

A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição

The positivist rationality and the denied interpretation: A necessary analysis about the current jurisdiction crisis

Fabiana Marion Spengler¹

UNISC, RS, Brasil
fabiana@unisc.br

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discutir a crise do Poder Judiciário centrada em suas duas vertentes principais: (a) a transformação do papel do juiz especialmente depois da Emenda Constitucional (EC) 45 e da implementação das súmulas vinculantes; (b) o paradigma da cultura jurídica atual face às insuficiências do positivismo jurídico, que se traduz na necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal. Nessa esteira, as dificuldades de narrar os fatos processuais e gerar, por conseguinte, uma interpretação adequada também serão objeto de estudo.

Palavras-chave: jurisdição, hermenêutica, súmula, positivismo.

Abstract

The present article aims to discuss the crisis of the Judiciary, focusing on two main strands: (a) the transformation of the judge role especially after the Constitutional Amendment 45 and the binding abridgements implementation; (b) and the legal culture current paradigm confronted with the legal positivism deficiencies which results in the need of a hermeneutic interpretation of legal text. In addition, the difficulties of narrating the procedural facts and generating, consequently, an appropriate interpretation also will be the object of this study.

Key words: jurisdiction, hermeneutics, abridgement, positivism.

¹ Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu*, UNISC, e advogada. Endereço: Universidade de Santa Cruz do Sul, Av. Independência, 2293, Bairro Universitário, 96815-900, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

Notas introdutórias

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são conseqüências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais e de tomar as rédeas de seu destino bem como reconhecendo sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, visto como estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, de modernizar suas estruturas organizacionais e de rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente (Faria, 2001, p. 8-9).

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante, voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do Direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, a fim de que se alcancem celeridade, informalização e pragmatividade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. Estes são os direitos coletivos, os individuais homogêneos e os difusos. As demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), o que realça ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, a qual passou a ser requisitada de forma ampla.

Nesse sentido, este artigo objetiva discutir a crise do Poder Judiciário centrada em suas duas vertentes principais: (a) a transformação do papel do juiz levando em consideração a complexidade conflitiva atual, principalmente depois da Emenda Constitucional 45 que implementou as súmulas vinculantes; (b) o paradigma da cultura jurídica atual que prima pelo litígio judicial e que espera do magistrado uma decisão que estabeleça quem tem mais ou melhor direito. Este paradigma pode ser também traduzido na busca pela certeza e pela segurança face às insuficiências do positivismo jurídico que emergem, o que aponta para a necessidade de uma interpretação hermenêutica do texto legal. Nessa esteira, as dificuldades de narrar os fatos processuais e gerar, por conseguinte, uma interpretação adequada por parte de quem decide também serão objeto de estudo.

As transformações do papel do juiz e as limitações de suas possibilidades interpretativas: a vinculação político-judicial das súmulas

Diante das crises pelas quais passam o Poder Judiciário, também os juízes vêem o seu papel transformado. Todavia, o aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, mas como uma transformação do paradigma filosófico. O aumento do poder da justiça é mais um prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia do que uma realidade concreta. Falar do juiz no singular como uma categoria especial só tem sentido seirmos nele um tipo ideal ao qual sua existência concreta jamais se adapta totalmente, em outras palavras, se oirmos como sujeito que assujeita o objeto².

Baseado no formalismo, o Judiciário pôde garantir independência quando estabeleceu sua estrita vinculação à legalidade. Essa independência judicial pode ser classificada em independência da magistratura e do juiz. A primeira diz respeito aos órgãos judiciários e ao Ministério Público e corresponde à função de autogoverno do Judiciário, o que significa o exercício do poder de disciplinar. Já a segunda importa na garantia de que o magistrado não esteja submetido às pressões de poderes externos ou internos. Desse modo, o juiz independente não pode ser concebido como um empregado do Executivo ou do Legislativo, da Corte ou do Supremo Tribunal. Em síntese, a independência (interna ou exter-

² Nesse sentido, ver Streck (2006a).

na) do juiz existe como um espaço capaz de dotá-lo de independência moral para que possa decidir sem a pressão do Executivo, do Legislativo, do próprio Judiciário ou de pressões externas³.

As pressões internas e externas mostram-se prejudiciais àquilo que Piero Calamandrei (2000) chama de “gosto pelo sossego” e que envolve a figura dos juízes, assim como a de todos os homens. Por outro lado, conhecendo seus deveres, eles procuram diminuir os tormentos que lhes causam. “Se para cada decisão o juiz tivesse de recomeçar a vencer a angústia da sua tremenda responsabilidade, não viveria mais: o hábito, para os juízes, é condição de trabalho tranqüilo” (Calamandrei, 2000, p. 264). Justamente por isso, no momento em que qualquer um que se arrisque a recordar-lhes que da sua sentença depende a vida dos homens que penam, ficam ofendidos como se estivesse se tratando de uma indiscrição. Mas, reforça o autor, “os juízes, que mantêm com indiferença aqueles autos à espera em sua mesa, parecem não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de tantos pobres insetinhos humanos, que ficaram presos no pesado livro da justiça” (Calamandrei, 2000, p. 264).

Contudo, o sistema de legalidade, se entendido de maneira demasiada acadêmica, com a engenhosa mecânica do silogismo judicial, parece feito justamente para dar tranqüilidade aos juízes, tirando deles a terrível responsabilidade que possuem e ajudando-os a dormir sem pesadelos. Nesse contexto, se um corpo pende da força executada por uma sentença injusta, quem é o responsável pelo assassinato de um inocente? O legislador, que estabeleceu a pena de morte em abstrato, ou o juiz, que a aplicou em concreto? O legislador argumenta que não tem culpa por aquela morte e que a sentença é um silogismo do qual construiu apenas a premissa maior, uma fórmula hipotética, geral e abstrata, a qual ameaçava a todos, mas não atingia ninguém. Sob esse ângulo, o assassino é o juiz porque foi ele quem, a partir de premissas inócuas, tirou a conclusão homicida: a *lex specialis* que ordenou a morte do inocente. O juiz, por sua vez, argumenta não ser o culpado, que pode dormir tranqüilo e que a sentença é um silogismo do qual ele não fez nada mais que extrair a conclusão a partir da premissa imposta pelo legisla-

dor. Nessa perspectiva, quem assassinou foi o legislador com a sua lei, a qual já era uma *sententia generalis* em que estava encerrada a condenação do inocente. Legislador e juiz remetem um ao outro a responsabilidade e ambos podem dormir tranqüilos (Calamandrei, 2000, p. 271-272).

Instaura-se a questão: os juízes devem tomar suas decisões com bases em fundamentos políticos? Na visão de quase todos os juízes, advogados, juristas e professores, não, mas Griffiths acha que é inevitável o Judiciário desempenhar um papel político em um Estado capitalista ou semicapitalista. Entretanto, não considera isso uma virtude do capitalismo, pelo contrário, trata o papel político dos juízes como deplorável. Nos Estados Unidos, a opinião profissional sobre o papel político dos juízes está mais dividida. Um grande número de professores e estudiosos do Direito, e mesmo alguns juízes de tribunais prestigiados, sustentam que as decisões judiciais são inevitáveis e corretamente políticas. Quando fazem tal afirmação, têm em mente não apenas as grandes decisões constitucionais do Supremo Tribunal, mas também as grandes decisões civis mais comuns de tribunais estaduais que aplicam o *Common Law* referente a contratos. Pensam que os juízes atuam como legisladores, embora apenas no que denominam “interstícios” de decisões já tomadas pelo legislativo. Porém, essa não é uma visão unânime nem mesmo entre juristas norte-americanos refinados e não é a visão que o público em geral tem aceitado plenamente. Pelo contrário, os políticos, às vezes, fazem campanha para cargos, quando prometem controlar os juízes que assumiram poder político erroneamente. Mas uma parcela muito maior do público aceita a doutrina política agora mais do que há alguns anos atrás (Dworkin, 2005, p. 4-6).

Nessa mesma linha de raciocínio, Dworkin (2005) se posiciona, ao dizer que o vocabulário desse debate sobre a política judicial é muito primário e que tanto a visão britânica oficial quanto a visão norte-americana “progressiva” estão erradas. O debate negligencia uma distinção entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, os quais exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

³ No entanto, Domenico Marafioti, discutindo as metamorfoses dos juízes, aponta para uma característica dessa metamorfose: “che consiste nel predominio di centri di poteri e gruppi di pressione non solo verso l'esterno, ma all'interno, nei confronti della base, sin dall'inizio del reclutamento, secondo cui i novizi, giovani uditori, vengono indottrinati al verbo del potere del giudice, come nelle scuole di partito. Alla soggezione di un tempo allo spirito autoritario e gerarchico, di sapore castale, dell'alta magistratura, è subentrata una nuova condizione umana e professionale del magistrato che – dietro gli orpelli di visioni democratiche ed egualitarie – soggiace piuttosto alla volontà di un élite. È questa che si avvale del fattore organizzativo per diffondere, ed imporre, al corpo giudiziario i valori socio-politici sottesi all'ideologia della magistratura, di cui i magistrati-guida si rendono tutori e garanti” (Marafioti, 2004, p. 6).

A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controversos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial (Dworkin, 2005, p. 6).

Discorrendo sobre a responsabilidade dos juízes, Cappelletti (1989, p. 91) salienta a existência de um novo modelo que reflete a tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos modernos, cujo sentido busca “ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção oficial dos que criam o Direito, governam, julgam, administram –, mas, sobretudo, no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”. Por conseguinte, o mesmo autor afirma que a responsabilidade judicial deve ser vista

[...] em função dos usuários, e assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou de isolamento político social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o Sistema Judiciário (Cappelletti, 1989, p. 91).

Se a interpretação do texto legal objetivar a visão democrática que prima pelos “consumidores do Direito”, há de se falar em interpretação que poderá “chegar a esvaziar de sentido ou reduzir a importância das disposições legais progressistas, ou mesmo dar a um texto um efeito diametralmente oposto ao objetivo que lhe conferia o legislador, ou mesmo fazer fracassar uma lei reacionária ou refrear sua aplicação, ou ainda, talvez – como no caso da obra do ‘bom juiz’ Magnaud –, ter um papel criador” (Arnaud, 1991, p. 199-200).

Nesse sentido, é proposta a discussão que interroga: a interpretação e a criação do Direito são modelos contrapostos? Quando se diz que a expansão do Direito legislativo, estendida, no Estado da modernidade, a muitos lugares antes ignorados pela lei, acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do Direito judiciário, subentende-se a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Desse modo, encontra-se implícito “o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade” (Cappelletti, 1993, p. 20).

Todavia, essa interpretação criativa do Direito, que vai além da análise da simples “intenção do autor da norma” ou da “vontade do legislador”, possui aspectos e limites que devem ser observados. De fato, se pode reconhecer um certo grau de criatividade em todo o ato de interpretação, o que não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete (Cappelletti, 1993, p. 23)⁴.

No entanto, não só o juiz, mas o jurista como um todo, pode ser considerado um “artista da linguagem”. Sabendo seus meandros pela “prática dos textos literários, ele é consciente do caráter construtivo e fictício das interpretações que propõe: uma opinião judiciária, uma defesa de causa, uma sentença, são sempre construções de possíveis jurídicos que envolvem a responsabilidade de seus autores”. Em vez de deduzir-se de premissas formais e *a priori*, o Direito deve ser imaginado no meio mesmo das relações de interlocução e das demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social (Ost, 2004, p. 51-52). A responsabilidade por uma visão democrática da justiça, especialmente quanto ao tratamento de conflitos, deve ser objetivo de todos os operadores do Direito envolvidos, direta ou indiretamente, com o litígio.

No Brasil, atualmente, a interpretação judicial se depara com uma alteração polêmica introduzida pela EC/45 que atribuiu efeito vinculante às súmulas⁵

⁴ Si tratta, in altri termini, di un lavoro creativo – necessariamente creativo – e quindi un’arte. Ma poiché questa attività non si riversa nel mondo dell’estetica, ma nel mondo del diritto, in cui convergono e si scontrano interessi politici, economici, sociali, morali, egoistici, quest’arte non può essere libera; essa deve svolgersi entro canoni, limiti, garanzie: i suoi destinatari non sono i frequentatori di mostre, esposizioni, aste, mercati, più o meno frettolosi, più o meno competenti, ma sono singoli individui, gruppi, collettività, e la decisione è diretta ad incidere i loro interessi e quindi la loro vita (Alpa, 1996, p. 05).

⁵ A palavra súmula tem origem latina (*summula*), significa resumo e possui um sentido de sumário ou de índice de alguma coisa. Na verdade, é um modo abreviadíssimo de explicar o teor ou o conteúdo integral de alguma coisa. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotam a idêntica interpretação de preceito jurídico em tese e sem caráter obrigatório (Silva, 2005, p. 1336). Assim consideradas, as súmulas possuem apenas caráter orientativo. No entanto, as súmulas tratadas na EC/45 passam a ter cunho obrigatório, por isso vinculantes, aplicando-se a ações repetidas, que possuam as mesmas características. Segundo Lins e Silva (1997), “súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juizes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais freqüentes” (Lins e Silva, 1997, p. 5).

e objetivou gerar segurança jurídica e diminuir o número de processos que tramitam junto ao Judiciário⁶. Estas tentativas de contenção de processos judiciais e de “aceleração” na resposta a esses (ainda que a eficiência seja apenas quantitativa e não qualitativa) podem ser reconhecidas em alterações legislativas anteriores, cujo golpe derradeiro acontece pelas súmulas vinculantes. Podem-se apontar como exemplos os artigos 38 da Lei 8.038/90, o art. 557 do CPC (Código de Processo Civil) alterado pela Lei 9.756/98, o art. 285A introduzido no CPC pela Lei 11.277/06, art. 518, § 1º do CPC, alterado pela Lei 11.276/06.

Desse modo, a opção encontrada no texto da emenda constitucional em vigor aponta a súmula vinculante como contribuição para a solução da crise do Judiciário brasileiro apenas como ratificação das tentativas legislativas anteriores. Fica esquecido o problema da efetividade das decisões judiciais, ao partir-se do pressuposto de que a morosidade da justiça se resolverá com um “ataque de funcionalidade” do ordenamento ou do sistema. Isso somente pode se dar partindo de uma profunda mudança na estrutura do Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência que “pré-domina” o imaginário dos juristas (Streck, 2005b, p. 107-131).

Procedendo a uma análise minuciosa dos argumentos utilizados para instituição e defesa da súmula vinculante, é possível verificar que possuem forte viés weberiano, especialmente quanto à concepção de dominação legal e de estrutura burocrática. Além da alegada eficiência que é resultante das súmulas vinculantes (talvez quantitativa, jamais qualitativa), servem para a redução da subjetividade judicial no momento do julgamento, “engessando a decisão” e livrando-a de todo e qualquer sentimento que “é muito pouco apropriado para dar apoio a normas que se mantêm estáveis. Pelo contrário, é uma das diversas fontes de aplicação irracional do direito” (Weber, 1999, p. 72). Quando se afasta a subjetividade, acontece um incremento da previsibilidade⁷, valorizada especialmente pelo mercado, fato que dá origem a “um direito inequívoco, claro, livre de arbítrio

administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de tudo, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contratos e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável” (Weber, 1999, p. 129).

Essa calculabilidade prevista nas súmulas vinculantes, festejada pelo mercado que busca segurança ao investir, constitui-se em aspecto da inspiração burocrática weberiana, uma vez que sua concepção prevê uma administração burocratizada, sinônimo de administração racional. É nesse sentido que a padronização de procedimentos pode se tornar um instrumento de eficiência. Entretanto, não se pode perder de vista que a súmula não exsurge para resolver um caso, mas para resolver “todos os casos futuros” como se fosse uma supernorma. Ora, como é impossível um texto (e a norma que dele se extrai) abarcar múltiplas hipóteses de aplicação, o prejuízo é a singularidade de cada uma dessas múltiplas hipóteses que fica “subsumida”. No fundo, é a isso que chamamos metafísica jurídica (Streck, 2006b, p. 16). Por conseguinte, as súmulas podem ser consideradas formas racionais de exercício de dominação, pois nelas “se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade – isto é, calculabilidade – intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as tarefas” (Weber, 1999, p. 145).

É exatamente nesse contexto que se insere o “paradigma metafísico-objetificante”, no interior do qual os verbetes, as súmulas e os denominados “entendimentos jurisprudenciais dominantes” nada mais são do que tentativas metafísicas de universalização/generalização conceitual, como se fosse possível alcançar essências, desconsiderando, assim, o parecer da singularidade dos casos. A aplicação efetivada pelos juristas se resume a um mero ato de subsunção, e produz uma simetria perfeita entre o dito universal e o fato singular a ser subsumido (Streck, 2005b, p. 107-131, *passim*). É precisamente por isso que a instituição de súmulas vinculantes é um problema também de ordem hermenêutica, uma vez que elas representam um retrocesso à

⁶ É certo que a sucessão de leis e a EC/45 jamais objetivou uma efetividade qualitativa, mas apenas uma efetividade quantitativa. Com ela, busca-se a construção de conceitos com a tarefa de “unificar” a interpretação do direito a partir de uma espécie de “antecipação de diversas hipóteses de aplicação”. Em síntese, um texto que contém a(s) própria(s) norma(s) (Streck, 2006b, p. 16).

⁷ “Sobre estos presupuestos de predecibilidad se sustenta el derecho. Para cada ciudadano y, también, para cada poder público, “adivinar” lo que puede suceder es un ejercicio constante de intuición y de racionalidad. Las normas se dictan con base al pronóstico de cuál va a ser su eficacia - ¿se van a respetar?, ¿en qué medida? -, y de cuáles van a ser sus efectos directos sobre el comportamiento de aquellos a los que van dirigidas, y sus efectos indirectos sobre los bienes que se pretenden proteger o estimular. Esa predicción la hace quien dicta la norma pero, con frecuencia, traslada a quien debe cumplirla y aplicarla, tarea de concretarla. Y esa predicción tiene que hacerla también el ciudadano no solo de las normas que directa o indirectamente, le van a vincular o afectar, sino también de la valoración que sus actos van a recibir al aplicarse esas normas. La predecibilidad tiene, pues, varias caras conectadas entre sí. Esta ponencia pretende exponer esas conexiones. ¿Como operan para los titulares del poder público? ¿Qué valor tienen para los ciudadanos?” (Moreno, 2004, p. 139).

metafísica⁸ clássica, já que na súmula está “condensada a substância”, a “essência” de cada “coisa” jurídica, como se as súmulas fossem “juízos assertórios” e uma “proposição” pudesse mostrar o seu sentido. Assim, é preciso ter claro que a “substância” que está contida no verbete sumular *destemporaliza o sentido pelo seqüestro da temporalidade* (Streck, 2005b, p. 107-131, *passim*).

Portanto, aprovada a súmula vinculante, as sentenças de oito ministros do Supremo tornam-se intangíveis, inexoráveis, implacáveis, valendo mais do que a lei e mais do que a Constituição, pois estas ficam sempre submetidas à crítica judiciária. A súmula não, ela não pode ser criticada, deve, sim, ser aplicada. Mas se a lei não pode impedir que o juiz aprecie questão de ofensa a direito (art. 5º, XXXV, CF), como pode impedi-lo uma simples súmula? Que poder extraordinário e supra constitucional é esse, derivado de norma não elaborada pelo legislador? O fato é que não pode uma súmula pretoriana alcançar o que a lei não alcança. Em resumo, impedir que determinada questão de Direito seja livremente apreciada pelo julgador, obrigando o juiz a decidir em um determinado sentido, equivale a excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça ao direito. Ainda, a súmula fará *tábula rasa* do direito à ampla defesa, porque estará restringindo a defesa com a exclusão do campo ou tese que ela prejudicou (Rebouças, 2004, p. 82-83).

Conseqüentemente, o juiz de primeiro grau deixa de ser a “boca da lei” para se tornar a “boca dos tribunais superiores”, com a agravante de que essa constatação acontece ao mesmo tempo em que se pode verificar a introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: “os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas” (Streck, 2005b, p. 114). Neste caso, conforme a Emenda à Constituição aprovada, não caberá

recurso e sim reclamação. Ou seja, em *terrae brasilis*, a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição (Streck, 2005b, p. 114).

Nesses termos, a súmula vinculante sofre pesadas críticas, uma vez que fere a independência dos juízes, ao vincular as decisões que apontam para um autoritarismo judicial. Coloca em xeque a especialização de funções, pressupostos do Estado Liberal de Direito e é muito disseminada no mundo jurídico atual⁹. Ainda restam dúvidas quanto à sua real importância no desafogo da máquina judiciária, tendo em vista que se vislumbra a eficiência quantitativa, mas não qualitativa. Talvez os articuladores das teses estejam demasiadamente

preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, *deixando de lado a discussão dos problemas de solução*, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da consciência em um plano, e, em outro – embora tais planos não sejam separáveis –, ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista¹⁰.

Não obstante as oposições, a súmula vinculante encontra adeptos que a defendem como solução para a morosidade do Poder Judiciário. Surge como mecanismo concebido para a agilização de julgamentos, em decorrência do óbice às reproduções de demandas cujas teses jurídicas já se encontram pacificadas e garantindo, ao mesmo tempo, segurança e certeza jurídicas no julgamento de processos com características semelhantes. É claro que o tratamento dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço e cria os “remédios” a serem aplicados a cada momento, e, por isso, não podem ser engessados;

⁸“Metafísica vem de uma expressão grega que significa “as coisas depois (meta) da física”, atribuída pelos editores a Aristóteles à obra em que trata da “primeira filosofia” [...] O “meta” em “metafísica” significava originalmente “depois”, argumenta Heidegger, mas logo passou a significar “através de”, “além”, “ultra”. Por isso, metafísica passou a significar “ir além das coisas físicas, i.e., naturais, i.e., dos entes” (Inwood, 2002, p. 111).

⁹ Segundo as queixas dos magistrados que compõem o STF (Supremo Tribunal Federal) e o STJ (Superior Tribunal de Justiça), o principal fator de obstrução do andamento dos seus trabalhos é o imenso recebimento de feitos repetitivos. Foi justamente essa abundância de causas iguais que inspirou a feitura de Súmulas. A Súmula resolve com toda a rapidez os casos que sejam repetição de outros julgados, por simples despacho de poucas palavras do relator. Faz muito tempo que o Supremo não edita novas súmulas, talvez há mais de doze anos. A ausência de súmulas retira do julgador o instrumento para solucionar, de imediato, o recurso interposto ou a ação proposta. Por outro lado, os tribunais e juízes inferiores, que, de regra e geralmente, utilizam as súmulas como fundamento de suas decisões, não têm como se valer delas, inclusive para a celeridade de seus pronunciamentos. É muito difícil, devem ser raríssimos os casos de rebelia contra as súmulas. Ao contrário, os juízes de segunda e primeira instância não apenas as respeitam, mas as utilizam como uma orientação que muito os ajuda em suas decisões. Todos sentem falta das Súmulas, que se tornaram instrumentos utilíssimos a todos os juízes e aos advogados. Elas, na prática, já são quase vinculantes, pela tendência natural dos juízes em acompanhar os julgados dos tribunais superiores. “Torná-las obrigatórias é que não me parece ortodoxo do ponto de vista da harmonia, independência e separação de poderes. Todos os juízes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e pleitear a sua revogação” (Lins e Silva, 1997, p. 58-59).

¹⁰“Na medida em que a preocupação da ciência jurídica deve fincar raízes na *efetividade qualitativa*, calcada em problematizações interdisciplinares que apontem para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito naquilo que ele tem de possibilidades prospectivas dirigidas ao resgate das promessas da modernidade, circunstâncias implicam na denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e a realização dos direitos fundamentais previstos e instituídos pelo constituir da Constituição, *tornando-se necessário apontar e denunciar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato*” (Streck, 2005b, p. 121-123).

a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, muito além das dificuldades estruturais e funcionais, o Judiciário precisa vencer as dificuldades impostas pela crescente judicialização da política cujo berço é a incapacidade estatal de cumprir com seu papel, fomentada pelas transformações culturais, sociais e econômicas para as quais o Estado não consegue oferecer respostas. Esse tema será abordado mais adiante.

Os paradigmas da cultura jurídica: o substrato social do direito e da jurisdição esquecido pelo racionalismo

O Judiciário, como instituição estatal que visa o tratamento de conflitos, sempre teve por base o paradigma¹¹ liberal-individualista-normativista que já não atende a complexidade socioeconômica crescente dos dias atuais. Inseridos nesse modelo, encontram-se uma série de outras características importantes que merecem apreciação para que se possa compreender a crise que a jurisdição atualmente atravessa. Tais características têm como berço o Estado Liberal no qual estão localizados os primeiros esforços para limitar o poder do soberano, que toma por base a lei como ponto central, formadora de um sistema coerente e hierarquizado de normas, cuja principal atribuição é articular relações igualitárias entre os sujeitos de Direito e, com isso, garantir a segurança e a certeza jurídica, tornando previsíveis e controláveis os atos das autoridades. Dessas características principais tantas outras decorrem e, na sua maioria, são reconhecidas a partir de Weber (1999) que concebe o Direito como algo central na sociedade capitalista e, portanto, na economia moderna¹².

Por conseguinte, o pensamento weberiano pode ser sintetizado nestes termos: o formalismo¹³ jurídico ocidental, e em particular o continental, é uma

característica da produção-interpretação-(re)elaboração de normas que procuram fazê-la o mais abstrata e impessoal possível, indiferentes às considerações humanas. E isso como premissa fundamental para uma aplicação-interpretação das normas ao caso singular o mais objetivamente possível, sem atenção à pessoa, de modo formalmente igual para quem se acha na mesma situação fática. Mais exatamente, na reconstrução histórica weberiana, o formalismo se delinea como condição essencial à edificação de uma nova forma de poder: o domínio por meio de normas jurídicas abstratas nos confrontos de massa dos dominados (súditos ou homens livres)¹⁴.

O racionalismo, que pretende determinar a produção do Direito pelo legislador, encarregado de tal tarefa e de sua aplicação pelo Judiciário, que tem como único labor alcançar o sentido unívoco da lei, “dizendo-a” conforme a “vontade do legislador”, vê o Direito como uma ciência lógica, exata, matemática. Assim, nesse mundo técnico e mecânico, a qualidade se quantifica e o juízo é substituído pelo cálculo. Tudo se desenvolve em função de mecanismos operatórios e

os resultados se admitem apenas em termos de produção, em que a redução formalizante é a estrutura procurada do racional, em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de auto-regulação, neste mundo assim decerto que aquilo que é humano no homem já não tem lugar (Neves, 1995, p. 15).

Este é, atualmente, o “recheio” da crise do Direito e da jurisdição, o velho paradigma, ainda mantido e cultuado, que objetifica o ser, ignora sua historicidade e faticidade, sistematiza o Direito, transforma em técnica e embalada a individualização do homem, interpretando de forma simplesmente literal o texto legal. Partindo desse racionalismo exacerbado, os operadores jurídicos vêem o Direito como uma ciência jurídica, altamente sistemática, da qual se re-

¹¹ É necessário dizer que a palavra “paradigma” vem utilizada aqui como algo concebido à imagem de uma matriz disciplinar, significando uma teoria básica, uma tradição científica aceita a ponto de suspender o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas. Assim, para fins de construir o presente item, o paradigma significa a expressão uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas investigados, os dados considerados pertinentes, bem como as técnicas de investigação a serem utilizadas e os tipos de solução admitidos. Desse modo, um paradigma impede que uma discussão se torne interminável em torno de problemas improdutivos e insolúveis. Nesse sentido, ver Kuhn (1970).

¹² Aqui é importante a leitura de Swedberg (2005, p. 155 e ss.).

¹³ O formalismo, de fato, não é simplesmente uma doutrina lingüística, mas uma doutrina indissolúvelmente ligada a elementos centrais da tradição liberal. Isso envolve o específico modelo antropológico, as específicas noções de comunidade, de racionalidade, de prática e de política apropriadas pelo liberalismo (Santoro, 2005, p. 44).

¹⁴ “Da questo punto di vista le esigenze formalistiche del detentore del potere s’incontrano con le istanze universitarie, impegnati da secoli nella costruzione di un diritto razionale, sistematizzato, tecnicamente più evoluto, e per questo meglio utilizzabile nella pratica e più facilmente trasmissibile con l’insegnamento. Solo una burocrazia razionalizzata in senso prevalentemente formale può combattere il privilegio, giacché afferma un’uguaglianza giuridica in senso oggettivo e rifiuta in linea di massima le soluzioni “caso per caso” (Marra, 2005, p. 49).

conhece um grande “interese por las definiciones y las clasificaciones”.¹⁵ No embalo da sistematização, do aprendizado mecânico e acrítico desenvolvido nas universidades¹⁶, o modelo de Direito que hoje predomina no Brasil é aquele da “cultura manuelesca”. Desse modo, se construiu um imaginário jurídico produzido a partir de manuais, a maioria de duvidosa qualidade. Com efeito, simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição o estado d’arte da crise. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, mediante o uso dos manuais, estão desconectados da complexidade social. Além disso, essa cultura estandardizada procura explicar o Direito por meio de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais, o que implica, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social (Streck, 2006a, p. 223-262)¹⁷. Por conseguinte, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos e idealistas, o déficit de realidade aumenta dia a dia.

Assim, mais do que a superação da crise jurisdicional, é necessário superar a crise do Direito, que vem baseada numa crise de paradigmas com dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstacularizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, uma crise de cunho hermenêutico mantém os juristas imersos num imaginário metafísico-objetificante, no qual ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem lingüística ocorrida no século XX. Conseqüentemente, no momento em que o imaginário dos operadores do Direito esquece a diferença ontológica, torna-se possível “separar o direito da sociedade, enfim de sua função social”. “Dito de outro modo, o formalismo tecnicista ‘esqueceu-se’ do substrato social

do direito e do Estado” (Streck, 2003 p. 134). Por essa razão é que o Direito deixou de ser um instrumento de transformação da realidade social e a norma legal precisou (mais do que nunca) gerar certeza e segurança, de modo que fica vedada a interpretação e a criação judicial.

É por isso que o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional mecânica foi fomentado, por séculos, com o objetivo de preservar a certeza e a segurança nas decisões. O ideal de certeza e a necessidade de garantia da segurança vêm sendo utilizados com vários propósitos, dentre eles a fixação de limites ao arbítrio dos juizes. No entanto, “su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza en los jueces” de modo que “los jueces tienen prohibido legislar en bien de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en nombre de la certeza”¹⁸. Conseqüentemente, “el proceso de interpretación y aplicación del derecho debe ser automático hasta donde sea posible igualmente e bien de la certeza.” Então, observa-se que a acentuação da certeza “es una expresión de un deseo de crear un derecho a prueba de jueces” (Merryman, 1979, p. 88-89).

Portanto, mais uma vez o juiz se reporta à concepção montesquiana “al suo ruolo originario di ‘bocca della legge’, perché, infine, ‘la legge si applica e non si interpreta’” (Caselli e Pepino, 2005, p. 57). Por conseguinte, existe previsão legal para o caso concreto que deve apenas ser aplicada. Entretanto, “le valenze creative dell’interpretazione sono inevitabili, essendo necessario scegliere tra diverse opinioni possibili in base al testo della norma e al sistema in cui essa si inserisce: e scegliere significa privilegiare alcuni o altri elementi di valutazione” (Caselli e Pepino, 2005, p. 57). Isso se evidencia quando o legislador confia ao magistrado a utilização de conceitos gerais e indeterminados, transformáveis com

¹⁵ Tudo isso porque “gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica y acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad” (Merryman, 1979, p. 113).

¹⁶ Ainda: “[...] as faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a “sabedoria” codificada e a conviver “respeitosamente” com as instituições que aplicam (e in-terpretam) o Direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos” (Faria, 1987, p. 24).

¹⁷ O mesmo autor vai além, exemplificando sua afirmativa: alguns exemplos beiram o folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade”, constante no art. 24 do CP, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) que utilizam o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua” e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...) A pergunta fica mais “sofisticada” quando o professor resolve discutir o “foro de julgamento” de Caio (entra, então, o relevantíssimo debate acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...) No exemplo, devem existir muitas tábuas, talvez milhares – em alto-mar, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela. Interessante também o exemplo utilizado para explicar as concausas constantes nos artigos 13, do CP.

¹⁸ Mas “il fatto è che il sistema legislativo non è una realtà preesistente all’interpretazione, qualcosa di perfetto, di cristallizzato, di formalmente definito rispetto a cui è possibile un’unica lettura. C’è sempre necessità di un bilanciamento, di una sottile attività tesa a soppesare i valori che la stessa Costituzione esprime” (Caselli e Pepino, 2005, p. 63-64).

o decorrer do tempo, fato que se torna uma constante em toda a atividade interpretativa. Tal fenômeno conquista dimensões particularmente agudas em um ordenamento caracterizado por uma produção legislativa muito intensa e contraditória. O resultado é, em todo o caso, um sistema no qual a certeza do Direito é, inevitavelmente, um mito.¹⁹

Uma das bases de sustentação da segurança e da certeza do Direito (além de todos aqueles pressupostos do Estado Liberal) é o clamor social pela previsibilidade da decisão, uma vez que ambos são requisitos típicos do serviço público em um sistema democrático que respeita os direitos do cidadão²⁰. Trata-se, na verdade, de alcançar um equilíbrio satisfatório entre a exigência legal e a função judiciária específica (interpretação de uma legislação muitas vezes obscura, tutela de necessidades emergentes e novos direitos em uma sociedade em transformação) que não precisa, no entanto, de engessamento (seja pelo culto ao positivismo jurídico, nesse caso, mais geral ou por meio de emendas à Constituição – EC 45/04 – com suas súmulas vinculantes, especificamente sobre a legislação brasileira)²¹. A segurança e a certeza jurídica podem ser alcançadas, quem sabe, mediante o confronto jurisprudencial e a rigorosa motivação da decisão, uma vez que a necessidade de certeza não se refere à norma legislada abstratamente considerada, prescindindo da *applicatio*, mas da norma interpretada hermeneuticamente.

Na busca de segurança e certeza jurídicas nasceu o Direito positivo, cuja origem é ligada à formação do Estado da modernidade, o qual surgiu com a dissolução da sociedade medieval, notavelmente pluralista²². Nesse momento, a sociedade assume uma estrutura monista, na qual o Estado concentra em si todos os poderes, monopolizando, inclusive, a produção jurídica. Nesses termos, o Direito passa a ser definido como um conjunto de regras que são consideradas como obrigatórias em uma determinada sociedade, cuja violação dará lugar

à intervenção de um terceiro que tem papel delimitado: dirimir o conflito por intermédio de uma decisão judicial na qual está contida a sanção a ser aplicada àquele que violou a norma. O positivismo jurídico também contribui para a afirmação da crise pela qual passa a jurisdição, aspecto a ser abordado na seqüência do trabalho.

O positivismo jurídico e a interpretação negada: a *applicatio* em perigo

O diferencial histórico delimitador do Direito positivo dizia respeito ao período anterior à formação do Estado da modernidade, quando, de fato, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do legislativo, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar e tinha a faculdade de utilizar os costumes ou a equidade. Todas se encontravam no mesmo nível de importância e poderiam ser aplicadas e constituídas em fontes de Direito. Isso permitia aos juristas tratarem de duas espécies de Direito: o Direito natural e o Direito positivo. Todavia, com a formação do Estado da modernidade, o juiz de livre órgão da sociedade se torna órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário estatal. Conseqüentemente, todas as regras não positivadas passaram a ser vistas como regras de menor importância e seu uso arrefeceu. Em resumo, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares e buscava a norma a ser aplicada nos costumes ou na equidade. Posteriormente, à função judiciária foi adicionada aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz. Com a formação do Estado da modernidade, é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar nos costumes ou na equidade, impondo-lhe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, o que o transforma, assim, no único criador do Direito (Bobbio, 1995, p. 26).

¹⁹ “Sia nel quadro istituzionale e culturale della common law, fondata sull’efficacia vincolativa dei precedenti, sia in quello dei sistemi continentali, la certezza del diritto è apparsa ad alcuni valori in tutto o in parte tramontato, della ‘società in trasformazione’, oppure, più radicalmente, non un valore ma un mito, un’idea ed un’aspirazione illusorie” (Marinelli, 2002, p. 137).

²⁰ Na Europa, foram invocadas em particular duas medidas profiláticas a fim de garantir um grau satisfatório de certeza. Alguns pensaram resolver o problema da certeza redigindo os textos normativos de modo rigoroso e utilizando termos técnicos e precisos que não deixam espaço para a ambigüidade. Naturalmente, dado que nenhuma formulação lingüística pode determinar como o juiz interpretará a norma, esta estratégia foi contraproducente: produziu normativas minuciosas e incompreensíveis que terminaram por aumentar a incerteza do Direito. A maior parte dos juristas europeus, para restituir a certeza às disposições normativas individualizadas, voltou, então, a enfatizar a importância da estrutura do Direito (Santoro, 2005, p. 48).

²¹ Segundo Vincenzo Marinelli, “un minimo di certezza del diritto è comunque necessario: se la certezza mancasse del tutto, non si potrebbe nemmeno più parlare di diritto. Dove infatti le regole non sono certe, e i relativi meccanismi di controllo e di sanzione non sono affidabili, c’è crisi della legalità, senz’altro, anomia. In qualsiasi società bisogna poter contare un’adeguata stabilità di significato delle norme giuridiche, sul sicuro o probabile raggiungimento di determinati effetti se le si osserva, sulla reazione alla loro inosservanza” (Marinelli, 2002, p. 134).

²² Aqui, o termo “pluralista” vem utilizado para definir uma sociedade constituída por uma pluralidade de grupos sociais, cada um dispoñdo de um ordenamento específico, nos quais o Direito acontecia como um fenômeno produzido pela sociedade civil e não pelo Estado.

Por conseguinte, o positivismo foi um movimento jusfilosófico nascido no Estado Liberal, no século XIX, que via o Direito como um sistema de normas dispostas hierarquicamente, criadas pela vontade humana em conformidade com outras normas, caracterizado pela persecução de um objetivo bastante específico: a segurança e a certeza nas relações sociais²³. Por esse motivo, o positivismo não adota como critério identificador do jurídico “aquilo que é justo”, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. É excluído, também, “aquilo que é eficaz”, pelo risco do arbítrio e a imprevisibilidade que segue a este²⁴. Então, se a justiça e a eficácia não servem de critério de juridicidade, o positivismo elabora seu próprio critério: a validade²⁵. Desse modo, a norma jurídica não é necessariamente justa ou eficaz, e sim válida (Barzotto, 1999, p. 20).

Por conseguinte, para que o projeto positivista seja exitoso, é necessário que a validade e a norma suprema cumpram o papel a que foram destinadas, que é o de possibilitar a autofundamentação do Direito, isolando-o de qualquer valoração moral e do poder político. Todavia, a norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que formam o sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado por meio de atos das autoridades a quem a norma fundamental confere competência e às outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecendo as normas positivas deste sistema. Do mesmo modo, uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, ou seja, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental (Kelsen, 1984, p. 273).

O positivismo propõe uma análise avaliativa do contexto social e procura alcançar um conhecimento puramente objetivo da realidade. Por consequência, assume uma atitude científica, quando propõe o estudo do Direito como fato e não como valor. Desse modo, para os positivistas, validade e valor são conceitos nem sempre inseridos num mesmo contexto. A primeira indica a qualidade da norma, segundo a qual ela existe na esfera do Direito, como norma jurídica. Ela é válida se faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente. Já o valor de uma norma jurídica indica uma qualidade dessa norma mediante a qual ela é válida conforme o Direito ideal. Segundo o positivismo, distingue-se e separa-se o conceito de validade daquele de valor; ao considerar-se que a possibilidade de formular um juízo sobre valor do Direito sustenta que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica²⁶.

É nesse sentido que ainda se mantém a procura desenfreada pela busca de um método que possa proporcionar uma interpretação que alcance a vontade da norma ou a intenção do legislador, sem a interferência de qualquer outro fator externo às partes. Assim, podemos verificar que o “pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo” (Streck, 2004b, p. 39-41).

Nesse momento, a hermenêutica assume real importância como meio de realizar as condições de possibilidade de compreensão no sentido geral²⁷, de modo que uma “*situação hermenêutica* é uma espécie de lugar que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático” (Stein, 1996, p. 53). Para a hermenêutica filosófica, o compreender

²³ O positivismo foi, também, uma resposta à necessidade de frear o poder do Leviatã estatal, submetendo-o ao controle dos juizes. É por isso que a trajetória do Estado de Direito na Europa continental foi, nesse momento, uma grande tentativa de juridicizar o poder, enfatizando os aspectos substanciais mais do que os formais na tentativa de fazer sobreviver o poder soberano e a liberdade individual (Santoro, 2005, p. 29).

²⁴ “La idea del derecho positivo es la idea de una disposición que ha llegado a ser derecho de manera arbitraria, que es considerada como fuente de derecho en virtud de algún hecho o acción que no tiene ninguna conexión intrínseca con el contenido, sustancia o cualidad de la disposición misma. Ha sido establecida, y esto es lo importante; por lo tanto aquí está, y nuestra obligación como jueces o académico es hacer algo jurídico de esto, y no de cualquier otra cosa que pudo haber sido establecida en su lugar” (Waldron, 2005, p. 113).

²⁵ “En nuestra teoría del derecho, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación que precede a la aprobación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada” (Waldron, 2005, p. 52).

²⁶ É nesse sentido que o positivismo sofre críticas importantes: “no deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque como deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotiva, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite” (Casamiglia, 1998, p. 212).

²⁷ “L’ermeneutica giudiziaria si caratterizza come un’ermeneutica ‘regionale’ e rimanda, ut sic, ad un quadro più allargato: quello dell’ermeneutica generale. La concezione ermeneutica rifugge dalle assolutizzazioni del sapere, considerandolo essenzialmente come rete di precedenti, stratificazione e collegamento di significati, catena di interpretazioni, e assegnando importanza cruciale al rapporto tra presente e passato, in entrambi le possibili direzioni: influenza e condizionamento del passato sul presente, ma altresì del presente sul passato” (Marinelli, 2002, p. 25).

sempre é, ao mesmo tempo, algo que se pode explicitar na linguagem, mas também algo que faz parte no modo de ser no mundo (Stein, 1996, p. 60). A compreensão ocorre quanto àquilo que faz parte no nosso mundo sentido. Isso gera a certeza de que primeiro se compreende aquilo que possui sentido²⁸, por meio de certos “pré-juízos”, legados pela faticidade e pela historicidade²⁹ imbricadas no sujeito³⁰.

Dessa forma, não se pode falar simplesmente em “textos jurídicos”. “O texto não existe em si mesmo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá, sempre, uma norma.* A norma será sempre o produto da interpretação do texto” (Streck, 2004a, p. 310). Assim, a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que não está contida no texto. No entanto, isto não significa uma separação (ou “independência”) entre texto e norma. Desse modo, a função normativa do Direito encontra-se associada à atribuição de sentido que se dá a ela, ao seu conhecimento interpretativo. Em vista disso,

[...] interpretar normas es regular comportamientos. Ha sido frecuente, en cambio, la distinción entre una dimensión reguladora del derecho, se ala jurisdiccional o se ala ordinaria y la actividad del jurista como comprensor de sentido y referencias de la norma jurídica [...] No entanto, essa interpretação acontece sempre baseada na historicidade do intérprete, pois “accede motivado al texto, pues es portador de toda la problemática de lo real, histórico y concreto. No es alguien que se olvida de si mismo para que se escuche solo el texto (Fernández-Largo, 1992, p. 86-87).

Posto que é inexistente a separação entre texto e norma, ainda é importante salientar uma “diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um*

ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!” (Streck, 2004a, p. 312-313). Assim, no plano da hermenêutica jurídica, pode ser afirmado que “a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’*. Ela é, sim, a *construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*”. Justamente por isso, a afirmação de que “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma) (Streck, 2004a, p. 312-313).

Discorrendo sobre a interpretação da norma jurídica, observamos que ela “não está pronta nem substancialmente concluída” (Müller, 2000, p. 201). Assim, não há que se falar em vontade da lei e vontade do legislador, não se pode conceber a lei simplesmente como um texto e entender que ele encerra em si o sentido da lei. Desse modo, “o sentido já vem antes do texto, na medida em que a lei se projeta no mundo da vida como uma tentativa de resolver casos futuros a partir de situações passadas carentes de regulação adequada, o sentido não aparece só depois, como se tratasse da aplicação de um texto” (Schapp, 1985, p. 111-113).

Portanto, não se pode negar que a norma sempre será produto da interpretação de um texto e, nesse sentido, interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*)³¹. A *applicatio* no Direito significa, antes de mais nada, respeitar a experiência concreta, levando em consideração as circunstâncias particulares do próprio processo interpretativo (Lamego, 1990, p. 169). Por isso, existe uma unidade entre interpretação e aplicação semelhante entre à que acontece entre o conhecimento e a ação, visto que o intérprete sempre pensará a norma jurídica a partir de um caso concreto, independentemente se real ou fictício.

²⁸ Heidegger analisa o sentido sob dois pontos de vista: descreve a estrutura do sentido, que é a descrição dos objetos estruturados no mundo, mas nisso também perguntamos sobre o sentido da estrutura. Por que o ser humano tende sempre a estruturar o sentido e não sustentar o sentido puro? É impossível sustentar o sentido puro; por isso, para Heidegger, nunca se dá uma compreensão pura; sempre se dá uma compreensão ligada às condições e ao modo de ser-no-mundo. Aqui, evidentemente, não poderemos entrar em muitos detalhes, mas se situa o núcleo de todo o processo hermenêutico (Stein, 1996, p. 70).

²⁹ Grondin (1999, p. 194) diz que “nós pertencemos à história mais do que ela nos pertenceria. Esta historicidade da aplicação exclui a representação de um ponto zero da compreensão. A compreensão é sempre a continuidade de uma conversação já iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, nós continuamos essa conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por nossos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e no seu presente em nós”. Ao falar sobre Historicidade, Ernildo Stein (2004) remete a Gadamer e acrescenta que sua dimensão serve para “mostrar como todas as manifestações culturais são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona. As formações culturais, sejam elas manifestações na Arte, na Ciência ou na Literatura, são acompanhadas de um processo de pré-compreensão cuja explicitação passa a se tornar tarefa de uma hermenêutica que o filósofo chamará de filosófica.” (Stein, 2004, p. 163).

³⁰ “Si è qui, come è agevole rilevare, agli antipodi rispetto all’utopia intellettualistica della tabula rasa. Peraltro l’affermato condizionamento da parte della tradizione non significa determinismo meccanico: fra la tradizione e l’uomo non vi è un rapporto di causalità, ma di reciproca progressiva formazione. L’uomo, nel suo esistere, è costituito dal retaggio spirituale ricevuto dai padri, ed egli concorre con gli altri uomini, a modificarlo grazie alla sua libertà di scelta” (Marinelli, 2002, p. 28-29).

³¹ “A íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a aplicação. [...] pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação” (Gadamer, 2003, p. 406-407).

Negar a interpretação como ato aplicativo significa negar a temporalidade. “Os sentidos são temporais³². A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo” (Streck, 2006c, p. 327-399). Daí resulta a “impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc)” (Streck, 2006c, p. 327-399). Por isso, “os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete³³. Não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar³⁴. Gadamer (2003) vem ao encontro de tal afirmação, ao escrever que cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e em que também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário. A compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer

que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente* (Streck, 2004a, p. 392).

Aqui entra a importância da historicidade do jurista que, a partir de sua pré-compreensão, interpreta o texto e o aplica. Porém, nem todos, senão poucos juristas, têm consciência exata do papel que desempenham. Os magistrados, por exemplo, ao julgar, escondem-se sob o texto exato da lei, ou seja, sob a textualidade do texto. Deixando de interpretá-lo, agem como máquinas, às quais o caso concreto é exposto e de que, depois de processado, recebe a resposta exata, embasada na norma legal, sem qualquer interpretação. Este posicionamento encontra respaldo no positivismo jurídico que não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do Direito.

Entretanto (e para tornar tudo mais difícil), arraigada ao positivismo jurídico, vem a “discricionariedade positivista” que – muito embora limitada pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de mundo da natureza, em que viceja a liberdade interpretativa na qual, queiramos ou não, “cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade³⁵. Isso ocorre porque as limitações textuais que deveriam fazer a contenção da discricionariedade, confinando-a aos marcos do ordenamento, acabam sendo ultrapassadas por um “aprimoramento genético” do positivismo:

³² Sobre o assunto, é importante a leitura de Marramao (2005, p. 73 e ss.).

³³ As relações entre temporalidade e a interpretação refletem, sem sombra de dúvidas, a influência de condicionamentos do passado sobre o futuro, o que não significa que a legislação positivista do passado deva ser sempre interpretada da mesma maneira, ignorando a complexidade e as transformações sociais do presente. Por isso, a hermenêutica aponta para dois aspectos possibilitadores de tal relação: “Il primo aspetto riguarda tanto il conoscere che il fare. La comprensione no superficiale del presente può avvenire solo mediante il passato. Non soltanto in grandi eventi storici, ma anche la quotidianità, dai processi formativi medesimi ad ogni sorta di attività umane e di loro prodotto, reca l'impronta del passato e non può essere oggetto di approfondita conoscenza senza l'approccio diacronico, senza il proposito e la capacità di non appagarsi di una visione temporalmente appiattita. Il secondo aspetto, il condizionamento del presente sul passato, riguarda invece solo il conoscere. La comprensione del passato avviene, e no potrebbe essere altrimenti, attraverso il presente. Si richiede quindi consapevolezza dell'influenza che sui processi mentali rivolti alla conoscenza degli accadimenti è esercitata dal nostro modo di essere, da quello che facciamo, dalle teorie nei cui termini siamo abituati a pensare o di cui accettiamo i modelli. La ragione per cui l'incidenza del presente sul passato riguarda solo la sfera ha un nome ben preciso: immodificabilità del passato, contrapposta al continuo modificarsi della sua conoscenza, che sottolinea il carattere attivo di essa e il ruolo fondamentali svolto al riguardo dalla soggettività interpretante. Occorre aver chiara, in linea di principio e nelle concrete esperienze di vita, l'interdipendenza tra passato e presente, sia ontogenica (radici biologiche) sia filogenetica (cultura, intesa come apprendimento anche di ciò che è accaduto prima apprendimento abbreviato e necessariamente trasformato, rispetto alla percezione di chi ha direttamente vissuto quelle vicende)” (Marinelli, 2002, p. 25-26).

³⁴ “[...] A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” (Streck, 2004a, p. 406).

³⁵ No entanto, é difícil contestar a discricionariedade do juiz quando um dos princípios do processo civil é justamente o “livre convencimento do juiz”. Isto pode ser evidenciado por autores brasileiros conhecidos, cuja “cultura manuelesca” disseminam: “O juiz é livre na apreciação da prova. Vigorando o princípio do livre convencimento, não está o juiz adstrito a nenhuma prova, nem tem qualquer delas, em razão de sua peculiaridade, mais valor do que outra. Pode o juiz, por exemplo, dar prelación à prova testemunhal sobre a pericial e vice-versa”. Com base nessa afirmação, o autor tratar do princípio da livre apreciação da prova e na sua seqüência, embasa o princípio do livre convencimento, salientando o poder do juiz de decidir como quer, muitas vezes com base nas suas experiências de vida, contrariando a necessidade das partes (e portanto social) (Santos, 2006, p. 180). Nessa mesma linha, Dinamarco (1999) afirma: “[...] o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhes apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.” Completa, afirmando que o juiz não pode alterar “[...] os desígnios positivados pelo estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas [...]”. E vai além ao dispor de quando o juiz pode “influenciar” a decisão: no processo de “conhecimento ele tem condições de influir no teor da decisão que virá: no executivo, pode influir no bom ou no mau êxito dos resultados práticos visados, maior ou menor sacrifício para o devedor, em ambos depende dele em boa parte a presteza na obtenção dos resultados” (Dinamarco, 1999, p. 200). Pasmem, na concepção desses e de muitos outros autores, cujas obras são indicadas e utilizadas nas universidades, o juiz é um deus todo poderoso que influencia, conforme seus princípios (ou sua discricionariedade?) a prestação jurisdicional. Portanto, torna-se cada vez mais difícil falar de câmbio paradigmático e de hermenêutica filosófica quando o paradigma positivista e a discricionariedade encontram-se assim tão arraigados na cultura jurídica brasileira, sendo revisitados, cotidianamente, pelos futuros operadores do Direito.

não satisfeito com uma “discricionariedade contida nos marcos do ordenamento”, o positivismo, partindo do esquema sujeito-objeto, constrói diversas maneiras de ultrapassar essas limitações (Streck, 2005a, p. 300)³⁶.

É nesse sentido que reside a proposta de examinar a problemática da discricionariedade (ausência de controle na interpretação e nas decisões judiciais) e a sua conseqüente multiplicidade de respostas³⁷, a partir de um câmbio de paradigmas que envolve, certamente, um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio, e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo. Esse novo paradigma aponta a incidibilidade entre aplicar e interpretar, e rompe com o modelo representacional-metodológico atual. Nesse momento, o círculo hermenêutico torna-se condição de ruptura do esquema sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade), o qual serve para cimentar essa travessia (Streck, 2005b, p. 311-312).

Vista assim, a hermenêutica propõe a superação do paradigma positivista, e vai além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas para a solução do problema da subjetividade judicial. Porém, mais do que fundamentar, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado: “fundamentar a fundamentação”. Assim, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas, faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo (Streck, 2006a, p. 317).

Nestes termos, negar a interpretação como ato aplicativo é negar o tempo, uma vez que a atribuição de sentidos não foge à temporalidade. Essa temporalidade que é construída e constrói o Direito e a sociedade, pode ser diferenciada em duas linhas: o tempo “de-ser-no-mundo” – e aqui a referência é explícita a Heidegger

com o seu “Dasein” –, numa exata dimensão de temporalidade autêntica; e o tempo “ordinário”, cronológico, previsto na duração da conduta humana.

Referências

- ALPA, G. 1996. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari, Laterza, 226 p.
- ARNAUD, A.J. 1991. *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 253 p.
- BARZOTTO, L.F. 1999. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 152 p.
- BOBBIO, N. 1995. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia. São Paulo, Ícone, 239 p.
- CALAMANDREI, P. 2000. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo, Martins Fontes, 397 p.
- CAPPELLETTI, M. 1989. *Juizes irresponsáveis?* Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 96 p.
- CAPPELLETTI, M. 1993. *Juizes legisladores?* Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 134 p.
- CASAMIGLIA, A. 1998. Postpositivismo. *Revista Doxa*, 21 (1):209-220. Disponível em: www.cervantesvirtual.com. Acesso em: 07/07/2007.
- CASELLI, G.C.; PEPINO, L. 2005. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma, Laterza, 109 p.
- DINAMARCO, C.R. 1999. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Malheiros, 341 p.
- DWORKIN, R. 2005. *Uma questão de princípio*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 593 p.
- FARIA, J.E. 1987. *A reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre, Fabris, 88 p.
- FARIA, J.E. 2001. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. *Revista Serviço Social e Sociedade*, XXII(67):07-20.
- FERNÁNDEZ-LARGO, A.O. 1992. *Hermenêutica Jurídica: en torno de la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Universidad, D.I., 202 p.
- GADAMER, H.-G. 2003. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5ª ed., Petrópolis, Vozes, 631 p.
- GRONDIN, J. 1999. *Introdução e Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 335 p.
- INWOOD, M. 2002. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 239 p.
- KELSEN, H. 1984. *Teoria Pura do direito*. 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 473 p.
- KUHN, T. 1970. *The structure of scientific revolutions*. Chicago, University of Chicago Press, 262 p.
- LAMEGO, J. 1990. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa, Fragmentos, 257 p.
- LINS E SILVA, E. 1997. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Consulex*, 5:04-20.

³⁶Ver nesse sentido também Streck (2006a, p. 165-166): “O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja” [...]. Se os juizes podem “dizer o que querem” sobre o sentido das leis ou se os juizes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história - na medida quem o Legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação - não significando uma queda na irracionalidade e tampouco uma delegação em favor dos decisionismos. Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc) está autorizado a fazer interpretações discricionárias.

³⁷A discussão quanto à possibilidade de encontrar “a resposta correta” é conseqüência da abordagem anterior. Porém, devido aos recortes feitos na delimitação do texto, ela não será aqui entabulada. No entanto, é importante fazer referência, em nota explicativa, sobre como ela vem sendo tratada no cenário brasileiro: “negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso - uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) -, pode significar a admissão de discricionariedades/arbitrariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo princípio lógico introduzido pelo Estado de Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta (Streck, 2006a, p. 273).

- MARAFIOTI, D. 2004. *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*. Soveria Mannelli, Rubbettino, 133 p.
- MARINELLI, V. 2002. *Dire il diritto. La formazione del giudizio*. Milano, Giuffrè, 372 p.
- MARRA, R. 2005. Max Weber: razionalità formal e razionalità materiale del diritto. *Sociologia del diritto. Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*, XXXII(2005):2-3.
- MARRAMAO, G. 2005. *Kairós. Apologia del tempo debito*. Roma- Bari, Laterza, 109 p.
- MERRYMANN, J.H. 1979. *La tradición jurídica romano-canónica*. México, Fondo de Cultura Económica, 304 p.
- MORENO, F.S. 2004. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: A. MENÉNDEZ; A.P. PEDRÓN, *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid, Thomson Civitas/ Colegio Libre de Eméritos, p. 301- 328.
- MÜLLER, F. 2000. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo, Max Limonad, 121 p.
- NEVES, A.C. 1995. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. 1, 578 p.
- OST, F. 2004. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 461 p.
- REBOUÇAS, F. de P.S. 2004. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, 826:80-97.
- SANTORO, E. 2005. *Estado de direito e interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 130 p.
- SANTOS, E.F. dos. 2006. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, vol. 1, 955 p.
- SCHAPP, J. 1985. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre, SAFE, 143 p.
- SILVA, P. de. 2005. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1492 p.
- STEIN, E. 1996. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre, EDI-PUCRS, 112 p.
- STEIN, E. 2004. *Exercício de Fenomenologia limites de um paradigma*. Ijuí, Editora UNIJUÍ, 349 p.
- STRECK, L.L. 2003. Quinze anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: F.F. SCAFF (org.), *Constitucionalizando D.I.R.E.I.T.O.S. – 15 anos de Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, p. 125-173.
- STRECK, L.L. 2004a. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 342 p.
- STRECK, L.L. 2004b. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 710 p.
- STRECK, L.L. 2005a. Concretização de direitos e interpretação da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXXI(81):75-100.
- STRECK, L.L. 2005b. Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas. In: I.W. SARLET, *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, AJURIS, vol. 1, tomo 1, p. 101-130.
- STRECK, L.L. 2006a. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro, Lumem Júris, 297 p.
- STRECK, L.L. 2006b. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXXII(82):213-237.
- STRECK, L.L. 2006c. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: D.C. LUCAS; R.F. SPAREMBERGER, *Olhares hermenêuticos sobre o Direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí, Unijuí, p. 83-147.
- SWEDBERG, R. 2005. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro/São Paulo, UFRJ/Beca Produções Culturais, 383 p.
- WALDRON, J. 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 395 p.
- WEBER, M. 1999. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, UNB, vol. 2, 580 p.