

A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL DO JUIZ NA ATIVIDADE CRIADORA DO DIREITO

The jurisprudence and the judge's role in law creation activity

Eduardo Almeida Pellerin da Silva

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Estagiou na Defensoria Pública da União e atualmente estagia na Justiça Federal em Pernambuco.

João Amadeus Alves dos Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Membro do Grupo de Pesquisa “As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico”, sob a coordenação do Prof. Dr. João Maurício Adeodato. Foi bolsista por duas vezes do PIBIC/UFPE/CNPq, estudando a obra de Miguel Reale acerca do Novo Código Civil. Advogado na firma Cossart & Mussalem Advogados.

Silvério Souto Maior de Carvalho Gomes

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Faculdade de Direito do Recife – FDR. Foi bolsista pelo programa Jovens Talentos, estagiário do Ministério Público do Estado de Pernambuco e monitor de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, sob orientação dos professores Leonardo Carneiro da Cunha e José Luiz Delgado, respectivamente.

RESUMO: O presente trabalho parte de uma análise do direito como fenômeno da cultura humana para, então, investigar o que se chama “jurisprudência” enquanto fonte do direito. Assim, traça-se comparativo entre o caráter criativo e produtivo da interpretação, levando em conta a aplicação do direito. Isso se faz no intuito de perquirir acerca do papel dos juízes na

criação jurídica, por meio de breve esboço/comparativo histórico entre as concepções legalistas, normativistas e realistas, bem como pela compreensão do direito como compartimento da grande categoria histórico-social, na busca de desvendar aspectos ideológicos da criação jurisprudencial.

ABSTRACT: The following paper begins its analysis about law seen as human culture phenomenon for then to investigate what is so called “jurisprudence” in quality of source of law. Thus it is traced a comparison between interpretation’s creative and productive features, taking into account the applicability of law. This is made in order to assert the judge role in legal creation by means of brief foreshortening historical comparative between legalist, normativist and realistic legal conceptions, as well by the comprehension of law as a historic-social compartment, in the quest to unravel ideological aspects among jurisprudential legal creation.

1. PROLEGÔMENOS. O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL. O PORQUÊ DE SE INVESTIGAR O CONCEITO E A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO FONTE DO DIREITO. PARADIGMAS EPISTEMOLÓGICOS PARA A ANÁLISE APRESENTADA.

De início, cabe estabelecer algumas premissas para o presente estudo. Antes de tudo, concebe-se, aqui o direito como um fenômeno social, situado em meio a crescente complexidade da sociedade. Logo, há uma demanda de um direito com searas cada vez mais específicas e complexas.

O direito, como elemento da cultura, é um produto da cognição humana, criado como técnica social para dirimir conflitos de interesses e organizar a sociedade. Desse modo, o âmago da experiência jurídica, enquanto ordenada normativamente, é influenciado e determinado por fatores sociais, axiológicos, deontológicos, históricos e políticos.

Dentre de tal compreensão panorâmica, busca-se, aqui, analisar desde o conceito até a importância da jurisprudência para a renovação dialética do direito enquanto fenômeno descrito acima, bem como os desdobramentos do entendimento da jurisprudência como fonte do direito nas grandes “famílias” do direito – Civil Law e Common Law.

Perfunctoriamente, o conceito e a importância da jurisprudência, enquanto fonte do direito, serão abordados segundo as perspectivas Legalista, Normativista e Realista, as quais serão analisadas em cotejo com o debate sobre

a seguinte questão: *se e em que medida o juiz cria, ou não, direito?* Também será brevemente analisada a vinculação do “juiz” (*latu sensu*), como expressão genérica para designar todo e qualquer operador do direito que influencie de algum modo a produção de jurisprudência (advogados, procuradores, promotores, assessores, estagiários que redigem peças processuais, juízes etc.), e sua grande responsabilidade social para a construção de uma sociedade mais justa e humana, ao aplicar o direito.

A crítica ao excesso de “procedimentalismo” e formalismo da concepção ultra-legalista – a qual concebe a atividade do juiz como mero processo dedutivo-silogístico, sendo a norma jurídica a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor e a decisão, a conclusão – será encetada. A derrocada dessa ideologia anacrônica se deve ao fato de que o direito faz parte do universo da cultura e, como tal, está imbuído pelos valores dos seus criadores e operadores (legisladores e juízes, por exemplo), os quais não conseguem se furtar de imprimir o valorado subjetivamente ao objeto que manejam.

Tais temas e problemas farão parte do escopo dos nossos estudos.

2. O DIREITO ENQUANTO CATEGORIA HISTÓRICO-SOCIAL E O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO. DOGMÁTICA JURÍDICA, ABISMO GNOSIOLÓGICO E ABISMO AXIOLÓGICO.

No plano filosófico, trabalho e cultura são conceitos de um mesmo plano, sendo essa o resultado daquele. Trabalho, em sua conotação filosófica, é entendido como o processo racional pelo qual o homem transforma a natureza e a si mesmo e, conseqüentemente, acaba por produzir cultura, a qual, por sua vez, pode ser, simploriamente, conceituada como o total de elementos materiais e espirituais construídos pela racionalidade humana¹. Assim,

cultura é tudo o que o ser humano acrescenta às coisas (*homo additus naturae*, diziam os clássicos) com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo que é construído pelo homem e em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma dimensão que é o valor. Cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses.²

Destarte, a ciência do direito surge com uma ciência cultural, “não como produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas

1 - REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

2 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

como um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações”³. Por isso, conquistas no campo da teoria do conhecimento jurídico – chamada gnosiologia jurídica, gênero do qual a epistemologia jurídica, ou teoria do conhecimento científico do direito é espécie – situam-se na seara do culturalismo jurídico, que concebe o direito como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido valorativo, sendo, portanto, pertencente ao campo da cultura⁴.

Partindo-se desse pensamento primário, do direito culturalmente concebido, não é difícil perceber uma das peculiaridades do Direito como produto da cultura humana, a sua natureza bifásica; ou seja, sua especialidade em ser abstrato (espiritualidade) e, ao mesmo tempo, concreto (materialidade). O fenômeno jurídico se expressa cognitivamente no consciente coletivo humano, mas também se manifestando na forma de símbolos linguísticos, dentre os quais o de maior relevância e notoriedade é, sem dúvida, a palavra.

Nesse ponto, é interessante notar que a linguagem jurídica em si mesma é também uma entidade bifásica. Para a Semiologia de Ferdinand Saussure, a língua e a linguagem constituem um sistema de múltiplos signos e símbolos – as palavras –, os quais, por sua vez, constituem-se de dois planos conceituais: o conteúdo (significado) e o indício material (significante)⁵. A complexidade do fenômeno jurídico torna-se, assim, evidente, pois, em outras palavras, não só o Direito é concreto e simultaneamente abstrato, como, inclusive, os elementos materiais que o compõem são igualmente bifásicos. O terceiro elemento do problema são os fatos, isto é, relatos de eventos, os quais são únicos, individuais e irrepetíveis, cuja apreensão nunca se dá inteiramente por completo pelos órgãos sensoriais humanos.

Logo, é importante ter em mente que a eterna incompatibilidade entre esses três elementos é designada pelo conceito de *abismo gnosiológico*, ou do conhecimento. Neutralizar essa irredutibilidade é eterno almejo, nunca totalmente conseguido, do direito⁶. Assim, no presente estudo, há de sempre se levar em conta que nunca haverá correspondência exata entre o relato acerca do acontecido (fato), a sua expressão linguística (significante) e a ideia presente no pensamento acerca disso (significado).

Feitas tais considerações filosófico-culturais, necessário se faz investigar o fenômeno da positivação do direito, a fim de perceber como falar em padrões jurídicos é algo insustentável.

Desde a modernidade, o fenômeno jurídico - visto como uma força sociopolítica normativa, capaz de nortear efetivamente condutas intersubjetivas

3 - FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p. 38

4 - COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 60.

5 - WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 25.

6 - ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 288-293.

humanas -, passou a relacionar-se principalmente com o surgimento dos Estados nacionais, que pretendiam monopolizar a produção jurídica (antes fragmentada pelas diversas entidades senhoriais) e intensificar seu caráter coercitivo. Assim, o Estado Moderno erigiu o princípio da soberania como cerne, construindo uma autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção⁷. Vejamos o que diz Marcelo Neves:

O surgimento do Estado nacional moderno, em contraposição ao pluralismo feudal e à postura imperialista da Igreja, implica a pretensão de exclusividade de cada ordenamento jurídico estatal no respectivo espaço territorialmente delimitado.⁸

Neste caso, está implícita a noção de direito positivo, que pode ser entendido como aquele empiricamente observável e que depende da imposição de convicções éticas desejáveis para existir. O direito – entenda-se, novamente, direito positivo – é necessariamente obrigatório, podendo ser confirmado ou descumprido, mas nunca ignorado, visto que é sempre posto por alguma forma de poder ou estrutura social. Como a norma jurídica é juízo deontológico feito por uma autoridade competente, não depende necessariamente de sua real efetivação particular, numa perspectiva kelseniana:

A afirmação de que um indivíduo “deve” se conduzir de certa maneira não implica que outro indivíduo “queira” ou “comande” tal coisa, nem que o indivíduo que deve se conduzir de certa maneira efetivamente o faça. A norma é a expressão da ideia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão.⁹

Nessa perspectiva, interessante a relação entre o poder e a violência (como oposta ao poder)¹⁰. Estes são conceitos reciprocamente excludentes e inversamente proporcionais: o excesso de poder (consenso, reconhecimento da autoridade e do comando) implica a diminuição da violência, e o excesso de violência implica a perda de poder (não é à toa que estados totalitários precisam da violência para durar). Todavia, estes dois conceitos se exigem mutuamente (são reciprocamente excludentes, mas, ao mesmo tempo, são também includentes), pois todo poder (e o próprio Estado) reside um pouco

7 - BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

8 - NEVES, Marcelo. **Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social**: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina. Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, 1993, p. 313.

9 - KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51.

10 - ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, *passim*.

no consenso e um pouco na violência (sempre há meliantes e recalcitrantes dispostos a desobedecer aos comandos), e não há violência sem nenhum poder, pois a autoridade precisa ser reconhecida por alguém, para ter seus comandos impostos a outrem.

O que o direito positivado prega como lícito ou ilícito, ou seja, o conteúdo das regras por ele impostas, é sempre variável no tempo e no espaço, a depender das particularidades humanas da cultura que produz seu ambiente jurídico. Tal variação é designada pelo conceito de *abismo axiológico*¹¹. Ora, o direito positivo é um fenômeno global e não deve ser confundido com o direito dogmaticamente organizado, predominante nos Estados ocidentais contemporâneos. O primeiro (direito positivo) se fez presente na História desde as sociedades primitivas – a maior parte era, inclusive, ágrafa – e, justamente por fazer parte da essência humana, pode ser verificado nos mais diversos contextos sociopolíticos e em coexistência com outra pluralidade de subsistemas normativos, tais como as religiões e a moral. Já o segundo (direito dogmaticamente organizado), embora também seja influenciado por outras ordens normativas, é restrito a sociedades de estrutura complexa. Na verdade, o direito dogmaticamente organizado é apenas uma das múltiplas formas de expressão do direito positivo.

O direito dogmaticamente organizado não necessariamente surge em determinada sociedade e são necessários, basicamente, dois requisitos para sua consecução. O primeiro é a inegabilidade dos pontos de partida, que representa a necessidade de se argumentar por meio de normas, quando a discussão é jurídica. Assim, uma norma só pode ser elidida por outra norma, e assim por diante. O segundo requisito é a proibição de *non liquet*, isto é, a necessidade de decisão por parte do Estado, que monopoliza a produção do direito, bem como sua proclamação. Em outras palavras, o juiz, ao se defrontar com a lide, não pode escusar-se de apresentar uma decisão¹².

De qualquer maneira, o fenômeno jurídico é sempre relativo à capacidade ou poder de fazer valer determinada decisão sobre outra, diante de diferentes possibilidades de condutas mutuamente excludentes¹³. Ou seja, o elemento teleológico (finalístico) intrínseco ao direito é a resolução de interesses antagônicos, manifestados concretamente na forma de condutas conflituosas. A prevalência de uma convicção cognitiva ocorre sempre acompanhada de um argumento de legitimidade, o qual, no final das contas, sempre se fundamenta em sua possibilidade de coação.

Bom que se diga que, na atualidade, falar em padrão jurídico é sempre delicado, haja vista a pluralidade de sistemas jurídicos, cada qual inserido

11 - ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293-294.

12 - ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215-217.

13 - ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

em um contexto sociológico, axiológico, político e histórico singular e único e, por isso mesmo, com suas especificidades próprias. Uma Ciência Jurídica de normatividade pura constitui apenas uma representação cognitiva empiricamente inexistente ou inverificável na realidade concreta. Do ponto de vista filosófico, entretanto, a formação do saber da Ciência Jurídica parte sempre de um processo histórico-social vigente, cuja abrangência e amplitude fazem com que o sistema jurídico agregue para si elementos empíricos diversos da vida humana e, assim, se manifeste na infinidade de condutas humanas potencialmente realizáveis. O direito, portanto, influi sobre a realidade e, ao mesmo tempo, é determinado por ela.

3. ESCOLA DA EXEGESE X ESCOLA JURISPRUDENCIAL: O CARÁTER CRIATIVO E PRODUTIVO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO. A JURISPRUDÊNCIA COMO EXTERIORIZAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE DECIDIR NO ESTADO DOGMATICAMENTE ORGANIZADO.

No mundo ocidental, duas concepções ideológicas ganham destaque: o idealismo-espiritualista de teor jusnaturalista e o formalismo burguês normativista. No âmbito jurídico, tais concepções referem-se ao modo como o direito é construído ou - de modo mais direto -, como as normas são produzidas e passam a integrar efetivamente à estrutura do ordenamento. É um tema, portanto, das fontes do direito. Dentre as fontes formais estatais, a lei e a jurisprudência podem ser melhor entendidas quando vistas sob a perspectiva de duas tendências doutrinárias.

A primeira delas é representada pela Escola Clássica ou da Exegese, a qual, no fundo, é reflexo do racionalismo antropocentrismo e iluminista, cujos adeptos acreditavam na atomização do indivíduo, na infalibilidade da razão e na univocidade linguística (*in claris non fit interpretatio*). Segundo Sérgio Nojiri¹⁴, o surgimento dessa escola teve início com a reunião de juristas belgas e franceses voltados ao estudo e ensino do Código Civil Napoleônico. Mesmo após o aparecimento de outras escolas de mesma tendência doutrinária, a Escola Clássica continuava a ser a melhor representação da corrente Legalista, já que concebia o juiz como simples ator declaratório, responsável, apenas, por tornar explícito o significado da norma positivada. Para a Escola da Exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita, desse modo, nesse momento, a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se, com rigor cabal, ao texto legal e revelar seu sentido; portanto, o estudo do direito deveria reduzir-se à mera

14 - NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

exegese dos códigos.¹⁵

Ademais, para esta escola, a lei identifica-se com a norma jurídica e deve ser interpretada literalmente. Assim, o processo de aplicação era um mero silogismo apodítico, no qual as premissas constroem a razão à conclusão¹⁶, e o intérprete autêntico, o juiz, deve descobrir dedutivamente a única resposta correta ao caso. É importante ressaltar que, assim, o juiz seria sempre incapaz de produzir norma jurídica e todas as respostas já estariam na legislação, sendo o operador do direito mero autômato.

Outra tendência, intrinsecamente ligada ao ‘Common Law’, é a da Escola Jurisprudencial e se faz presente, principalmente, nos países de cultura anglo-americana. O próprio nome induz, corretamente, à perspectiva de um direito, cuja construção mais se deve à atividade jurisdicional, baseada em precedentes, e ao costume, e menos aos atos legislativos por meio dos quais normas genéricas e abstratas são emanadas¹⁷. Segundo tal corrente, o juiz produz o direito para o caso concreto por meio da análise dos precedentes judiciais, dos costumes, dos juízos de equidade, dentre outros meios, dos quais as leis não estão excluídas. O intérprete autêntico, portanto, diante do caso concreto, possui sempre uma função criativa e não apenas declaratória. Neste diapasão, a Jurisprudência dos Interesses, desenvolvida na Alemanha por Philipp Heck, Max Rumelin, Paul Oertmann, dentre outros,

não confina o juiz a mera função cognoscitiva, permite que ele construa novas normas para as situações não previstas, mediante o emprego de analogia, que todavia não se apoia sobre a literatura de um texto, mas na valoração de interesses que inspirou aquele dispositivo, e que corrija as normas deficientes. O juiz é, portanto, um eficaz auxiliar do legislador. (...) Os conceitos jurídicos são instrumentos do jurista, são conceitos classificatórios, utilizados para sistematizar as normas jurídicas. (...) Logo, a Jurisprudência tem a dupla função de elaborar normas e organizá-las ou ordená-las¹⁸.

Na atualidade, a capacidade de criar Direito, reconhecida por muitos ao juiz, é vista como uma forma de acompanhar a crescente complexidade presente nas sociedades e, dessa forma, manter o direito como um instrumento efetivo para dirimir conflitos. Nesse ponto, é importante lembrar que, pelo fato de o direito dogmático moderno ter como uma de suas características fundamentais a obrigatoriedade de decidir – também conhecida como a proibição do *non liquet*¹⁹ –, comprovou-se que até mesmo sistemas jurídicos

15 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

16 - MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 87-97.

17 - REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

18 - DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

19 - ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

excessivamente codificados são incapazes de dar conta da infinidade de casos concretos, únicos, singulares e irrepetíveis em sua totalidade de elementos fáticos, sendo inegável o caráter criativo e produtivo da interpretação e aplicação do direito.

4. A JURISPRUDÊNCIA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL PARA COMPREENSÃO DA SUA RELEVÂNCIA. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE AS FAMÍLIAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*.

O termo jurídico “jurisprudência”, de origem latina (*iurisprudentia*), tem basicamente dois significados, podendo referir-se tanto à ciência do direito (e neste caso o vernáculo deve ser grafado com letra maiúscula), como à prática do direito, entendida como conjunto de decisões uniformes dos tribunais. Ao longo da história, se discutiu se a jurisprudência é uma entidade dotada de poder suficiente para emanar normas válidas, ou seja, se ela constitui uma fonte do direito.

Na Roma Antiga, Ulpiano já concebia a Jurisprudência como a Ciência do Direito, ou seja, a ciência que tem o fenômeno jurídico por objeto de conhecimento. Por outro lado, para Calístrato, a jurisprudência significava uma autoridade normativa de formação espontânea, a partir da formulação de sentenças e que incidia sobre a própria construção de novas sentenças. A noção conceitual de Calístrato foi de maior influência nos Estados de tradição romanística (*Civil Law*), que tinham a maior parte de seus sistemas jurídicos escritos.

Já o conceito de Ulpiano foi incorporado pelos países de tradição anglo-saxônica (*Common Law*). É preciso ressaltar, todavia, que, neste último caso, o entendimento sobre a Ciência do Direito recebe sentido restrito, diferente daquele modernamente atribuído à ciência dogmática do direito que tem, dentre outras tarefas, a função de sistematizar e regular a estrutura organizacional normativa²⁰.

Ainda na atualidade, apesar da permanência dos múltiplos significados, a jurisprudência, em síntese talvez apertada demais, é definida majoritariamente como o conjunto de decisões individuais definitivas (transitadas em julgado) e concordantes. Para Miguel M. de Serpa Lopes, o caráter científico processual do direito pode ser visto sob três pontos de vista: o da jurisprudência teórica (análise dos argumentos justificadores das interpretações); os pareceres dos juriconsultos (a própria doutrina, ou seja, opiniões de autoridades cujo

20 - ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

acatamento não se faz obrigatório²¹); e a jurisprudência, em si mesma, nada mais é do que uma espécie de direito objetivo, cuja formação se dá com a formulação de sentenças de conteúdo semelhante.

Há várias concepções conotativas em relação ao termo jurisprudência. São elas: a totalidade das resoluções judiciais; o precedente judicial que se invoca na forma de um princípio para fundamentar argumento jurídico; a sentença de tribunais superiores; os acordos plenários das Câmaras de Apelação; e, por fim, o que dispõem certas leis sobre a jurisprudência obrigatória, tais como súmulas vinculantes.

A verificação empírica, por parte dos juristas e da sociedade leiga, de uma crescente homogeneidade e constância de conteúdos em decisões jurídicas possui implicações práticas benéficas ao direito. Exemplo destas é aumento da previsibilidade, inserida no conceito de segurança jurídica, já que casos concretos semelhantes passam a ser decididos de forma semelhante, de modo a intensificar o processo de redução de expectativas²².

Na atualidade, por sinal, é evidente o fenômeno de influências recíprocas entre os sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*. A ordem jurídica norte-americana, por exemplo, torna-se cada vez mais codificada, ao passo que, em ordens jurídicas de origem romanística tais como a brasileira, crescente é a importância dos precedentes judiciais. Estes, quando na forma de acórdãos, já se fazem, em alguns sistemas *Civil Law*, obrigatórios como justificação interpretativa.

5. O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO. A JURISPRUDÊNCIA COMO ATIVIDADE CRIATIVA E COMO FONTE DO DIREITO. SEU PAPEL DENTRO DAS CONCEPÇÕES LEGALISTAS, NORMATIVISTAS E REALISTAS.

Na contemporaneidade, tanto nos sistemas jurídicos *Common Law* quanto nos *Civil Law*, predomina a concepção teórica segundo a qual o ato de vontade, pelo qual sentenças são produzidas, é a fonte autêntica do direito objetivado. O argumento principal deste pensamento pode ser resumido na ideia de que o direito se presta, enquanto jurisdição, justamente para a resolução dos casos particulares.

A jurisprudência é a fonte natural do direito, pois, sem ela, normas individuais não existiriam e, assim, o próprio direito inexoravelmente tornaria-se obsoleto. Ainda segundo tal pensador, a teoria clássica da Separação de

21 - FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 247.

22 - STAMFORD, Artur. **A Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Editora Juruá, 2000, p. 101.

Poderes, hoje já incorporada ao constitucionalismo e à noção de democracia, tende a minimizar a importância da atividade do juiz. Para melhor compreender a origem de tais ressalvas feita também por Belaid²³, é válido lembrar a conceituação da Separação de Poderes como um sistema de “freios e contrapesos”, segundo a qual os atos do Estado podem apenas ser efetivados pelos Poder Legislativo (atos gerais) e Poder Executivo (atos especiais); ao Poder Judiciário cabe, apenas, a ação fiscalizadora em casos de exorbitância²⁴.

É também importante lembrar que a consolidação da Separação de Poderes – que pode ser claramente percebida, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – coincidiu com o surgimento do Legalismo clássico, cujos adeptos defendiam a atribuição de poderes políticos apenas a órgãos legislativos e executivos. Neste sentido, é interessante notar que John Locke, em sua teoria da Separação de Poderes, só concebia o poder legislativo, executivo e federativo (espécie de prerrogativa do executivo, concernente às relações internacionais – declarar guerra e celebrar a paz –, por exemplo)²⁵. A falta de poder político ao Poder Judiciário fazia com que sua função meramente processual se tornasse sujeita a interferências dos outros poderes, tornando-o uma espécie de máquina jurídica passiva, desprovida, na prática, de qualquer forma de autonomia.

O monopólio legiferante por parte do legislativo é tido, atualmente, como um mito. Rui Barbosa já asseverava:

Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis do direito privado. Toda codificação, apenas decreta, entra sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais²⁶.

Predomina hoje, no panorama da teoria do direito e da filosofia do direito, a ideia de que o juiz produz, por meio de múltiplos métodos dinâmicos, normas jurídicas individuais, a saber, as decisões judiciais. A tendência juspositivista responsável pela consolidação dessa nova concepção foi o Normativismo, sucessor do Legalismo. O auge teórico desse pensamento foi atingido pelo seu principal representante, Hans Kelsen, para quem o processo de construção de normas individuais sempre apresenta certo grau de indeterminação, entre a limitação abstrata imposta pela norma geral (moldura) e as possíveis escolhas de soluções corretas percebidas somente diante do caso

23 - BELAID, Sadok, *Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge*. Paris: L.G. D.J., 1974, p. 5 e 295.

24 - DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

25 - LOCKE, John. **Dois tratados sobre**. São Paulo: 2005. *Passim*.

26 - SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro**. Revista dos tribunais, 1968, v. 2, p. 50-55.

concreto. O preenchimento desta “moldura” deve ser efetivado por meio de um ato de vontade, responsável pela escolha de uma dessas decisões e pela concretização/aplicação do direito²⁷.

Mais recentemente, outra tendência juspositivista veio a corroborar a função criativa do juiz: o Realismo. De modo geral, o Realismo tenta esvaziar o conceito de legitimidade de qualquer conteúdo, defendendo que, nas decisões jurídicas, o caráter indutivo é sempre predominante e que, por conseguinte, qualquer decisão é possível²⁸. Dessa forma, em sua tarefa criativa, o juiz age como um soberano, sujeito apenas às leis vinculativas, as quais, na prática, dependem do reconhecimento de submissão por parte do próprio juiz para possuírem efetividade e, conseqüentemente, impedem somente de tomar decisões absurdas.

Assim, para tal concepção, grosso modo, o juiz, diante da querela, toma a decisão indutivamente e *a priori*, buscando apenas, na legislação – *a posteriori* –, “pinçar” justificativas plausíveis e pretensamente racionais para legitimar e racionalizar legalmente sua sentença, ou seja, o juiz decide de acordo com sua vontade. A legislação só serve para “maquiar” os interesses ocultos dos magistrados, sendo pós-moldada com fim de dar legitimidade à decisão.

Para Amílcar de Castro²⁹, o Poder Legislativo é incapaz, inclusive, de criar o direito propriamente dito, pois este só se faz como tal quando compatível com as particularidades fáticas dos conflitos; o que não acontece com as leis, pois são essencialmente abstratas e genéricas. Em concordância com esse pensamento, Belaid³⁰ afirma que as leis são incapazes de garantir estabilidade e existência ao fenômeno jurídico, sendo as decisões os únicos meios capazes de dar concreção a princípios fundamentais de qualquer ordem jurídica. Na contemporaneidade, a lei é vista como um instrumento para o exercício do poder; ou ainda, como uma força político-ideológica que possibilita a produção de efeitos desejáveis sobre indivíduos ou grupos humanos³¹.

Segundo João Maurício Adeodato, a dogmática jurídica, em si mesma, tem como pressuposto teleológico a difusão de ideologias de grupos dominantes, aqueles que detêm o poder efetivamente coercitivo³². Portanto, na modernidade ocidental, a materialização das ideologias dominantes, que constituem o *relato vencedor* – para usar a terminologia tão cara à Filosofia

27 - KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388.

28 - ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

29 - CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.40, 42 e 43.

30 - BELAID, Sadok. **Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge**. Paris: L.G. D.J., 1974, p. 306, 307 e 332.

31 - ARANHA, Lúcia; MARTINS, Helena. **Filosofando**. 3ª Edição; Editora Moderna, 2004, p. 214.

32 - ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

Retórica – na forma de leis é desempenhada pelo Estado por meio do próprio direito, o qual é uma, e não a única, técnica social voltada para o *controle público da linguagem* e que contribui enormemente para a “vitória” de um *relato*. Assim, este se faz *existencial* e passa constituir o que se chama “realidade”, a qual nada mais é do que um consenso linguístico momentâneo, instável e mutável, posto que a realidade seja linguística³³.

Nesse contexto, é interessante notar que o juiz – e somente ele – é capaz de decidir em benefício de setores sociais menos favorecidos, mesmo nos casos em que as peculiaridades mostram-se favoráveis à parte dominante. Esta prática foi pregada, inclusive, pelo movimento do “Uso Alternativo do Direito”, que surgiu na transição da década de 60 para 70 e, a princípio, adotava preocupações sociais de caráter socialista³⁴. É interessante notar que esta corrente dizia que o normativismo kelseniano seria incentivador de uma preocupação excessiva lógico-formal por parte dos operadores do direito, esquecendo-se do lado social e humano. Os juízes simpatizantes de tal movimento passaram a utilizar as lacunas e a abstração das normas gerais, a fim de aplicar o direito de forma alternativa e mais humana e, assim, decidir em favor, por exemplo, dos empregados que sofriam com a precariedade da legislação trabalhista.

Os intérpretes são, portanto, capazes de observar e incidir sobre processos sociais – dos quais, inclusive, o fenômeno jurídico faz parte. Porém, observe-se que a mesma “brecha” poderia ser usada por juízes corruptos para satisfazerem os interesses das grandes empresas e validar juridicamente um regime desumano de trabalho dos empregados. Novamente, o problema do abismo gnosiológico, pois os significantes não estão engessados a um único significado, nem estes dois a um só fato.

Dessa forma, é evidente que o processo cognitivo de formulação de normas individuais não está condicionado à vontade do legislador, já que o próprio juiz pode atuar como agente de uma expressão social não prevista normativamente por meio da exploração das contradições da ordem jurídica. É interessante entender que a subjetividade processual, ou seja, a individualidade no processo de decisão não implica, necessariamente e por si só, maior parcialidade.

Por outro lado, a autonomia judicial permite ao magistrado adaptar a norma legal aos novos contextos sociológicos para, assim, atuar de forma mais

33 - ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 18-20.

34 - OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência O Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004, p. 96.

adequada, equânime e justa. A interpretação, desenvolvida pelo magistrado, não apenas incide sobre a norma legal oficialmente codificada, mas também recai sobre os mais diversos fenômenos extrajurídicos. Embora faça parte de um órgão que representa simbolicamente a estrutura do poder dominante – o tribunal –, o juiz pode transgredi-lo, levando em consideração agentes sociais emergentes. Para José Castán Tobeñas³⁵, a sentença judicial é a fonte última do direito material do Estado, sendo sua construção o momento no qual o direito é operacionalizado, aplicado e, enfim, concretizado.

Nesse contexto, surge a problemática da limitação da liberdade judicial. É, de fato, a autonomia dos magistrados benéfica à sociedade? Para Benjamin Cardozo³⁶, as diferentes convicções ideológicas dos juízes se anulam. Em outras palavras, quando observadas do ponto de vista da totalidade operacional do direito, as diferenças de conteúdo na resolução dos casos concretos se compensam mutuamente. Entretanto, é importante notar que isso não impede a ocorrência de “falhas” no âmbito de um caso concreto isoladamente analisado, tais como uma decisão excessivamente reacionária. Neste sentido, dispositivos limitadores da liberdade do juiz foram criados, dentre eles, pode ser mencionada a própria codificação jurídica, que se presta como elemento vinculativo do juiz à lei.

Faz-se necessária, enfim, a conscientização de que, em termos teleológicos do fenômeno jurídico, ao operador do direito não cabe a tarefa de aplicar a lei ou de dar concretude ao direito de qualquer forma, mas que sua função é, antes de tudo, concretizar a justiça humana no caso concreto, o que lhe traz grande responsabilidade social.

6. ASPECTOS IDEOLÓGICOS DA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO

As concepções teóricas de cunho fortemente legalista não só desfavorecem, em termos de poder conferido, o Poder Judiciário, como tornam sua função essencialmente procedimental e simbólica. Tal simbolismo seria decorrente do fato de suas atividades serem meras deduções mediatas e formais, por meio das quais seria possível se chegar, silogisticamente, do geral ao particular³⁷. Esse pensamento, todavia, mostrou-se insuficiente para explicar de modo plausível a complexidade intrínseca ao ato jurídico da decisão e suas implicações práticas que acabam por influir no fenômeno

35 - TOBEÑAS, José Castán. *La Formulación Judicial del Derecho*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 25.

36 - CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Porto Alegre: Coleção AJURIS, p. 9, 128, 134, 135, 157.

37 - REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1º Volume, 1975, p. 132.

jurídico como um todo.

Hodiernamente, até mesmo nos sistemas *Civil Law*, o alcance do direito jurisprudencial é reconhecido – mesmo que de forma minimizada. Nesses casos, de maneira geral as regras jurídicas de origem jurisprudencial assumem importância secundária em relação àquelas promulgadas pelo legislador, porquanto são tidas como as mais suscetíveis a serem rejeitadas ou sofrerem modificações³⁸. É relevante notar que, até mesmo nesses sistemas, a jurisprudência passou a ser tida como capaz de produzir normas válidas, ou seja, passou a ser reconhecida como fonte do direito.

O ordenamento jurídico, dessa forma, é composto não só por normas abstratas e genéricas, promulgadas por atos legislativos, mas é também formado por normas individuais, construídas por atos judiciais. Para Alberto G. Spota³⁹, a jurisprudência pode ser tida como a fonte verdadeira do direito, na medida em que ela própria serve de instrumento para a atualização dos tipos legais e, assim, evitar que parte da normatividade jurídica perca sua eficácia e torne-se obsoleta.

Em concordância com esse pensamento, Dualde⁴⁰ destaca algumas das peculiaridades da jurisprudência em comparação com outras fontes do direito, tais como: a produção consciente e processual de normas (o que falta ao costume) e a observância analítica do relato dos fatos do caso concreto para a construção dessas mesmas normas (o que falta à lei). A flexibilidade da dinâmica judicial faz da jurisprudência, dentre todas as outras fontes jurídicas – tais como a doutrina, o costume e os princípios gerais do direito –, a fonte normativa hegemônica, capaz de melhor satisfazer exigências sociopolíticas.

A ascensão da importância da jurisprudência traz consigo duas questões de grande relevância ao debate acadêmico acerca do fenômeno jurídico. Uma delas é a historicamente recente concepção – claramente em contraposição ao pensamento legalista –, segundo a qual a lei não é necessariamente direito, podendo ser entendida, muitas vezes, como um instrumento de conteúdo genérico e abstrato utilizado, apenas, para dar significação jurídica a atos juridicamente relevantes. Neste caso, o direito não poderia estar na lei em si mesma, impessoal e de conteúdo expressamente político, mas somente na norma individual, que surge em compatibilidade com a singularidade de fatos concretos.

38 - DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 150.

39 - SPOTA, Alberto G. **El Juez, el Abogado y la Formación del Derecho através de la Jurisprudencia**. Buenos Ayres: Depalma, 1976, p. 37-8.

40 - TOBEÑAS, José Castán. **La Formulación Judicial del Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 145.

Para José Puig Brutau⁴¹, a necessidade de uma jurisprudência dotada de “poder legiferante” surge da prerrogativa exclusiva do Estado de criar e qualificar regras jurídicas, o que, em outras palavras, significa negar o entendimento do sistema jurídico como resultado de uma confluência de outras ordens normativas e contextos históricos e sociais. A Teoria da Separação de Poderes, cuja efetivação tende a consolidar a distinção entre um órgão essencialmente legiferante e outro meramente aplicador e regulamentador, mostra-se em dissonância com a atual complexidade sociológica crescente.

A outra questão, vinda do debate sobre a jurisprudência, é o caráter ideológico inerente à decisão judicial, uma vez que, no fundo, não apenas as leis são desenvolvidas de acordo com as convicções ideológicas do grupo dominante. Segundo Belaid⁴², concatenado com uma ontologia marxista da realidade, o direito é composto, assim como a sociedade, por uma infraestrutura e uma superestrutura: a primeira corresponde ao conjunto das relações de produção e das forças produtivas (base material), ao passo que a segunda traduz-se pela totalidade de instituições jurídicas, que incorpora princípios valorativos de outras ordens normativas, mas acaba por expressar, quase que exclusivamente, aqueles do interesse do grupo que detém o poder coercitivo.

Ora, assim como o legislador, o juiz é incapaz de livrar-se de seu arcabouço pré-compreensivo - o qual foi construído ao longo da vida -, na hora em que vai compreender um texto normativo. Assim, o pensamento gadameriano conceitua o termo “horizonte de compreensão” como um representante do conjunto de conceitos e crenças que o ser humano tem ou que são erigidos por ele em seu relacionamento e entendimento do mundo: não há como ele se despojar de suas vivências, de seus preconceitos e pré-compreensões, sendo este horizonte de compreensão crucial à existência humana e a interpretação e compreensão do objeto.⁴³

A aplicação do direito – por não constituir uma ciência, mas, sim, uma prudência, como queriam os romanos (*prudentia*) –, necessita de saberes práticos e do manejo de noções para resolver conflitos, sempre de uma forma aceitável, ponderável, razoável, proporcional, plausível, justificável⁴⁴. Esta abertura para a escolha de uma dentre as múltiplas resoluções possíveis possibilita a inserção de valores e concepções de mundo ao conteúdo normativo da sentença, o que, seja conscientemente ou não, sempre ocorre.

41 - TOBEÑAS, José Castán. **La Formulación Judicial del Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 4-6.

42 - BELAID, Sadok. **Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge**. Paris: L.G. D.J., 1974, p. 91.

43 - GADAMER, H.-G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 327.

44 - GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 39.

Tais convicções valorativas são, quase sempre, aquelas predominantes na classe social de origem do magistrado, as quais, geralmente, são dotadas de forte caráter elitista e reacionário.

Nesse contexto, alguns teóricos, influenciados pelo racionalismo do século XVIII e pelo pensamento positivista do século XIX, tentaram desenvolver métodos rígidos para a formulação de sentenças neutras, o que, no início, correspondeu a uma tentativa de elaboração objetiva de uma Ciência Jurídica⁴⁵. Todos os esforços, entretanto, mostraram-se obviamente incapazes de auferir a finalidade à qual se prestavam, devido principalmente à cristalização prévia de ideologias, por parte dos juízes. Logo, os valores são imanentes à legislação, quer as pessoas queiram ou não, nunca o operador do direito (legislador, intérprete e juiz) conseguirá se furtar de imprimir sua carga valorativa subjetiva ao objeto que manejam.

Para Ralph Miliband⁴⁶, quase a totalidade dos operadores jurídicos é formada por homens dotados de mentalidade essencialmente reacionária, sendo os de pensamento progressista minoria absoluta. A origem da formação de uma estrutura burocrática de cargos assumidos por pessoas predominantemente conservadoras encontra-se no próprio processo seletivo dessas pessoas. Ainda segundo o autor, o desenvolvimento de metodologias rígidas, tais como interpretações lógicas e literais da lei, é insuficiente para classificar o exercício judicial como atividade neutra.

Na verdade, esses instrumentos procedimentais conferem somente uma legitimidade aparente, a qual, no fundo, esconde elementos ideológicos. Desta forma, o Poder Judiciário torna-se incapaz de abordar os conflitos de forma externa, já que os próprios juízes fazem parte deles – sejam eles reais ou abstratos –, pela predominância de interesses ético-ideológicos de cada um. Partindo-se da verificação empírica de que a maior parte dos magistrados tem origem elitista, os tribunais acabam por decidir, geralmente, em favor da propriedade e do capital, segundo a óptica marxista. Esta problemática não é restrita ao Judiciário; é inerente à estrutura jurídica como um todo. O ordenamento jurídico incide sobre a realidade e, ao mesmo tempo, dela sofre interferências; há, portanto, uma reciprocidade de influências.

A dogmática jurídica tenta ao máximo esvaziar o conteúdo ético do direito, e consegue, pelo menos a maior parte dele, por meio do que João Maurício Adeodato chama de cinco pressupostos à organização dogmática de um direito moderno estatal: estabelecimento obrigatório de textos normativos

45 - SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

46 - MILIBAND, Ralph. **O Estado na Sociedade Capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972, p. 169-178.

(“pontos de partida”), obrigatoriedade de interpretá-los, obrigatoriedade de alegar expressamente esta interpretação, obrigação de decisão do conflito (proibição do *non liquet*) e necessidade de fundamentação de decisões em normas superiores⁴⁷.

A Teoria da Separação de Poderes mostra-se, então, como uma forma organizacional e sistemática para melhor efetivar os interesses daqueles que detêm o poder coercitivo, de modo que a sua função de evitar os usos abusivos de poder evidencia-se como um simples argumento retórico para conferir legitimidade ao sistema. Sobre isso, conclui-se que:

mesmo no contexto secular dos privilégios de funcionários públicos no Brasil, a sociedade civil merece certamente um controle muito mais rígido dos magistrados e tribunais, assim como do executivo e do legislativo, tentando manter pelo menos a força retórica da separação de poderes⁴⁸.

Sobre esse ponto é importante lembrar que o poder originário - tido como o conjunto de forças políticas, que acabam por fazer nascer um novo ordenamento jurídico -, não faz de sua força seu fundamento de legitimidade⁴⁹. Reduzir a legitimidade à força faz com que todas as entidades jurídicas percam seu caráter de juridicidade, entendido, aqui, em seu sentido amplo, relativo à concretização da justiça. Faz-se necessário, enfim, o reconhecimento, por parte dos operadores do direito, de sua função crítico-apreciativa das forças sociais antagônicas que, aos poucos, constroem a sociedade de classes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. A NORMA JURÍDICA COMO CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA A PARTIR DE TEXTOS LEGAIS OS QUAIS SÃO DADOS DE ENTRADA. A COMPREENSÃO AQUI DEFENDIDA DA SITUAÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO ATIVIDADE, BEM COMO FONTE DO DIREITO.

Não se pode olvidar o caráter construtivo da jurisprudência. Longe de juízos de valor, em constatação, a atividade jurisprudencial, tomada como conjunto reiterado de decisões, é hoje uma mostra de como são estruturadas as construções normativas de dentro do Poder Judiciário, aliás, do Poder como um todo, já que, por exemplo, os Tribunais de Contas não escapam a tal

47 - ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309-313.

48 - ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional* – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

49 - BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2010, p. 227.

entendimento.

Em um panorama atual, no qual o Legislativo perde espaço para o Judiciário, atestar o caráter elucidativo – para não dizer vinculante – da jurisprudência seria um erro. Para o bem e para o mal, defendido por uns e atacado por outros, o processo integrativo da linguagem jurídica passa, necessariamente, por aquilo que é reiteradamente “dito” pelos operadores do direito, para assim construir seu significado.

Ora, se o texto no qual se tenta expressar a norma jurídica é apenas um dado de entrada à interpretação, ainda não dotado de qualquer significado relevante voltado à *práxis* da decisão, é inegável a importância do operador, mormente daquele cuja responsabilidade é dar fim a um conflito de interesses dentro de um caso concreto.

Quando há convergência, no espaço e no tempo, de número significativo de processos interpretativos, os quais são vistos como decisões – não somente a sentença oriunda do magistrado, mas em caráter geral, como, por exemplo, um parecer de um membro da Advocacia Geral da União –, existe um “constrangimento” na direção de tal interpretação, de maneira que esta se torna uma direção operacional a ser seguida. Tal impressão se justifica pelos mais variados motivos, como se viu alhures. A interpretação e o estudo acerca desses motivos levam à doutrina, por vezes, a prescrever a necessidade de admissão do caráter legislativo da jurisprudência; mas há quem rechaça tal possibilidade. Tal variação está intimamente ligada ao grau de relação entre vinculação e discricionariedade, por parte da jurisprudência.

Mais importante que advogar a favor ou contra tal causa é reconhecer os dois tipos ideais (jurisprudência “forte” *versus* jurisprudência “fraca”) e os fatores que determinam a proximidade de cada situação jurídica a um desses polos. Isso perfaz um instrumento imprescindível ao advogado, o qual almeja êxito no seu recurso, por exemplo, ou ao juiz que deseja que sua sentença não seja reformada pelo tribunal; enfim, ao operador que almeja ao sucesso argumentativo dentro de sua função.

Por fim, tem que se ter em mente que o texto legislativo é apenas uma senda larga a ser seguida, um dado de entrada à interpretação. Tal “percurso” não tem estrutura rígida e pronta, sendo modelado por fatores inúmeros, como visto no trabalho, os quais não podem simplesmente ser dominados em sua totalidade, ante a infinita contingência e complexidade da realidade. A tarefa do bom operador consiste, então, em atestar importância devida a cada um dos fatores dentro do processo de construção da norma jurídica e utilizar os pontos, dentro do sistema jurídico, que mais proclamam uma diversidade de significados aos significantes dos textos legais, a fim de obter sucesso em sua trajetória persuasiva, não importa se defendendo, acusando ou julgando. A

jurisprudência é um de tais fatores.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **A Retórica Constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011;

AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. **Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988;

ARANHA, Lúcia. MARTINS, Helena; **Filosofando**. São Paulo: Editora Moderna, 2004;

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: *Civilização Brasileira*, 2009;

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2010;

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010;

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011;

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012;

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977;

_____. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2008;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006;

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975;

NEVES, Marcelo. **Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina**. Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, 1993;

NOJIRI, Sergio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência O Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004;

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1º Volume, 1975;

_____. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002;

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, 1968, v. 2;

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

STAMFORD, Artur. **A Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Editora Juruá, 2000;

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1995.