

O Direito que “brota do chão”? Reflexões epistemológicas sobre a indução na ciência jurídica

The law that “springs from the ground”? Epistemological reflections on induction in legal science

Luciano Athayde Chaves¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
lucianoathaydechaves@gmail.com

Rafael Marcílio Xerez²

Universidade de Fortaleza, Brasil
rmxerez@secrel.com.br

Resumo

O presente estudo examina o papel epistemológico exercido pelo método da indução nos processos de concretização normativa do Direito. Para tanto, com base em uma pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional, apresenta o Direito como uma categoria histórica, no sentido de que sua metodologia é cognitivamente aberta à evolução, seja pela mudança das leis, seja também pelo caminho do direito judicial, onde o seu caráter problemático se serve da indução como força diretiva para a construção de normas jurídicas. A decisão judicial estudada (Recurso Especial n. 1.063.343), oriunda do Superior Tribunal de Justiça, demonstra a força diretiva dos processos indutivos na (re)construção dos paradigmas normativos a partir de problemas, pondo em evidência a importância que o problema concreto (âmbito da norma) assume no desenvolvimento do Direito, em especial a partir da perspectiva da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Também se observou que esse processo concretizador é compatível com a exigência da segurança jurídica, em seu significado contemporâneo, bem como se mostra como fonte de inspiração e referência para os movimentos de atualização da legislação, como se verificou na nova redação do art. 976, §§ 1º e 2º do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: epistemologia jurídica, indução, normas jurídicas, teoria estruturante do direito, segurança jurídica.

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Campus Universitário Lagoa Nova, 59078-970, Natal, RN, Brasil.

² Universidade de Fortaleza. Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, CE, Brasil.

Abstract

The present study examines the epistemological role played by the induction method in the normative concretization processes in Law. Thus, based on a bibliographical and documental research on the doctrine, jurisprudence and national legislation, it presents Law as a historical category, in the sense that its methodology is cognitively open to evolution, either by changes in the laws, or by the path of judicial laws, where the problematic character uses the induction as a direct force for building up judicial norms. The judicial decision studied (Special Appeal number 1.063.343), which comes from the Superior Court of Justice, expresses the direct force from the inductive procedures upon the (re)build of normative paradigms from the problems, highlighting the importance that the concrete problem (normative-wise) has in the development of Law, especially from Friedrich Müller’s perspective in ‘Law Structure Theory’. We also noticed this concretizing process is compatible with the judicial safety demand, in its contemporary meaning, and it is also presented as a source of inspiration and reference for the legislation’s update movements, as it can be seen in the new release of Article 976, sections 1 and 2, from the new Code of Civil Procedure.

Keywords: legal epistemology, induction, legal rulings, law structure theory, legal certainty.

Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício) (Müller, 2009, p. 61).

Introdução

O ‘Planeta dos Macacos’ (*La planète des singes*), romance escrito por Pierre Boulle e publicado no ano de 1963, provocou grande repercussão, tendo inspirado diversos tipos de manifestações culturais, desde filmes, séries de televisão, quadrinhos, brinquedos e outros livros³. Dentre os vários filmes inspirados na obra, talvez o de maior repercussão tenha sido aquele lançado em 1968, dirigido por Franklin J. Schaffner e estrelado por Charlton Heston, considerado para muitos uma produção com cenas icônicas dos anos 1960 (Noboa, 2014, p. 1).

A narrativa da obra, em gênero de ficção científica, descreve uma aventura de dois viajantes da Terra pelo espaço sideral com destino a um planeta supostamente capaz de abrigar a vida. A longa jornada, beneficiada pelas dobras temporais, encontra esse planeta muitos séculos à frente do tempo da Terra. Após o pouso, os dois viajantes encontram uma tribo humanóide primitiva e, logo

em seguida, são achados e atacados por um grupo de caçadores: gorilas, orangotangos e chipanzés, vestidos como humanos do século XX. Um dos viajantes é morto e o outro é capturado e levado até a cidade dos símios, que em muito se parecia às cidades do planeta Terra. Lá, o viajante capturado não encontra uma sociedade primitiva, mas complexa, na qual os humanóides são criaturas submetidas a trabalhos manuais em estrato muito inferior aos dos macacos. Nessa sociedade, os gorilas exercem funções de proteção e de força, os orangotangos as tarefas políticas e os chipanzés são os intelectuais, os cientistas.⁴

Apesar do lento, mas progressivo, avanço dessa cultura, é latente – e proibida – a discussão de sua origem, sendo vedado o acesso a determinadas regiões do planeta, denominadas simplesmente de ‘zona proibida’, onde repousam evidências que, no passado distante, o planeta era habitado por humanos, que ali desenvolveram uma sociedade de alta tecnologia e onde os primatas eram submetidos a trabalhos manuais e forçados (Wikipédia, 2017).

Após demonstrar aos cientistas a capacidade de raciocinar e de falar, o viajante é considerado perigoso e passa a ser perseguido. Na sua fuga, ele consegue alcançar o espaço novamente, desta vez acompanhado de uma das nativas, e retorna à Terra, 700 anos depois,

³ Dentre os livros, pode-se citar a obra de Eric Greene (1998), que explora o potencial da narrativa como uma forma de descrever, com profundidade, a cultura e apresentar questões preocupantes da política.

⁴ Semelhante inversão alegórica de papéis – animais e humanos/humanos e animais – vê-se na obra de Orwell (2003), *A revolução dos bichos (Animal farm)*, cuja primeira edição data de 1945 e pode ter influenciado ou inspirado a narrativa de Boulle.

encontrando, para seu desespero, apenas as ruínas do mundo que deixara séculos antes, quando de sua partida. A Terra, agora, era dominada por macacos.

A obra, conquanto tocada pelo preconceito dos que não veem nada de significação ou conteúdo nas narrativas de ficção, em especial as de ficção científica, e também marcada por um forte sentimento de distopia⁵, permite catalisar discussões, análises e reflexões de muitas ordens e domínios. Publicada em plena ‘Guerra Fria’, o texto inspira não somente análises políticas, mas também outras, relacionadas a questões “sociais, relações entre gêneros e etnias, ambientalismo, religiosidade” (Noboa, 2014, p. 1).

Essa produção ficcional também oferece um fértil terreno para reflexões nos domínios epistemológicos e metodológicos do Direito, nomeadamente a partir dos referenciais simbólicos sintetizados nas fontes normativas que tinham a pretensão de imprimir a ordem naquela imaginária sociedade de primatas.

Como resumiu Igor Noboa (2014, p. 7), naquela sociedade símia, os macacos seguiam os ensinamentos de um ancestral, que lhes delegou escrituras sagradas⁶ nas quais foram estabelecidas as leis e os costumes a serem seguidos, bem como as proibições que deveriam ser rigidamente observadas. A imagem – marcadamente mítica – desse símio ancestral estava espalhada por todos os lugares, como fonte de permanente adoração e reverência, podendo-se perceber a habitual presença das “escrituras” em suas mãos ou aos seus pés. Seu nome é emblemático: ‘o legislador’.

Essa icônica referência a uma fonte produtora das leis, que desce de forma imperativa e indeclinável de um estrato transcendente (do céu?) para o plano dos viventes, diz muito como o Direito continua a ser

visto, ainda nos dias de hoje, apesar da distância de que nos encontramos das correntes exegéticas⁷ de incondicional admiração e submissão à lei, bem com ao trabalho do “legislador” (Dallari, 1996, p. 80 e ss.; Herkenhoff, 2007, p. 35; Bobbio, 1997, p. 121 e ss.).

Nesse cenário, os textos legais, produzidos pelos processos legislativos estatais *lato sensu*, conformariam positivamente o Direito, cabendo ao intérprete a tarefa de desmistificar sua semântica e aplicá-los aos casos conflituosos, sem qualquer alteração de sentido ou perturbação de propósito. Haveria, assim, uma relação de verticalidade (do céu ao chão!) entre o Direito e seus destinatários, a partir de um plano quase transcendente, onde habitaria uma racionalidade superior, virtualmente distante dos interesses e conflitos terrenos, precisamente para lhe oferecer a palavra da ordem e da conformação.

Apesar dos esforços em busca de uma renovação dos processos de aprendizagem no Direito (Ghirardi, 2009; Fernandes, 2014; Santos, 2002), é possível afirmar que a concepção de que conhecemos as normas jurídicas, a partir da contemplação dos textos legais, é não apenas dominante no senso comum, mas também é muito presente mesmo entre os atores do Direito.⁸

Se esse ainda é o paradigma epistemológico, o método dedutivo, silogístico ou lógico-formal é a sua manifestação metódico-operacional. Das premissas à conclusão, em verticalidade descendente, o Direito buscaria na sua fonte primaz – o “legislador” – os elementos normativos idôneos para a solução dos conflitos.

Essa alegoria é tão presente entre nós, que não raro encontramos, nos argumentos forenses, alusão ao “legislador” como um ser personificado, ou como mito⁹, frequentemente “sábio”¹⁰, autêntica prosopopeia linguística que, no limite, revive, reproduz e, portanto, con-

⁵ O termo é aqui tomado como uma antítese da utopia, seu oposto, geralmente associado a temas como autoritarismo, totalitarismo ou regime repressivos. O termo é atribuído a Stuart Mill e muito utilizado para caracterizar produções culturais e cinematográficas que retratam sociedades futuras “distópicas”, inclusive sob a perspectiva do Direito, como se vê em Andityas Matos (2012).

⁶ Nota-se, aqui, uma evidente aproximação com as tradições religiosas, sempre apoiadas na dogmática das escrituras e das leis sagradas, pretensamente inoxidáveis ao tempo.

⁷ A denominada Escola da Exegese, de inspiração francesa, “era constituída pelos comentadores dos códigos de Napoleão, principalmente o Código Civil de 1804. Fundava-se na concepção de perfeição do sistema normativo, na idéia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se solução para todas as questões práticas [...] A Escola da Exegese via na lei escrita a única fonte do Direito, expressão mesmo do Direito natural. Adotava, como método de interpretação, o literal, orientado para encontrar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador (*mens legislatoris*)” (Herkenhoff, 2007, p. 35).

⁸ Esse caráter inercial do “legalismo” foi percebido por Gustavo Zagrebelsky (2005, p.41), que denomina de “resíduo histórico” a sobrevivência do positivismo jurídico dos sécs. XVIII e XIX no atual contexto do Estado Constitucional. Não se pode, é certo, menosprezar a importância que a centralidade da lei e a redução (ideológica) do espaço de atuação criadora do intérprete desempenharam naquele contexto histórico, principalmente na França, em vista da reação dos movimentos políticos liberais contra a magistratura nobiliárquica e tudo que ela representava no contexto opressor do Estado Absolutista francês. Na literatura, essa ambiência é bem retratada na obra de Alexandre Dumas, *O Conde de Monte Cristo*.

⁹ O Direito, talvez mais do que qualquer outro domínio das ciências sociais, é terreno fértil para a criação e conservação do caráter mítico de seus elementos. O mito, como lembra Miguel Reale (2013, p. 484), desde as culturas antigas, exerce um papel muito importante na formação do saber humano, como processos de representação da hipostasização do ser humano, frequentemente invocando, inclusive, o caráter divino da justiça. Não por outra razão, Antoine Garapon (1999) desenvolveu uma pesquisa específica sobre os “rituais judiciais”, em aproximação com as liturgias religiosas.

¹⁰ Veja-se, como exemplo, excerto de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto aos critérios de fixação de danos morais: “foi sábio o legislador em não fixar valores, permitindo, assim, a adequação judicial a cada caso concreto. Deve o juiz verificar as condições do autor e do réu, a extensão do dano, e também atentar para o caráter pedagógico-proflático (intimidativo) dessa indenização – buscar evitar a repetição de atos danosos da mesma natureza” (TJ/RS, AC n. 596039222, 07/05/1996).

serva aquele olhar exegético do mundo e do Direito¹¹. Buscar sua “vontade”, em atitude quase originalista, seria, basicamente, a função do jurista, deixando-se, muitas vezes, de perceber outros processos criadores do Direito, igualmente legítimos e frequentes.

A sedução pelos argumentos de autoridade ou “autoritativos”, que têm inegável lugar na argumentação jurídica (MacCormick, 2010, p. 67 e ss.), acaba por obnubilizar a complexidade do fenômeno jurídico, reduzindo seu potencial normativo a apenas um componente ou fonte: os textos legais, que são substratos deontológicos importantes, sem dúvida, mas não podem se converter na única fonte onde podem beber os intérpretes e aplicadores do Direito, até mesmo em função da abertura sua estrutura comunicativa (plurivocidade, vagueza, ambiguidade, etc.).

Tanto assim o é que, no desenvolvimento prático das atividades jurídicas, a apontada centralidade teórica dos textos cede lugar à busca de outras fontes, consideradas, tidas ou percebidas (consciente ou inconscientemente) como legítimas, confiáveis e eficazes. Nesse movimento, os discursos práticos no cenário jurídico, como as decisões dos tribunais – construídas a partir de problemas, a partir de processos marcadamente indutivos e intuitivos – brotam (do chão?) como elemento de destaque, não só para as argumentações jurídicas, mas também para o próprio desenho normativo, de que é exemplo a súmula vinculante, na arquitetura contida no art. 103-A da Constituição. Esse ‘direito judicial’, usualmente denominado de ‘jurisprudência’, tornou-se trilha confiável para os atores da Justiça, em sua busca rotineira pelo conhecimento do Direito.

De outro lado, essa abordagem ganha potência e atualidade com a chegada do novo Código de Processo Civil (NCPC), que, em contato com a crescente força desse ‘direito judicial’, passa não somente a admitir, de maneira mais eloquente, a irradiação normativa dos precedentes e julgados, como também cria mecanismos de vinculatividade das interpretações judiciais sobre todo o sistema.¹²

Essa nova perspectiva aponta para uma (re)discussão das bases com que o estudo e a compreensão do Direito têm sido colocados nos processos de ensino-aprendizagem, formais ou informais, em nosso país (Oliveira, 2015), na medida em que a inércia histórica

da centralidade dos métodos lógico-dedutivos contribui para a baixa atenção dada à epistemologia jurídica.

O presente estudo busca, com base numa pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, jurisprudência e legislação nacional, investigar o papel da indução, enquanto procedimento metódico, no processo de desenvolvimento do Direito, a partir da interação dos *standards* normativos com a realidade dos casos concretos, bem como o seu potencial de (re)significação do ordenamento jurídico, inclusive como fonte nomogenética material, no sentido de apontar a necessidade de aperfeiçoamento dos textos legais.

Na primeira parte, dedica-se a uma revisão da Teoria do Direito, a partir de alguns referenciais, em especial a partir da Teoria Estruturante do Direito, apresentada pelo jurista alemão Friedrich Müller, com o intuito de demonstrar que a epistemologia jurídica considera a construção normativa do Direito como algo bem mais complexo do que se costuma extrair do senso comum, inclusive entre os atores da cena judiciária.

Em seguida, serão apresentados alguns argumentos em favor de uma releitura do postulado da segurança jurídica, que normalmente é utilizado como valor-bloqueio da discussão de um direito metodologicamente construído em bases mais complexas, com o concurso de múltiplas fontes.

Tendo em conta que poucos são os estudos que se dedicam a estabelecer uma ilustração de aportes teóricos com fenômenos nomogenéticos, analisa-se, ao final, um exemplo concreto, extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em benefício do argumento de que os processos de concretização normativa, na linha descrita pela Teoria de Müller, para além de conformar conflitos concretos, também contribuem para a (re)leitura da ordem jurídica, inclusive como fonte material nomogenética.

A epistemologia jurídica na voz dos clássicos: o papel da indução na nomogênese do direito pela atuação do seu intérprete e aplicador

“Nada pode estar mais longe da verdade!”. Assim, afirmou Benjamin Cardozo, *justice* da Suprema

¹¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 276) busca examinar, metodologicamente, a expressão “o legislador”, a partir da construção da ideia do “legislador racional”, como uma fonte de propriedades lingüísticas, metódicas e sistemáticas que oferecem um “ponto de partida” para o intérprete. Seria algo, assim, inerente à metodologia da ciência jurídica, mas que não se confunde com o ‘legislador normativo’ (o ato juridicamente competente, o ordenamento), tampouco com o “legislador real” (a vontade que, ‘de fato’, positiva normas). O ‘legislador racional’ seria, assim, uma ferramenta hermenêutica.

¹² São exemplos desse vetor de vinculatividade das interpretações judiciais no NCPC: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDP), art. 976; o Incidente de Assunção de Competência, art. 947; além dos comandos gerais de observância, por todos os tribunais e juízes, quanto à estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (arts. 926 e 927).

Corte norte-americana, ao se deparar com a suposta facilidade de se explicar a atividade de decidir, de julgar casos, já que ela é comum e própria dos tribunais (Cardozo, 2004, p. 1). Com esse diagnóstico inaugural, quis Cardozo chamar a atenção para a latente dificuldade de conhecer e aplicar o direito, oculta nos casos mais simples. Noutros, porém, o processo de interpretação-aplicação do Direito mostra-se complexo e desafiador.

Representante da denominada Escola sociológica norte-americana, Cardozo aponta a direção para nosso propósito aqui: há um direito criado pela atividade de concretização, de densificação da ordem jurídica, protagonizada por seu intérprete e aplicador, com fortes cores da concorrência metódica indutiva, na medida em que a força histórica dos fatos impulsiona a rediscussão das premissas habitualmente lançadas no processo metódico lógico-inferencial.

Nesse sentido, observa Castanheira Neves que: “o problema da interpretação jurídica está a sofrer uma radical mudança de perspectiva no atual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como interpretação da lei, para se pensar como *actus* da realização do Direito” (Neves, 2003, p. 11). Isso porque o Direito não se identifica mais apenas com a lei, como se pretendeu noutro momento, manifestando-se como ato decisório.

No que mais nos interessa, sublinha esse autor que a metodologia do Direito atual se preocupa mais com o “concreto” do que com a alienante “abstração” dos esquemas lógico-dedutivos, mesmo porque a mediação que se exige na interpretação das leis afasta uma possibilidade metódica meramente dedutiva (Neves, 2003, p. 11).

Com efeito, desde o contato com a fonte legislativa, já há um dinâmico processo criativo do conteúdo deontológico do texto, porquanto utópico o axioma *in claris cessat interpretatio*, isto é, na clareza da lei não há interpretação, que não tem origem nos antigos, mas nas construções das escolas exegéticas e pandectistas¹³. Desde o contato com o texto, busca-se o sentido lexicográfico de seus signos, desmistificando, de outro lado, a linguagem técnica usualmente aplicada. Nessa linha, mesmo com sua eventual colaboração dos comentários oferecidos pela literatura especializada, pode o aplicador do Direito se deparar com lacunas ou insuficiências que questionam o conteúdo semântico ou pragmático dos textos. Buscam-se, assim, em atuação experimental,

novas possibilidades de definição, as chamadas definições estipulativas, que devem convergir em novos significados no processo final de significação: a elucidação (Warat, 1995, p. 57).

Utiliza-se Luis Alberto Warat da semiótica para explicar esse processo, a partir de suas três dimensões: sintaxe, semântica e pragmática. Para os fins deste estudo, a pragmática é a dimensão de maior relevo, porque é aquela que diz respeito à relação entre o signo e seus usuários, em razão de um uso concreto de um conceito ou expressão. Trata-se, assim, de um elemento de contextualização do signo (de, portanto, da fala), que não pode prescindir do elemento histórico em que os atores do discurso estão inseridos.

Em resumo, “quando uma palavra é utilizada na comunicação, os destinatários captam o núcleo de significação no qual o contexto de uso não gravita; no entanto, o contexto provoca forçosamente um deslocamento significativo dessa compreensão para-contextual” (Warat, 1995, p. 46). Desse modo, quando se quer discutir, por exemplo, a ideia de “família”, possivelmente o significado lexicográfico, tradicional, do termo vem, em um instante, à presença do sujeito cognoscente. Mas, ao contextualizar esse signo, em face das profundas alterações sociais, acaba-se por perceber uma mutação do seu significado.

Esse aspecto da pragmática não pode ser neutralizado, a não ser, como percebeu Warat, por meio de uma ideologia, que também se insere nesse nível semiótico:

Desta forma, os positivistas lógicos silenciam completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem [...] Os discursos científicos alienados dos processos de sua comunicação *criam uma ilusão de univocidade que a análise pragmática permite desmistificar*. A análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência. A pragmática, projetada ao Direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais (Warat, 1995, p. 46-47, grifos nossos).

É possível, assim, considerar como de fluxo indutivo a ação (re)significante que o contexto ou da pragmática projeta sobre os signos que integram os discursos – autoritativos ou argumentativos – do Direito, na

¹³ “Famoso dogma axiomático, dominador absoluto dos pretórios há meio século, afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes da atualidade [...] O brocardo *in claris cessat interpretatio*, embora escrito em latim, não tem origem romana. Ulpiano ensinou o contrário: *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen nos est negligenda interpretatio ejus*’ (embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva)” (Maximiliano, 1995, p. 33). Em igual sentido, Cappelletti (1999).

medida em que os signos não se impõem (ou “descem”) a partir de seus assentos tradicionais (leis, literatura especializada, precedentes etc.), mas são tomados como “material de trabalho”, um ponto de partida, que é essencial para a metodologia da ciência jurídica (Ferraz Jr., 1991, p. 72-73).

O problema que se coloca, portanto, é o de identificar quando esse ‘ponto de partida’ não é um razoável ‘ponto de chegada’. Trata-se, contudo, de um problema que não se circunscreve apenas à ciência jurídica, mas à epistemologia das ciências em geral, e das sociais em particular.

Para Karl Popper, uma teoria do conhecimento suficientemente idônea para atender a esse desafio deve considerar que o ‘ponto de partida’ não é sequer o conhecimento dado, já conhecido, mas sim o problema, o qual está associado a uma dimensão de ignorância. É a partir do problema que se percebe um abalo em nosso (suposto) conhecimento sobre as coisas, despertando um novo processo cognitivo. Há, portanto, a partir dos problemas, uma tensão entre conhecimento e ignorância sobre as coisas (Popper, 2004, p. 14), que se pode considerar como uma tensão das opostas direções da dedução/indução. Quando se pensa em dedução, pensa-se a partir do que é dado, ainda que sob certo substrato factual, mas visto com o olhar do pré-conceito. Por isso, não raro, assistimos críticas de que se aplicou a tese certa, mas para o caso errado, posto que substancialmente diferente da situação hipotética pensada quando da formulação do texto legal aplicado.¹⁴

Por isso, a grande preocupação, na formulação de teórica de Popper, com o substrato a que se chega como conclusão dos processos dedutivos ou inferenciais, já que a incorreção da conclusão deve necessariamente implicar uma crítica às premissas, sob pena de uma “retransmissão da falsidade da conclusão” (Popper, 2004, p. 26).

Na *indução*, é o problema concreto que nos remete à reflexão quanto aos termos do conhecimento, criticando suas formulações e correção argumentativa para o caso.¹⁵ Assim, se o ‘ponto de partida’ do conhecimento é a consideração de que, diante de um problema,

algo não está em ordem com aquilo que se conhece, então o enfrentamento de problemas¹⁶ (conflitos jurídicos, pelos tribunais, no contexto do Direito), seria o canal epistemológico próprio das ciências sociais.

O método próprio das ciências sociais, como a ciência jurídica, seria, na visão de Popper, essencialmente experimental, já que demanda a verificação de viabilidade de soluções possíveis para determinados problemas, ainda que controladas, mediante “severa crítica”¹⁷. Isso não torna a ciência menos objetiva, porquanto a objetividade estaria no rigor crítico.

Daí afirmar que “a assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa que, acima de tudo, nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo” (Popper, 2004, p. 16).

Nos processos decisório-institucionais (como órgãos judiciários), por exemplo, esse experimentalismo não desmerece a objetividade e a cientificidade do método das ciências sociais, na medida em que uma solução refutada tende a não se constituir paradigma futuro. Esse fenômeno foi acentuado por Cardozo, a partir da afirmação da proeminência do método indutivo na construção do direito pelos tribunais:

Cada julgamento tem um poder gerador. Ele gera a sua própria imagem. Cada precedente, nas palavras de Redlich, representa uma ‘força diretiva para causas futuras de natureza igual ou semelhante’. Enquanto a sentença não fosse pronunciada, o julgamento estava em equilíbrio. Sua forma e seu conteúdo eram incertos. Qualquer um dos muitos princípios poderia apoderar-se dele e dar-lhe forma. Uma vez declarado, constitui um novo tronco genealógico. Está impregnado de força vital. É a fonte da qual podem brotar novos princípios ou normas que darão a forma a futuras sentenças [...] No entanto, nem toda a progênie de princípios gerados a partir de um julgamento sobrevive até a maturidade. Aqueles que não conseguem demonstrar seu mérito e sua força pelo teste da experiência são impiedosamente sacrificados e lançados no vazio (Cardozo, 2004, p. 11, grifos nossos).

¹⁴ E esse é um problema particularmente importante na teoria dos precedentes, que considera de fundamental importância as questões factuais específicas de cada litígio (Zaneti Jr., 2015, p. 325).

¹⁵ Seria representativo desse modelo de decisão judicial o seguinte julgado: “OFÍCIO JUDICANTE. POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la” (STF, RE 111.787-GO, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 13/09/1991). No mesmo sentido, RE 140.265-SP, Min. Marco Aurélio, 20/10/1992; ADI 3826-GO, Min. Eros Grau, 12/05/2010.

¹⁶ O método da tópica, de origem aristotélica, atua nesse campo, como afirma Viehweg: “o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada a problemas” (Viehweg, 2008, p. 33). A tópica, apesar de criticada por ser aparentemente contrária ao sistemático, que Viehweg chama de dedutivo, pode ser com este conciliado se pensarmos no papel que a hermenêutica pode exercer para a (re)significação das fontes pré-existentes, como a própria lei, dentro de um controle racional que a argumentação jurídica exige.

¹⁷ No mesmo sentido, afirma Rafael Xerez: “a objetividade científica repousa, não em uma suposta neutralidade axiológica do pesquisador, mas no ‘método crítico’, ou seja, na possibilidade de ‘crítica racional’ de toda e qualquer teoria” (2014, p. 187).

Assim como Popper procurou assinalar o *caráter provisório do conhecimento*, também Cardozo chega a essa conclusão, ao tratar da dinâmica do conhecimento jurídica, afirmando que:

[...] as normas e princípios do Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça [...] Cada nova causa é uma experiência; e, se a norma aceita que parece ser aplicável produz um resultado que parece injusto, a norma é reconsiderada (Cardozo, 2004, p. 12).

Percebe-se, assim, grande sintonia entre o pensamento de Popper e de Cardozo, ainda que em perspectivas de discurso distintas. O primeiro, de viés mais teórico; o segundo, buscando explicar ‘a natureza do processo judicial’. Na essência, porém, a ideia da força vital do processo criador e de controle dos novos critérios de decisão (princípios) converge na narrativa desses pensadores.

Em ambos os pontos de vista, a provisoriedade do conhecimento e, portanto, das soluções para problemas está umbilicalmente relacionada com o caráter histórico do saber. No cenário de interesse aqui, o Direito também aparece como uma categoria histórica, como domínio passivo, portanto, de todo o plexo de mudanças e transformações sociais, que são potencializadas pela ruptura dos padrões estáveis de comportamento humano e de suas relações sociais, econômicas e políticas, e, porque não dizer, pela proeminência da *virtualização* dessas mesmas relações.

Na definição de Levy (2011, p. 5 e ss.), o “virtual” não se opõe ao real, mas ao atual. Há, portanto, concretude e realidade em potência naquilo que está virtualizado, razão pela qual não poderia deixar de produzir efeitos no mundo do Direito. Essa concepção diz muito com os processos indutivos do conhecimento do Direito. Exemplo disso pode ser encontrado na construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de interrupção da gravidez de um feto anencéfalo (ADPF 54) (STF, 2012), quando foi assentada a atipicidade da conduta, por se considerar uma gestação potencialmente infrutífera, ofendendo, assim, a dignidade da gestante prosseguir com a gestação nessa particular condição. A virtualização do corpo (Levy, 2011, p. 15)

apresenta-se como a pedra de toque do argumento, na medida em que é tomada como real o conteúdo que aparece virtualizado nos exames médicos, em especial aqueles ultrassonográficos. Assim, foi a partir da situação concreta, iluminada pelas contribuições dos avanços tecnológicos e, por que não dizer, epistemológicos, que um novo paradigma surgiu, a partir da interpretação dos signos jurídicos, revelando, desse modo, toda a força do método indutivo.¹⁸

A incorporação desses elementos histórico-evolutivos na epistemologia jurídica parece bem evidenciada também no pensamento de Miguel Reale. Suas contribuições partem da consideração da importância dos processos dedutivos no Direito, até mesmo porque as normas – como objetos “ideais”, mas não entidades lógicas – representam um momento, como uma fotografia social (Reale, 2013, p. 148). Assim, num cenário de validade dos pressupostos normativos e conformação com componentes essenciais da experiência humana, como a justiça, os processos dedutivos desempenham um papel operacional muito importante no Direito, atuando na decidibilidade dos conflitos (Ferraz Jr, 1991, p. 42 e ss.) de forma mais ordenada e célere, o que se tem mostrado essencial para o desenvolvimento das sociedades. Logo, o problema epistemológico não está na atribuição de generalizante descrédito aos processos inferenciais, mas à redução do fenômeno jurídico a esse modelo lógico-subsumitivo, silogístico. Nem se poderia afastar a dedução na dialética metódica do Direito, já que mesmo os processos indutivos tendem a gerar princípios interpretativos (critérios de julgamento) que tendem a se constituir como premissas para a decisão de futuros casos, mediante simples subsunção, na medida em que produzem novos paradigmas, novos precedentes judiciais, por exemplo (Cardozo, 2004, p. 31).

É nesse cenário de complexidade epistemológica que Reale destaca que “a ciência jurídica se assenta sobre uma larga base de experiência axiológica”, e que somente processos intuitivos, projetados pelas trilhas indutivas, podem apreender. Por isso, afirma: “no exame das condições em que o processo normativo se desenvolve, é de grande alcance o método indutivo, que nos permite conceber certos esquemas genéricos de comportamentos possíveis, com auxílio dos quais a estimativa do fato humano pode expressar-se em normas jurídicas” (Reale, 2013, p. 148).

¹⁸ Segue a ementa da decisão da Suprema Corte: “ESTADO. LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012).

A indução desempenha, assim, papel relevante nos processos legislativos ou de positivação do Direito, mas não só. Também se incorpora – como experiência intuitivo-axiológica – aos esquemas racionais de decisão, nos percursos interpretativos das normas jurídicas preexistentes, como processos de estimativa, em manifestação de um método dialético que correlacionada múltiplos elementos, como os fatos e as normas.

Assim, tal como faz Ferraz Jr. (1991, p. 72-73), também Reale insiste em sublinhar que essa metodologia não pode desconsiderar o caráter dogmático do Direito, isto é, as normas jurídicas preexistentes, que sempre funcionam como ‘ponto de partida’, como já assinalado neste estudo.

A partir da compreensão de que fenômeno jurídico é, portanto, mais do que mero esquema silogístico lógico-normativo, mas, de outro lado, não é apenas a manifestação de fatos e de valores intuitivamente apreendidos, afirma Reale a sua tridimensionalidade, como um delineamento metodológico que afasta os reducionismos e reconhece a articulação das dimensões normativas e factuais na experiência jurídica, tornando-se “logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores [fato, valor e norma]” (Reale, 2013, p. 493).

A teoria é complexa, mas, para os propósitos aqui desenvolvidos, parece ser suficiente destacar o que se denomina de “tridimensionalidade específica”, recorte metodológico que seria típico dos processos de aplicação do Direito.

Nessa dimensão específica, a teoria tridimensional sugere a necessária interdependência dos elementos fato, valor e norma, em processo dinâmico, intimamente relacionado com o caráter nomogenético do Direito, isto, com os percursos de sua criação (ou modificação). Para Reale (2013, p. 517 e ss.), valor, dever ser (norma) e fim são momentos que se desenrolam na unidade de um processo maior, que é a própria experiência humana, historicamente dada e assimétrica, com contradições, avanços e retrocessos. Nenhum dos elementos está isolado; eles atuam de forma condicionante no processo nomogenético.

Assim, influenciando-se dialeticamente, de forma dinâmica, todos os elementos da experiência jurídica precisam estar em equilíbrio para que uma regra possa desfrutar de eficácia, fundamento e vigência (Reale, 2013, p. 494, 537). A falta desse equilíbrio, de outro lado, pode – e normalmente isso sucede – resultar em uma

resignificação da norma, seja por meio legislativo, seja por meio da interpretação e aplicação do Direito, ainda que essas dimensões não sejam tão separadas assim.¹⁹

Há, portanto, um constante fluxo histórico entre os elementos que compõem a experiência jurídica. Uma tensão entre o que hoje é dado e aquilo que ainda está em formação, a partir da percepção de desequilíbrio, resultante da alteração nos conteúdos daqueles elementos (transformações sociais, mudanças nos padrões morais, inovações legislativas dirigentes ou conformadoras etc.).

A preocupação de desenvolver uma metodologia ajustada com o potencial (re)criador, resultante da interpretação e aplicação do Direito, também pode ser encontrada no pensamento de Karl Larenz (2005), em especial nas suas formulações relativas aos métodos de desenvolvimento judicial do Direito. Para esse autor, a ciência jurídica não pode recepcionar a ideia de um “legislador” universal, onisciente, etéreo e cujo trabalho é imune ao tempo. Pelo contrário, “sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito da regulação da lei” (Larenz, 2005, p. 518).

Nessa linha, apresenta dois grandes modelos de desenvolvimento judicial do direito: o imanente à lei e o “superador” da lei, partindo do pressuposto teórico que entre a interpretação e o desenvolvimento judicial do Direito não há uma diferença metódica essencial, mas apenas uma distinção de grau. Assim sendo, qualquer interpretação realizada pelo tribunal que se inove ou se afaste de outra interpretação já pode ser considerada como um desenvolvimento do Direito, afirmação metodológica que, inegavelmente, potencializa o papel da indução na epistemologia jurídica, porquanto os processos deliberativos judiciais são tomados a partir de casos, de problemas, de onde irradiam as questões que influenciam nos processos interpretativos.

O desenvolvimento judicial imanente à lei se relaciona, grosso modo, com o pressuposto da porosidade da ordem jurídica e a necessidade de colmatação de lacunas; o desenvolvimento superador da lei, por seu turno, diz respeito às formulações jurídicas perpetradas pelos intérpretes (nomeadamente os judiciais) que vão “além do plano originário da lei e o modifica em maior e menor grau” (Larenz, 2005, p. 518).

No caso desse último processo nomogenético, o superador da lei, Larenz (2005, p. 519) destaca seu caráter excepcional e necessariamente controlado, por-

¹⁹ Na terceira parte deste estudo, procurar-se-á indicar, a partir de um caso concreto, que é freqüente a influência dos processos concretizadores realizados pelo Poder Judiciário nos percursos legislativos de atuação dos códigos.

quanto motivado pelo propósito de realizar princípios diretivos da ordem jurídica em maior escala do que presente na legislação.

Como se pode concluir até aqui, e em que pese pertencerem até mesmo a tradições epistemológicas distintas, é possível perceber aproximações entre todos os esses pensadores, considerados clássicos pela larga aceitação de suas ideias, trazidos aqui para uma polifonia em torno da reflexão proposta quanto ao papel da indução na epistemologia jurídica e seu potencial de influência, enquanto método, para o conhecimento do Direito.

A metódica estruturante de Friedrich Müller: uma teoria relacional e integradora da norma jurídica

O percurso até aqui procurou identificar a função da indução em diversas perspectivas epistemológicas. Há, contudo, espaço para mais um importante diálogo, desta feita com Friedrich Müller e sua teoria estruturante do Direito, que parte da afirmação de uma relação direta entre direito e realidade no processo de concretização das normas jurídicas, constituindo-se, assim, em arsenal teórico extremamente útil na análise dos processos racionais de índole indutiva, não somente na construção da norma jurídica, mas também na contribuição que a hermenêutica oferece como fonte material dos movimentos legislativos de alteração da ordem jurídica positiva.

Para Müller (2009, p. 145; 2013, p. 1), as normas não são dadas no plano preexistente, dos textos (ou até mesmo dos precedentes judiciais), por ele consideradas como meras *proposições gerais*. Elas, as normas, são o produto da atuação concreta do intérprete e aplicador do Direito, nas situações que demandam um discurso prático, de decisão (processo de concretização).

Essa atuação concreta resulta da superação da dicotomia entre norma e realidade, tendo em conta a perspectiva de que a norma e seu texto não são realidades idênticas, constituindo o produto desse processo racional, a norma, um raciocínio deontico que não pode ser formulado fora do respectivo âmbito que pretende regulamentar (Lima e Lança, 2017, p. 5).

Noutras palavras, a teoria estruturante reconhece que a construção (ou concretização) da norma jurídica não é dependente do caso, mas se refere a ele,

pois ambos os elementos – o texto normativo e o caso – fornecem os elementos necessários à formulação da decisão jurídica concretizadora da norma (Gomes, 2009, p. 66).²⁰

A teoria de Müller tem grande importância para a temática aqui estudada, porque seu desenvolvimento tem como espaço amostral de pesquisa a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã, isto é, foi pensada e desenvolvida a partir da observação, estudo e reflexão do direito aplicado, dos discursos práticos institucionalizados. Daí a origem de uma das suas primeiras assertivas, qual seja a de que as declarações daquela Corte, no sentido de que suas decisões estariam vinculadas a uma doutrina metódica tradicional, de cariz objetivista (a partir da *mens legislatoris*), e com o uso do ferramental hermenêutico tradicional (gramatical, sistemático, teleológico etc.), “são não raro sorrateiramente contraditadas pela própria prática de interpretação da Corte” (Müller, 2009, p. 146), explicitando que a sua pesquisa mostra que o texto literal da lei é abertamente negligenciado, resultando que a autolimitação programática aos meios de interpretação tradicional não passa de uma ilusão, tendo em vista “os problemas da prática”.

Afirma, assim, a norma geral e abstrata como integrante de um programa (*programa da norma*), mas que ainda não está pronta nem é passível de ser aplicada, tendo em vista que ela precisa considerar as ‘diferenças fáticas’ do âmbito da vida humana e as peculiaridades constatadas como fatores importantes e integrativos da decisão.

Daí a importância, para Müller, do problema e suas peculiaridades (*âmbito da norma*) e da sua consideração indutiva para a construção da solução para o caso (norma de decisão), como se observa na seguinte passagem de sua obra:

[...] isso justifica totalmente que os métodos jurídicos, ou seja, os métodos respaldados na teoria da norma, *avaliem uma alteração das relações fáticas ou, de certa forma, uma transformação fundamental*, de tal modo que a norma remanescente, inalterada não apenas em seu texto literal, mas também, de acordo com a compreensão tradicional da norma, inalterada no todo, pode tornar-se inconstitucional por força da mudança empiricamente constatada dos fatos (Müller, 2009, p. 149, grifos nossos).

Por isso, na sua formulação estruturante, não há uma separação em entre a norma e o fato, mas um

²⁰ Não se trata, portanto, de mero processo de interpretação ou aplicação do Direito, no sentido tradicional, porquanto o processo prático-decisório não se reduz a um trabalho puramente hermenêutico, na medida em que a norma não é resultado de uma atividade meramente linguística (Gomes, 2009, p. 66). Nada obstante, isso não implica dizer que a norma deriva de um subjetivismo do sujeito, já que a racionalidade do processo reclama que se observe as possibilidades legítimas contidas no texto (Lima e Lança, 2017, p. 5).

acoplamento articulado e crítico na direção da norma de decisão²¹, que seria o momento final desse processo, ainda que não definitivo, pois o processo de concretização das normas é essencialmente estipulativo, não se esgotando numa ou derradeira conclusão (Quadro I).

Não há que confundir, portanto, o processo de concretização²² da norma jurídica com o tradicional método de aplicação do Direito. Como esclarece Gomes (2009, p. 67):

A metódica estruturante rejeita firmemente o conceito positivista de ‘aplicação do direito’. A norma não pode ser simplesmente aplicada, porque não está pronta e nem substancialmente acabada. Sob o ponto de vista teórico, trata-se de uma impossibilidade lógica. Como já se deixou assentado, a norma jurídica será construída pelo operador do direito no decorrer do processo de concretização. Não pode, assim, ser aplicada silogisticamente.

A metódica estruturante do Direito refuta, assim, a concretização como mera exegese de leis dadas, de fórmulas linguísticas, como também refuta a vetusta posição de admiração incondicional pela transcendente figura do “legislador”, na medida em que o texto legal se

converte em material inicial de trabalho. A norma jurídica não é o texto, mas o resultado do processo estrutura de sua construção, que parte da interpretação dos dados lingüísticos (programa da norma) e do conjunto dos dados reais do recorte social selecionado pelo texto (âmbito da norma), em relação de integração entre texto normativo e realidade.

O processo estruturado de interpretação não apresenta, repise-se, um viés estático. Pelo contrário. Müller (2009, p. 200) assenta seu caráter dinâmico ao relacioná-lo à ideia de “círculo hermenêutico”, até mesmo porque os dados e realidades vinculadas ao *âmbito da norma* estão impregnados de historicidade e, portanto, não podem ser tingidos pelas cores da rigidez ou da imutabilidade.

Sobressai-se, no que nos interessa nesta investigação, a importância do panorama de integração do texto, em que se converte o *âmbito da norma*, em toda sua complexidade e transversalidade, atraindo não só as condições intersubjetivas de um determinado caso concreto, mas a pletera de possibilidades de “pontes” com outros ramos das ciências sociais, como a economia e a ciência política (Gomes, 2009, p. 104).

O caráter indutivo de que está impregnado o método estruturante da norma pode ser melhor visu-

Quadro I. Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Processo Estruturado de interpretação/aplicação (concretização) das normas jurídicas.

Chart I. Friedrich Müller’s Law Structure Theory. Structured process of interpretation/application (concretization) of legal rules.

Programa da norma (primeiro estágio)	Parte-se do texto da norma, com a aplicação dos recursos hermenêuticos disponíveis (métodos tradicionais de interpretação, princípios de interpretação constitucional). O resultado é a <i>primeira parte integrante da norma jurídica</i> .
Âmbito da norma (segundo estágio)	Consideração dos dados reais coletados no caso concreto, as circunstâncias específicas dos contextos da vida humana, analiticamente examinadas, e que são tratados de forma obscura como “objeto” da lei.
Norma de decisão (terceiro estágio)	Junção dos elementos integrantes dos dois estágios anteriores e último passo do processo interpretativo. Concretiza a linha conclusiva do raciocínio, distanciando o texto da norma propriamente dita.

Fonte: Müller (2009). Elaboração dos autores.

²¹ Müller não deixa de fazer uma aproximação entre sua formulação e a “norma de individual” de que cogita Hans Kelsen, ao afirmar: “Kelsen distingue a norma jurídica geral da individual. Esta última é para ele a ‘individualização’ ou ‘concretização’ de uma norma jurídica geral ‘aplicada’ por um tribunal. As especificidades metodológicas desse processo não são esclarecidas; no entanto, as normas jurídicas gerais nunca poderiam predeterminar plenamente o estabelecimento de órgãos individuais por meio de órgãos de aplicação do direito” (Müller, 2009, p. 193). A partir dessa abordagem, é possível afirmar que o processo estrutura de aplicação do Direito de Müller pode ser considerado como um esforço epistemológico de desenvolvimento da teoria de Kelsen quanto a ideia de “norma individual”, representada pela norma de decisão, como síntese do fluxo estruturado de aplicação do Direito.

²² À luz da teoria estruturante concretizar não significa em nenhuma hipótese interpretar; aplicar; subsumir silogisticamente e concluir. Ao contrário, concretizar significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito (Gomes, 2009, p. 67-68).

alizado nessa dimensão do processo de concretização, qual seja o âmbito da norma, como se vê da seguinte afirmação de Müller (2009, p. 149):

[...] isso justifica totalmente que os métodos jurídicos, ou seja, os métodos respaldados na teoria da norma, avaliem uma alteração das relações fáticas ou, de certa forma, uma transformação fundamental, de tal modo que a norma remanescente, inalterada não apenas em seu texto literal, mas também, de acordo com a compreensão tradicional da norma, inalterada no todo, pode tornar-se inconstitucional por força da mudança empiricamente constatada dos fatos.

Percebe-se, assim, que a visão estruturada do Direito afasta o mito da lei como ponto de chegada, ao tempo em que se articula com as demais vozes que aqui se procurou prestigiar para o delineamento de uma metodologia que não só prestigia a indução, enquanto processo racional do Direito, mas que procura entender e legitimar os processos deliberativos judiciais que resultem, eventualmente, na construção de uma nova diretiva jurídica, de uma norma, um precedente.

A partir desses aportes, pode-se indagar como justificar a inércia, entre nós, de uma metódica exegética que muitas vezes resulta na crítica fácil a processos complexos concretizadores da norma jurídica, que “brotam do chão”, no sentido que é a resultante de processos racionais de cariz indutivo? Por que essa complexidade não é adequadamente explorada nos espaços de ensino-aprendizagem?²³ Como teorias, como a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, não são apropriadamente debatidas e apreendidas nas escolas de Direito?

O argumento que aqui se sustenta é o de que, em geral, há um bloqueio relacionado com a força inercial de um axioma jurídico de grande força autoritativa: a segurança jurídica, da qual se ocupa a parte seguinte.

Concretização normativa e (in)segurança jurídica: argumentação racional como método de controle em favor de uma certeza jurídica epistemologicamente possível

Ao defender que a teoria do Direito, no panorama do Estado Constitucional, exige uma “dogmática

fluida”, Gustavo Zagrebelsky procurou chamar a atenção para o caráter necessariamente maleável e dúctil que a ciência jurídica reclama na contemporaneidade, nomeadamente em razão da carga valorativa e principiológica de que são impregnadas as Constituições dos Estados democráticos de Direito. O constitucionalismo atual, em razão disso, já não mais admite um sistema normativo com pretensões de se afirmar em caráter absoluto, a não ser como um metavalor ou metadiscurso, afirmando, por exemplo, o valor do pluralismo e a sua realização mediante regras procedimentais positivadas (Zagrebelsky, 2005, p. 14).

Sustenta, assim, uma epistemologia baseada no *pluralismo metodológico*, por meio do qual um ator oculto, recalcado pelas concepções positivistas, possa vir à luz: o *intérprete e aplicador* do Direito.

Num sistema que (re)uniria o trinômio “lei-direitos-justiça” com o binômio “princípios-regras”, (re)valoriza-se os processos de concretização do direito por meio de sua interpretação (concreção ou concretização) (Zagrebelsky, 2005, p. 131), como característica metódica ajustada ao Estado Constitucional.

Nada obstante, reconhecem-se os problemas que essa metodologia transporta. Quando se sustenta que a abertura do sistema amplia o alcance de satisfação da justiça por meio de preceitos mais abertos, isso também implica os riscos dos excessos, do arbítrio, inaceitável em qualquer democracia. Por isso, ao examinar a potência criadora dos juízes nesse cenário, debruçou-se Zagrebelsky sobre o problema da certeza no direito, é dizer, o problema da segurança jurídica.

No seu pensamento, a falta de uma certeza absoluta ou mesmo a desejável, no sentido de eventuais decisões cambiantes ou discrepantes, é menos um problema e mais uma consequência dos sistemas jurídicos atuais, pelo seria ingênuo (*naif*) se pensar num sistema rígido, porquanto até a defesa de um método de aplicação de regras teria que observar uma ótica de abertura semântica e significativa, porque não se assenta univocidade mesmo nas denominadas interpretações literais.²⁴

Portanto, a discussão quanto à segurança jurídica não é bastante para bloquear uma realidade metodológica da ciência do Direito, ainda que se constitua uma discussão muito importante.

Humberto Ávila (2012, p. 39 e ss.), de outro lado, sustenta que a segurança jurídica se apresenta como

²³ A propósito, como sublinha Gomes (2009, p. 104), essa questão da preocupação com o ensino e a formação jurídica está bem presente na obra de Friedrich Müller, até mesmo pela grande influência que os saberes interdisciplinares exercem no processo estruturante da norma jurídica, em especial da dimensão do âmbito normativo.

²⁴ No desenvolvimento desse argumento, Zagrebelsky (2005, p. 146) recupera a famosa atuação de Pórcia na obra *O Mercador de Veneza*, de William Shakespeare. Atuando em favor do mercador Antonio, Pórcia, travestido de homem e incorporado à função de defensor judicial, elaborou uma argumentação baseada na literalidade do contrato firmado entre o mercador e o judeu Shylock. A sua vitória projetou no imaginário o potencial inseguro e partidário das palavras.

norma-princípio na Constituição Federal de 1988, cujo texto, em diversas passagens, remete a essa ideia, como sucede no *caput* do art. 5º.²⁵ Apesar disso, muitos são os fatores que implicam insegurança jurídica, como a abstração e a generalidades das normas, além das características das sociedades atuais, marcadamente “líquidas” (*liquid society*), de grandes e velozes transformações, inclusive no terreno das leis e do Direito. As abruptas mudanças na jurisprudência, por exemplo, revelam um quadro de insegurança, na medida em que frustram expectativas dos indivíduos quanto à validade normativa da ordem jurídica.

Isso não significa dizer que seja defensável a ideia de sociedade rígida, imutável, inflexível, e, portanto, de um Direito monolítico. O problema da segurança jurídica seria, portanto, o enfrentamento de diversas questões que decorrem do panorama sócio-jurídico, como a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiabilidade da ordem jurídica, porquanto não é possível que o indivíduo não tenha assegurada a possibilidade de saber quais as normas válidas, de poder confiar que elas serão aplicadas e que ainda podem ser invocadas em situações futuras. Sem esses elementos, instala-se um quadro de incerteza (Ávila, 2012, p. 65-66).

Por essa razão, García Manrique qualifica a segurança jurídica como um tipo particular de segurança, que não se relaciona apenas a bens jurídicos, materialmente considerados, mas ao Direito em si, como “conhecimento certo” ou “certeza” quanto ao conteúdo e aplicação das normas jurídicas. Nas suas palavras, “la seguridad jurídica es la certeza respecto de: (i) el contenido de las normas jurídicas vigentes; (ii) el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido” (Manrique, 2012, p. 195).

Percebe-se, assim, que o problema não é de fácil superação, porquanto a busca por segurança, por certeza, precisa conviver com a incerteza de um Direito epistemologicamente relacionado com iguais expectativas de evolução, aprimoramento, já que se constitui um domínio histórico do conhecimento humano, passível de mutações e experimentalismos.

A invocação da segurança jurídica, fora da complexidade epistemológica que se extrai desse contexto,

constitui, portanto, uma pretensão de dominação ideológica por meio de um estereótipo (Warat, 1995, p. 72), pois tenta transmitir uma possibilidade de certeza fora de um campo factível para a metodologia do Direito, como se fosse possível eliminar o seu caráter problemático e a força diretiva (e construtiva) dos processos concretizadores nas instâncias institucionalizadas do Estado-Juiz. Nessa linha de raciocínio, é estereotipada a crítica à trilha indutiva que permeia o método concretizador/inovador, pois obscurece a adequada significação que o vocábulo “segurança jurídica” adquire e assume no Estado Constitucional e diante de seu pluralismo metodológico.

Logo, o discurso em defesa da segurança ou certeza jurídica, conquanto se trate de um estereótipo altamente persuasivo – como está a se revelar na recorrente inovação à figura e à vontade do “legislador” –, não pode ser manejado de forma reducionista, merecendo ser objeto de profunda crítica, não porque sugere algo que não se deve buscar, mas porque resulta numa simplificação estereotipada de um problema que deve ser levado mais a sério no Direito.

Nesse desiderato, somente o controle argumentativo dos discursos prático-concretizadores pode assegurar as expectativas, metodicamente contextualizadas, de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade da ordem jurídica.

A influência desses aportes teóricos pode ser observada, por exemplo, no texto do NCPC. O art. 10²⁶ reflete o dever de esclarecimento que o juiz deve cumprir, oferecendo ampla participação dos litigantes sobre os fundamentos que podem ser levados em conta no julgamento, permitindo-lhes simetria no esforço de influência argumentativa. Nesse mesmo eixo da ética do discurso, pode-se destacar o § 2º do art. 927²⁷, que permite a realização de audiências públicas antes de alteração de uma tese jurídica pelos tribunais, ampliando-se, desse modo, o alcance da participação dos sujeitos interessados no debate e concretizando-se princípio da proteção da confiança (Bustamante, 2012, p. 413).²⁸

O art. 926, ao tratar dos tribunais, estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, indicando, assim, que tri-

²⁵ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Brasil, 1988, grifos nossos).

²⁶ “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (Brasil, 2015).

²⁷ “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (Brasil, 2015).

²⁸ Aqui, o NCPC também estampa mais um capítulo de aproximação do sistema jurídico-processual brasileiro com a teoria do precedente judicial. Com efeito, essa indicação, por meio de audiências públicas, da possibilidade de uma alteração da jurisprudência se assemelha ao instituto do *anticipatory overruling*, traduzido como um gradual enfraquecimento da adesão do tribunal ao seu precedente, como que apontado à comunidade jurídica a possibilidade de superação da *rule*, isto é, a prática do *overruling* (Bustamante, 2012, p. 432).

busnais não devem incorrer em contradição no julgamento de casos semelhantes aos já decididos anteriormente.

A ideia de “integridade” nos remete ao pensamento de Ronald Dworkin, que se debruçou especificamente quanto ao problema do controle das decisões judiciais, de seus argumentos, como forma de prevenção ao arbítrio judicial e, portanto, violação à segurança jurídica. No *Império do Direito*, desenvolveu o conteúdo semântico de integridade da seguinte forma:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos novos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (Dworkin, 1999, p. 291).²⁹

Por isso, a preocupação de se estabelecer, por meio da força diretiva da integridade, a coerência dos processos hermenêutico-concretizadores que resultam na construção jurisprudência, assegurando-se, desse modo, a igualdade de tratamento aos conflitos, com a abertura cognitiva que o método do direito admite quando presentes alterações dos elementos que integram a experiência jurídica.

O problema da segurança jurídica sugere, assim, uma maior complexidade exploratória, que escapa aos limites aqui propostos, na medida em que se constitui num dos problemas de maior abertura epistemológica da teoria geral do Direito (cf. Ávila, 2012; Nunes, 2010). Nada obstante, mais uma vez com apoio em Benjamin Cardozo (2004, p. 10 e ss.), pode-se buscar o conforto de que o reconhecimento de um “Direito vivo”, que evolui por meio de múltiplas fontes, dentre as quais os processos decisórios institucionalizados (direito judicial), não implica insegurança no significado possível a uma epistemologia jurídica, na medida em que os processos indutivos de criação de novos paradigmas jurídicos podem ser metodicamente objeto de controle por

meio da exigência de uma argumentação jurídica racional³⁰, pautada na ética do discurso.

Um exemplo de concretização normativa como contribuição ao aperfeiçoamento do Processo Civil brasileiro

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na deliberação tomada por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.063.343, em 17 de dezembro de 2008 (STJ, 2008), oferece um interessante exemplo da força diretiva dos processos indutivos na (re)construção dos paradigmas normativos a partir de problemas (âmbito da norma). Mais do que isso, revela, em fortes cores, um movimento relativamente comum na nossa tradição jurídica, qual seja a incorporação, nos códigos e leis, de normas de decisão cristalizadas em precedentes judiciais representativos da jurisprudência dos tribunais.

No caso concreto, trata-se de um recurso especial que foi afetado, pela Corte Especial, como representativo da controvérsia, para fins de julgamento pelo rito do art. 543-C do então Código de Processo Civil (julgamento de recursos repetitivos)³¹. A questão de fundo diz respeito à legalidade ou não da cobrança de comissão de permanência em contratos bancários, tendo como recorrente um banco, vinculado a uma montadora de veículos com grande participação no mercado de automóveis. Logo, percebe-se o potencial de alcance do julgamento do recurso especial pelo rito de julgamento de recurso repetitivo, cuja decisão projeta seus efeitos sobre todos os demais recursos pendentes sobre a matéria.

Colhe-se da narrativa da decisão em exame que, marcado o julgamento, o banco-recorrente apresentou pedido de desistência, que foi considerado pela relatora do recurso, Ministra Nancy Andrighi, como o exercício de uma faculdade como violação do dever de lealdade processual. Após sustentar que a ordem constitucional questiona uma rígida divisão entre direitos individuais e coletivos, assinalou a relatora:

²⁹ No desenvolvimento da concepção do Direito como integridade, Dworkin faz uma aproximação com a literatura (Schwartz, 2006, p. 20), considerando que o processo de interpretação se inscreve em uma cadeia histórica de tradições, com sentidos limitados pelo passado do texto e do intérprete. Apresenta, então, a alegoria do “romance em cadeia” para descrever a complexidade (artística?) do processo de interpretação. O processo histórico ofereceria ao intérprete atual a oportunidade de escrever um capítulo adicional ao “romance”, submetendo o seu trabalho ao crivo de uma estrutura bidimensional: uma de adequação e outra de interpretação. Pela primeira, contempla as diversas possibilidades de interpretação, tendo em vista o “estado da trama” até aquela altura. Pela segunda, ele a versão que melhor se ajusta ao caso, considerando todos os aspectos da questão controversa (Dworkin, 1999, p. 278).

³⁰ Refletindo sobre esse problema do controle dos riscos de construções argumentativas irracionais, em especial nos processos hermenêutico-concretizadores, relacionados a direitos fundamentais, anotou Rafael Xerez: “a neutralização deste risco reside na fundamentação racional a ser utilizada na construção de normas jurídicas a partir do conteúdo axiológico objetivo dos direitos fundamentais, com indicação precisa das premissas utilizadas e exposição adequada da justificação da construção formulada” (Xerez, 2014, p. 165).

³¹ O tema está atualmente regulado pelos arts. 976 e ss. do NCPC, sob o título: “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

O Judiciário, como garantidor tanto do Direito Individual quanto do Coletivo, tem a missão de indicar, diante de um conflito, qual a regra prevalecente, se a coletiva ou a individual. Aqui, a sabedoria do juiz, ciente de que a grande maioria da legislação, principalmente a codificada, ainda reflete o paradigma já superado, será determinante para fazer valer os preceitos da CF/88” (STJ, 2008, grifos nossos).

Veem-se, nesse fragmento, as “pistas” que a argumentação racional vai deixando na direção de um percurso indutivo, pensado a partir de um problema, de um caso concreto que não se ajusta na moldura e na substância de outros precedentes.

A relatora propôs, então, em sua primeira manifestação de voto, que, em razão do direito de desistência estar previsto na legislação processual, seu deferimento não prejudicasse a deliberação do tribunal quanto à tese jurídica, para os efeitos de projeção da decisão sobre os recursos pendentes, esvaziando-se, assim, o propósito do recorrente de frustrar a decisão, em evidente violação ao preceito constitucional da duração razoável do processo.

Seguiram-se os debates³², com manifestações que revelam pontos de vista distintos quanto aos argumentos aplicáveis ao caso (os quais constituiriam, na metódica estruturante de Friedrich Müller, o *programa da norma*). Coube, contudo, ao Min. Nilson Naves, mais antigo naquele momento, contribuir com argumentos em favor de uma solução inovadora: o indeferimento do recurso. Em seu voto-vista, ele considerou que a admissão da desistência importaria ao STJ retomar um procedimento indefinidas vezes, já que a estratégia de desistência poderia, em tese, se sempre utilizada. Por isso, vaticinou, recorrendo a elementos de analogia, extraídos da mitologia helênica:

[...] Daí que a desistência pura e simples de recurso submetido ao disposto no art. 543-C do Cód. de Pr. Civil haveria de nos impor, sem dúvida, castigo semelhante ao perturbador castigo mitológico imposto por Zeus a Sísifo. Será que fomos instituídos para viver tamanha tragédia? Lá, Sísifo, tendo de rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente; aqui, nós, como se não bastassem as montanhas e mais montanhas de processos, tendo que repetir – quantas vezes! –, diante dos sucessivos pedidos de desistência, complexo procedimento (seleção de novo processo que verse idêntica questão de direito, ouvida das partes interessadas, do Ministério Público, etc.) [...].

A relatora, agora convencida de que sua proposta – já inovadora – era mais contida do que a do deca-

no da Corte, reformulou seu voto para, assim, liderar a maioria que foi formada, no sentido do indeferimento do pedido de indeferimento do recurso, em ementa assim redigida:

PROCESSO CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM. INCIDENTE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, § 1º, DO CPC). INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ (STJ, 2008).

Acresça-se que, durante o debate, foi indicada, pelo então Ministro do STJ Luiz Fux, a possibilidade de se estabelecer, na hipótese, uma aproximação analógica com o que sucede na ação civil pública, em caso de desistência, quando o Ministério Público pode assumir a posição no pólo ativo da demanda (Art. 5º, § 3º da Lei Federal n. 7.347/85).

Justificada, desse modo, a decisão a partir da força indutiva do problema (o *âmbito da norma*), o paradigma construído acabou por servir de fonte nomogênica material no desenho do instituto do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), estatuído no NCPC, como se pode observar da redação dos §§ 1º e 2º do seu art. 976: É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono (Brasil, 2015, grifos nossos).

Trata-se de apenas um exemplo. Outros poderiam ser agregados, inclusive em relação ao corpo normativo do próprio NCPC, que seguramente incorporou outras fontes oriundas do direito judicial. Mostra-se, no entanto, para os propósitos exploratórios aqui perseguidos, suficiente para ilustrar a complexidade metodológica do

³² Esse acórdão reproduziu o modelo deliberativo *seriatim*, ou em série, agregando a manifestação de todos os julgadores que participaram da assentada.

Direito, bem como a contribuição dos processos de concretização da norma jurídica, presentes também no denominado direito judicial, de metódica preponderantemente indutiva, para o desenvolvimento da ordem jurídica.

Conclusão

A concretização do direito não é mero encaixe; não é simples silogismo ou operação lógico-dedutiva, realizada por um vertical e descendente acoplamento de premissas à conclusão, a partir de um substrato ideal preexistente, dado pelo “legislador”. Noutras palavras, os processos concretizadores da norma jurídica, na voz de aportes teóricos de variadas tradições epistemológicas e, principalmente, na perspectiva metódica oferecida pela Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, não são mera conformação da “lei” a uma realidade conflituosa. É mais do que isso: é processo de criação, desencadeado e pensado a partir de problemas, com fortes cores do método indutivo.

Daí a origem da alegoria apresentada neste trabalho, na defesa de um “direito que brota do chão”; não como uma negação à importância do tecido positivo do Direito e do método dedutivo de aplicação tradicional do Direito, mas em realce ao pluralismo metodológico que compõe a epistemologia jurídica.

A força diretiva e nomogenética dos processos de concretização da norma jurídica levadas a efeito nos processos decisório-institucionais (como aqueles realizados pelos órgãos judiciários) não arrefecem a expectativa, enquanto direito fundamental, de segurança ou de certeza jurídica, na medida em que esse preceito, de complexidade semântica e metodológica, não é negado quando se assume uma dialética jurídica como fonte, nomeadamente quando as atuais características do constitucionalismo, marcas do Estado Constitucional, reclamam um direito aberto e dúctil, em face de uma sociedade veloz e em transformação.

O desafio que se coloca, portanto, é o do controle dos processos hermenêutico-concretizadores, que pode ser levado a efeito por meio de métodos argumentativos racionais, baseados na ética do discurso e na integridade do Direito, como, em parte, reclamada o novo Código de Processo Civil, ao exigir maior estabilidade e coerência da jurisprudência.

O caso concreto descrito neste estudo, oriundo do STJ, é bastante emblemático para ilustrar as nuances e os efeitos nomogenéticos, inclusive com posterior positividade no NCPC, da concretização do Direito, iluminada pelos matizes da indução.

Espera-se que os processos de ensino-aprendizagem do Direito possam promover, de forma mais eficaz, uma adequada formação epistemológica, em ordem a despertar no ator da cena jurídica – esse sujeito cognoscente – a atenção necessária para a complexidade da experiência de que se constitui a essa ciência.

Esses aportes podem não atender às expectativas daqueles que ainda acreditam no mítico trabalho do “legislador”, como fonte de um direito que desce ao terreno dos viventes, na medida em que sugere uma metodologia mais “dúctil” de se aceitar, pensar e construir o Direito, fora das molduras rígidas de uma ficcional segurança jurídica baseada numa utópica clareza dos textos, na pureza do objeto da ciência jurídica e na coerência de pensamento. Não por outra razão, defendeu Zagrebelsky (2005, p. 18) essa ductibilidade da dogmática jurídica com a seguinte afirmação: “a convivência humana não é assunto de puro pensamento”.

Referências

- ÁVILA, H. 2012. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo, Malheiros, 728 p.
- BOBBIO, N. 1997. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., Brasília, Editora da UNB, 197 p.
- BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaoconsolidado.htm. Acesso em: 19/05/2016.
- BRASIL. 2015. Lei Federal n. 13.105 (Código de Processo Civil). 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19/05/2016.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2012. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo, Noeses, 583 p.
- CAPPELLETTI, M. 1999. *Juízes legisladores?* Porto Alegre, Fabris, 134 p.
- CARDOZO, B.N. 2004. *A natureza do processo judicial*. São Paulo, Martins Fontes.
- DALLARI, D. 1996. *O poder dos juízes*. São Paulo, Saraiva, 166 p.
- DWORKIN, R. 1999. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- FERNANDES, A.G. 2014. *Ensino do direito e filosofia: a prudência e a hermenêutica jurídicas, aprendidas com o estudo do caso de identidade crítica, como fundamentos da formação para a justiça como prática social*. Campinas, SP. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, 377 p.
- FERRAZ JR, T.S. 2001. *Introdução do estudo do direito*. São Paulo, Atlas, 356 p.
- FERRAZ JR, T.S. 1991. *A ciência do direito*. São Paulo, Atlas, 142 p.
- GARAPON, A. 1999. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa, Piaget, 345 p.
- GHIRARDI, J.G. (org.). 2009. *Métodos de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo, Saraiva, 102 p.
- GOMES, N.C. 2009. *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica*. Florianópolis, SC. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 132 p.
- GREENE, E. 1998. *Planet of the apes as American myth: race, politics, and popular culture*. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ZyIiAphWngC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summy_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 18/05/2016.

- HERKENHOFF, J.B. 2007. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro, Forense, 179 p.
- LARENZ, K. 2005. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 727 p.
- LÉVY, P. 2011. *O que é virtual?* São Paulo, Editora 34, 157 p.
- LIMA, I.M.; LANÇA, J.A.A. 2017. Contribuições da metódica estruturante para os limites da mutação constitucional. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45e81409831b7740>. Acesso em: 26/07/2017.
- MACCORMIK, N. 2010. Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, **33**:65-78. <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>
- MANRIQUE, R.G. 2012. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid, Lustel, 380 p.
- MATOS, A.S. de M. C. 2012. Direito, literatura e cinema: um ensaio sobre filmes distópicos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, **4**(1):40-47. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2012.41.04>
- MAXIMILIANO, C. 1995. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, Forense, 335 p.
- MÜLLER, F. 2009. *Teoria estruturante do direito*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 304 p.
- MÜLLER, F. 2013. Teses sobre a estrutura das normas jurídicas. *Revista dos Tribunais*, **929**:193-209.
- NEVES, A.C. 2003. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. I., 447 p.
- NOBOA, I.C. 2014. Retorno à zona proibida: uma apresentação de ‘O Planeta dos Macacos’ na sala de aula. In: Encontro Estadual de História da ANPUH-SP, XXII, Santos. 2014. *Anais...* Disponível em: http://www.encontro2014.sp.anpuh.org/resources/anais/29/1400169998_ARQUIVO_PlanetaMacacosANPUH.pdf. Acesso em: 18/05/2016.
- NUNES, J.A.M.N. 2010. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo, Saraiva, 182 p.
- OLIVEIRA, R.T. de. 2015. Novo CPC pode contribuir para mudança na orientação do ensino do Direito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-24/diario-classe-cpc-contribuir-mudanca-orientacao-ensino-direito?imprimir=1>. Acesso em: 19/05/2016.
- ORWELL, G. 2003. *A revolução dos bichos*. São Paulo, Folha de S. Paulo, 96 p.
- POPPER, K. 2004. *Lógica das ciências sociais*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 101 p.
- REALE, M. 2013. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 749 p.
- SANTOS, A.L.L. dos. 2002. *Ensino jurídico: uma abordagem político-educacional*. Campinas, Edicamp 347 p.
- SCHWARTZ, G. 2006. *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 85 p.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). 2008. Recurso Especial n. 1.063.343 – Questão de Ordem (QO), julgado em 17/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?s eq=845190&tipo=0&nreg=200801289049&SeqCgrmaSessao=&Cod OrgaoJgdr=&dt=20090604&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 24/07/2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2012. Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF, julgado em 12/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 24/07/2017.
- VIEHWEG, T. 2008. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre, Fabris, 126 p.
- WARAT, L.A. 1995. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre, Fabris, 120 p.
- XEREZ, R.M. 2014. *Concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 286 p.
- ZAGREBELSKY, G. 2005. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 156 p.
- ZANETI JR., H. 2015. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador, Jus-povum, 428 p.

Submetido: 24/08/2016

Aceito: 02/08/2017