ciência natural e social, e implica, no juízo de valor na relação estabelecida pelos homens, em uma adequação de meios e fins. É importante salientar sua visão entre a lei e o fato, que consiste na seguinte conclusão: “entre a lei e o fato, no mundo físico, não há que hesitar: prevalece o fato, e altera-se a lei”, e é com base nos fatos que o legislador (ou, mais genericamente, o político) projeta normas, sancionando as que considera que devam ser obedecidas.

Assim como Kelsen, Reale (2002, p. 64) nos traz sua lógica jurídica em um esquema e estrutura de norma jurídica em duas proposições, onde: “se F (fato) é, deve ser P (prestação); se não for P (prestação), deverá ser S (sanção)”.

Pode-se resumir da seguinte forma nas palavras de Reale: “se há um débito cambiário (F=fato), deve ser pago (P = prestação), então, se não for quitada a dívida (não P = prestação), deverá haver uma (S=sanção)” (REALE, 2002, p. 66).

Desta forma, Reale (2002, p. 67) conclui que, um fato (débito), liga-se a um valor (pagar ou não pagar) para se expressar através de uma norma. Fato, valor e norma têm uma interação dinâmica e sistêmica, refletindo também quando o advogado ou o juiz interpretam uma norma ou regra, cada uma delas obedece, respectivamente, a uma perspectiva: do fato (realização ordenada do bem comum); da norma (ordenação bilateral – atributiva de fatos segundo valores) ou do valor (concretização da ideia de justiça).

1.2 Fundamentação básica no âmbito do conhecimento jurídico

O conhecimento jurídico é amplo e contém várias formas de ser estudado. A palavra direito possui vários significados e serão citados aqueles que são importantes para este estudo, tais como: a Ciência do Direito, a Sociológica Jurídica, a Filosofia do Direito - Teoria Geral do Direito, a História do Direito e a Política do Direito. Não esquecendo que para fundamentar a sua teoria, Reale (2002, p. 64) enfatiza que analisou os diversos sentidos da palavra direito para chegar aos três aspectos fundamentais da tridimensionalidade (o fato, o valor e a norma). Diante disto, busca-se observar os aspectos analisados por Kelsen (1998, p. VIII) – ciência do direito (norma) – e os aspectos analisados por Reale (2002, p. 64) – sociologia jurídica (fato), filosófica jurídica (valor) e a ciência do direito (norma) –, e outros.

1.2.1 A Ciência do Direito

A ciência jurídica estuda os fenômenos jurídico em todas as manifestações e momentos e se destina ao estudo das normas, ordenando-as de acordo aos princípios (REALE, 2002, p. 321).

A Ciência Jurídica não está preocupada unicamente com as normas, mas também com sua vigência. O Jurista só terá conhecimento do fenômeno social após a criação da norma, e enquanto ela estiver vigorando será de responsabilidade do jurista estudá-la, interpretá-la, ainda

que esteja desatualizada, pois a lei só deixará sua vigência depois de ser expressamente ou tacitamente revogada. Até ser revogada, ela será objeto de estudo da Ciência do Direito (CAVALARI, 2013, p. 86).

1.2.2 *Sociologia Jurídica*

No contexto da sociologia jurídica, Cavalari (2013, p. 87-88) enfatiza que, a partir de Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, até atualmente, vários autores procuram a diferença entre a Sociologia Jurídica e a Ciência do Direito, estabelecendo que a Sociologia Jurídica é a Ciência do “SER” e a Ciência do Direito, a do “DEVERSER”. O mundo do ser é o das leis naturais que surgem da natureza, neste mundo as coisas se passam mecanicamente, não depende do homem. Exemplo: chuva, vendavais, vulcões. No mundo do dever-ser as coisas são segundo a vontade do homem. Exemplo: se alguém causa um dano ao outro, fica obrigado a repará-lo. As ciências sociais pertencem ao mundo do dever ser, da moral, a ética e o direito, mas quando a sociologia do Direito se refere ao seu objeto, está se referindo não às normas (dever-ser), e sim ao próprio direito vivo (ser), isto é, as condutas humanas em sociedade (CAVALARI, 2013, p. 88). De forma sistematizada vejamos o quadro abaixo extraído do livro Programa de Sociologia Jurídica, de Sergio Cavalari Filho (2013, p. 88):

Direito			
Sociologia Jurídica	Fato	Eficácia	Ser
Ciência Jurídica	Norma	Vigência	Dever Ser
Filosofia Jurídica	Valor	Fundamentos	Poder Ser

Pode-se verificar neste quadro que as três ciências estão interligadas, mas com aspectos diferentes, o que lhe proporciona objeto próprio e autonomia.

1.2.3 Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito

A filosofia do direito, para Mascaro (2010, p. 12), deve estar relacionada ao próprio pensamento jurídico, os argumentos de um juiz ao dar uma decisão em geral são técnico-normativos, não jusfilosóficos, mas quando alguém vai além da norma e se pergunta sobre o que são elas, está dando um salto iniciando uma reflexão. Isso é o que chamamos de Filosofia do Direito. Durante uma boa parte da História, como não havia definição do direito em relação à política, à ética, à moral e à religião, os discursos sobre direito que não eram técnicos eram tidos por filosofia do direito.

Assim ele continua dizendo que a filosofia do direito é um pensamento mais elevado e mais rigoroso que a teoria geral do direito, pois essa indaga sobre o que é uma norma jurídica, aquela indaga sobre a legitimidade do Estado em editar normas. Existe uma diferença muito pequena entre a teoria geral do direito e a filosofia do direito. Mascaro (2010, p. 13) enfatiza que Kelsen, o mais importante teórico geral do Século XX, é um pensador de construções filosóficas rigorosas, tendo como base principal a filosofia do direito e a teoria geral do direito.

1.2.4 História do Direito

A história do direito e a sociologia jurídica de todas as ciências jurídicas mantêm uma relação íntima, sendo que as duas possuem o mesmo objeto de estudo: a vida em sociedade. Em ambas o direito surge como um fato social, mas podemos verificar uma distinção tênue entre as duas, sendo que a história do direito estuda os fatos passados, enquanto a sociologia jurídica estuda os fatos presentes (MASCARO, 2010, p. 13-14).

1.2.5 Política do Direito

Antes de buscar identificar o objeto de estudo da política do direito, é importante contrapor o pensamento de Kelsen, Reale e Wolkmer sobre política. A intenção principal, de acordo com Kelsen, era separar a ciência do direito da ciência política, e das demais ciências existentes. Já Reale não aprofunda sobre política, mas também não busca a separação da ciência do direito da ciência política. Wolkmer (2003, p. 39) traz uma contribuição crítica, afirmando que a política

é muito importante para recuperar as raízes na formação de uma sociedade, não podendo ser esquecida.

Diante disto, busca-se delimitar o objeto da política do direito, mesmo com muitas dificuldades, pois percebe-se que alguns dos grandes autores do direito brasileiro não aprofundam sobre como abordar as interferências não jurídicas no Direito, e para delimitar o objeto será necessário transcrever a relação entre política e moral. Bobbio (2000, p. 228-229) inicia essa relação com a seguinte afirmação: “é como dizer que, em vista do interesse coletivo, ao político é lícito fazer aquilo que não é lícito ao indivíduo isolado, ou seja, a moral do político não é a moral do indivíduo” e, ainda, nesse trecho, diz que o interesse coletivo está acima do interesse individual e quando existe o interesse coletivo pode ser lícito fazer o que não é lícito ao indivíduo.

Não podemos deixar de refletir a respeito desta afirmação de Bobbio, entre a moral e o direito, como se não existissem duas morais, uma pública e uma privada, uma para os indivíduos e outra para o Estado, que age em prol da coletividade. Mas que a moral é uma só, que vale para todos, salvo em casos excepcionais, nos torna lícito aquilo que era em regra proibido, não apenas para o Estado, mas para os indivíduos também, ou seja, estado de necessidade.

No entanto, no estado de necessidade, para Bobbio (2000, p. 230) não existe lei. Não existe lei porque a necessidade é mais forte do que a lei. Assim, pode-se dizer que para ele o fim justifica os meios. Sendo assim, entre a política e a moral, a conduta política, dada a maior relevância do fim, encontra em seu caminho, nas ações necessárias, como se fossem livres da obrigação de observância das normas morais.

Mas, como observar se os fins que serão atingidos estão dentro dos padrões morais? Para Bobbio (2000, p. 227) existe o que se chama de *autonomia da política*, o critério pelo qual se considera boa ou má uma ação moral. Machiavelli (2002, p. 104-105) diz que, para julgar a bondade ou a maldade de uma ação política, é preciso olhar o fim. Em outras palavras, o resultado da ação. Assim, pode-se extrair o objeto de estudo da política do direito, sendo o estudo das normas no que se refere ao sentido de atingir a finalidade pretendida, ou seja, se o fim destinado àquela norma foi atingido.

2. Superação da estrutura tridimensional para uma ideia de estrutura pentagonal do direito

Antes de analisar os julgados do STF e após analisar alguns significados da palavra direito, é imprescindível percorrer as correntes filosóficas que, de acordo com Cruz (2017, p. 5), influenciaram a história do direito. Extraíndo de cada estrutura seus aspectos e buscando uma nova ideia de estrutura pentagonal do direito, utilizando a sociologia jurídica, a filosofia jurídica, a ciência do direito e a política do direito.

Iniciando com o aspecto básico do jusnaturalismo que, conforme Cavalari (2013, p. 87-88), está fundado na sociologia jurídica (fatos), no mundo do “SER”, esse mundo é o das leis naturais que surgem da natureza. Neste mundo, as coisas se passam mecanicamente, não dependem do homem.

Já no positivismo jurídico, o aspecto básico está na ciência jurídica (norma). Ela estuda os fenômenos jurídicos em todas as manifestações e momentos e se destina ao estudo das normas (REALE, 2002, p. 321). Cavalari (2013, p. 88), numa lição básica, enfatiza que é o “DEVER-SER”.

Do positivismo jurídico vai-se ao pós-positivismo, que está atrelado ao neoconstitucionalismo (FERNANDES, 2011, p. 12), ou, segundo Lenza (2012, p. 61) alguns, constitucionalismo pós-moderno, que combina aspectos do jusnaturalismo, do positivismo e do realismo em uma só corrente, de forma eclética (FERNANDES, 2011, p. 9).

A teoria tridimensional do direito de Reale fez a junção de todos os aspectos das correntes filosóficas anteriores, incluindo mais uma sua teoria. Segundo Reale (2002, p. 64), são três, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (ciência jurídica - “DEVER-SER”); um aspecto fático - fato (sociologia jurídica - “SER”) e um aspecto axiológico, o direito como valor de justiça (filosofia jurídica - “PODER-SER”).

Assim, segundo Mendes e Branco (2017, p. 65), com o advento do neoconstitucionalismo a força normativa da Constituição é vista imediata e evidentemente, traduzindo uma construção histórica de reflexões e aperfeiçoamento dos meios de controle do poder, na busca de aprimorar a base da convivência política e social, marcado pela superioridade da Constituição, pois, a constituição é caracterizada por direitos individuais, civis e políticos, garantindo a promoção e preservação dos direitos fundamentais autoaplicáveis e dando força normativa aos princípios constitucionais.

Contudo, Mendes e Branco trazem momentos importantes no neoconstitucionalismo: a força da Constituição, a garantia dos direitos fundamentais e a aplicação dos princípios constitucionais. Pois, a partir desse movimento, o STF passou a julgar com base também nos princípios e os direitos fundamentais irradiados na Constituição Federal, e não mais com base apenas na norma. Desta forma, está evidente a base para a fundamentação do modelo constitucional moderno. Pois, segundo Lenza (2015, p. 102), o constitucionalismo do futuro será aquele consolidado nos direitos humanos, marcado por um constitucionalismo social com valores atrelados à fraternidade e à solidariedade, equilibrando o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo (filosofia jurídica - “POR VIR”), com os seguintes valores: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação e integração. Fonseca (2019, p. 110) completa dizendo que o *Constitucionalismo Fraternal* incorpora a dimensão fraternal.

Por outro lado, a realidade do neoconstitucionalismo não se resumiu apenas na supremacia da constituição, a valoração dos direitos fundamentais e princípios. Com o constitucionalismo pós-moderno os juízes passam a ter poderes nas deliberações de órgãos representativos. Os juízes que nem sempre tem à sua disposição critérios e fundamentos objetivos e preestabelecidos no ordenamento jurídico, diante da força constitucional, postulados éticos-morais ganham vínculo jurídico e tornam objeto de definição pelos juízes constitucionais (BARROSO, 2005).

Barroso (2005) segue dizendo que a solução dos conflitos jurídicos não mais estava adstrita à norma jurídica, tornado papel do poder judiciário e, em especial, do STF, em um contexto “neoconstitucionalista”, a função de conhecimento técnico buscando resolver apenas as questões estabelecidas no texto normativo, passando a ser um cor-participante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho realizado pelo legislador, ao valorar o sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Desta forma, a concentração do poder deixa de estar no legislativo e passa para o judiciário, concentrando o poder nas mãos dos juízes nas decisões relacionadas ao texto constitucional, que é a norma suprema em todo ordenamento jurídico brasileiro. Justificado pela tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia, conferindo ao judiciário uma capacidade institucional privilegiada. E com esse poder nas mãos do judiciário poderia ocorrer uma politização indevida do órgão incumbido de julgar com imparcialidade.

Desta forma, Grau (2005, p. XXIV) traz um parâmetro importante dizendo que “os princípios morais, políticos ou dos costumes não podem ser chamados de jurídicos senão na medida em que influenciam a criação de normas jurídicas individuais pelas autoridades competentes”. De acordo com o autor, os princípios morais, políticos ou dos costumes só terão relevância para o mundo jurídico se influenciarem a criação das normas jurídicas. Se não, não terão tanta importância. Grau (2005, p. XXVII) continua dizendo que “a neutralidade política do interprete só existe nos livros, na prática do direito ela se dissolve, sempre, pois as decisões jurídicas são políticas”.

E com isso, cabe à política do direito verificar, no estudo das normas, se atingiu realmente a finalidade pretendida, ou seja, se o fim destinado àquela norma foi atingido. Surgindo desta forma a formação da ideia de uma estrutura pentagonal do direito, onde não é mais apenas fato, valor e norma. Mas, sim fato, valor, norma, solidariedade/fraternidade e política. A política que atualmente tem feito parte de vários julgados. Decisões baseadas não mais na observação do fato, valor, norma, e nem nos princípios ou direitos fundamentais, mas também de cunho político. Sendo que esses cinco aspectos são destacados de forma sistêmica e aleatória, dependendo tão somente só, do magistrado. Surgindo além do ser, dever-ser, poder-ser, por vir, o aspecto “O QUE É”. Que tem fundamento no realismo jurídico, onde a decisão judicial é o que os tribunais fazem e não aquilo que se espera que eles façam (sentido de justiça), ou que as normas e demais fontes do direito indiquem o que eles precisam fazer. Deste modo, é possível montar a seguinte estrutura pentagonal de acordo com a tabela abaixo:

Direito			
<i>Sociologia Jurídica</i>	<i>Fato</i>	<i>Eficácia</i>	<i>Ser</i>
Ciência Jurídica	Norma	Vigência	Dever Ser
Filosofia Jurídica	Valor	Fundamentos	Poder Ser
Filosofia Jurídica	Fraternidade /solidariedade	Fundamentos	Por vir
Política do direito	Política	Fundamentos	O que é

Diante disto, faz-se necessário analisar alguns julgados do STF como base para aferir a pertinência das colocações feitas ao logo do presente artigo.

3. Superação da estrutura tridimensional e uma ideia de estrutura pentagonal do direito com base na análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF

Aqui se passa a analisar alguns julgados do STF, escolhidos aleatoriamente, buscando demonstrar a superação ou não da Teoria Tridimensional (fato, valor e norma) de Reale e a ideia de uma estrutura pentagonal (fato, valor, norma, fraternidade/solidariedade e política). Inicia-se com o RE 888815/RS, que trata do ensino domiciliar (*homeschooling*); posteriormente com pesagem de botijões de gás a vista do consumidor, a ADIn855/PR-Paraná; e, para finalizar, a lei cearense que regulamenta a *Vaquejada*, tratada na ADI 4983/CE-Ceará.

3.1 *Homeschooling* - Ensino Domiciliar - Recurso Extraordinário 888815/RS, Rel. Orig. Min. Roberto Barroso, Red. p/ o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/9/2018

O julgado trata da impossibilidade do ensino domiciliar (*homeschooling*) como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de promover a educação, ou seja, a família não pode educar os filhos em casa com o apoio do Estado. A Constituição Federal não faz vedação absoluta ao ensino domiciliar, não menciona, mas também não proíbe. Mesmo assim, o ensino domiciliar não pode ser atualmente exercido porque não existe legislação que regule os preceitos e regras aplicáveis a essa modalidade de ensino, podendo ser implementado no Brasil após regulamentação por meio de lei.

Aqui, numa acepção crítica, o ministro relator decidiu pela impossibilidade do ensino domiciliar, mas a Constituição Federal assegura o direito à educação. De acordo com Bernardes e Tomaz (2016, p. 223), além do Estado é dever da família e da sociedade assegurar a educação. A família tem também responsabilidade de assegurar ensino aos seus filhos.

Existe, no Brasil e em outros vários países, uma tendência voltada para o ensino doméstico ou domiciliar (BERNARDES e TOMAZ, 2016, p. 223). De acordo com Grau (2005, XVI), fatos assim fazem parte de uma situação histórica determinada, partindo da consciência social de seu tempo e deve ser considerado e não negado este direito, não devendo ter como base apenas a falta de uma norma que o regule. Farias (2010, p. 67) completa dizendo que “a lei não é mais um fato, mas um processo. Ela não é mais um ato, mas um programa de ação, e não cria mais instituições, porém elabora cenários”.

O cenário existente no Brasil com relação ao ensino domiciliar, de acordo com Bernardes e Tomaz (2016, p. 223-234) baseia-se em valores religiosos, morais, éticos e culturais. É a existência de um desejo da coletividade de proporcionar a educação de seus filhos. O Estado não pode simplesmente deixar de lado esse movimento. Ao excluir esse grupo, o Estado está discriminando, nas sociedades contemporâneas, que evoluem constantemente de forma dinâmica e não estática. O direito deve buscar harmonia com essa dinâmica, sob pena de tornar o direito autoritário.

Nesta linha, Grau (2005, IV) diz que “a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão”. Com base no que o autor descreveu, a norma é feita para um caso concreto. O caso que se discute, é a possibilidade do ensino domiciliar. Mas não existe regulamentação de acordo com o julgado pelo ex-ministro do STF. A Constituição Federal é a norma suprema, superior e acima de todas as demais normas, apesar de não o prever expressamente, não proíbe o ensino domiciliar. Se não proíbe, por que não foi julgado procedente o pedido de ensino domiciliar e determinado a regulamentação? Imagine-se: se o pedido fosse julgado procedente existiria um custo alto para o Estado manter professores auxiliando esses alunos em seus domicílios? Com o provimento deste julgado o Estado estaria obrigado a manter estes custos e a fornecer o necessário para dar suporte aos professores e alunos.

Neste caso, pode-se observar que existe um fato (possibilidade de no Brasil exercer o ensino domiciliar, denominado como “SER”); um valor (é possível ou não o ensino domiciliar no Brasil, denominado “PODER-SER”); uma norma (a CF/88 não prevê vedação expressamente, ou seja, não proíbe a vedação, mas não existe legislação que regule, aqui denominamos como “DEVER-SER”); fraternidade/solidariedade (as diversas famílias que necessitam do ensino familiar, famílias em estado de vulnerabilidade: o “POR VIR”); e política (a decisão foi baseada visando o custo do ensino domiciliar para o Estado e não a necessidade da coletividade, a adequação da norma à realidade, o cumprimento da finalidade da norma: “O QUE É”). Neste caso, a decisão foi pela proibição do ensino domiciliar por falta de norma que regule o fato, demonstrando a ideia de estrutura pentagonal do direito.

3.2 Pesagem de botijões de gás a vista do consumidor - ADin855 / PR - Paraná - Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 855 do Estado do Paraná determinava a pesagem na frente do consumidor. Foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A corte alegou que a lei paranaense é inconstitucional porque adentrou a competência legislativa reservada à União para legislar sobre energia e sistema de medidas disposto no art. 22, incisos IV e VI da CF/88. Afirmou a inconstitucionalidade da Lei 10.248/93 do Estado do Paraná, pela violação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a norma seria de difícil execução.

Desta forma, no julgamento o Ministro Menezes (STF) apresentou seu voto dizendo que a distribuição do gás é realizada no domicílio sem nenhum controle e o consumidor não sabe o quanto de resíduo existe, desde a saída do depósito até a chegada ao domicílio. Disse, ainda, que a lei estadual apenas estabeleceu um critério para fornecer informações ao consumidor no âmbito de sua competência, que a Lei estadual 10.248/93 tem finalidade de proteger o consumidor de possíveis fraudes.

Os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio afirmaram que existia uma evidência de fraude contra os consumidores nos processos de distribuição de gás.

O ministro Peluso sustentou que o intuito da lei, mesmo sendo razoável, corresponde à preocupação do legislador em proteger o consumidor, de tal modo que essa não seria a medida adequada para o caso concreto. Afirmou, ainda, que o mecanismo adotado para proteger o consumidor é inviável e pode causar danos, uma vez que exigiriam balanças pesadas e demandaria muito esforço do consumidor para verificação. O consumidor teria que fazer essa verificação subindo em caminhões, dificultando a vida do consumidor.

Ávila (2005, p. 88) diz que, “ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás a vista do consumidor, o Supremo violou o princípio da livre iniciativa”. Esse princípio que, para Figueiredo (2014, p. 96), importa em um dos fundamentos da ordem econômica, “significa que o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade”. Neste caso, a matéria da Lei 10.248/93 do Estado do Paraná visa justamente a proteção do consumidor, na medida em que o consumidor estaria aferindo o conteúdo existente dentro do botijão. Assim, não é a proporcionalidade que foi violada como

foi estabelecido na decisão final do STF, mas o princípio da livre iniciativa em conjunto com o princípio da defesa do consumidor, deixando de aplicá-los de forma adequada (ÁVILA, 2005, p. 88).

Portanto, a decisão do Supremo não foi pela proteção do consumidor. De acordo com os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, como já mencionado, existia uma evidência de fraude contra os consumidores nos processos de distribuição de gás.

Assim, neste julgado, existe um fato (a pesagem na frente do consumidor do botijão de gás, o “SER”); um valor (é possível ou não essa pesagem, o “PODER-SER”); uma norma (Lei 10.248/93 do Estado do Paraná, o “DEVER-SER”); fraternidade/solidariedade (proteger o consumidor vulnerável, o “POR VIR”); e política (a decisão foi baseada visando a não proteção do consumidor e ferindo o princípio da livre iniciativa, sendo que de acordo com os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio existia uma evidência de fraude contra os consumidores nos processos de distribuição de gás, o que demonstra “O QUE É”). Neste caso, a decisão foi pela inconstitucionalidade da Lei 10.248/93, proibindo-se a pesagem do botijão de gás na frente do consumidor, caracterizando a visão de estrutura pentagonal do direito.

3.3 Lei cearense que regulamenta *Vaquejada* - ADin 4983/CE - Ceará - Ação Direta de Inconstitucionalidade

Com o objetivo de declarar inconstitucional a Lei estadual 15.299/13, que regula a atividade desportiva e cultural da *Vaquejada*, a Procuradoria-Geral da República interpôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Suprema Corte julgou inconstitucional a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a *Vaquejada* como prática desportiva e cultural no Estado.

O ministro relator Marco Aurélio considerou existir “crueldade intrínseca” com os animais que participam da *Vaquejada*. O relator ainda afirmou que os valores culturais da atividade desportiva não se sobrepõem ao dever de proteção ao meio ambiente. Sustentou, ainda, que os laudos técnicos demonstram a crueldade da prática da *Vaquejada*, demonstrando consequências à saúde dos animais, tais como: ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, fraturas e arrancamento do rabo. Porém, cavalos também sofrem várias lesões. De acordo com o relator, a palavra “crueldade” descrito no art. 225, § 1º, VII da CF, alcança a tortura e os maus-tratos

infringidos aos bois durante a prática da *Vaquejada*, revelando intolerável a conduta praticada pelo homem, autorizada pela lei estadual.

O ministro Edson Fachin não acompanhou o relator, votando pela improcedência da ação. Afirmou que a *Vaquejada* é uma manifestação cultural. Esse entendimento foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Já os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, seguiram o relator. Enquanto, por outro lado, os ministros Teori Zavascki e Luiz Fux seguiram a divergência, no sentido da validade da lei estadual.

O Ministro Dias Toffoli foi a favor da constitucionalidade da lei cearense, alegando que a lei não atenta contra nenhum dispositivo da Constituição Federal. Entendendo que é uma atividade esportiva e festiva, pertencente à cultura do povo, possuindo treinamentos e regamentos específicos, tornando a prática exclusiva dos profissionais de *Vaquejada*.

Posteriormente, com o objetivo de legitimar a *Vaquejada*, o legislador propôs uma Emenda Constitucional incluindo no artigo 225 o § 7º, estabelecendo que a *Vaquejada* é um bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural, e não considerando como ato de crueldade a utilização de animais nessa atividade. Diante disto, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) 96/2017 (SALES, 2017, p. 23).

Sales (2017, p. 23) diz que “a real intenção desta EC foi de superar a decisão do STF proferida em 2016, na qual o Tribunal declarou que o esporte conhecido como *Vaquejada* era inconstitucional em razão de provocar tratamento cruel”.

De um lado, a decisão do STF negando a prática da *Vaquejada*, no sentido do art. 225, § 1º: “VII - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...) para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público, proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que (...), submetam os animais a crueldade”. Do outro lado, a reação legislativa propondo a Emenda Constitucional 96/2017, alterando o entendimento constitucional e autorizando a prática da *Vaquejada*, nos termos do art. 225, § 7º: “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial, integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

Assim, Cavalcante (2017) resume dizendo que isso constitui “o efeito *backlash* que consiste em uma reação das forças políticas diante de uma decisão do Poder Judiciário em relação a um tema polêmico”.

Com isso, o STF, por seis votos a cinco, declarou inconstitucional a lei cearense, no sentido de que a prática da *Vaquejada* constituía tratamento cruel. Logo depois, a EC 96/17 foi aprovada dizendo que não era tratamento cruel.

Aqui há, a existência de um fato (regular a atividade desportiva e cultural da *Vaquejada*, o “SER”); um valor (é possível ou não a prática da *Vaquejada*, o “PODER SER”); uma norma (Lei estadual 15.299/13 - Ceará, o “DEVER-SER”); fraternidade/solidariedade (proteção dos animais vulneráveis contra crueldade e maus tratos; o “POR VIR”); e política (prevaleceu a decisão final feita por intervenção dos parlamentares ao elaborar a EC 96/17. Para dar consistência a essa deliberação final é interessante refletir sobre as palavras de Marmelstein (2008, p. 10): as pessoas passaram a entender que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei”, de onde se estrai o “O QUE É”). Neste caso, a decisão foi pela autorização da prática da *Vaquejada*, não considerando cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, a revelar o fundamento da ideia de estrutura pentagonal do direito.

4 A necessidade de uma nova teoria para o Século XXI

Rocha (1992, p. 1) afirma que, desde o jusnaturalismo, o positivismo, até o pós-positivismo, buscou-se construir um estatuto de cientificidade para o ordenamento jurídico. A noção de ciência do direito tem alterado ao longo dos tempos. Passando de uma perspectiva voltada para o normativismo jurídico de Kelsen, dirigindo-se às funções sociais do direito, se adequando a teoria tridimensional de Miguel Reale, do ponto de vista teórico, até um ponto de vista político, dentro de um Estado democrático.

Assim, a ideia de política e justiça tornou-se um desafio. Nesse contexto, o autor continua dizendo que se necessita de uma teoria do direito nova, que venha a entender este cenário: político, social, histórico e ético (ROCHA, 1992, p. 1).

Desta forma, com relação às questões trazidas neste artigo, pode-se dizer que os aspectos básicos da teoria jurídica do Século XXI está consolidada em cinco aspetos: fato, norma, valor,

fraternidade/solidariedade e política, formando a estrutura pentagonal do direito. Para dar fundamentação a esta afirmação, Frosini (1991) segue dizendo que, a decisão judicial atual é determinada: pela lei (norma), pela expectativa de justiça (valor/justiça), pela sociedade (fato/história), pelas convicções do juiz baseados em preceitos éticos, religiosos ou social (fraternidade/solidariedade) e por instâncias de ordem política (política).

Considerações finais

A comparação entre os modelos teóricos passados e atuais (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo) permitiu verificar a diferença entre cada um deles, como surgiram, os conceitos e ideias. Correntes filosóficas que foram desenvolvidas partindo de momentos históricos e pensamentos existentes naquela época.

O jusnaturalismo com a ideia de um direito natural, positivismo jurídico de Kelsen com a elevação da norma, e pós-positivismo de Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito (fato, valor e norma). Mas, para fundamentar suas teorias foi necessário estudar alguns sentidos da palavra direito, tais como: a Ciência do Direito, a Sociológica Jurídica, a Filosofia do Direito - Teoria Geral do Direito e a História do Direito, dentre outras.

Ao analisar cada sentido da palavra direito, pode-se observar que o jusnaturalismo está ligado à sociologia jurídica, o mundo do ser (fato); no positivismo jurídico, a ciência do direito, o mundo do dever ser (norma); e no pós-positivismo jurídico, que combina aspectos de várias teorias, o mundo do ser (fato), dever-ser (norma) e poder ser (valor).

No intuito de entender se essas teorias foram superadas, foi realizada a análise de alguns julgados do STF, cujos resultados indicam para a necessidade de uma nova teoria que venha a atender a realidade atual.

Referências

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Trad. de Cláudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça**. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coordenadores). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <file:///D:/Users/anamuniz/Downloads/43618-92338-1-PB.pdf>. Disponível em: 4 de outubro de 2019.

BERNARDES, Cláudio Márcio; TOMAZ, Carlos Alberto Simões. **Homeschooling no Brasil: conformação deôntico-axiológica do sistema jurídico como *plus* à política pública de educação fundamental**. In.: Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 6, n. 2 - Out/2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4983. Rel. Min. Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4983+CE%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6k5psto>>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 855. Relator Ministro Octavio Gallotti**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84449>>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **3º Turma. Inq 3932 e Pet 5243/DF, Relator. Min. Luiz Fux, julgados em 21 de junho de 2016**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CALDAS, Diogo Oliveira Muniz. **Teorias do direito e realismo jurídico**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 210-230, Jul/Dez. 2016.

CAVALALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2017.

CAVALCANTE, M. A. **Breves comentários à EC 96/2017**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 4 de outubro de 2019.

CRUZ, Vitor. **Constituição federal anotada para concursos**. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2017.

FADUL, David; LIMA, José Edmilson de Souza. **Direito e sociedade: contribuição do realismo jurídico**. Law and Society: A Contribution from Legal Realismo, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a894b83c9b7a00db>>. Acesso em: 4 de outubro de 2019.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan/mar. 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

FONSECA, Reinado Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. D' Plácido: Belo Horizonte/MG, 2019.

FROSINI, Vittorio. **Teoria de interpretação jurídica**. Tradução de Jaime Restrepo. Bogotá: Temis, 1991.

GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.

GRIBOGGI, Ângela Maria. **A crise do positivismo jurídico, da sociedade e do estado no séc. XXI e a contra - proposta oferecida pelo método dialético**. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/angela_maria_griboggi-1.pdf>. Acesso em: 2 de outubro de 2019.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe**. (escrito em 1505, publicado em 1515): Fonte Digital, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/principe.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. Brasília Jurídica: Brasília/DF, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NOJOSA, Zenacleide Costa. A Evolução do Jusnaturalismo e sua Relação com o direito positivo. 2015. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01-2015/Articulista/ZenacleideCostaNojosa.pdf>>. Acesso em: 2 de outubro de 2019.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea**. Revista Sequência, n. 24 set. 1992.

SALDANHA, Nelson. Teoria do direito e Crítica Histórica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SALES, Roberto Tadeu Marinho. **A inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017 que busca legitimar a Vaquejada sob a égide da proteção ao patrimônio cultural imaterial brasileiro**. Publicado em Jan. 2018: Natal/RN, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 16 de agosto de 2019. Aprovado em 7 de fevereiro de 2020. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.

Edição publicada em 10 de fevereiro de 2020.