

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/
Dom Helder Câmara;

coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-132-6

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DEFENSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E A NOVA ESCOLA DA EXEGESE**

**DEFENSIVE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT
AND THE NEW SCHOOL OF EXEGESIS**

**Arthur Silva De Medeiros
Diogo Bacha e Silva**

Resumo

O presente artigo pretende relacionar a prática da jurisprudência constitucional defensiva utilizada pelo Supremo Tribunal Federal com os pressupostos filosóficos, culturais e políticos da Escola da Exegese. Mesmo em tempos de virada linguística, o Supremo Tribunal Federal, por meio de algumas práticas, mantém-se preso às considerações interpretativas da Escola da Exegese.

Palavras-chave: Escola da exegese, Jurisprudência defensiva, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to relate the practice of defensive constitutional jurisprudence used by the Supreme Court with the philosophical assumptions, cultural and political School of Exegesis. Even in linguistic turn times, the Supreme Court, through some practical, keep stuck to interpretative considerations of the School of Exegesis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: School of exegesis, Defensive jurisprudence, Hermeneutics

Introdução

A questão do alto número de demandas, a inexistência de um modelo de gestão processual e a profusão de reclamações pelo aumento do número de direitos, bem como a abertura do Judiciário a novos sujeitos de direito levou a que os Tribunais, principalmente os Superiores, criassem barreiras para o acesso às suas jurisdições.

A limitação do acesso à jurisdição nos Tribunais Superiores vem sendo chamada de jurisprudência defensiva onde o único intuito é a diminuição do número de demandas judiciais, sob o pretexto de que o alto volume de demandas compromete de alguma forma a prestação jurisdicional.

Esses argumentos que nos parecem inofensivos e, até certo ponto, introjetados como natural e necessário por parcela da doutrina especializada no processo para dar conta da chamada crise do Judiciário, escondem uma compreensão do direito, compreensão esta já amplamente superada pelos aportes filosóficos da virada linguística.

A construção da jurisprudência defensiva por meio da interpretação jurisprudencial de dispositivos legais e constitucionais foi realizada de forma a impedir o acesso das partes à jurisdição dos Tribunais Superiores e, ao mesmo tempo, impor uma determinada concepção do direito que se assemelha às concepções do direito da Escola da Exegese.

Nosso intuito é investigar como os conceitos aplicados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários revivem a Escola da Exegese em nosso direito. Entrementes, a Escola da Exegese que nos é reativada pela jurisprudência do STF substitui a lei pela jurisprudência, a vontade do legislativo pela vontade do Judiciário.

O casamento, por exemplo, entre a cisão de questões de fato e de direito, bem como entre ofensa indireta e direta à Constituição e o fechamento argumentativo dos Recursos Extraordinários são próprios de um modelo de interpretação e argumentação jurídica à lá Escola da Exegese.

Assim, nosso objetivo é realizarmos uma aproximação crítica entre a jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, de todo modo referendada pelo

novo Código de Processo Civil, e a visão jurídico-teórica da Escola da Exegese e os preceitos interpretativos que carrega.

A aproximação colocará em xeque os conceitos utilizados pela jurisprudência defensiva mostrando que ainda não assumiram os ganhos filosóficos da virada linguística mantendo-se apegada à dimensão sintática da linguagem como se fosse possível apreender o mundo através do encaixe de fatos nos conceitos.

1) Escola da Exegese: uma análise de seus pressupostos filosóficos e interpretativos.

A Escola da Exegese surge no começo do século XIX, período imediatamente posterior à Revolução Francesa de 1789, açambarcando o contexto filosófico, político e cultural daquela época. Como pressuposto filosófico, norteia a Escola da Exegese o iluminismo kantiano, a *Aufklärung*, a crença iluminista da apreensão do mundo pela racionalidade humana. Como salienta Franz Wieacker, “a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável” (WIEACKER, 2010, p. 379). O iluminismo é o pano de fundo filosófico da Escola da Exegese.

Já o contexto político da Escola da Exegese envolve a ideia de que o contexto revolucionário, a burguesia, enxergava com desconfiança os juízes – historicamente bajuladores da nobreza – e, portanto, o direito deveria receber legitimidade a partir da vontade geral do povo, do contratualismo rousseauiano¹. Assim, só as leis eram atos politicamente legitimados através de representantes do povo, num sistema de separação de poderes, para dizer o direito natural-racional. Um legalismo cujo fundamento ideológico é o contratualismo iluminista (NEVES, 1995, p. 182).

Da conjugação dos fundamentos filosóficos e políticos extrai-se o contexto cultural. As codificações exerceram papel preponderante no contexto pós-revolucionário. Não pretenderam as obras legislativas ordenar ou reformar um direito já existente, muito antes, pelo contrário, pretenderam realizar uma ordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. No fundo, estava a convicção, própria do iluminismo

¹ Nas clássicas palavras de Jean-Jacques Rousseau a vontade geral é sempre reta (ROUSSEAU, 2004, p. 41).

com o jusracionalismo, de que a atuação racional dos governantes ou da vontade do povo, por si só, geraria uma sociedade melhor.

O processo de codificação teve como precursor a legislação civil bávara do séc. XVIII que, a partir de 1751 com o *Codex Iuris Bavarici criminalis* e seguindo-se do *Codex juris Bavarici judiciais* de 1753 e do *Codex Juris Bavarici civilis*, reservavam a si apenas um papel secundário, no sentido de compilação das decisões territoriais e das questões controversas de direito comum. Mantém assim um papel não jusracionalista de planificação do direito, mas apenas reformadora (WIEACKER, 2010, p. 370).

É com a obra legislativa magna da cultura da época que faz surgir a *école de l'exégèse*. O Código Civil Napoleônico de 1804 e seu vigor revolucionário permitiram com que os comentadores acreditassem na onipotência do legislador, obviamente com o pano de fundo jusracionalista e iluminista. Muito embora Portalis, o principal integrante da comissão responsável pela elaboração do *Code Civil*, tenha afirmado que “seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida” (PORTALIS apud BOBBIO, 1995, p.75), a cultura jurídica da época encarou-o como um código radical, expressão perfeita da razão jurídica, como a jurídica *raison écrite* (NEVES, 1995, p. 183). Razão esta que teria por função apagar de uma vez o passado histórico, recusando-a, denegando-a e sendo um novo começo triunfal do ideário revolucionário e do iluminismo.

Nessa medida, estavam expostos três motivos racionais para a adoção de uma concepção legalista do direito como uma aposta radical para a condenação do *ancien regimen*:

[...] de uma só vez: a) coordenar a necessidade do iluminismo de romper com o passado; b) unificar a múltiplas jurisdições que antes eram divididas em conformidade com os estratos sociais medievais; bem como c) substituir os direitos costumeiros de cada estrato social medieval por um direito racional, geral e abstrato, que vale para todos e que, exatamente por isso, apresentou-se como instrumento de promoção de igualdade, liberdade e fraternidade (SIMIONI, 2014, p. 33).

Dessa forma, a codificação possibilitou um recurso circular na concepção do direito. Se, pois, o pressuposto filosófico do iluminismo jusracionalista articulava a necessidade de que o direito fosse justo a partir da criação humana da razão e, politicamente, o contratualismo ensinou que a *volonte générale* era a portadora de uma moral reta, universal e justa, então somente a obra do legislador poderia oferecer uma resposta, justa, segura e universal através da lei.

O direito e a prática jurídica deveriam manifestar-se unicamente através da lei e não poderia haver outro direito que não fosse a expressão da vontade do povo plasmada no ato legislativo (NEVES, 1995, p. 183). A lei era todo o direito e todo o direito era a lei, uma relação circular que prendeu a escola da exegese (LIMA, 2008, p. 109). O legalismo passou a informar o entendimento jurídico da época. Fora da lei não há direito.

O problema da fonte dos direitos receberia uma resposta radical e inovadora, sobretudo considerando que a idade média previa um infindável catálogo de fontes do direito, tais como os textos religiosos, os direitos corporativos, costumes e tradições. O postulado da lei como fonte exclusiva do direito permitiu um incremento de simplicidade na teoria da normatividade jurídica, pois que

não se limitava a identificar em geral o direito com a lei ou em ver unicamente nesta a normatividade jurídica vinculante, considerava ainda que tão só no conteúdo normativo oferecido pela lei se teriam os critérios dos decisórios juízos jurídicos (NEVES, 1995, p. 184).

A lei era não só o limite dos atos dos juízes, mas também o único critério legítimo para dar respostas práticas aos problemas jurídicos. Assenta-se a lei sobre a premissa da exaustividade do direito e das respostas aos problemas jurídicos. Critério, aliás, que permite a formulação de frases como a de François Geny de que “todo o direito deriva da lei escrita e positiva”² (GENY, 1919, p. 40). Não só isso, mas também é este fator que concorreu exclusivamente para a criação do Tribunal de Cassação, cuja única função é ser protetor das leis e não juízes dos cidadãos (NEVES, 1995, p. 184).

A suficiência da lei trouxe, também, a reboque, o postulado da completude da codificação para a resposta dos problemas, ou seja, a inexistências de lacunas no sistema jurídico codificado, um sistema fechado e integral: “É um sistema hermético, que pressupõe a plenitude e perfeição da lei escrita, considerada esta como uma revelação completa e acabada do direito” (LIMA, 2008, p. 111).

Não por outra razão, previa o art. 4º do *Code Civil* que “o juiz que se recusa a julgar sobre pretexto de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei, poderá até ser considerado culpado de denegação de justiça” na qual se conclui que o sistema jurídico hermético considera que ou existe ali mesmo explícito uma solução ou, ainda, o próprio Código poderia sempre fornecer um critério normativo para todos os casos

² Tradução livre do original: “il faut que tout droit derive de la loi écrite et positive”.

possíveis. Como diz Demolombe, representante da Escola da Exegese, a existência de uma lacuna seria considerada como uma recusa do juiz que calunia a lei (NEVES, 1995, p. 185).

Lacuna, assim, diz respeito a uma deficiência do direito que deve ser completada por meio de uma integração jurídica. O que o Código Civil veda é a existência de lacuna legislativa ou lacuna da lei, no sentido dado por Karl Engisch de que é lacunosa a lei “sempre que desta não se consegue retirar, através da interpretação, qualquer resposta para uma questão jurídica que temos de pôr” (ENGISH, 2008, p. 277), ou seja, deve o próprio sistema jurídico-legislativo conter uma resposta para o problema em questão e, caso não se tenha, deve o juiz recorrer ao legislador, único interprete legítimo do direito.

Os fundamentos da Escola da Exegese são bem simples: 1) a completude e a extensão da legislação, tornando praticamente inexistente lacunas da lei; 2) na eventual hipótese de lacunas, o interprete poderá se valer de critérios previstos na própria lei, como a analogia e o recurso aos princípios gerais; 3) a interpretação investigará a vontade do legislador único fornecedor de normas legítimas (LIMA, 2008, p. 111).

Transforma-se a Escola da Exegese em um culto da lei que substituíra o culto do direito, consoante mesmo Bonnacase (NEVES, 1995, p. 187). Fácil é perceber que se, eventualmente, a matéria debatida não estivesse prevista na lei, o caso seria de inexistência do direito, tal era o papel que o dogmatismo – no sentido forte da palavra – reservava à lei.

A interpretação na Escola da Exegese assume uma forma simplista e decorrente do caráter ideológico. Os contratualistas espelham bem o espírito interpretativo da época. Por exemplo, a clássica definição de Montesquieu de que o juiz deve ser a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2004), ou mesmo Robespierre que define “que a lei fale sobretudo com autoridade àquele que é seu órgão” (ROBESPIERRE, 1999, p. 148). Em vista da desconfiança do poder da magistratura, a Escola da Exegese pregoava um dever de fidelidade textual da lei pelo Poder Judiciário, tanto pelo princípio da separação de poderes quanto por entender que não poderia haver qualquer espécie de conteúdo inovador ou realizador na aplicação do direito.

Dessa forma, há um estilo interpretativo da Escola da Exegese que exigia: a) a observância do texto da lei como único objeto de interpretação, visto que a lei era a única fonte justa para os problemas do subjetivismo histórico; e b) combinava-se tal ideário com uma metodologia de pura dedução lógica do sentido literal da lei (SIMIONI, 2014, p. 40). Interpreta-se, assim, apenas o sentido literal da lei.

Eventualmente, em caso de dúvidas, poderia o interprete recorrer à vontade do legislador para, então, realizar uma dedução lógica. Excluídas ficam quaisquer referências históricas, culturais, sociais, políticas ou morais do ato interpretativo.

Então, como a fonte do direito era o suficiente e exclusivo texto da lei, a questão era de operação subsuntiva para a resolução dos casos apresentados. Em primeiro lugar, o interprete deveria descobrir o sentido exato do vocábulo procedendo até mesmo uma análise de estilo sintático para se chegar ao sentido pretendido pelo legislador (LIMA, 2008, p. 112). Depois, poderia o interprete recorrer ao complemento da vontade do legislador, pelo recurso aos trabalhos preparatórios, devendo ser uma vontade racional, a mesma que o legislador infalível assumiria nos seus trabalhos (NEVES, 1995, p. 187).

O trabalho argumentativo fica absurdamente facilitado pela Escola da Exegese. Dispensa-se qualquer tipo de análise mais sofisticada das questões em concreto, fazendo com que o recurso argumentativo seja circular e tautológico. Uma argumentação de subsunção na qual diz-se que a solução do caso é x, pois pelo fundamento da lei y, ele é x e não z.

A decisão jurídica, portanto, “encontrava-se tão somente sob a alternativa entre considerar provada uma ou outra narrativa possível da situação fática” (SIMIONI, 2014, p. 45). Uma operação que enxergava os fatos e tentava encaixá-los na letra da lei, na sintática legal pretendida pelo legislador. Um silogismo facilitado pela premissa maior – lei; premissa menor – fatos e a decisão uma conclusão. Um trabalho do juiz como instrumento passivo da vontade legislativa.

Ora, a Escola da Exegese apresentou um método hermenêutico que seria capaz de servir à segurança jurídica e a certeza do direito, mas de alguma forma prejudicaria a justiça normativa e à adequação jurídica dos casos em questão. De uma lado, a tentativa de facilitação do trabalho do juiz como geômetra, evitando os subjetivismos e, de outro, uma cegueira quanto à distinção entre lei e o direito.

Chegou-se, até mesmo, a Escola da Exegese a afirmar que, por mais que houvesse constrangimento legal para a decisão (art. 4º do Código Civil Napoleônico), eventual lacuna da lei e a impossibilidade de dedução lógico-matemática da vontade do legislador deveria levar ao julgamento de improcedência do pleito, matéria aliás que não pertenceria ao direito, porquanto não abrangido intencionalmente pelo sistema legal (NEVES, 1995, p. 189).

Não se desconhece que há, ainda hoje, contribuições da Escola da Exegese para a interpretação do direito, tal como a segurança jurídica possibilitada pela interpretação

matemática dentro do Direito Penal e Tributário, recursos aliás que preponderam nessas áreas. No entanto, a partir das críticas desferidas por François Geny com seu *Methodes d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899 culminando com seu declínio como escola de pensamento jurídico. O fetichismo da lei escrita e codificada já não podia dar resposta aos novos problemas sociais, sendo cada vez mais obras ultrapassadas historicamente pelo pensamento aberto da hermenêutica jurídica e também pelo reconhecimento da distinção entre lei e direito.

2) A substituição do fetichismo legal pelo fetichismo jurisprudencial: da onipotência do legislador à onipotência do julgador.

A derrocada dos princípios tradicionais do Estado Liberal de Direito faz emergir uma nova concepção sobre o relacionamento entre os poderes. Sem dúvida, no liberalismo político e econômico, ao Poder Judiciário caberia apenas a tarefa de intervir na eventual hipótese de lesão a direito fundamental do indivíduo. Entrementes, o advento do *Welfare State* levanta a necessidade de uma participação do Poder Judiciário. O crescimento e o estabelecimento de regras para novas demandas e novos direitos em prol dos cidadãos faz permitir uma maior participação política do Poder Judiciário. Obviamente, além do recrudescimento dos Poderes Legislativo e Executivo também há a necessidade de maior intervenção do Poder Judiciário. Mauro Cappelletti leciona que a consequência inevitável de um Estado Assistencial é o crescimento dos poderes legislativo e executivo, donde há uma situação “

[...] onde os legisladores e administradores públicos estão, do mesmo modo, atarefados em prescrever regras e programas de conduta, nos campos sempre mais largos da nossa vida, o que nos leva a pensar que, no meio desta selva invasora de códigos, leis e regulamentos, bem pouco espaço resta para uma criação jurisprudencial do Direito. Mas a verdade, segundo o quanto é reconhecido pelos observadores do nosso e doutros países, é diametralmente oposta” (CAPPELLETTI, 2008. p. 8)

O fenômeno do agigantamento (tanto em quantidade quanto em importância institucional e política) do Judiciário não é apenas brasileiro. Aliás, o Brasil demorou para se inserir em tal processo, que tem como marco principal a reconstrução da Europa do 2º pós-guerra.

O crescimento das funções do Estado (com o *Welfare State*) trouxe o aumento das “promessas de bem-estar” traduzidas em “novos direitos”³, sociais, econômicos e culturais, o que, por consequência, aumentou as expectativas e, pois, o nível de exigências do cidadãos para com o Estado. As Constituições que surgiram no período refletem esse diagnóstico, ao passarem a abarcar um leque cada vez maior de temas para além dos chamados direitos “negativos”. Não apenas são previstos novos direitos, mas também meios de acesso a tais direitos, notadamente a ampliação do acesso à justiça e, com isso, dada a dificuldade crescente dos Estados, principalmente a partir do final do século passado, em fornecer tudo o que eles mesmos “prometeram”, projeta-se no Judiciário a satisfação daquelas expectativas.

Desse modo, o depósito das expectativas no Poder Judiciário levanta a uma necessidade material e psicológica da sociedade. Com efeito, a necessidade material vinca-se na institucionalização de um aparato organizatório capaz de dar conta das novas demandas sociais. A necessidade psicológica é a ausência de uma figura paternal com poderes decisórios e provedores de desejos. Com a supressão da monarquia e da figura do imperador perdeu-se um símbolo da unidade dos valores sociais, da proteção dos direitos fundamentais e também da interpretação do direito.

A via argumentativa utilizada para a substituição da figura do imperador é a de que a compreensão liberal burguesa dos direitos fundamentais não corresponderia a uma sociedade complexa que se pauta na igualdade e em uma justiça superior, somente encontrada por uma consciência ética superior que seria de um juiz justo. Um ordenamento justo só pode ser interpretado por uma pessoa justa (MAUS, 2010.p. 17-18).

Delega-se, assim, ao Poder Judiciário a atribuição de ser um superego de uma sociedade órfã, nas clássicas letras de Ingeborg Maus. Se, antes, a crença era toda depositada na razão do legislador e na possibilidade de construção de uma sociedade melhor pela via de prescrição de regras, agora a fé está na atribuição do Poder Judiciário para ser o guardião moral da sociedade:

Nessa via de escape da complexidade de uma sociedade em que valores objetivos estão sendo questionados, não há dificuldade em se reconhecer o modelo clássico de delegação do superego. O alívio da discussão e do processo nos processos sociais e políticos de formação do consenso, nos quais, em geral, somente seria possível fazer um julgamento sobre normas e representações axiológicas, é alcançado

³ “Novos direitos” ou, na verdade, uma releitura dos direitos individuais numa perspectiva materializante. Sobre isso: BAHIA; NUNES. 2009.

por meio da centralização da consciência social no Judiciário (MAUS, 2010, p.18).

Um culto quase religioso do Judiciário por parte da população faz com que a atividade da justiça seja religiosa e o superego da jurisdição constitucional vai assumindo a posição de portador da tradição nos termos de Freud.

Assumir a posição do legislador significou, desde logo, que o Poder Judiciário ficaria responsável pela prescrição das regras sociais.

No Brasil, o interesse pela centralidade do Poder Judiciário como fonte de criação e imposição do direito vem desde a ideia de Victor Nunes Leal de sistematização dos julgados do STF por meio das súmulas. Teoricamente inspirada por Victor Nunes Leal e instituída no Supremo Tribunal Federal através de seu Regimento Interno em 1963, as súmulas tinham por função originária apenas ser um método de trabalho destinado a organizar e facilitar a tarefa judicante ao permitir a consulta a julgados anteriores (NUNES LEAL, 1982)⁴. A partir da reforma do Código de Processo Civil, a súmula, ao invés de método de trabalho, passou a conhecer finalidade que antes não possuía e para a qual não fora criada, qual seja, ser impeditiva de recurso e, ademais, ser fundamento suficiente para o provimento de recurso.

Agora, portanto, começamos a substituir o legislador pelo Poder Judiciário, sem, no entanto, problematizarmos a real necessidade de termos uma figura paternal capaz de nos conferir o exame do direito. Há um comprometimento da emancipação do sujeito de direito que deve ser liberado para proceder ao exame da lei, assim como faz no momento da prática da autolegislação (MAUS, p. 22-23).

Ao invés de termos a lei, enquanto principal fonte do direito e base para a construção de um raciocínio jurídico dedutivo, passamos a substituir os termos vagos e gerais desta para o da jurisprudência, súmulas, etc. Ou seja, substituímos um texto por outro, sem, no entanto, refletirmos sobre o importante fato de que também no *common law* há a necessidade de interpretação do precedente.

Agora, não precisamos mais da lei já que temos a jurisprudência e as súmulas. A maneira com que trabalhamos com precedentes, entretanto, é a mesma com que trabalhamos com a lei. As súmulas, vinculantes ou não, a jurisprudência dominante são aplicadas descontextualizadas do caso concreto. Não há argumentação relativa aos aspectos do caso concreto em juízo. Quantas não são vezes em que um membro de um

⁴ No julgamento do Recurso Extraordinário 54.190, o então Ministro Victor Nunes Leal bem expressa que a súmula expressa apenas que o tribunal tem determinado entendimento sobre uma matéria e não poderá ser vista como uma lei e, enquanto tal, pretender aplicação como se fosse (ALMEIDA, 2006. p. 32-33).

tribunal, relator do recurso de apelação, limita-se a negar provimento em virtude da orientação x, do Tribunal Superior y, e cita um julgado qualquer (BACHA E SILVA, 2014, p. 489-490).

Se, antes, havia os Tribunais de Cassação cuja função era basicamente proceder à guarda e proteção da lei, cassando as decisões que desbordavam da função de declarar o direito pré-existente à aplicação do mesmo, direito este que já estava pleno e completo no conteúdo da lei. Agora, há as Cortes Superiores com função de uniformizar a jurisprudência, controlar a interpretação sobre os próprios precedentes (MITIDIERO, 2013).

Sob o pretexto de controle do processo de interpretação do Direito pelos juízos inferiores, a própria Corte Suprema ou Superior procura definir o significado possível atribuível a enunciados linguísticos que estejam plasmados em seus próprios julgamentos. Relega-se a um segundo plano a legislação que não pode mais conformar-se à clássica separação de poderes.

Com efeito, “é tarefa da Corte Suprema tutelar o Direito não só pela definição do significado mais adequado que a ele deve ser dado mediante a interpretação, mas também velar pela própria adequação do método empregado para a interpretação” (MITIDIERO, 2013, p. 62). O controle passa a ser não só dos significados mas também do próprio método empregado para se chegar ao resultado pretendido.

Não por outra razão, a Constituição e os Códigos de Processo preveem que caberá recurso contra julgamento proferido contrário à orientação dos Tribunais Superiores. Orientação que pode ser afirmada não só por julgados anteriores, mas também por meio de súmulas.

Há uma inibição na prática da autolegislação dos cidadãos que, sobretudo, prejudica o exercício das autonomias pública e privada dos sujeitos de direito. Consoante se reconhece com Habermas só há efetivo exercício de legitimidade na prática do direito se houver garantia da soberania popular e dos direitos humanos:

Para que a razão legitimadora do poder (*herrschaftslegitimierende Vernunft*) não mais tenha de se antecipar, como em Locke, à vontade soberana do povo, e para que os direitos humanos não mais tenham de ser apoiados num estado de natureza fictício, uma estrutura racional inscreve-se na própria autonomia da prática legisladora. Uma vez que só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, a vontade conjunta dos cidadãos é constringida *per se* a uma operação que exclui todo interesse que não possa ser generalizado, admitindo apenas aquelas regulamentações que garantam liberdades iguais

a todos. O exercício conforme as normas da própria soberania popular assegura, ao mesmo tempo, os direitos humanos (HABERMAS, 1990, p. 102).

O déficit de legitimidade até bem poderia ser contornado se houvesse participação efetiva dos cidadãos na construção da aplicação do direito, nos discursos de aplicação. Entretanto, reconhece-se que a própria metodologia hermenêutica empregada é processo que dificulta a legitimidade.

3) A Nova Escola da Exegese e a jurisprudência constitucional defensiva do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência defensiva parecer ser um produto de uma época distante em que textos serviriam para controlar os argumentos, os textos serviriam como padrões e limites os quais o interprete não estaria autorizado a sair.

É a existência entre nós da jurisprudência defensiva e do norte de horizonte de que os precedentes devem resolver casos futuros (STRECK; ABBOUD, 2013). Isto é, “a jurisprudência (ou o que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará resolvida quase que automaticamente[...]” (NUNES; BAHIA, 2014, p. 438). Não conseguimos compreender que os precedentes não servem para término do debate, mas sim como princípio da discussão.

É a velha necessidade de padronização decisória que, no século XIX, recebeu uma resposta pela Escola da Exegese através da obra do legislador. Agora, contudo, apostamos todas as fichas na figura do Poder Judiciário. Conforme nos explica Dierle Nunes, a padronização decisória tem como fundamento “[...] da possibilidade de se estabelecerem “*standards* interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de maior hierarquia, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o “tema” a “tese” subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi predeterminado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na “tese” que lhes torna idênticos aos anteriores” (NUNES, 2011, p. 61).

O Supremo Tribunal Federal vem, desde há longo tempo, apostando no fechamento argumentativo de seus precedentes sem se dar conta do que isso pode significar em termos de adoção de teoria hermenêutico-jurídica.

Um exemplo claro disso está em que o enunciado número 279 do Supremo Tribunal Federal claramente opta por obstaculizar o cabimento de Recurso Extraordinário com os seguintes termos: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”. Editada no longínquo ano de 1963, o enunciado em questão já pregoava que ao Supremo Tribunal Federal deveria incumbir a função de controlar a decisão de acordo com a matéria jurídica imposta pelo STF.

A vedação ao reexame de prova em Recurso Extraordinário aponta para a existência da cisão entre questões de fato e de direito. Cisão que manifesta-se no entendimento de que é incabível o reexame de fatos em sede de Recurso Extraordinário, como, por exemplo, assentado no julgamento do AI 798437 AgR / SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 04/06/2013.

Afigura-se problemática essa distinção entre questões de fato e de direito. Em primeiro lugar, questão de fato e de direito não são duas questões independentes, mas antes se condicionam mutuamente. É que, se, em tese, são essas questões aparentemente óbvias, no momento da aplicação do direito difícil conceber qual questão seria de fato e qual seria de direito (BAHIA, 2009, p. 183-184).

Assim, o importante não é distinguir duas entidades abstratas, mas saber qual o problema jurídico-metodológico estão elas aptas a resolverem, interrogar a intencionalidade problemática e saber qual a razão da distinção.

Desde Friedrich Müller sabemos que não é possível a distinção longe do caso concreto. O processo de aplicação do direito leva em consideração que há uma diferença entre o programa normativo e o âmbito normativo. É com Friedrich Müller que a interpretação e hermenêutica pode contribuir para a diferença entre questão de fato e de direito. Para este autor, norma e texto normativo não se identificam (MÜLLER, 2009, p. 192). O texto, ou teor literal, seria apenas a “ponta do iceberg” (MÜLLER, 2010, p. 55). A este, o autor designa como programa da norma, enquanto aos dados da realidade que este se refere, o âmbito da norma ou domínio da norma:

O teor literal expressa o programa da norma, a ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma escolheu para si ou

em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (MÜLLER, 2010, p. 57-58).

A interpretação ou decisão não pode nunca ser um processo cognitivo, mas sempre será um processo de concretização da normatividade exposta no programa normativo e domínio normativo. E para alcançar esta concretização da norma a interpretação

[...] deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa) (CANOTILHO, 2003, p. 1213).

As normas seriam o resultado da concretização e interpretação destes elementos (GRAU, 2009). O interprete teria o condão de desvendar o sentido dos enunciados lingüísticos, desvencilhando a norma de seu invólucro natural, como diz Eros Grau. Para isso, no entanto, é preciso considerar os fatos, concretizando-os à luz dos enunciados lingüísticos.

A interpretação e aplicação do direito nunca é um processo estático e matemático. A cisão entre questão de fato e de direito deixa evidente que a jurisprudência defensiva se desenvolve de acordo com premissas da Escola da Exegese.

Outro exemplo, poderíamos citar, é a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal entre ofensa direta e indireta da Constituição para efeito de cabimento do Recurso Extraordinário. A doutrina costuma afirmar, sem maiores reflexões, que somente é cabível o Recurso Extraordinário quando a decisão objurgada contrariar frontalmente dispositivo constitucional, perfazendo uma distinção entre norma constitucional e norma infraconstitucional. Assim, por exemplo, as palavras de Fredie Didier Junior:

A contrariedade, nesse caso, deve ser direta e frontal, não cabendo recurso extraordinário, por ofensa indireta ou reflexa. O próprio texto constitucional tem de ter sido ferido, diretamente, sem que haja lei federal de permeio. Em outras palavras, se, para demonstrar a contrariedade a dispositivo constitucional, é preciso, antes, demonstrar a ofensa à norma infraconstitucional, então foi essa que se contrariou, e não aquela (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 308).

Dessa forma, o STF sistematicamente tem decidido que:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV, DA CF. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO POR PERÍODO ALÉM DO PRAZO RAZOÁVEL PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIA LICITAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que a afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, em regra, seria indireta ou reflexa. Precedentes.

II – Questão dirimida pelo Tribunal de origem com base na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Assim, a afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário. Precedentes.

III - A prorrogação não razoável de concessão de serviço público ofende a exigência constitucional de que ela deve ser precedida de licitação pública. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido”. (Processo: AI 782928 RS. Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 06/08/2013)

No fundo, como saber se está diante de ofensa à norma infraconstitucional ou norma constitucional? Como dividir o direito de modo a estabelecer uma diferença de parâmetro legal e constitucional? A norma infraconstitucional não deve ter como fundamento a norma constitucional em tempos de constitucionalização do direito?

A questão da divisão é importante salientar tem como fundamento hermenêutico a tentativa de encaixe ou dedução lógica do plano sintático das normas – e agora da jurisprudência – como se fosse possível às palavras apreender o mundo concreto ou como se a linguagem pudesse apreender em seu plano lógico toda a realidade da vida.

Há apenas uma substituição da linguagem do legislador pela linguagem do julgador, uma substituição da lei pela jurisprudência, mantendo-se, entretanto, os pressupostos que informaram a Escola da Exegese como o fechamento argumentativo, o processo de subsunção para a resolução dos casos jurídicos.

Como trata Alexandre Bahia, estamos invariavelmente submetidos a uma condição hermenêutica, razão pela qual é impossível nos separarmos da invariabilidade de interpretarmos fatos, direitos e provas, de analisarmos as questões concretas como um todo e como parte de um todo maior que é nossa condição de interpretarmos algo para sempre aplicarmos (BAHIA, 2012, p. 370-371).

Conclusão

Pretendemos demonstrar como as práticas jurídicas contemporâneas fazem reviver, de alguma forma, a Escola da Exegese. Por óbvio, referida escola de pensamento contribuiu para a evolução do direito. Não desconsideramos o passo decisivo que a Escola da Exegese forneceu para a compreensão de uma segurança jurídica.

No entanto, a partir de ganhos hermenêuticos da virada linguística não se pode deixar de considerar que a Escola da Exegese é uma forma ultrapassada de consideração do direito. Através da simplificação dos pressupostos hermenêuticos, a Escola da Exegese pretende manter o controle da vida sob o manto da sintaticidade da linguagem legal.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal – conforme o recorte metodológico aqui realizado – mantém vivo alguns dos pressupostos da Escola da Exegese, afastando importantes conquistas da hermenêutica jurídica, sob o argumento pragmatista de diminuição do número de demandas ou, ainda, o que é pior, apenas para obstaculizar o acesso às jurisdições superiores.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Victor Nunes Leal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. In: *Direito jurisprudencial: volume II*, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves (orgs.). São Paulo: Editora RT, 2014.

BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O Potencial Transformador dos Direitos "Privados" no Constitucionalismo Pós-88: igualdade, feminismo e risco. *Revista dos Tribunais*, v. 882, p. 45-60, abril 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Novos Estudos Cebrap*, nº 26, março de 1990, p. 100-113.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade orfã*. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Rt, 2013.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011.

NUNES, Dierle.. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. A jurisprudência instável e seus efeitos: a aposta nos precedentes vs. Uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (orgs.)*Direito jurisprudencial*, vol II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo : Martin Claret, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

