

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-192-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, salientados que foram um grande número de autores importantes nessa área. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que tal como na Filosofia do Direito e na Sociologia Jurídica, nunca estudamos e pesquisamos tanto também no campo da Hermenêutica Jurídica. Assim sendo, nesta apresentação, gostaríamos de realizar alguns comentários sobre o conteúdo deste livro, a fim de antecipar aos possíveis leitores o que eles poderão aqui encontrar, sempre considerando as apresentações feitas e os debates transcorridos por ocasião das apresentações feitas no transcorrer do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa que nos cabe, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes foram neste grupo retratados, assim como vários temas atuais, dentre os quais, saliente-se os seguintes textos:

No texto a contribuição da hermenêutica ricoeuriana e sua dialética do amor para o pensamento jurídico contemporâneo, o pesquisador além de desenvolver os aspectos dessa importante dialética, traz ao público um importante debate entre Ricoeur e Heidegger, importante para o descorínio do tema. De outra parte, revisitar a hermenêutica constitucional de Häberle se constitui hoje mais do que uma mera visita, uma obrigação para quem pretende discutir e levantar em conta a diversidade cultural, o que faz desse texto algo muito interessante. Lembre-se das teorias de Häberle sobre "a sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Na seqüência, observa-se uma retomada da sempre importante discussão no direito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando a tese da importância das contribuições da Hermenêutica Filosófica para com esse debate, sobretudo quando se trata de discussões sobre os interesses da administração pública. Logo a seguir, se apresentam discussões, a nosso juízo, muito importantes nos tempos atuais de centralidade do Poder Judiciário no combate à corrupção, trazendo o tema da isenção política nas decisões jurisdicionais.

A seguir, o leitor encontrará um tema que chamou bastante a atenção destes coordenadores e que diz respeito a taxatividade penal e o atual conceito de família, uma vez que ainda padecemos de muitas inadequações dos vários ramos específicos do Direito, como é o caso do Direito Penal e do Direito de família, em face dos princípios constitucionais e das transformações do mundo. Um outro tema versado, é o da juridicidade das normas constitucionais e a desconstruções classificatórias procurando mostrar que ao contrário do que se pensa as normas programáticas possuem tanta ou igual importância quanto as demais. O atual protagonismo da interpretação constitucional como leme para aplicação vem reforçar as discussões sobre a importância da constituição e sua aplicação e efetivação. A interpretação constitucional prossegue como tema no texto panorama hermenêutico do ordenamento jurídico pátrio e os problemas gerados com o neoconstitucionalismo, em uma discussão que considera as obras de Dworkin, Alexy, Häberle e outros. Importante texto vem a seguir sobre o STF e as bases materiais para a hermenêutica transconstitucional, no qual seus autores ressaltam a importância do estudo comparado e o respeito ao que as Cortes Internacionais já disseram sobre polêmicas relacionadas aos Direitos Humanos. O precedente judicial como princípio e a liberdade de expressão na decisão da ADPF 130, sobre as questões da liberdade de imprensa e o tema do precedente judicial.

Enfim, os princípios constitucionais e a hermenêutica frente aos princípios gerais do direito, reflexões sobre o status de ciência para o saber jurídico e uma rediscussão da ideia de paradigma, o tema do repensar da jurisprudência e uma retomada do tema da integridade do Direito e o problema do ativismo judicial a partir de Dworkin, encerram os textos de hermenêutica jurídica apresentados neste grupo e que compõem esta publicação.

2 - Enfim, como comentários finais gostaríamos de assinalar a riqueza das contribuições trazidas ao Grupo de Hermenêutica Jurídica, cumprimentar a todos os seus autores e dizer da nossa satisfação em poder ter presidido este grupo, desejando a todos que prossigam com suas pesquisas e realizações acadêmicas.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

José Alcebíades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

REPENSANDO AS LEITURAS DA JURISPRUDÊNCIA

RETHINKING THE READINGS OF JURISPRUDENCE

Hermano de Oliveira Santos ¹

Karyna Batista Sposato ²

Resumo

O trabalho corresponde a uma análise hipotético-dedutiva de como a jurisprudência é tratada pelas figuras do legislador, do julgador e do doutrinador. Tal análise deriva da observação e reflexão teórica dos autores e identifica duas abordagens de natureza metalinguística, uma de teor retrospectivo (jurisprudência como fonte do Direito) e outra de teor prospectivo (jurisprudência como paradigma do Direito). Preliminarmente, conclui-se que, nos dias atuais, dentre as distintas abordagens da jurisprudência, sobressai aquela capaz de reconhecer a crise por que passamos e promover a transição de que precisamos.

Palavras-chave: Fonte, Jurisprudência, Paradigma

Abstract/Resumen/Résumé

The work corresponds to a hypothetical-deductive analysis of the case law is dealt with by the legislator, the judge and theoretician. This analysis derives from the observation and theoretical reflection of the authors and identifies two meta-linguistic approaches, a retrospective content (jurisprudence as a source of law) and other prospective content (jurisprudence as a paradigm of law). Preliminarily, it is concluded that, today, among the different approaches of jurisprudence, stands that can recognize the crisis that we experience and promote the transition we need.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Case law, Paradigm, Source

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Professor Assistente da Faculdade Pio Décimo no curso de graduação em Direito. Currículo: lattes.cnpq.br/8900052310138642. E-mail: hermanodeoliveirasantos@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe no Programa de Pós-Graduação e no curso de graduação em Direito. Currículo: lattes.cnpq.br/6457328773061506. E-mail: karyna.sposato@gmail.com.

“Quando todos pensam igual é porque ninguém está pensando”
(Walter Lippmann)

Introdução

Aqui se fará uma leitura das leituras hermenêuticas¹ da jurisprudência² e de seus efeitos político-jurídicos, partindo do pressuposto de que se faz necessário repensar a jurisprudência enquanto instituto e práxis jurídica.

Tal leitura descreve a posição tradicional, que a considera como fonte hermenêutica; a apropriação contemporânea, que a transforma em fonte normativa; e uma perspectiva futura, que a considere como paradigma.

Desse modo, o ponto de partida é a constatação de que se passou de uma interpretação que buscava a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), ou a vontade da lei (*voluntas legis*), para uma interpretação de apoderamento pela vontade do juiz (*voluntas iudex*)³.

Pari passu, aventam-se os riscos dessa operação, que ocasiona um fechamento hermenêutico e, conseqüentemente, uma involução democrática, ensejando uma situação de acomodação e apatia político-jurídica⁴.

Por derradeiro, defende-se o empoderamento dos intérpretes e aplicadores do Direito, o que viria a ser possível com o reconhecimento da jurisprudência como paradigma, passível de crise e, por essa razão, carente de transição⁵.

1. A jurisprudência como fonte

A ideia de fonte do Direito é metalinguística, pois pressupõe o fenômeno jurídico como um primeiro dado (fato ou ato jurídico), ou primeiro nível de linguagem, e a ele se refere como ou por intermédio de um segundo dado (norma jurídica), sendo, portanto, um segundo ou terceiro nível de linguagem⁶.

Assim, as chamadas fontes do Direito são textos ou textos sobre textos jurídicos, que são formas de expressão do Direito. Priorizar uma ou outra dessas formas revela a adoção desse ou daquele modelo de Direito⁷.

Dizendo de outro modo, ler a jurisprudência como fonte significa utilizá-la como instrumento de interpretação de textos jurídicos ou, mais precisamente, de aplicação, ou integração, de normas jurídicas⁸. Tal leitura varia de acordo com o modelo adotado⁹.

No Brasil, filiado ao *civil law*, o modelo tradicional assume a forma de cânone hermenêutico (fonte secundária). No entanto, sob os influxos do *commom law*, o modelo atual assume também forma similar à de norma jurídica (fonte primária)¹⁰.

1.1. Fonte hermenêutica

Como fonte hermenêutica, a jurisprudência poderia ser definida como o conjunto de decisões de um órgão colegiado que, exercendo típica ou atipicamente a função jurisdicional do Estado, fixa os sentidos das normas jurídicas, delimitando e impondo sua eficácia.

Nessa breve definição, é possível perceber três aspectos da leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica.

(A.1) a jurisprudência é um acordo hermenêutico deliberativo.

A jurisprudência é um acordo entre os membros de um órgão colegiado (ou seja, uma decisão coletiva de um tribunal, conselho etc.), acordo este que é utilizado para fundamentar outras decisões (coletivas ou individuais) em casos semelhantes. Esse acordo tem natureza hermenêutica, mediante um raciocínio analógico, tanto para sua formação como para sua utilização posterior. Tal acordo decorre não de eleição, mas de deliberação, isto é, não se trata de mera disputa de opiniões, mas de dialógica contraposição de argumentos, prevalecendo os mais convincentes, que logram alcançar consenso¹¹.

(A.2) a jurisprudência é uma tomada de posição legítima.

A jurisprudência é uma tomada de posição acerca de decisões anteriores, ou seja, uma decisão que se posiciona sobre quais decisões devem prevalecer. Essa tomada de posição é legítima quando representa regular exercício de poder, não de modo aleatório, mas pré-estabelecido, ou seja, não é um mero ato de escolha, mas um processo de decisão conforme procedimentos estabelecidos por normas legais e regimentais¹².

(A.3) a jurisprudência é um ato de vontade estabilizador.

A jurisprudência é um ato de vontade que encerra uma série de operações hermenêuticas num mesmo sentido, ou em sentidos conflitantes. Esse ato de vontade é estabilizador porque aplica uma determinada interpretação, em lugar de outras igualmente possíveis, consolidando um consenso, ou solucionando um dissenso, e evitando o surgimento de interpretações destoantes¹³.

De modo paralelo, é possível vislumbrar três funções da leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica.

(B.1) a jurisprudência como complemento ao trabalho do legislador.

Como corolário de A.1, a jurisprudência é um acordo hermenêutico deliberativo com a finalidade de complementar o trabalho do legislador, haja vista que este cria normas jurídicas gerais e abstratas mediante a elaboração de textos jurídicos naturalmente limitados em termos sintáticos, semânticos e pragmáticos¹⁴. Por essa razão, compete ao julgador, e ao produto de seu trabalho (a jurisprudência), demonstrar, senão a ideal, ao menos uma aceitável imputação da consequência jurídica à hipótese normativa previstas pelo legislador (na lei)¹⁵.

(B.2) a jurisprudência como reforço à eficácia da lei.

Em decorrência de A.2, a jurisprudência é uma tomada de posição legítima com a finalidade de reforçar a eficácia da lei, na medida em que aponta sua aplicabilidade (eficácia técnica) e impõe sua efetividade (eficácia social), servindo como cânone hermenêutico para futuras interpretações e aplicações em casos similares¹⁶. Noutras palavras, o julgador aponta e impõe sentidos jurídicos, cabendo lembrar que se trata de uma imposição leve, quando comparada à força da lei, pois a jurisprudência é provisória, ainda que durável¹⁷.

(B.3) a jurisprudência como fixação de sentidos jurídicos.

Como consequência de A.3, a jurisprudência é um ato de vontade estabilizador com a finalidade de fixar sentidos jurídicos, considerando as possibilidades hermenêuticas das normas jurídicas¹⁸. Desse modo, o julgador atua no campo delimitado pela norma jurídica, de modo que associa sua própria vontade à vontade da lei, fixando sentidos jurídicos no caso concreto¹⁹.

Diante do exposto, é possível entrever três riscos latentes da leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica.

(C.1) a oligarquização da interpretação e aplicação do Direito.

Considerando A.1 e B.1, a jurisprudência, como acordo hermenêutico deliberativo com a finalidade de complementar o trabalho do legislador, pode ensejar a oligarquização da interpretação e aplicação do Direito. Com efeito, a jurisprudência, sendo um produto da atividade do julgador, em complemento ao trabalho do legislador, pode conduzir a uma oligarquia, de tal modo que, no limite desse risco, imperaria as vontades de classes (legislador, julgador e doutrina), a depender do embate de forças e argumentos²⁰.

(C.2) a vulneração do trabalho do legislador.

Considerando A.2 e B.2, a jurisprudência, como tomada de posição legítima com a finalidade de reforçar a eficácia da lei, pode substituir o trabalho do legislador pela atividade do julgador. Sem dúvida, o julgador, que domina a tecnologia de interpretação e aplicação do

Direito, pode seguir as normas legais e regimentais de acordo com seus interesses e, no limite desse risco, fazer prevalecer sua vontade sobre a do legislador²¹.

(C.3) o alargamento da moldura normativa.

Considerando A.3 e B.3, a jurisprudência, como ato de vontade estabilizador com a finalidade de fixar sentidos jurídicos, pode extrapolar os limites da moldura normativa. De fato, o julgador pode estabelecer sentidos jurídicos não condizentes às possibilidades hermenêuticas das normas jurídicas, de modo que, no limite desse risco, a jurisprudência seria a aplicação de sentidos jurídicos fora dos limites da interpretação do texto jurídico, ou seja, nesse caso, a vontade do julgador superaria a vontade da lei²².

Nada obstante, é possível afirmar que a leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica atende, mais ou menos adequadamente, às necessidades e interesses político-jurídicos em tempos normais, assim considerada a época em que os riscos referidos em C.1, 2 e 3 estejam sob controle. Num país como o Brasil, de institucionalização tardia e ainda instável, essa leitura resta útil, *prima facie*, para a estabilização da prática jurídica, na medida em que confere uniformidade e previsibilidade às decisões, sendo um modo eficaz de garantia da segurança jurídica.

1.2. Fonte normativa

Atualmente, no Brasil, é possível identificar outra leitura da jurisprudência como fonte, que lhe atribui não apenas valor hermenêutico, mas também força normativa. Essa leitura reflete uma nova postura do Poder Judiciário, a representar a transferência e modificação de um modelo de Direito²³. Ocorre que, enquanto o modelo transferido tem natureza hermenêutica, o novel modelo tem, ao menos parcialmente, natureza prescritiva²⁴.

Aqui, pois, importa identificar, ainda que superficialmente, os contornos, as possíveis causas e consequências e algumas manifestações dessa leitura, verificando sua recepção e adequação à realidade brasileira.

Os contornos dessa leitura da jurisprudência podem ser delimitados a partir de dois elementos de natureza normativa, o que permite caracterizar os produtos dessa leitura como normas jurídicas *sui generis*.

(D.1) Eficácia *erga omnes*.

Como visto, a jurisprudência pode ser lida como tomada de posição legítima com a finalidade de reforçar a eficácia da lei (A.2 e B.2) e como ato de vontade estabilizador com a finalidade de fixar sentidos jurídicos (A.3 e B.3). Assim sendo, não surpreende a ilação de

que essa leitura seria eficiente e correta se a jurisprudência produzisse efeitos não apenas *inter partes* (no tocante à *ratio decidendi*) mas também *erga omnes* (no tocante ao dispositivo, vazado em súmula, enunciado, ementa etc.)²⁵. Ocorre, porém, que, ao atribuir essa eficácia a um vasto rol de casos, num grande número de decisões nesse sentido, é possível observar que o julgador, contando com a permissividade do legislador, em lugar de intensificar o controle, aprofunda os riscos de vulneração do trabalho do próprio legislador e de alargamento da moldura normativa (C.2 e C.3)²⁶.

(D.2) Efeito vinculante

Em sentido similar, considerando que a jurisprudência pode ser lida como acordo hermenêutico deliberativo com a finalidade de complementar o trabalho do legislador (A.1 e B.1), não foi absurdo imaginar que a atividade do julgador passasse a vincular o exercício das demais funções do Estado²⁷. Entretanto, essa lógica não se mostra constitucionalmente adequada, tendo em vista o princípio de independência e harmonia dos Poderes, uma vez que, ao se institucionalizar o efeito vinculante, é possível observar que o julgador, mais que aprofundou, em verdade assumiu sozinho (sem o legislador, e por vezes dissociado da doutrina), o risco de oligarquização da interpretação e aplicação do Direito (C.1), assenhoreando-se das funções do Estado e afigurando-se no papel de governo²⁸.

Diante desse quadro, é possível inferir ao menos duas causas da leitura da jurisprudência como fonte normativa.

(E.1) o empobrecimento discursivo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Partindo da premissa de que exista uma relação entre regime de governo e modelo de Direito, na medida em que aquele passe por uma crise, este carece de mudança, ou, vice-versa, quando este é modificado, reflete o mau funcionamento daquele. Assim sendo, é compreensível que, havendo uma crise de legitimidade no parlamento e na chefia de governo, a lei perca o *status* de fonte primária do Direito, que passa a ser assumido pela jurisprudência. Desse modo, ante a inação dos Poderes Legislativo e Executivo, em razão de embates ocasionais ou desavenças irreconciliáveis, o discurso político é paralisado e nenhum consenso é possível. Noutras palavras, a lei se torna obsoleta, enquanto a dinâmica social continua a requerer, e requer cada vez mais rapidamente, soluções para problemas tão díspares quanto a eficácia de direitos fundamentais individuais e a repactuação federativa, as quais passam a ter lugar, por vezes em primeira instância, no Poder Judiciário, cuja preocupação não é, em princípio, buscar o consenso, mas se impor. Ocorre, nesse caso, que não se trata de imposição por força de lei, texto jurídico que, apesar dos pesares, tem natureza dialógica. O que sucede

são imposições por ordem da jurisprudência, texto jurídico que prescreve condutas de forma verticalizada e, o que é gravíssimo, sem representatividade democrática²⁹.

(E.2) o esvaziamento do poder político e o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, questões cujas decisões deveriam ocorrer na esfera pública, em ambientes de maior abrangência política, passam a ser tratadas em espaços restritos, e solucionadas de modo pouco ou nada democrático e republicano. Eis que o exercício do poder político, seja pelos representantes, seja pelos titulares, sucumbe a ingerências externas, sobretudo do poder econômico. O resultado é deletério, tanto em situações jurídico-políticas (como a organização e funcionamento dos Entes federativos) como em situações jurídico-sociais (como a eficácia dos direitos fundamentais transindividuais). E nesse estado de desalento, exsurge soberana e conveniente uma representação farsa do Poder Judiciário, segundo a qual o julgador é visto como uma figura algo paternal, confiável, iluminado. Desse modo, o produto de sua atividade, a jurisprudência, é considerada como a última palavra juridicizante e moralizante da vida política e social. Daí que muitos investidos da função jurisdicional aceitem, ou mesmo defendam, representar tal papel, vestindo toga e cetro³⁰.

Guardando o paralelismo, é possível perceber ao menos duas consequências da leitura da jurisprudência como fonte normativa.

(F.1) acomodação e apatia das instituições auxiliares do Poder Judiciário e da doutrina.

Tal estado de coisas implica uma apropriação antidemocrática da função jurisdicional e da finalidade da jurisprudência. Com efeito, nessas circunstâncias, o julgador assume o papel de legislador, não apenas negativo (no exercício do controle de constitucionalidade), mas também positivo (na perspectiva do ativismo, ou seria arrivismo, judicial). Ainda mais, a atuação do julgador pauta o debate e condiciona os demais atores, que sucumbem (coadjuvantes), aceitam (expectadores) e assistem (espectadores), algo passivamente, ao surgimento de duas categorias de hermeneutas do Direito (uma forte, o juiz constitucional; outra fraca, os demais membros da comunidade jurídica). Nesse sentido, qualquer caso demanda mais do que subsunção de fatos a regras e toda aplicação passa a ser ponderação de princípios, qualquer conflito assume ares de gravidade e toda decisão passa a ser constitucional, cabendo lembrar a máxima segundo a qual, se tudo é importante, nada é importante³¹...

(F.2) instalação de um estado de exceção hermenêutico.

Sob esse prisma, fica evidente a intenção de influenciar, quando não de promover, a positivação do Direito, subtraindo da lei (texto jurídico de origem política) e atribuindo à

jurisprudência (texto jurídico de origem técnica) a força normativa. Assim, pois, não é difícil perceber o interesse na turbacão da normalidade e a difusão da permanência de crises. Trata-se, então, de uma estratégia discursiva com vistas a exercer o poder soberanamente. Para o sucesso dessa operação, é preciso se incutir uma necessidade de elastecimento das competências constitucionais (o que é declarado), sem todavia se revelar o propósito de fechamento hermenêutico (o que é subliminar)³².

Nesse sentido, é possível afirmar que a leitura da jurisprudência como fonte normativa se vale das limitações da leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica. Na impossibilidade de esta oferecer respostas satisfatórias a tempos de crise, aquela passa a ocupar um espaço que não lhe pertence de direito. Tal movimento, no entanto, gera as consequências referidas em F.1 e 2. No Brasil, dada a incompleta institucionalização estatal e a frágil normatividade jurídica, essa leitura resta inapropriada, pois que representa uma apropriação antidemocrática dos aspectos e funções da jurisprudência.

3. A jurisprudência como paradigma

O conceito de paradigma é outro eficiente artifício metalinguístico, tanto para a Epistemologia quanto para os diversos ramos das Ciências. Por consequência, a concepção de crise e transição paradigmática é deveras útil para compreender e descrever os estados, por que não dizer estágios, da Ciência do Direito³³.

Assim, um possível e fecundo caso de aplicação do conceito de paradigma, e da concepção de crise e transição paradigmática, é a compreensão e descrição da natureza e funções da jurisprudência³⁴.

Entretanto, para demonstrar a possibilidade e utilidade dessa leitura da jurisprudência, é oportuno considerar todo o potencial metalinguístico do conceito de paradigma, e da concepção de crise e transição paradigmática, não apenas num viés epistemológico, mas também num viés “societal”, sobretudo porque, em países como o Brasil, com graves e urgentes problemas institucionais e sociais, a jurisprudência não se pode limitar a questões hermenêuticas, podendo e devendo focar também a adequação do ordenamento jurídico à realidade social³⁵.

3.1. Paradigma epistemológico

De um ponto de vista epistemológico, importa reconhecer a jurisprudência como intenção (natureza) e como parâmetro (função).

Reconhecer a jurisprudência como intenção é representá-la como ato voluntário intencional, a um só tempo retrospectivo e prospectivo. É dizer, noutras palavras, que a jurisprudência é um conjunto de atos decisórios que expressam vontade e intenção de um determinado órgão colegiado na fixação de sentidos jurídicos, com vistas à consolidação ou à uniformização de operações hermenêuticas anteriores (seja num mesmo sentido, seja em sentidos diversos; não raro a atividade decisória dos órgãos colegiados é marcada por controvérsias internas) e à parametrização para operações hermenêuticas ulteriores (obtendo uma síntese que consolide uma decisão ou solucione uma controvérsia, confirmando uma tese e refutando sua antítese)³⁶. Assim, pois, associada à noção de intenção está a de parâmetro. Nesse sentido, reconhecer a jurisprudência como parâmetro é reconhecê-la como síntese provisória, capaz de embasar uma série posterior de operações hermenêuticas, porém passível de verificação, que venha a confirmar ou refutar a síntese momentânea³⁷.

Essa abordagem propugna retomar os aspectos (A.1, 2 e 3) e funções (B.1, 2 e 3) e controlar os riscos (C.1, 2 e 3) da leitura da jurisprudência como fonte hermenêutica, revelando a crise (o paroxismo dos riscos) e transição epistemológica, mediante:

(G.1) a abertura e legitimação processual das decisões.

A jurisprudência, como acordo hermenêutico deliberativo (A.1) com a finalidade de complementar o trabalho do legislador (B.1), é o instrumento político-jurídico ideal para evitar a oligarquização da interpretação e aplicação do Direito (C.1). A transformação desse risco em oportunidade não ocorreria passivamente, por obra e graça de leis e decisões bem elaboradas. Para tanto, seria necessária uma postura ativa, capitaneada pelo Poder Judiciário, contando com os esforços comuns dos demais atores jurídicos. O modelo que mais se aproxima dessa ideia é o de democracia deliberativa processualista, segundo o qual as decisões não são legítimas *per se*, simplesmente porque emanadas de um órgão estatal, ao contrário, são carentes de legitimação processual, podendo ser consideradas legítimas se e somente se baseadas num processo decisório verdadeiramente democrático, em que os argumentos antagônicos (teses e antíteses) sejam expostos livre, correta e verdadeiramente, e então sintetizados³⁸.

(G.2) o teste e não a defesa de teses.

A jurisprudência, como tomada de posição legítima (A.2) com a finalidade de reforçar a eficácia da lei (B.2), ocorre no espaço público ideal para evitar a vulneração do trabalho do legislador (C.2). Também esse risco seria uma oportunidade de superação se o

Poder Judiciário desempenhasse concretamente o papel de terceiro imparcial. E isso só ocorreria se fosse mantida uma ordem lógica e ética de decisão, isto é, se a decisão fosse o produto de sua fundamentação (da verificação hermenêutica circular das razões de fato e de Direito pertinentes) e não simplesmente um dispositivo para o qual se procurasse uma justificativa *a posteriori*. Nesse sentido, toda e qualquer jurisprudência poderia ser vista como síntese histórica momentânea, como hipótese passível de verificação, que perduraria na medida em que resistisse aos testes impostos pelas diversas situações jurídicas concretas³⁹.

(G.3) a contextualização dos textos jurídicos.

A jurisprudência, como ato de vontade estabilizador (A.3) com a finalidade de fixar sentidos jurídicos (B.3), acontece no momento ideal para evitar o alargamento da moldura normativa (C.3). O aqui/agora é determinante para transformar esse risco em oportunidade, para contornar a inevitável localização/datação dos textos jurídicos. De fato, os textos jurídicos são limitados (sintática, semântica e pragmaticamente) no espaço e no tempo, de modo que acreditar numa sua capacidade imanente de globalização/atualização é uma perspectiva ingenuamente otimista ou maliciosamente cínica. Assim sendo, somente uma operação hermenêutica contextualizada seria capaz de identificar as potencialidades de interpretação/aplicação do texto jurídico positivado ou a necessidade de elaboração de outro texto jurídico legislativo⁴⁰.

A leitura da jurisprudência como paradigma epistemológico é tão útil quanto a da fonte hermenêutica, e não inapropriada como a da fonte normativa. Com efeito, trata-se de uma leitura necessária, por ressaltar as condições de possibilidade da jurisprudência, permitindo entrever possíveis soluções para o controle dos riscos inerentes à variabilidade idiossincrática da leitura como fonte hermenêutica, sobretudo em tempos de crise. No entanto, vem a ser uma leitura insuficiente, porque não reúne condições político-jurídicas de alterar o estado de coisas sócio-econômico que ensejou o surgimento e a permanência da leitura como fonte normativa. Os expedientes elencados em G.1, 2 e 3 não têm o condão de ressensibilizar os envolvidos na interpretação e aplicação do Direito. No Brasil, em razão da pouca discussão e inserção da epistemologia jurídica, e do desigual acoplamento das estruturas de poder político-jurídico e social-econômico, essa leitura acusa limitações, que poderiam ser supridas por uma visão mais abrangente do conceito de paradigma.

3.2. Paradigma “societal”

Já de um ponto de vista “societal”, importa reconhecer a jurisprudência como ato deliberativo (natureza) e como acordo social (função).

Reconhecer a jurisprudência como ato deliberativo e como acordo social é ressaltar sua natureza e função para além de um viés epistemológico. É dizer que, dada a relação entre sociedade, ciência e Direito, a jurisprudência pode contribuir decisivamente para a passagem do Direito da mera regulação para a necessária emancipação social. Nesse sentido, o saber jurídico poderá servir não para fins de dominação política e manutenção do *status quo*, mas principalmente como um dos locais ideais da esfera pública para se estabelecer ou restabelecer a ordem institucional e a justiça social. Ou seja, poderá auxiliar na solução dos graves problemas de legitimidade do Estado e do Direito, na medida em que sejam decisões elaboradas sob bases democraticamente deliberativas, tendentes a uma estrutura social sustentável⁴¹.

Essa abordagem propugna reconhecer os contornos (D.1 e 2) e causas (E.1 e 2) e superar as consequências (F.1 e F.2) da leitura da jurisprudência como fonte normativa revelando a crise (o paroxismo das consequências) e transição “societal”, para o que é necessário:

(H.1) compartilhar responsabilidades entre os participantes do discurso jurídico.

O uso, por vezes indiscriminado, do instituto da eficácia *erga omnes* (D.1), hipoteticamente baseado no empobrecimento discursivo dos Poderes Legislativo e Executivo (E.1), potencialmente ocasiona a acomodação e apatia das instituições auxiliares do Poder Judiciário e da doutrina (F.1). Sem dúvida, não parece conveniente que o Poder Judiciário assumira sozinho toda a responsabilidade político-jurídica, nem mesmo a maior parcela. Não é demais lembrar a primazia da lei, e nesse sentido, a relevância do Poder Legislativo, no Estado Democrático de Direito. Tampouco é inoportuno ressaltar a ação estatal convencional, não litigiosa, levada a cabo pelo Poder Executivo, mas não apenas por este, isto é, o exercício da função administrativa, típica ou atípica, em todos os setores da sociedade (político, econômico, cultural, ambiental etc.). Desse modo, a jurisprudência deixaria de ser um permanente chamamento de feitos à ordem, na medida em que as diversas situações jurídicas concretas fossem harmonizadas de diversas formas oficiais ou não-oficiais. Assim, então, não haveria motivo para atuações inconsequentes e conformistas, pois estas, como aventado, apenas reconhecem, algo infantilmente, a necessidade de agradar a um pai superpoderoso e reproduzir seu discurso dominante *ad nauseam*⁴².

(H.2) promover o empoderamento democrático dos atores jurídicos.

De modo similar, a atribuição de efeito vinculante (D.2), a evidenciar o esvaziamento do poder político e o protagonismo do Poder Judiciário (E.2), enseja a instalação de um estado de exceção hermenêutico (F.2). Assim sendo, é necessário que a jurisprudência deixe de ser um texto jurídico cujos fundamentos, no mais das vezes, são justificativas ou provas obtidas adrede, e cujos efeitos hermenêuticos, mal disfarçados, são uma prática desconfiadamente policialesca e uma sensação inebriante de normalidade da exceção. Ademais, não se deve esquecer que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que há a centralidade do precedente judicial, este apenas oficializa, positiva o costume (nesse sistema, o costume é, por assim dizer, a “lei”), e vincula, dispensa a fundamentação (nesse sistema, as razões de decidir são compartilhadas do julgador original para os julgadores futuros). Nesse sentido, a jurisprudência poderia ocupar seu espaço incluindo e não excluindo participações, amplificando e não sufocando vozes, de modo que o discurso jurídico viesse a ser, de fato, o produto de uma interação comunicativa democrática e contextual⁴³.

A leitura da jurisprudência como paradigma “societal” vem complementar a leitura da jurisprudência como paradigma epistemológico. Assim sendo, aquela é uma leitura tão necessária quanto esta, porém, dada a insuficiência de uma, ressalta a urgência da outra. Sem dúvida, tal é o acúmulo de discrepâncias na crise paradigmática, que sua transição demanda soluções radicais como as expostas em H.1 e 2. No Brasil, considerada a assimilação irrefletida de um modelo e fonte do Direito dissociados de sua história institucional e social, e os problemas decorrentes e ora evidentes dessa leitura, urge restabelecer as bases do discurso jurídico na esfera pública, o que passa por uma fundamental repactuação político-jurídica e por uma verdadeira prática jurídica democrática.

Considerações Finais

Diante do exposto, é possível concluir, a título provisório, que há quatro leituras possíveis da jurisprudência, sendo a primeira útil (I), a segunda inapropriada (J), a terceira necessária mas insuficiente e a quarta necessária e urgente (K):

(I) como fonte hermenêutica, ou cânone de interpretação, que atende às necessidades e interesses em tempos normais, quando o legislador, o julgador e o doutrinador compartilham responsabilidades e privilégios pela fixação dos sentidos dos textos jurídicos, com os riscos latentes de oligarquização da aplicação do Direito, vulneração do trabalho do legislador e alargamento da moldura normativa;

(J) como fonte normativa, ou norma jurídica *sui generis*, que atende a interesses institucionais do Poder Judiciário, surgindo em tempos de crise, em face do empobrecimento discursivo dos demais Poderes (sobretudo do Legislativo) e da acomodação e apatia das instituições auxiliares do Poder Judiciário e da doutrina, o que instala, com anseios de permanência, um estado de exceção hermenêutico, ensejando o surgimento de duas categorias de hermenêutica (uma forte, o juiz constitucional; outra fraca, os demais atores jurídicos) e revelando uma apropriação antidemocrática; e

(K) como paradigma, ou proposta para atender às necessidades e interesses em tempos de crise, o que demanda uma transição de ordem epistemológica (considerar a jurisprudência como síntese histórica momentânea, ou hipótese a ser verificada permanentemente, confirmada ou refutada mediante procedimentos comunicativos competentes e como exercício de uma democracia deliberativa processualista, em que as decisões são tomadas com base na correção dos argumentos trazidos ao embate processual público) e “societal” (compartilhar responsabilidades entre os participantes do discurso jurídico na esfera pública e promover o empoderamento democrático dos atores jurídicos, com vistas a adequar o Direito às necessidades sociais locais e globais, de modo contextualizado).

Referências

- AGAMBEN, Giorgio (2006). **Estado de Exceção**. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo.
- BAUMAN, Zygmunt (2010). **Legisladores e Intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2016). Bauman examina crise da internet e da política. 11 mar. 2016. **l'Espresso**. Entrevista concedida a Alessandro Gilioli. Trad. Antonio Martins. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/posts/bauman-examina-crise-da-internet-e-da-politica/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- BOURDIEU, Pierre (2012). **O Poder Simbólico**. 16. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- BRASIL (2015a). Supremo Tribunal Federal. **Números da Repercussão Geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?>

servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL (2015b). Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo (2013). **Dos Precedentes Judiciais às Súmulas Vinculantes**: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11395/1/DOS%20PRECEDENTES%20JUDICIAIS%20%C3%80S%20S%C3%9AMULAS%20VINCULANTES%20-%20AN%C3%81LISE%20D.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CAPPELLETI, Mauro (1993). **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (2003). **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros.

ECO, Umberto (2000). **Os Limites da Interpretação**. 2. reimp. Trad. Pérola de Carvalho. Rev. Afonso Nunes Lopes. São Paulo: Perspectiva.

ECO, Umberto (2005). **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. Rev. Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio (2003). **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas.

FRANÇA, Rubens Limongi (1999). **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva.

GADAMER, Hans-Georg (1997). **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco.

GADAMER, Hans-Georg (2011). **Verdade e Método II**: complementos e índice. 6. ed. Trad. Ênio Paulo Giachini. Rev. Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco.

GRAU, Eros Roberto (2011). **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros.

HÄBERLE, Peter (2002). **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

HABERMAS, Jürgen (1987). **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre, L&PM.

- HABERMAS, Jürgen (1997). **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- KELSEN, Hans (2005). **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, Hans (2009). **Teoria Pura do Direito e do Estado**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- LARENZ, Karl (1997). **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LUHMANN, Niklas (1980). **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UnB.
- MAUS, Ingeborg (2000). O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000. Disponível em: http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf. Acesso em: 11 abr. 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos (1994). **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- NEVES, Marcelo (2006). **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes.
- PRADO, Daniel Nicory do (2011). **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Editora JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito.
- REALE, Miguel (1994). **Fontes e Modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1988). **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). **Para um Novo Senso Comum**: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1 (A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência). 7. ed. São Paulo: Cortez.
- SANTOS, Hermano de Oliveira (2008a). Contribuição à definição do conceito norma jurídica. (On-line). Disponível em: https://www.academia.edu/15527984/Contribuicao_a_definicao_do_conceito_norma_juridica. Acesso em: 11 abr. 2016.
- SANTOS, Hermano de Oliveira (2008b). Contribuição à definição do conceito eficácia jurídica. (On-line). Disponível em: https://www.academia.edu/15528382/Contribuicao_a_definicao_do_conceito_eficacia_juridica. Acesso em: 11 abr. 2016.

- SANTOS, Hermano de Oliveira (2014). Aspectos da Hermenêutica em Habermas. (On-line). Disponível em:
 <https://www.academia.edu/15544222/Aspectos_da_Hermeneutica_em_Habermas>.
 Acesso em: 11 abr. 2016.
- SPOSATO, Karyna Batista (2013). Pensar o Direito através da lente da jurisprudência: a pesquisa jurisprudencial como metainterpretação do Direito. In: BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Série Pensando o Direito**, n. 50, Volume Especial (O Papel da Pesquisa na Política Legislativa: metodologia e relato de experiências do projeto Pensando o Direito), p. 63-72.
- STRECK, Lenio Luiz (2014a). Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF? **Consultor Jurídico**: Senso Incomum. 24 abr. 2014. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz (2014b). **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz (2015a). Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**: Senso Incomum. 24 out. 2015. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz (2015b). Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Consultor Jurídico**: Senso Incomum. 12 nov. 2015. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz (2015c). O ano foi de ativismo e não terminará tão cedo. **Consultor Jurídico**: Senso Incomum. 22 dez. 2015. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-22/retrospectiva-2015-ano-foi-ativismo-nao-terminara-tao-cedo>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz (2016). Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. **Consultor Jurídico**: Senso Incomum. 25 fev. 2016. Disponível em:
 <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- TAVARES, André Ramos (2012). **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva.
- YAZBEK, Otávio (2001). Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, p. 540-557.

¹ A opção pelo termo “leituras” e pela expressão “leituras hermenêuticas”, embora imprecisa e incomum na linguagem jurídica, tem o objetivo de evitar ou contornar (a) as diferentes acepções dos termos “interpretação” e “uso” para a semiótica e para o pragmatismo (ECO, 2000, p. 14 e 15; ECO, 2005, p. 13 e 81); (b) a polêmica quanto à natureza, objeto e limites da Hermenêutica (GADAMER, 2011, p. 255 a 270; HABERMAS, 1987, p. 26 a 72; sobre essa controvérsia, em torno do conceito gadameriano de “universalidade da Hermenêutica”, ver SANTOS, 2014); e (c) a controvérsia entre a natureza e os limites da Hermenêutica Jurídica, interpretação e aplicação do Direito (MAXIMILIANO, 1994, p. 1 a 5; LARENZ, 1997, p. 439 a 517; FRANÇA, 1999, p. 3 a 5).

² Há ao menos cinco significados para o conceito jurisprudência, sendo que, para este trabalho, importam os que se referem a (a) “massa geral das manifestações dos juízes e tribunais, sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei” e (b) conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico” (FRANÇA, 1999, p. 149). Em sentido diferente, como sinônimo de Ciência do Direito, a doutrina alemã, para a qual o que chamamos de jurisprudência seria o “desenvolvimento judicial do Direito” (ver LARENZ, 1997, p. 261 e s., 519 e s.).

³ A Hermenêutica Jurídica tradicional, ainda hoje com resquícios da Escola da Exegese, refere-se à interpretação do Direito, de forma genérica, como a tarefa de descobrir e revelar “a vontade, a intenção, o pensamento do legislador”, como anota Maximiliano (1994, p. 18). Nesse sentido, o uso da expressão latina *voluntas legislatoris*, cuja formação é descrita por Maximiliano (idem, p. 18 a 33). Em face da impossibilidade de se confirmar a *voluntas legislatoris*, dada sua carga subjetiva, a doutrina propõe verificar a *voluntas legis*, algo mais objetivo (MAXIMILIANO, idem, ibidem). Como perquirição do “sentido normativo da lei”, ver Larenz (1997, p. 445 a 450). Em outro sentido, de “vontade real”, ou “fenômeno psicológico”, ver Kelsen (2005, p. 46 a 48). Para uma “diferenciação entre exegetismo e positivismo”, que demonstra a persistência de parte do ideário exegetico, ver Streck (2014b, p. 32 a 37). A discussão das *voluntates (legislatoris ou legis)* também é travada na semiótica, sob as expressões *intentio auctoris* e *intentio operis*, por meio das quais Eco (2000, p. 6 a 9 e 84 a 87; 2005, p. 75 a 77) procura explicar as operações mentais necessárias à interpretação de textos, cujos resultados, é o que se propõe aqui, podem ser úteis à análise da interpretação de textos jurídicos. Ademais, como observa Bourdieu (2012, p. 213 e s.), a “interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; diretamente orientada para práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, (...) no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”.

⁴ O fenômeno não é exclusivo do universo jurídico. Bauman (2010, p. 15 a 22 e *passim*) demonstra que houve uma dispersão da figura do intelectual: segundo ele, na modernidade, o intelectual assumia o papel de “legislador”, na medida em que sua intervenção na sociedade servia para “formar os homens”, o que era legitimado pelo reconhecimento social de seu “conhecimento superior”, necessário ao “aperfeiçoamento da ordem social”; enquanto na pós-modernidade, o intelectual desempenha o papel de “intérprete”, ou “facilitador da comunicação” entre indivíduos, uma espécie de árbitro diante dos embates próprios da globalização e dos conflitos de afirmação de diversidades. Também nesse sentido, a crítica de Bauman (2016) a um policentrismo de opiniões, num debate “poluído” e desqualificado, seja na internet (lugar de aparente inclusão, mas de real exclusão, sobretudo no caso das redes sociais, em que se aproximam os semelhantes e se afastam os diferentes), seja na política (“Antes, o confronto era entre conservadores e progressistas, entre quem queria uma sociedade baseada no lucro e quem a queria assentada na cooperação. Hoje, os conflitos são até maiores, mas menos simples e menos puros”). Sobre a necessidade de a doutrina contribuir de modo efetivo e permanente (“direito” ou “dever?”) para a interpretação e aplicação do Direito, ver Streck (2014a). Sobre a relação entre doutrina e jurisprudência, convém ponderar que, “se há algum canal de comunicação e influência, aparentemente ele se reserva a ser uma relação de duplo reforço negativo: a falta de um desenvolvimento jurisprudencial significativo e a baixa produção doutrinária se complementam. Neste relacionamento de mútua influência, tanto a doutrina como a jurisprudência tendem a se fragilizar mutuamente: é quando a baixa produção doutrinária reflete a também baixa fundamentação das decisões. Não parece haver muito o que discutir na doutrina quando as decisões jurisprudenciais também não apresentam qualquer debate de ideias e somente se sustentam em pontos de vistas cristalizados”, como observa Sposato (2013, p. 63 e 64).

⁵ A proposta de ler a jurisprudência como paradigma está baseada na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, ao demonstrar que vivemos numa “sociedade de transição paradigmática” (SANTOS, 2009, p. 41). Segundo ele, mediante a aproximação da Epistemologia às Ciências Sociais, é possível perceber que estamos imersos numa crise (“desassossego”, “desorientação”) cuja superação precisa ocorrer em duas dimensões: epistemológica (precisamos abandonar a postura da “razão indolente” e lutar contra o “desperdício da experiência”, o que é dizer aproveitar as diversas experiências de mundo) e “societal” (precisamos “desnaturalizar e desnormalizar as formas de conhecimento, de poder e de Direito que a modernidade ocidental transformou num cânone inexpugnável”) (SANTOS, idem, p. 41 a 43). Essa perspectiva é fundamental aos propósitos deste trabalho, na medida em que fundamenta as críticas às leituras da jurisprudência como fonte hermenêutica ou normativa a partir da leitura da jurisprudência como paradigma, que permite analisar o recurso à ideia de fonte como uma manifestação da “razão indolente”, com sua blindagem à diversidade de experiências e suas aspirações de canonização ou positivação, respectivamente.

⁶ Não é demais lembrar a formulação teórica segundo a qual a “nomogênese jurídica” é um processo de incidência dos valores sociais sobre os fatos ou atos jurídicos para formação das normas jurídicas, a chamada teoria tridimensional do Direito, exposta, dentre outros, em Reale (1994, p. 49 a 62). Para uma narrativa histórica e descrição político-jurídica do uso da ideia de fonte do Direito, ver Ferraz Jr. (2003, p. 72 a 81 e 223 a 249). Lembrando que se trata de “uma expressão figurativa, que tem mais do que uma significação” (“métodos de criação jurídica em geral”, representações “que influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito”) (KELSEN, 2005, p. 191 e 192; no mesmo sentido, KELSEN, 2009, p. 258 e 259).

⁷ A discussão sobre as fontes do Direito é antiga e extensa, havendo várias abordagens a respeito, sendo relevante destacar: (a) para uma análise histórica do que prefere chamar de “formas de expressão”, ressaltando o caráter instrumental da “ideia”, França (1999, p. 197 a 225); (b) a distinção e as correlações entre fonte (forma) e modelo (conteúdo) são propostas por Reale (1994, *passim*); (c) a reunião de distintas abordagens sob os modelos “analítico”, “hermenêutico” e “decisório”, feita por Ferraz Jr. (2013, p. 91 e 92); (d) para uma crítica à “ambiguidade do termo (*sic*) ‘fonte de Direito’”, que “parece torná-lo um tanto quanto inútil”, ver Kelsen (2005, p. 191 e 192, 220 e 221). Mesmo não fazendo referência à terminologia tradicional, as noções de “expressão” e “forma” são úteis à distinção entre Direito pressuposto (vivido, baseado nas relações econômicas e jurídicas) e Direito posto (positivado, estabelecido pelo Estado) feita por Grau (2011, p. 60 a 71). Para um aprofundamento das inter-relações entre estruturas econômicas e formas jurídicas, ver Santos (2009, p. 261 a 327).

⁸ Sobre o significado dos termos “interpretação”, “aplicação” e “integração”, ver França (1999, p. 13 a 19 e 35 a 57). Aqui se faz referência à abordagem segunda a qual o objeto da interpretação é o texto jurídico (leis em geral, decisões judiciais e administrativas), operação da qual se obtém a norma jurídica (proposição prescritiva que estabelece hipóteses normativas permissiva, obrigatória ou

proibitiva e suas respectivas consequências jurídicas, destacadamente as sanções), esta sim, a norma jurídica, o objeto da aplicação, ou integração (ver SANTOS, 2008a). Numa perspectiva mais abrangente, partindo da premissa de que “a realidade social se mostra muito mais complexa, rica e mutável do que o próprio tecido normativo, construído acerca dela, é capaz de refletir, ou de certo modo, cristalizar”, pois “nem mesmo a inflação legislativa, ou a interpretação mais imaginativa e criativa das normas pode prever todas as variáveis que a realidade é capaz de apresentar”, é possível vislumbrar que “a norma fala de si e o conhecimento da norma (...) é interpretação da interpretação”, daí se falar em “metainterpretação do direito” (*sic*) como o “labor de interpretar como se interpreta” (SPOSATO, 2013, p. 64 e 65).

⁹ Sobre a ideia dos “modelos” como conteúdo e das “fontes” como forma e da relação entre eles, ver (Reale, 1994, p. 29 a 35). Sobre a ideia algo distinta de “modelos da Ciência Dogmática do Direito” (analítico, hermenêutico e empírico), ver Ferraz Jr. (2003, p. 91 e 92 e s.). Ainda sobre “modelos hermenêuticos” do Direito, visto menos como fontes do que como paradigmas, convém lembrar que “Os modelos de interpretação jurídica variam conforme o tipo de sociedade e a respectiva forma político-jurídica dominante. Não me proponho aqui a uma análise exaustiva dos diversos paradigmas de interpretação do direito. Interessa-me discutir a hermenêutica jurídica nos quadros do Estado Democrático de Direito. Inegavelmente, também no âmbito deste, há variações de modelos hermenêuticos, mas me parece que, de um ponto de vista semiótico, é possível observar uma tendência no sentido de enfatizar cada vez mais a dimensão pragmática, após a ênfase dada às dimensões sintática e semântica”, como observa Neves (2006, p. 196 a 213).

¹⁰ Sobre essa transformação parcial do modelo de Direito no Brasil, cujas consequências já são sentidas, mas ainda imensuráveis, vale citar: (a) as distinções entre modelos “prescritivos” e “hermenêuticos” feita por Reale (1994, p. 105 e 108), lembrando que o caminho natural é adotar um modelo hermenêutico a partir de um modelo prescritivo, e não transformar um modelo hermenêutico em prescritivo; e (b) as observações referentes à “circulação” e “transferência” de modelos feita por Yazbek (2001, p. 540 a 557), sobretudo porque aparentemente está ocorrendo uma “transferência convidada”, a fim de utilizar um modelo tendente a oferecer estabilidade e segurança às relações econômicas jurídicas locais e globais, bem sucedido alhures (como nos EUA e na Inglaterra), mas que, em verdade, pode ser uma abertura demasiada ao poder econômico externo, cujos efeitos podem não ser adequados a nosso ordenamento jurídico e às nossas necessidades sociais. Para uma crítica a expedientes político-jurídicos desse jaez, e aos mecanismos internos de camuflagem ou simbolização, ver Santos (2009, p. 257 a 327) e Bourdieu (2012, p. 209 a 254). Sobre as “diferenças e convergências nas grandes famílias jurídicas, asseverando a “emergente tendência evolutiva de convergência” ou “o grande movimento de aproximação dos sistemas jurídicos”, ver Cappelletti (1993, p. 46 a 56 e 111 a 134).

¹¹ “Na mais antiga tradição, o termo decisão está ligado aos processos deliberativos. (...) a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. (...) Com uma resposta, podemos pretender satisfação imediata para o conflito, no sentido de que propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas. Esse tipo de resposta é uma forma de subordinação, que pode ser denominada compromisso, ou conciliação ou tolerância” (FERRAZ JR., 2003, p. 311 e 312).

¹² “A justificação da resposta constitui a questão de sua legitimidade. (...) Essa visão alargada da decisão permite ver que se trata de um procedimento dentro de um processo” (FERRAZ JR., 2003, p. 311 e 312). “O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder). (...) [É] instrumento para o legítimo exercício do poder” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 277 e 278).

¹³ A jurisprudência “evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias” (MAXIMILIANO, 1994, p. 179).

¹⁴ “Servimo-nos, pois, de um ponto de vista semiótico, das noções de relação sintática, semântica e pragmática (...): signos entre si (sintaxe), em relação ao objeto (semântica) e a seus usuários (pragmática). (...), ou seja, normas em relação a normas, normas em relação ao objeto normado e normas em relação a sua função” (FERRAZ JR., 2003, p. 123).

¹⁵ Como demonstração da complexidade da caracterização da norma jurídica, ver Ferraz Jr. (2003, p. 113 a 116, 316 a 319), e da norma jurídica como “conceito-problema”, ver Santos (2008a).

¹⁶ Se por um lado, “*Res inter alios judicata aliis non nocet* – ‘a coisa julgada entre uns não prejudica a outros’”, por outro lado, “*judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, no facile recedere debet* – ‘não deve o juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante’” (MAXIMILIANO, 1994, p. 185). Sobre o conceito eficácia jurídica, e seus dois aspectos (eficácia técnica ou aplicabilidade, “possibilidade de aplicar uma norma jurídica, de acordo com os requisitos intrínsecos ao ordenamento jurídico”; e eficácia social ou efetividade, “possibilidade de efetivá-la, o que diz respeito à observância social de sua normatividade”), ver Santos (2008b).

¹⁷ “É obrigatório observar a lei, não o seguir determinada jurisprudência: *non exemplis sed legibus judicandum est* – ‘julgue-se em obediência às leis, não às decisões de casos semelhantes’” (MAXIMILIANO, 1994, p. 185).

¹⁸ “O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (KELSEN, 2009, p. 390).

¹⁹ É dizer que, “na aplicação do Direito, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (KELSEN, 2009, p. 394).

²⁰ Trata-se de um efeito político-jurídico da distinção entre “interpretação autêntica” e “interpretação inautêntica”, respectivamente, “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica” (*sic*), distinção cunhada por Kelsen (2009, p. 398 e s.). Essa noção de autenticidade, ou oficialidade, enaltece as propriedades regulatórias, mas restringe as potencialidades emancipatórias do Direito, isso porque a jurisprudência “ocupa no campo do direito uma função instrumental”, de “demonstrar ou fazer prevalecer argumentos e uma linha de interpretação (...) no curso do processo”, quando poderia “buscar reforço na doutrina, caso houvesse maiores canais de comunicação e influência”, ou seja, “entender a jurisprudência em sua dinâmica no processo de decisão, trazendo à análise aquilo que lhe é trazido pela doutrina, pela vivência do direito, pelos costumes e práticas sociais”, de modo que a “jurisprudência, além de servir como parâmetro de decisão para um caso concreto, ofereça outros elementos de compreensão do próprio direito, apontando possíveis lacunas da legislação ou a ausência de um debate doutrinário que se faça necessário para evitar, inclusive, apostas cegas em novas legislações, hipertrofiando com isso o próprio ordenamento jurídico” (*sic*), como propõe Sposato (2013, p. 63 e 64). Aqui vale

lembrar, também, que “O antagonismo entre os detentores de espécies diferentes de capital jurídico, que investem interesses e visões do mundo diferentes no seu trabalho específico de interpretação, não exclui a complementaridade das funções, e serve, de facto, de base de uma forma subtil de divisão do trabalho de dominação simbólica”, como observa Bourdieu (2012, p. 219). Ainda sobre uma análise sociológica da prática jurídica, e do processo judicial como “espaço de exclusão”, ver os conceitos de “instituição do monopólio”, “poder de nomeação” e “força da forma” de Bourdieu (idem, p. 225 a 254).

²¹ Sobre a perspectiva do Direito, em geral, e da jurisprudência, em particular, como “tecnologia”, “dogmática da decisão” e “técnica de dominação”, ver Ferraz Jr. (2003, p. 81 a 92 e 255 a 322). Sobre a discussão relativa à vontade do legislador ou da lei, algo esvaziada na Hermenêutica Jurídica, importa fazer referência a uma vontade do julgador, pertinente aos propósitos deste trabalho, razão pela qual convém citar a seguinte perspectiva semiótica da interpretação de textos: “O debate clássico tinha por objetivo descobrir num texto ou o que o seu autor pretendia dizer, ou o que o texto dizia independentemente das intenções de seu autor. Só depois de aceitar a segunda alternativa do dilema é que podemos perguntar se aquilo que foi encontrado é o que o texto diz em virtude de sua coerência textual e de um sistema de significação original subjacente, ou é o que os destinatários descobriram nele em virtude de seus próprios sistemas de expectativas. (...) A intenção do texto não é revelada pela superfície textual. (...) Assim é possível falar da intenção do texto apenas em decorrência de uma leitura por parte do leitor. A iniciativa do leitor consiste basicamente em fazer uma conjectura sobre a intenção do texto. Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo. (...) esse leitor não é o que faz a “única” conjectura “certa”. Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjecturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjecturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjecturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto. Desse modo, mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado. (...) Como provar uma conjectura sobre a *intentio operis*? A única forma é checá-la com o texto enquanto um todo coerente (...): qualquer interpretação feita de uma certa parte de um texto poderá ser aceita se for confirmada por outra parte do mesmo texto, e deverá ser rejeitada se a contradisser. Neste sentido, a coerência interna do texto domina os impulsos do leitor, de outro modo incontroláveis. (...) [a] ideia de interpretação textual como a estratégia de produzir um leitor-modelo, concebido como a contrapartida ideal de um autor-modelo (que aparece apenas como uma estratégia textual), torna a ideia da intenção do autor empírico radicalmente inútil. Temos de respeitar o texto, não um autor enquanto pessoa assim-e-assim” (ECO, 2005, p. 74 a 77; ver também ECO, 2000, p. 6 a 9 e 84 a 87). Nesse sentido, a inutilidade do legislador empírico, dada a dificuldade, senão impossibilidade, de determinar sua intenção (MAXIMILIANO, 1994, p. 24).

²² Fixar um sentido fora da moldura normativa seria usurpar o texto jurídico, fazer uma “superinterpretação”: “Se há algo a ser interpretado, a interpretação deve falar de algo que deve ser encontrado em algum lugar, e de certa forma respeitado”; “quando um texto é produzido não para um único destinatário, mas para uma comunidade de leitores, o/a autor/a sabe que será interpretado/a não segundo suas intenções, mas de acordo com uma complexa estratégia de interações que também envolve os leitores, ao lado de sua competência na linguagem enquanto tesouro social (...) não apenas uma determinada língua enquanto conjunto de regras gramaticais, mas também toda a enciclopédia que as realizações daquela língua implementaram, ou seja, as convenções culturais que uma língua produziu e a própria história das interpretações anteriores de muitos textos, compreendendo o texto que o leitor está lendo. O ato de ler deve considerar evidentemente todos esses elementos (...). Assim, o próprio ato da leitura é uma transação difícil entre a competência do leitor (o conhecimento de mundo do leitor) e um tipo de competência que um dado texto postula a fim de ser lido de forma econômica”; eis “a diferença entre interpretar e usar um texto (...); se quiser interpretar, terei de respeitar seu pano de fundo cultural e linguístico”, sob pena de superinterpretá-lo ou, simplesmente, usá-lo para fins pessoais ou institucionais, como é o caso sob análise (ECO, 2005, p. 50 e 51 e 79 a 81).

²³ Um, surgido na Inglaterra, baseado na “força vinculante dos precedentes judiciais”, lembrando que “o que vincula no precedente é a *ratio decidendi*”; outro, próprio “dos povos do continente europeu, que passou para o Brasil”, fiel à tradição romana, desde Justiniano, de “expressa proibição de se decidir conforme o precedente”, em que “as decisões deviam estar subordinadas à lei de modo geral”, dada “uma desconfiança social em face da figura do juiz”, os quais “eram vistos como homens do Antigo Regime” (FERRAZ JR., 2003, p. 244 e 245).

²⁴ Evidência da natureza desse novo modelo adotado no Brasil é o instituto da súmula vinculante, positivado por meio da Emenda Constitucional 45, que incluiu o art. 103-A na Constituição Federal, segundo o qual “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 1988). Em sentido similar, no tocante à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante, excluído o Poder Legislativo, as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º), cabendo lembrar que, nesses dois casos, estamos diante de controle de constitucionalidade concentrado de lei ou ato normativo (art. 102, I, a) (BRASIL, idem). Há, porém, uma diferença significativa entre o primeiro e os dois últimos institutos: nestes, o efeito vinculante é atribuído posteriormente ao julgamento da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo; naquele, o efeito vinculante é atribuído *a priori*, bastando haver “reiteradas decisões em matéria constitucional”. Para uma abordagem histórica do desenvolvimento desse novo modelo, identificando os precedentes judiciais como possível matriz das súmulas vinculantes, ver Caldas (2013, p. 48 a 53). Para uma análise crítica do que chama de “métodos de desenvolvimento judicial do Direito”, abrangendo ambos os modelos, e preocupado em estabelecer os limites do “desenvolvimento judicial” em face da lei, ver Larenz (1997, p. 519 a 620).

²⁵ Convém citar mais uma vez que, na tradição do *commom law*, “o que vincula no precedente é a *ratio decidendi*”, como alerta Ferraz Jr. (2003, p. 244 e 245). Para uma análise histórica do instituto do precedente judicial na tradição do *civil law*, ressaltando a recente ruptura a esse sistema no ordenamento jurídico brasileiro, em que a súmula vinculante assume a condição de *stare decisis*, ver Tucci (*apud* CALDAS, 2013, p. 48 a 53).

²⁶ Sobre o ativismo judicial à brasileira, ver críticas e recente retrospectiva feitas por Streck (2014b, p. 61 a 66; e 2015c). No mesmo sentido, poderia se questionar o uso indiscriminado do instituto da repercussão geral, sob o pretexto de “desafogar” as instâncias inferiores do Poder Judiciário, mas sob pena de se desconsiderarem particularidades em casos de aparentes similaridades: entre o segundo semestre de 2007 e o segundo semestre de 2015, última estatística oficial divulgada, foram examinados 871 casos de repercussão geral (BRASIL, 2015a).

- ²⁷ Evidência dessa observação é o uso sistemático do instituto da súmula vinculante: entre o segundo semestre de 2007 e o segundo semestre de 2015, foram editadas 53 súmulas vinculantes (BRASIL, 2015b).
- ²⁸ Para uma análise crítica do efeito vinculante, partindo da análise de seus pontos controvertidos (ofensa ao princípio da separação de Poderes, ausência de legitimidade democrática, acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição, violação do princípio do duplo grau de jurisdição, violação ao princípio do devido processo legal, independência funcional e o livre convencimento do magistrado, engessamento da jurisprudência), até o questionamento da “(in)constitucionalidade do art. 103-A da Constituição Federal”, ver Caldas (2013, p. 105 a 118). Em complemento, o testemunho de um ex-integrante do Supremo Tribunal Federal, ao observar que “o Supremo não é parte de um governo, porém parcela do Estado” (GRAU, 2011, p. 340).
- ²⁹ Sobre a ideia de “verticalização do poder” e “discurso judicial padronizado”, ver Caldas (2013, p. 148 a 151). Quanto à atuação originária do Poder Judiciário, em lugar dos Poderes Legislativo e Executivo, vale citar, como casos emblemáticos, a equiparação da união homoafetiva ao casamento civil, os chamados “Pactos Federativos” encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade da lei de redistribuição dos *royalties* pela exploração do petróleo.
- ³⁰ Esse fenômeno não é tão recente nem exclusivo da realidade brasileira: no período compreendido entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim da década de 1980, a experiência alemã aponta como causa do protagonismo e expansão político-jurídica do Poder Judiciário algo como uma carência “paterna” da sociedade, um como que desamparo baseado numa desconfiança generalizada dos Poderes Legislativo e Executivo, uma confiança cega na figura do julgador como agente público técnico e imparcial, situação que revela um permanente *animus litigandi*, um excessivo controle jurisdicional dos Poderes Legislativo e Executivo, os fenômenos da judicialização da Política e politização da Justiça, uma “crença” num *legibus solutus*, uma expectativa na interpretação constitucionalmente adequada nos âmbitos jurídico e moral, a ocasionar a intensificação de mecanismos jurisprudenciais de mudança constitucional (como, por exemplo, os institutos da declaração de inconstitucionalidade, da declaração de preceito fundamental e da interpretação conforme sem redução de texto), a moralização da Política e da sociedade (como, no Brasil, a atualíssima discussão em torno do *impeachment* da Presidenta da República, a já citada equiparação da união homoafetiva ao casamento civil e também o julgamento em curso da descriminalização do uso da maconha), enfim, a assunção do papel do julgador “monarca” (MAUS, 2000, *passim*). Em sentido próximo, a análise crítica das possíveis “causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial”: “revolta contra o formalismo”, papéis do Estado e do Direito na “sociedade do bem-estar”, “afirmação de um complexo e gigantesco Terceiro Poder”, conflitos de classe e proteção de interesses (CAPPELLETTI, 1993, p. 31 a 69).
- ³¹ Sobre a figura do “juiz constitucional”, mais em tom de defesa do que de crítica, a exemplo da declaração de obsolescência do “juiz soldado da lei” e da afirmação de que “o juiz pode estar desconfiado do legislador” em razão da “inércia” deste, ver Tavares (2012, *passim*). Para uma crítica contundente e orgânica a situações como a “banalização dos julgamentos” e por uma defesa do papel originário do Supremo Tribunal Federal, ver Grau (2011, p. 340 a 349). Para uma análise do uso excessivo de princípios (o “pampricipiologismo”), do importante papel que deve ser desempenhado pela doutrina e da proposta de Sustain sobre as *persoane* dos juizes (“os heróis (*heroes*), os soldados (*soldiers*), os minimalistas (*minimalists*) e os mudos (*muties*)”) ver Streck (2014a; 2104b, p. 252 a 423; e 2015b).
- ³² Sobre a conveniência e oportunismo do discurso de crise, a “abertura” principiológica”, o “fechamento hermenêutico”, o “estado de exceção interpretativo”, o controverso instituto (?) do “estado de coisas inconstitucional” e a proposta de “união de esforços” entre Hermenêutica e positivismo jurídico, ver Streck (2014b, p. 221 e 251; 2015a; e 2016).
- ³³ Sobre o conceito de paradigma, e a concepção de crise e transição paradigmática, tal como elaborados por Thomas Kuhn, e sua aplicação para compreender a dogmática e a “crise do positivismo jurídico”, ver Prado (2011, p. 17-37).
- ³⁴ Como já apontado, “A ambiguidade do termo ‘fonte de Direito’ parece torná-lo um tanto quanto inútil. Em vez de uma expressão figurada que induz a erro, deve-se introduzir uma expressão que, nítida e diretamente, descreva o fenômeno que se tem em mente” (KELSEN, 2005, p. 192; no mesmo sentido, KELSEN, 2009, p. 258 e 259). Essa noção, baseada no conceito de paradigma, embora sob outra terminologia, já era considerada pela doutrina tradicional: “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante. Quando esta satisfaz os dois requisitos, granjeia sólido prestígio, impõe-se como revelação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* – ‘altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação’. Os romanos proclamavam – a autoridade das coisas julgadas perpetuamente de modo semelhante (*rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*); os neologismos do Direito, como os da linguagem, não prevalecem logo que surgem, e o acordo uniforme e constante só se acentua depois de hesitações, alternativas e contradições” (MAXIMILIANO, 1994, p. 194).
- ³⁵ Noutros termos, num país como o Brasil, de carências e desigualdades, não apenas a jurisprudência, mas toda a prática jurídica não pode se limitar à “regulação”, mas pode e deve promover a “emancipação”, mediante recurso ao conceito de “estrutura-ação” proposto por Santos (2009, p. 257 e s.). Nesse sentido é que cabe dizer que “tanto a teoria como a práxis jurídica, seja no momento da produção normativa ou de sua interpretação, não podem se descolar da realidade”, caso contrário, “estarão fadadas ao fracasso”, de modo que “um olhar sobre a jurisprudência e a produção do direito nas dinâmicas do processo de tomada de decisão em todos os níveis do sistema judicial converte-se em uma ferramenta privilegiada para a análise do momento no qual nos encontramos em matéria de desenvolvimento da ciência jurídica”, razão pela qual esta poderia ser considerada uma “acepção epistemológica do direito, que permite identificar, de um lado, o direito como estudo de uma positividade vigente, como conhecimento de uma solução, de acordo com as fontes jurídicas aceitas, e de outro, como direito aplicável, direito justo, direito efetivamente vivido”; nesse sentido, a jurisprudência “se constitui como metainterpretação do direito, (...) alargando as possibilidades de compreensão da ciência jurídica para além de preocupações estritamente forenses” e oferecendo “chaves de leitura ou compreensão para uma visão jurídica do direito e na mesma intensidade para uma interpretação do mundo com olhar jurídico” (*sic*), como diz Sposato (2013, p. 65 e 66).
- ³⁶ Nesse sentido, as noções de “graus” e “limites substanciais” da “criatividade judiciária” e de “debilidades e virtudes do Direito Jurisprudencial”, inclusive o problema de sua legitimação democrática (CAPPELLETTI, 1993, p. 13 a 27 e 73 a 107). Em sentido oposto, numa tentativa de minimizar a “suposta falta de legitimidade do Judiciário”, ver Tavares (2012, p. 104).
- ³⁷ Nesse sentido, a noção de “funções específicas da jurisprudência”: interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei (FRANÇA, 1999, p. 165 a 170).
- ³⁸ A ideia de abertura e legitimação processual das decisões é explorada de diversos modos, que guardam coerência entre si, de tal modo que se pode afirmar que se trata de um paradigma epistemológico coeso, que possibilita um amplo espectro de análise. Contribuem para a formulação desse paradigma, sem prejuízo de outros: (a) o conceito de “política deliberativa”, partindo da dicotomia “empirismo vs. normativismo” dos modelos de democracia, passando pelo “problema da neutralidade do processo

democrático” até uma visão sociológica de “democracia deliberativa” (HABERMAS, 2011, p. 9 a 56); (b) a ideia de “legitimação pelo procedimento”, aqui referida como “legitimação processual”, considerando o processo decisório *lato sensu* (judiciário, legislativo e administrativo), por meio do qual “os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta” (LUHMANN, 1980, p. 4, 15 a 47 e 49 a 113), sendo o termo “processual”, em lugar de “procedimental”, mais adequado, haja vista a difundida concepção de processo, e de seus dois aspectos (fenomenológico e teleológico), que engloba as noções de procedimento (como conjunto de atos materiais, em ordem cronológica ou lógica, que concretizam o processo) e de decisão (como ato dialógico e sintético, que finaliza o processo), aceita tanto pela teoria geral do processo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2003, p. 277-278); (c) a proposta de hermenêutica constitucional por uma “sociedade aberta dos intérpretes” que promova uma “interpretação pluralista e procedimental [é dizer, processual] da Constituição (HÄBERLE, 2002, *passim*). Sobre as contribuições de Habermas e Luhmann para a formulação desse paradigma (ou “dois modelos de evolução social”, “duas diferenças paradigmáticas”, “duas concepções de Estado Democrático de Direito”, dadas suas “convergências e divergências”), ver Neves (2006, p. 1 a 243).

³⁹ A ideia de “tentação” de defender, em lugar de testar hipóteses, com foco na “pesquisa jurídica”, é apresentada por Prado (2011, p. 39 a 78). Nada obstante, parece possível ampliar essa ideia para uma abordagem sobre a prática jurídica da jurisprudência, considerando as referências à “experiência profissional do jurista” e à relação entre “hipótese e convicção político-ideológica” feitas pelo próprio Prado (*idem*, p. 47 a 57 e 71 a 73). Sobre a relação entre Hermenêutica Filosófica e Hermenêutica Jurídica e a formulação de uma teoria da fundamentação e decisão jurídica sem “discrecionalismos”, ver Streck (2014b, p. 424 a 460).

⁴⁰ Embora o foco da análise sejam as metáforas literárias, as observações sobre “o trabalho da interpretação”, sobretudo as noções de “grau zero”, “contextualidade” e “intertextualidade”, são deveras interessantes para atribuir “os limites da interpretação” também dos textos jurídicos (ver ECO, 2000, p. 77 a 179). Para entender sobre os sentidos e finalidades da interpretação de textos (fruição, compreensão, utilização, canonização ou paradigmática e, no caso dos textos jurídicos, “positivação”), e seus graus de aplicação, indispensável lembrar os “traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica”, propugnando pela “reabilitação de autoridade e tradição”, lembrando que a aplicação é o “problema fundamental da hermenêutica” e ressaltando “o significado paradigmático da hermenêutica jurídica” (*sic*) (ver GADAMER, 2004, p. 354 a 493).

⁴¹ Para a chamada “transição societal”, seria necessário “des-pensar o direito”, para o que o autor da expressão desenvolve o seguinte raciocínio, em linhas gerais: no “paradigma da modernidade, a regulação social seria idealmente, e a longo prazo, uma mera emanção das descobertas científicas sobre a ordem e a transformação social”, garantida pelo recurso “ao poder coercitivo do direito e à sua capacidade de integração normativa”; “O saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controlo social e de transformação social”; “o pressuposto ideológico foi sempre o de que o direito deveria desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade e, partindo dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria”; “uma das maiores dificuldades do debate incide sobre as próprias condições epistemológicas dessa transição”; “a formulação do debate tende a ser mais tributária do paradigma cessante do que do novo”; as “ciências sociais” “que se relacionam com o mercado (economia), “com o Estado (ciência política), e com “a vida pessoal, a vida quotidiana, a família, a igreja, a comunidade, o crime, etc. (sociologia)” “não fornecem, em princípio, nem como projecto epistemológico nem como projecto social, uma orientação fidedigna para a análise de processos de transformação social”; “uma das tarefas primordiais da transição paradigmática consiste em des-pensar as ciências sociais”; “O mesmo deve fazer-se com o direito”; Tais transições ocorrem quando as contradições internas do paradigma dominante não podem ser geridas através dos mecanismos de gestão de conflitos e de ajustamento estrutural desenvolvidos pelo paradigma em causa”; “Em tempos normais, essas contradições manifestam-se como excessos ou défices, e as tensões, as crises e os conflitos que daí resultam são resolvidos através dos recursos intelectuais, institucionais e organizacionais do paradigma. Quando isso deixa de acontecer, o efeito cumulativo dos excessos e dos défices não resolvidos gera uma deslegitimação global dos recursos de ajustamento”; essa “muito ampla concepção de transição paradigmática (...) não é apenas (ou não tanto) uma transição entre modos de produção estreitamente definidos, mas entre formas de sociabilidade no sentido mais lato, incluindo as dimensões económica, social, política e cultural” (*sic*) (SANTOS, 2000, p. 164 a 169).

⁴² Não é demasiado lembrar o efeito deletério desse estado de coisas, cuja permanência é nefasta e cuja necessidade de superação parece autoevidente, sobretudo quando se percebe seu entranhamento e que implica o aprofundamento da crise, como descrito com hipotética ironia por Santos (1988, p. 17 a 22, 30 e 31): “Uma das características mais salientes do discurso de Pasárgada [a cidade do Rio de Janeiro; por extensão, o Brasil?] reside em que (...) O objetivo é construir progressivamente e por múltiplas aproximações uma decisão que seja aceite pelas partes e pelo auditório relevante (...), ou que, não sendo aceite por todos, mantenha contudo uma carga de persuasão suficiente para marginalizar ou estigmatizar os recalcitrantes. (...) Tais referências (...) são parte integrante do discurso tópico-retórico e têm por função criar uma atmosfera de oficialidade e normatividade – uma retórica institucional, em suma – que reforça os objetivos retóricos e sublinha as linhas do discurso no seu percurso para a decisão. (...) A estrutura da mediação corresponde de tal modo às necessidades argumentativas do discurso de Pasárgada que chegam a apresentar-se, como mediações, decisões que são de fato adjudicações (falsa mediação). (...) A estrutura operacional dos sistemas jurídicos estatais contemporâneos assenta em distinções, mais ou menos rígidas, entre forma e conteúdo, processo e substância. (...) Contudo, o recurso ao formalismo, em tais circunstâncias, só tem lugar para dar cobertura a uma decisão substantiva sobre o mérito da causa. Daqui se pode concluir que, no direito de Pasárgada, os formalismos processuais são usados como argumentos” (*sic*).

⁴³ Contribui decisivamente para esse estado de coisas os muitos episódios (cada vez mais recorrentes, em diversos tipos de conflitos jurídicos, destacadamente os jurídico-políticos) em que se pode observar o uso sistemático do instituto da delação premiada e se assistir à mixórdia das guerras de liminares. Nesse estado de legalidade confuso, em que a normalidade institucional e social é apenas aparente, parece se confirmar a tese do “estado de exceção como paradigma de governo”, quando não se está diante da falta, mas do enfraquecimento proposital da legalidade, quando a lei não tem “força” (e, portanto, não é lei) e a vida social é pautada pelo que diz o último julgador (o juiz constitucional, o hermenêuta forte) (ver AGAMBEN, 2004, p. 9 a 49 e 51 a 63). De certo modo, antecipando a discussão sobre a leitura da jurisprudência como paradigma “societal”, ao se preocupar com o “desenvolvimento judicial do Direito” (“necessidades do comércio jurídico”, “natureza das coisas” e “princípio ético-jurídico”), ver Larenz (1997, p. 588 a 620).