

ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

Universidade Federal da Bahia

Salvador – 2008

ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

Dissertação apresentada como exigência para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, sob a orientação do Professor Doutor Edvaldo Pereira de Brito.

Universidade Federal da Bahia

Salvador – 2008

Alencar, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de.
Efeito vinculante e concretização do direito / Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar – Salvador, 2008.
194 f.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, 2008.

1. Jurisprudência. 2. Efeito vinculante. 3. Hermenêutica. I. Título.
Orientador: Edvaldo Pereira de Brito.

TERMO DE APROVAÇÃO

ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR

EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau Mestre em Direito Público –, Universidade Federal da Bahia – UFBA , pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2008

AGRADECIMENTOS

Sem a colaboração das pessoas referidas aqui, minha alma não teria completado o ânimo para concretizar a vontade e a inspiração que Deus me deu para escrever este ensaio.

Ao meu orientador, Professor Doutor Edvaldo Pereira de Brito, pelo incentivo constante e por ter me ajudado a enxergar o fenômeno jurídico mais abrangentemente, com ênfase na sua concretização e na sua capacidade de transformação social.

À Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, pelas perspectivas que me brindou quando de nossos debates.

Aos meus Professores e colegas do Mestrado da UFBA, por tudo o quanto aprendi na nossa estimulante convivência acadêmica.

Aos meus amigos, pela troca de idéias e pelo estímulo: Professor George Sarmiento, Leonardo Tochetto Pauperio, Professora Marta Maria de Araújo, Mônica Aguiar, Ávio Mozar José Ferraz de Novaes, Professor Wilson Alves de Souza, André Luiz Maia Tobias Granja, Frederico Wildson da Silva Dantas, Professor Humberto Pimentel Costa, Núria Fabris, Nestor Nénton Fernandes Távora Neto, Daniel Nicory do Prado, Manuel Sabino Pontes, assim como à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa de Jovino.

Em especial, à minha família, pela compreensão por minha ausência, com justo pedido de desculpas, agradecendo ao carinho de minha esposa Cláudia Sofia, de meus pais Marcio e Rosiane, e de meus irmãos Márcio André, Marília, Natália e Augusto.

RESUMO

Este estudo enfrenta a oposição entre efeito vinculante e concretização do direito, sob enfoque hermenêutico, indagando sobre a compatibilidade ou a incompatibilidade entre o modo padronizado de decidir e a atividade hermenêutica. Isso exige uma recuperação da tradição mediante a linguagem entendida como constitutiva do mundo, com o auxílio de uma semiologia que não se cinja a um paradigma cientificista. É nesse ambiente que a hermenêutica filosófica encontra campo adequado para criar as condições de possibilidade de decodificação não só do texto, mas também da ideologia que permeia o discurso jurídico, em direção a uma concretização judicial que produza efeitos na realidade social. Com esse propósito, o ensaio “Efeito vinculante e concretização do direito” critica a aplicação do direito no Brasil, notadamente em face da noção de cotidianidade, que consiste na reiteração de hábito que torna aceitável, pela prática, o que deveria ser repudiado. Para dar sustentabilidade aos seus objetivos, é problematizada a idéia comum de que a inserção de instrumentos vinculativos vem acompanhada de argumentos que procuram conciliar celeridade e segurança jurídica, para fazer face ao crescente número de processos. Nessa linha, torna-se necessária uma tomada de consciência histórica que recupere os mal-entendidos resultantes do que foi perdido com os excessos convencionais da linguagem e com o esquecimento do que se denomina diferença ontológica.

ABSTRACT

This study faces the opposition between binding effect and materialization of the right, under hermeneutic focus, investigating about the compatibility or the incompatibility among the standardized way of deciding and the hermeneutic activity. That demands a recovery of the tradition by the language understood as constituent of the world, with the aid of a semiology that doesn't bind to a scientific paradigm. It is in that it adapts that the hermeneutic philosophical finds appropriate field to create the conditions of decoding possibility not only of the text, but also of the ideology that permeates the juridical speech, in direction to a judicial materialization that produces effects in social reality. With that purpose, the rehearsal "Binding effect and materialization of the law" criticizes the application of the law in Brazil, especially in reason of the cotidianity notion, that consists of the habit reiteration that turns acceptable, for the practice, what should be rejected. To give base to your objectives, it is problematized the common idea that the insert of binding instruments comes accompanied of arguments that try to reconcile velocity and juridical safety, to do to the crescent number of processes. In that line, it becomes necessary an electric outlet of historical conscience that recovers the misunderstandings resultants of what it was lost with the conventional excesses of the language and with the forgetfulness than it is called singular difference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO EFEITO VINCULANTE	12
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	14
1.1.1 Esforço histórico da doutrina do precedente no sistema anglo-saxão	15
1.1.2 Influência do efeito vinculante no sistema continental e no Brasil	18
1.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS	22
1.2.1 Filosofias da linguagem e efeito vinculante na aplicação do direito	26
1.2.1.1 Filosofias ordinárias da linguagem	28
1.2.1.2 Hermenêutica filosófica (ontologia fundamental)	38
1.2.2 As bases cartesianas da aplicação do efeito vinculante	47
1.2.3 A relação do empirismo com o efeito vinculante	49
1.2.4 O positivismo e a interpretação/aplicação do direito baseada na hermenêutica tradicional	51
1.2.5 O procedimentalismo e a interpretação/aplicação do direito	62
1.2.6 A interpretação/aplicação do direito existencialista fundada na ontologia fundamental	71
1.3 CONTEXTO SOCIOLÓGICO E IDEOLOGIA	73
2 ENUNCIADOS NORMATIVOS VINCULANTES E HERMENÊUTICA	83

2.1	A LEI FEDERAL N.º 11.417/2006	90
2.1.1	Os propósitos do regramento para a edição de súmulas vinculantes	92
2.1.2	O argumento de revisibilidade do enunciado da súmula vinculante	97
2.1.3	Função legislativa exercida pelo Poder Judiciário: inconstitucionalidade?	101
2.1.3.1	Interpretação constitucional e crise da pirâmide kelseniana	109
2.1.3.2	Alcance do efeito vinculante e (in)constitucionalidade	118
2.1.4	Repercussão geral e dignidade da pessoa humana	123
2.2	PRECEDENTE VINCULANTE PROLATADO PELO JUIZ SINGULAR	127
2.3	EFEITO VINCULANTE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	132
2.3.1	Efeito vinculante decorrente de decisão em sede de controle abstrato	139
2.3.2	Efeito vinculante decorrente de decisão em sede de controle concreto	146
3	EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO	152
3.1	<i>RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM</i>	159
3.2	ENUNCIADOS VINCULANTES E INTERPRETAÇÃO	162
3.2.1	Simplificação, dedução e concretização judicial	168
3.2.2	Fundamentação judicial e diferença ontológica	172
3.2.3	Efeito vinculante e (in)segurança jurídica	177

3.3	COMPREENSÃO <i>VERSUS</i> VINCULAÇÃO	184
3.4	ÉTICA, EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO	189
	CONCLUSÕES	198
	REFERÊNCIAS	202
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202
	Livros e monografias	202
	Artigos de periódicos	209
	Capítulos, prefácios, apresentações e introduções de livros	211
	Legislação e documentos normativos	213
	Jurisprudência	214
	REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS	214
	Artigos da <i>Internet</i>	214
	Jurisprudência	215

INTRODUÇÃO

Há uma tensão velada na oposição entre efeito vinculante e concretização do direito. A depender da pré-compreensão do intérprete, é possível concluir pela compatibilidade ou pela incompatibilidade entre o modo padronizado de decidir e a atividade hermenêutica. A resposta correta não é passível de ser alcançada sem que antes a pré-noção do jurista seja confirmada ou infirmada contextualmente. É preciso, aliás, uma recuperação da tradição mediante a linguagem entendida como constitutiva do mundo, com o auxílio de estudos de uma semiologia que não se cinja a um paradigma cientificista. Nesse âmbito, a hermenêutica filosófica encontra campo adequado para criar as condições de possibilidade de decodificação não só do texto, mas também da ideologia que permeia o discurso jurídico, em direção a uma concretização judicial que produza efeitos na realidade social.

O tema suscita problemas no âmbito da aplicação do direito no Brasil, notadamente em face da noção de cotidianidade, que consiste na reiteração de hábito que torna aceitável, pela prática, o que deveria ser repudiado. O efeito vinculante institucionalizado no Brasil maximiza a forma de aplicação dedutivista do direito que, inicialmente, era realizada a partir de uma premissa legal, nos termos do paradigma legislativo do *civil law*. A idéia da inserção de instrumentos vinculativos vem acompanhada de argumentos que procuram conciliar celeridade e segurança jurídica, para fazer face ao crescente número de processos. A vinculação do juiz aos enunciados jurisprudenciais seria, de certo modo, a forma de controlar os excessos do julgador com formação dogmática. Malgrado o complexo sistema normativo decorrente de uma inflação legislativa, o ordenamento brasileiro vem sobrepondo outros mecanismos para uma generalização obrigatória. Todavia, a tendência à automação do direito não tem evidenciado resultados que comprovem suas promessas.

Em acréscimo, embora seja uma realidade a mitigação da pureza das famílias romano-germânica e do “direito comum”, uma outra questão a investigar é a de se o traslado dos instrumentos alienígenas de origem do sistema do *common law* e de países desenvolvidos, atende bem as particularidades do Brasil, enquanto país repleto de desigualdades sociais. Os problemas convergem para a baixa compreensão e aplicação/interpretação do direito, tornando necessária uma tomada de consciência histórica que recupere os mal-entendidos resultantes do que foi perdido com os excessos convencionais da linguagem e com o esquecimento do que se denomina diferença ontológica. Por conseqüência, o direito se perpetua sendo uma instância acessível aos privilegiados aptos a participarem de seu discurso construído precisamente para ser considerado científico. Daí se tem um reducionismo sociológico provocado pelo direito.

Coerente com a linha de pesquisa intitulada “limites da validade do discurso jurídico”, a hipótese de trabalho que, ao final, será atestada ou rejeitada, consiste em que o efeito vinculante que vem se ampliando no Brasil por múltiplos mecanismos, é desfavorável à compreensão e à concretização do direito, propiciando agravamento dos conflitos sociais não só por se tratar de um paliativo para as deficiências do Poder Judiciário, postergando a litigiosidade, mas porque não se amolda às disparidades sócio-econômicas, que não se vêem nos países de origem dos institutos. Isso não induz que não sejam necessários padrões gerais mínimos que confirmam sustentação ao convívio social. Todavia, o risco é a exacerbação de um nível de abstração que chegue a ferir o núcleo concernente à singularidade humana.

A relevância do estudo é constatada na esfera da aplicação do direito. No Brasil, tudo conspira para resoluções de litígios com base em estruturas lógico-formais. O formalismo judicial perpassou dos textos legais às súmulas, com um magistrado similar a um juiz-funcionário. A hermenêutica filosófica e a semiologia colocam luz na justificativa de se enfrentar o fenômeno da vinculação em cotejo com o efeito vinculante, sublinhando aspectos históricos, filosóficos, sociológicos e ideológicos. Daí ser importante o enfoque dado ao tema para se chamar a atenção

da comunidade jurídica para as questões que permanecem encobertas pelo discurso que envolve o efeito vinculante.

A pesquisa, seguindo uma fundamentação dialética, tem como marcos teóricos a filosofia existencialista de Martin Heidegger, aliada à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Junto com essa ontologia fundamental heideggeriana, o ensaio segue as bases semiológicas alinhadas por Luis Alberto Warat, sem perder, contudo, o fio lingüístico que possibilitou ao autor salientar a necessidade de uma semiologia do desejo, que não se limitasse aos cânones científicos da semiologia do poder. Para tornar viável o seu desiderato, são adotados recursos bibliográficos, legislativos, jurisprudenciais e eletrônicos, sem descurar de dados que retratam a realidade do horizonte em que escrito o trabalho.

Dessarte, em três capítulos, como se verá a seguir, são desenvolvidas as idéias em torno das quais gravitam problemas, hipóteses e justificativa do estudo. O primeiro capítulo enfrenta os fundamentos para a compreensão do efeito vinculante, mormente nos seus aspectos históricos, filosóficos, sociológicos e ideológicos. O segundo capítulo trata dos enunciados normativos vinculantes e sua relação com a hermenêutica, abordando questões atinentes aos diplomas legislativos que introduziram mecanismos vinculativos da atividade do magistrado e ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Encerrando, o terceiro capítulo explicita mais especificamente o embate entre efeito vinculante e concretização do direito, trazendo à baila discussões sobre os conceitos de *obiter dictum* e *ratio decidendi*, as relações entre interpretação-vinculação e compreensão-vinculação, bem como sobre as implicações entre ética, efeito vinculante e concretização do direito.

2 FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO EFEITO VINCULANTE

A compreensão do efeito vinculante e das possibilidades de concretização do direito não dispensam o perpassar pelos seus aspectos históricos, filosóficos, ideológicos e sociológicos. O estudo isolado das suas peculiaridades jurídicas deixaria velada uma série de questões que decorre da aplicação/interpretação do direito, em especial, da maneira como realizada a sua incidência. A visão do problema dentro de uma situação hermenêutica compreensiva da abrangência de suas implicações tende a evitar reducionismos que aumentam o afastamento do plano jurídico da realidade.

Com efeito, existe uma complementariedade dos papéis dos aspectos históricos, filosóficos (mormente sobre os critérios de efetivação dos direitos e sobre o evoluir cultural da humanidade) e sociológicos do aplicador do direito, para se verificar a (i)legitimidade da concretização judicial arrimada no efeito vinculante de um julgado. Os contextos filosófico, histórico e sociológico jurídico, sob o enfoque do efeito vinculante dos precedentes judiciais, colocam luz sobre o problema pertinente à (in)viabilidade de concretização do direito. O problema da “consciência histórica”, na forma esposada por Hans-Georg Gadamer¹, é, a propósito, bastante elucidativo, notadamente para indicar os caminhos para a efetividade do direito material.

A partir dessas premissas, interessa acompanhar o curso histórico do efeito vinculante. Esse estudo não deve ter o intuito simplesmente narrativo. A sua importância está na compreensão da tradição e na tomada de consciência histórica, vale dizer, o estudo da história é relevante para surpreender o jurista e fazê-lo enxergar o que estava oculto em razão do influxo da cotidianidade. Sob esse prisma, a história do precedente vinculante no sistema da *common law* e sua

¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p.71.

importação para o sistema continental é bastante esclarecedora, podendo evidenciar não só contribuições positivas, como também incoerências, deformações e disfunções que tendem a afastar a atividade judicial de uma possibilidade hermenêutica de concretização do direito. Ao final do confronto e da complementação entre os aspectos históricos, filosóficos, ideológicos e sociológicos que formam o contexto em que está inserido o efeito vinculante dos precedentes judiciais no Brasil, ficará evidenciado o problema que distancia a solução dos processos da efetiva resolução das questões sociais, agravado pelo fenômeno da manipulação do discurso jurídico.

Em suma, o “des-velamento” dos diversos paliativos que vêm sendo (re)utilizados para as resoluções dos conflitos recairá, ao cabo, sobre o que Lenio Luiz Streck aponta como posturas que fomentam “uma verdadeira ‘ideologia decisionista’, em que a situação concreta desaparece no interior da conceitualização”, tais como conceitos doutrinários e ementas jurisprudenciais descontextualizadas que servem de suporte vinculativo para julgamentos subseqüentes. A “pretensão universalizante dos conceitos prévios”, feita sempre “a partir da justificativa de que a lei não pode abarcar todas as hipóteses de aplicação”, revela um paradoxo: “é que a institucionalização da súmula com efeito vinculante aponta na direção contrária, isto é, parece que os juristas ‘descobriram’ um modo de ‘abarcar as múltiplas hipóteses de aplicação da lei...’”. Desse modo, “a alusão ao ‘caso concreto’ transformou-se em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida”, o que se exemplifica com a postura positivista que transfere “o problema da indeterminabilidade do direito para os conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica (pautas gerais, súmulas, verbetes jurisprudenciais)”².

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.371-372.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O direito pode ser definido como um sistema de padrões gerais que visam estatuir limites para os comportamentos humanos. O direito seria assim constituído de ditames que possibilitariam a convivência em sociedade, com a instituição de mecanismos de controle. Hebert L. A. Hart observa que “daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categoria de actos, coisas e circunstâncias”. O êxito do funcionamento do direito vai depender “de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais” feitos pelo sistema. Os dois principais expedientes usados “para a comunicação de tais padrões gerais de conduta”, antecipando os momentos sucessivos de aplicação, são a legislação (que usa bastante a generalidade e a classificação) e o precedente (que “faz um uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações”)³.

O entendimento da inserção do efeito vinculante no Brasil pressupõe contextualização histórica, especialmente diante da distinção entre as ordens jurídicas que tomam por norte a legislação daquelas que prestigiam o precedente. São basicamente dois os grandes sistemas jurídicos: o sistema continental (*civil law*) e o sistema anglo-saxão (*common law*). O primeiro põe ênfase na atividade legislativa e o segundo nos precedentes judiciais. Um sistema seria, em princípio, refratário aos fundamentos do outro. Isso não tem ocorrido, porém. Ambos os sistemas estão sofrendo mitigações em suas purezas. Como exemplo, é vista a introdução do efeito vinculante dos precedentes judiciais em países do *continental law*, tal como vem ocorrendo no Brasil, trazendo para o seu sistema a doutrina do *stare decisis*. De outra vertente, é verificado nos países da *common law* uma produção legislativa paralela, mormente no modelo norte-americano, razão pela qual Antonio Gidi anota que se trata de “um aspecto geral do direito americano

³ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.137.

que está em conflito com as suas origens: cada vez mais as leis se multiplicam e se tornam mais específicas”⁴.

A globalização seria uma das causas da inter-relação entre os grandes sistemas. A globalização não é um fenômeno novo. No entanto, sentem-se seus efeitos com mais vigor na atualidade, especialmente pela diminuição das fronteiras culturais, em virtude de conquistas tecnológicas que revolucionaram os meios de comunicação. Também a evolução dos meios de transporte facilitou o intercâmbio de conhecimento. Desse modo, se a pureza dos sistemas era uma noção aproximativa, esse ideal foi ficando cada vez mais distante de ser alcançado.

Com essa advertência, impõe-se um esboço histórico do efeito vinculante no seu sistema de origem, o sistema da *common law*. Aliás, a característica principal desse sistema é justamente a de ser lastreado em um conjunto de precedentes, no qual o direito é construído pelos julgados e estes tendem a ser prestigiados pelos demais juízes em casos análogos. Essa idéia geral, contudo, está longe de ser uma síntese de todos os fatores que permeiam a aplicação do direito com esteio em julgados anteriores. A complexidade é o alicerce desse sistema que, paradoxalmente, é visto de forma simplista quando importado por países filiados ao *civil law*.

3.4.1 Esboço histórico da doutrina do precedente no sistema anglo-saxão

A história da doutrina dos precedentes vinculantes deságua na revelação da importância dos repositórios de jurisprudência para o sistema jurídico anglo-saxão. Enquanto no sistema continental, o texto legal é o limite ou, melhor, o ponto de partida para a compreensão e interpretação/aplicação do direito – no qual o Poder Legislativo opta por regras que “têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder”, eliminando ou reduzindo arbitrariedades⁵ –, no sistema

⁴ GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p.20.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.113.

anglo-americano é realçada a importância dos julgados, sem os quais, o magistrado se depara com um leque maior de opções, a semelhança do que ocorre em casos de lacunas legislativas.

O desenvolvimento do direito dos precedentes com efeito vinculante ocorreu de forma gradativa, iniciando-se do “Direito dos Casos” para se tornar “o direito dos precedentes vinculantes”. Aquele “Direito dos Casos”, alicerçado na “teoria do *stare decisis*, do latim, *stare decisis et non quieta movere* – mantenha-se a decisão e não alterem as coisas já estabelecidas” –, ficou também conhecido por *case law*. Sua característica principal – mercê da “estrutura bem detalhada de relatos de casos julgados nas cortes de justiça inglesa”, que se denominava “sistema de Relatórios de Casos (*Law Reports*)” – era a de ser um direito construído pelos magistrados “nos julgamentos de casos concretos”, que passavam a vincular as decisões subseqüentes⁶.

A aplicação do direito nos países filiados ao sistema da *common law* seguiu assim um caminho histórico diferenciado em relação ao sistema continental. O paradigma de magistratura daquele, de tradição anglo-americana, findou por se distinguir do último, de tradição romanística, caracterizada “pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito”, com o surgimento de um juiz *la bouche de la loi*. O sistema anglo-americano consagrou, ao revés, “um juiz fortalecido e ativo, com o poder não só de examinar a constitucionalidade das leis”, negando aplicação as que não se conformarem com a Constituição, mas “de criar positivamente o direito pela força dos precedentes judiciais”⁷.

A propósito, Ovídio Araújo Baptista da Silva – embora em outro contexto – evidencia a similitude do juiz da *common law* com o *praetor* romano (magistrado com autonomia para criar o direito que resolvesse o caso concreto, podendo prover, inclusive, “com base em *summaria cognitio*”). De outro lado, o autor aponta

⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.225.

⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.53-54.

a aproximação do juiz da *civil law* com o perfil do juiz-funcionário, isto é, do *judex* romano, que se cingia a julgar as *actiones* da lei, face à limitação de seus poderes relativamente ao primeiro⁸. Essa formação do magistrado do sistema anglo-saxão insere-se no contexto histórico da doutrina do precedente vinculante adotada pelos países filiados àquele.

Decerto, o aparecimento mais recentes da doutrina do *stare decisis* partiu de reuniões de juízes das Cortes de Justiça do reinado inglês, realizadas na “Câmara Exchequer”, a partir do século XV, que recebia “os casos mais complicados”. Foi assim que, “em 1483, numa das decisões tomadas por maioria pela Câmara Exchequer, o Juiz-Chefe, ao pronunciar o julgamento”, argumentou que, conquanto discordasse “da decisão da Câmara, ele era obrigado a adotar a opinião da maioria”. Esse julgamento foi “um marco na história dos precedentes”, fazendo com que os demais juízes que se deparassem com os casos subseqüentes que envolvessem “princípios já discutidos pela Câmara”, sentissem-se compelidos a adotá-los. Daí que “nos séculos XVI e XVII, ficou estabelecido que as decisões tomadas pela Câmara Exchequer seriam precedentes vinculantes”. A absoluta obrigatoriedade dos precedentes só ocorreu, contudo, no século XIX, passando a se relacionar intimamente com “um sistema integrado de Relatórios de Casos (*Law Reports*), os quais contêm transcrições circunstanciadas dos processos, com o inteiro teor dos julgados. São as “razões dadas nos relatórios” que constituem “a ‘peça-chave’ para tornar os princípios ali desenvolvidos vinculantes para julgados subseqüentes”⁹.

Foi com esse caminho de fortalecimento, que a doutrina do *case law* se completou, estando “estritamente ligada ao sistema denominado *Law Reports*”. A vinculação de decisões ulteriores não dispensa a fundamentação suficiente do julgado. É nesse sentido que “uma das características mais marcantes da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juízes”, isto é, “a maior parte da *common law*

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.183.

⁹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.215-116.

não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas” a hipóteses novas que fossem surgindo. A *doctrine of binding precedent* é respaldada pelo princípio de que o magistrado “deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*)”¹⁰. Esse evoluir histórico pode se mostrar surpreendente quando se procura compreender a introdução do efeito vinculante dos precedentes em países do sistema continental, como o Brasil, mormente quando se volve para os problemas relativos à aplicação do direito sem a necessária atenção às peculiaridades do caso concreto, malgrado se faça referência, retórica e paradoxalmente, ao caso concreto, como álubi argumentativo e legitimador.

3.4.2 Influência do efeito vinculante no sistema continental e no Brasil

Como dito, a divisão dos grandes sistemas jurídicos não é mais verificada de forma nítida. No sistema anglo-americano – *case law ou common law* – já se vê características típicas do sistema romano-germânico. Como exemplo desse fato, pode ser visto, com Andréia Costa Vieira, que apesar de sua origem na Inglaterra, o direito norte-americano teve seu desenvolvimento “numa *common law* com peculiaridades bastante distintas do direito inglês”, porquanto “a *common law* norte-americana tornou-se ‘codificada’ desde os tempos coloniais e, nesse aspecto, assemelha-se muito ao sistema legal da *civil law*”¹¹. Tal característica, como averba Antonio Gidi, não induz perda da “flexibilidade, adaptabilidade e praticidade”, nem retira a pouca abstração e a pouca sistematização da ciência do direito norte-americana. No entanto, digno de nota é que no direito dos Estados Unidos da América tem havido, nos últimos dez anos, “uma multiplicação de normas escritas, algumas muito longas e de caráter extremamente específico”¹².

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.298.

¹¹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.191.

¹² GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p.19.

De forma semelhante, a pureza do sistema continental, com prevalência da legislação como fonte do direito, vem sendo mitigada nesse contexto tendente à globalização. Sob essa influência, a vinculação dos precedentes – seja por meio de súmula, seja por simples julgado – passa a ser adotada em países do *civil law*, de molde a suplantar, inclusive, o dogma da separação das funções. Essa incorporação, pelo Brasil – país de tradição continental –, de institutos próprios da *common law* é realizada, por muitas vezes, sem cautelas importantes no que toca ao contexto de origem em cotejo com as desigualdades sociais e a cultura jurídica formalista pátria. Isso implica em, pelo menos, duas possibilidades. A primeira é a de que sejam introduzidos mecanismos jurídicos de maneira desvirtuada, sem que se cuide para que seu controle ocorra adequadamente. A segunda é a da inserção de institutos incompatíveis com a forma de funcionamento do direito em local de nuances diferenciadas. Daí que a importação do direito alienígena não pode ser feito sem os devidos cuidados, especialmente levando em consideração os contextos históricos, culturais e sociais do país de destino.

É de ver que o risco que se corre desse vezo é o de haver solução de continuidade da tradição transmitida pelo fio condutor da linguagem, com a conseqüente dificuldade de compreensão dos problemas sociais de determinado contexto. A instituição de mecanismos jurídicos de outros sistemas, sem a necessária contextualização, pode implicar em perda do sentido histórico que se forma como continuidade. A precaução que se deve ter é a de não se perder a individualidade, que é “uma das vias possíveis à reciprocidade de perspectivas entre os espíritos objetivados passados e contemporâneos e, igualmente, a educação e a tradição mediante sucessivas transmissões ideais”. Aqui, “as formas representativas constituem uma instância metafísica postulada pela espiritualidade das quais o caráter elíptico da linguagem é inseparável”¹³.

Com essa advertência, cabe focar a influência do efeito vinculante nos países filiados a *civil law*, notadamente no Brasil. É uma constatação que vem

¹³ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.220.

tomando maior evidência, em especial com a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Há uma aproximação dos dois grandes sistemas, fato este, nas palavras de Mônica Sifuentes, “plenamente constatável na atuação dos magistrados dos países de direito escrito, que, diante de situações novas” – não tratadas pela legislação posta –, “passam a valorizar a casuística dos problemas em julgamento, em prejuízo do enfoque puramente conceitual”¹⁴.

Deveras, com Lenio Luiz Streck, é plausível avivar que “assim como gradativamente vem ocorrendo no sistema da *civil law*”, com a jurisprudencialização, cada vez mais presente, do direito, “a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do direito”¹⁵. Cuida-se de um evoluir jurídico que ultrapassa o dogma da separação absoluta dos sistemas jurídicos – pois “a *common law* (sistema ângulo-saxão) já conta com institutos do *civil law* (sistema romano-germânico) e vice-versa” –, cabendo ao jurista, nesse evoluir cultural contínuo, o cuidado “de não deturpar ou não utilizar os institutos transplantados para o Brasil sem levar em consideração a sua história, a história de seu povo, as suas reais necessidades”¹⁶.

Com efeito, a questão de relevo, no Brasil, é a da tendência de se generalizar. Isso não quer dizer contudo que alguma dose de generalização não seja necessária, eis que em toda comunidade existem padrões mínimos, ou seja, um limite tangível apto a traçar os rumos para a convivência em comunidade. No entanto, já há algum tempo juristas mais atentos têm denunciado disfunções no sistema, que não se resumem no traslado de instrumentos estrangeiros não condizentes com a realidade do Brasil, mas que se espraiam sobre os planos legislativo e judiciário, revelando o que Orlando Gomes pontifica como “desajustamentos na ordem jurídica”, tal como se dá com a contradição entre

¹⁴ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.59.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.325.

¹⁶ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: impossibilidade de arguição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.56.

ultrapassados “preceitos codificados” – que não são reanimados e rejuvenescidos pelos juristas que ignoram “a realidade sociológica subjacente à realidade jurídica” – e “a inflação legislativa” que “há enxertado a ordem jurídica de muitos povos com inovações extravagantes”¹⁷.

Como aspecto de tais desajustamentos, mormente no que concerne à atividade compreensiva, vê-se que, na prática forense, antes mesmo de se dotar uma decisão de efeito vinculante, os tribunais e juízes já fazem reproduzir decisões dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Há um deslocamento do enfoque que antes era o venerado texto de lei, para passar a ser o dos julgados dos tribunais. A influência do direito anglo-saxão se dá assim de forma bem peculiar, eis que não se vê o cuidado de aferir as diferenças de casos ou mesmo as repercussões do efeito vinculante sobre os problemas que estão em litígio. Em outras palavras, há uma preponderância da busca pela resolução do processo, em detrimento da solução das questões envolvendo pessoas.

Essa característica é agravada pelo crescente número de processos judiciais. A preocupação de maior realce é com a contenção do aumento da litigiosidade. Foi assim que se noticiou que o Supremo Tribunal Federal decidiu reunir dois instrumentos processuais criados pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, “para evitar a proliferação de causas repetitivas na Justiça brasileira: a repercussão geral e a súmula vinculante”. Para tanto, os Ministros da Corte irão definir “quais processos devem ser objeto de repercussão geral”, de acordo com “os casos de relevância social, jurídica e econômica”, e, a partir daí, ordenará “todo o Judiciário brasileiro para que suspenda a tramitação das ações que tratam do mesmo tema – o chamado sobrestamento de processos – até que defina o mérito do caso”. A idéia é que os Ministros estabeleçam o direito “que deverá ser aplicado em todas as ações que repetem o mesmo tema em andamento na corte”, transformando o seu “entendimento em súmula vinculante – o que obriga todo o

¹⁷ GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p.22-23.

Judiciário e o poder público, em todas as suas esferas, a seguir a mesma posição adotada”¹⁸.

Como se depreende, o efeito vinculante no Brasil é caracterizado especialmente com ênfase na imediatidade. Há uma crise no Judiciário que pede solução, uma válvula de escape, e o efeito vinculante, que era exceção no sistema continental, exacerbou-se. A justificativa é aceita pelo fato de, com ele, ser obtida uma padronização de decisões judiciais que não estaria sendo alcançada tão somente com o considerável tecido legislativo brasileiro. A influência do sistema anglo-americano no sistema brasileiro faz aparecer o que Lenio Luiz Streck denomina de “perigoso ecletismo”. Isso porque, as decisões de *common law* são lastreadas em fundamentação que evidencie o direito das partes. Não basta a remissão ao precedente. Já as decisões de *civil law* se bastam quando estão conforme a legislação. Daí que no Brasil se tornou comum a ampliação, sendo “suficiente que a decisão esteja de acordo com uma súmula para ser válida. Nessa perspectiva, tem-se, no sistema jurídico brasileiro, o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação”, porquanto “as Súmulas se transformam, na prática, de normas individuais válidas para cada caso em normas gerais de validade *erga omnes*”¹⁹.

3.5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

O efeito vinculante dos precedentes judiciais para o fim de se justificar decisões padronizadas a respeito de conflitos judiciais semelhantes encontra pontos de contato com o paradigma científico. O período iluminista inaugurou uma época de cientificismo, para o qual Descartes contribuiu relevantemente. A Revolução Francesa veio, por seu turno, reforçar os argumentos racionais de

¹⁸ VALOR ECONÔMICO. Legislação & tributos. Supremo reúne súmula vinculante e repercussão geral em decisão inédita. Disponível em: <<http://a-ponte-aponte.blogspot.com/search/label/imprensa>>. Acesso em: 5 mai. 2008.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.510-511.

forma a impor a necessidade de justificativas plausíveis para o âmbito das chamadas ciências sociais. O evoluir histórico da modernidade foi propício para a purificação do direito, com o objetivo de transformá-lo em ciência apta a dar respostas aceitáveis, sob o ponto de vista sistemático.

As conseqüências desse modo de pensar foi o de isolamento do direito de outros aspectos importantes da vida. O jurista moderno passou a não dar importância maior à filosofia ou a sociologia. Tornou-se hábito dizer que tais campos não interessam ao conhecimento jurídico, que antes deve ser algo fundado na “primazia da autoconsciência”, que acabou por vigorar como sinal de uma nova filosofia. Essa “primazia da autoconsciência” se encontra “em estreita conexão com os modernos conceitos de ciência e de método”, eis que “o conceito de método na modernidade distingue-se dos antigos modos de conhecimento e de explicação do mundo justamente por apresentar um caminho para a autocertificação”. Daí que “o primado da autoconsciência é o primado do método”, só sendo “objecto de uma ciência o que preenche as condições de investigabilidade metódica”, pelo que ao redor da ciência moderna, na qual está inserto o direito, “há zonas pardas e marginais de meia-ciência ou pseudociência que não satisfazem inteiramente as condições da cientificidade e, não obstante, podem ter talvez algum valor de verdade”²⁰.

O fenômeno do cientificismo fez o jurista incorrer em outro fenômeno que Martin Heidegger denomina de cotidianidade. A cotidianidade é responsável pela atitude de indiferença quanto a outros aspectos da vida ignorados pelo direito. O jurista se tornou um cientista que segue um método reducionista de aplicar o direito. Esta situação é agravada pela cotidianidade retratada em uma convivência que “dissolve inteiramente a própria pre-sença” (o *Dasein*, o “ser-aí” do intérprete) “no modo de ser dos ‘outros’ e isso de maneira que os outros desaparecem ainda mais em sua possibilidade de diferença e expressão. O

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 1983. p.34.

impessoal desenvolve sua própria ditadura nesta falta de surpresa e de possibilidade de constatação²¹.

Com Boaventura de Sousa Santos, calha avivar que, na linha do paradigma positivista e autopoietico, “o saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controle social e de transformação social”, com o pressuposto ideológico “de que o direito devia desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade e, partindo dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria²². De certo modo, o método silogístico de aplicar o direito, com o uso de verbetes de precedentes vinculantes segue, sob nova roupagem, o paradigma científico moderno, com legitimação de sua validade pela norma constitucional que lhe dá fundamento, chamada por Hebert L. A. Hart de regra de reconhecimento, que é “a forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias” e que “especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce²³.

Contudo, o direito enquanto sistema tem a finalidade de certificar a validade das normas que o constituem. A validade é aferida pela observância das relações entre as regras de grau inferior e daquelas que lhes dão supedâneo. A justificativa é intrínseca ao sistema e ao seu funcionamento. Há um reducionismo do mundo dos fatos para que se amolde ao mundo do direito. A consequência desse modo de pensar é de índole reducionista e evidencia a baixa compreensão e aplicação do direito. A interpretação/aplicação do direito fundada em efeito vinculante pode reforçar essa forma de não-entendimento dos fatos enquanto tais e na não-resolução efetiva dos problemas sociais.

²¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.179.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.165.

²³ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p.104.

Essa forma de ver a questão tem a ver com a função simbólica da linguagem e com o problema da manipulação discursiva, isto é, com a utilização dos recursos lingüísticos para encobrir o poder que está sendo exercido sob a aparência de direito. Mas não apenas: a proeminência da questão jurídica sobre a questão social é de ser colocada em pauta para que se coloque luz sobre a “decidibilidade de conflitos como problema central da ciência dogmática do direito”. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a propósito, destaca que as teorias “dogmáticas, preocupadas com a decidibilidade de conflitos, não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos)”, porém “fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais”²⁴.

Como se infere, dogmática, linguagem e efeito vinculante são temas estreitamente ligados. O perpassar pelo estudo das principais correntes filosóficas da linguagem não é dispensável. A concepção da linguagem que se tenha como adequada para a efetivação dos direitos na contemporaneidade é indispensável para se constatar vícios de pensamento que resvalam em baixa compreensão do fenômeno jurídico visto em sua totalidade. Destarte, sem perder de mira a idéia de evidenciar o formalismo jurídico que (per)segue o *modus* de aplicação do direito no Brasil, será estabelecido o confronto entre a visão de que “o direito é linguagem” ou “constituído pela linguagem” e a de que “o direito não é linguagem, mas simples instrumento, veículo por meio do qual se manifesta”²⁵. As conseqüências da escolha de concepção são importantíssimas para a efetivação dos direitos através da atuação da jurisdição.

²⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.87.

²⁵ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Linguagem, interpretação e decisão judicial. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, a.2007.1, n.14, p.420, jan.-jun. 2007.

3.5.1 Filosofias da linguagem e efeito vinculante na aplicação do direito

A compreensão do efeito vinculante das decisões judiciais está intimamente ligada com as questões que envolvem o estudo da linguagem. O reconhecimento de que um precedente ou um enunciado de súmula estabelece um padrão geral que vincula as decisões subseqüentes pode retratar a utilização da linguagem como instrumento de atuação do direito, na linha de uma convenção judicial previamente estabelecida. O modo de se entender a linguagem pode denunciar um (des)compromisso com a tradição, entendida como o completamento do ente em seu contexto, seguindo um fio histórico de sua condução.

As discussões sobre os diversos enfoques que a linguagem é vista encontram sua origem no Crátilo de Platão, notadamente no confronto das teses convencionalistas e naturalistas. No Crátilo, são debatidas “duas teorias que procuram determinar, por caminhos diversos, a relação entre palavra e coisa”: (1) a teoria convencionalista, que tem como única fonte de significado das palavras “a univocidade do uso de linguagem alcançada por convenção e exercício”; e, (2) a teoria naturalista, que “defende uma coincidência natural entre palavra e coisa, designada pelo conceito de correção (*orthotés*)”²⁶. Na introdução à edição portuguesa, José Trindade Santos explica que “enquanto Crátilo (nas palavras de Hermógenes) sustenta ‘que cada um dos seres tem um nome correto que lhe pertence por natureza’”, isto é, “que é a mesma para todos”, “Hermógenes encara essa mesma correção como ‘uma convenção e um acordo’, de modo que ‘o nome que alguém puser a uma coisa, esse será o nome correto’”²⁷.

O Crátilo, que data de 388 a.C., seria “a primeira obra de filosofia da linguagem”, verdadeiro “tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.525.

²⁷ SANTOS, José Trindade. Introdução. In: PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.11.

discussão crítica sobre a linguagem”, com a contraposição daquelas teorias, que consistem em teses “sobre a semântica: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (o logos está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas” é fruto do arbítrio e da convenção, sem “qualquer ligação das palavras com as coisas”²⁸.

A utilização automática do efeito vinculante, abreviando o pensamento do jurista, encontra semelhança com a tese convencionalista. O estabelecimento de um *standard* com efeito vinculante é uma convenção pré-concebida para solucionar processos judiciais futuros semelhantes, menoscabando a diferença ontológica e as diversas conseqüências desse proceder. É um processo análogo à teoria sustentada por Hermógenes, qual seja: a de que “os nomes são convenções e que exibem as coisas para aqueles que os estabeleceram convencionalmente, conhecendo antecipadamente as coisas, e que a correção do nome é esta mesma convenção”, não importando “que tenha sido convencionado como é actualmente atribuído”²⁹. No contexto brasileiro da utilização do efeito vinculante, o hábito de se convencionar um modelo de julgado para a solução dos casos subseqüentes (a escolha dessa linguagem, desse *modus* de discurso jurídico), sem uma bastante justificação, faz adaptar o paradigma positivista (que estaria em crise), ainda que com a mitigação do princípio da separação dos poderes, notadamente se considerado o ponto de vista de que a emissão de dogmas vinculativos (padrões gerais) já não mais estaria restrito ao Poder Legislativo.

Com essa advertência, cabe focar as filosofias da linguagem. Não se reduzem elas a duas perspectivas: filosofia ordinária e filosofia extraordinária da linguagem. Na realidade, as abordagens filosóficas acerca da linguagem são variadas, sendo algumas mais próximas ou distanciadas de outras. Para os escopos do desvelamento da questão lingüística que permeia a aplicação do

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.115.

²⁹ PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.115.

direito com base em precedentes vinculantes, vai interessar seguir o caminho do desenvolvimento do estudo da linguagem, com ênfase na bifurcação de sua perspectiva enquanto instrumento/objeto de veiculação do direito (filosofia ordinária da linguagem), de um lado, e de sua caracterização como parte constitutiva do direito (hermenêutica filosófica), de outro. Para tanto, não se perde de vista os estudos da semiologia, a começar pelo ponto sublinhado por Edvaldo Brito, consistente na contribuição da semiótica para a percepção “das relações da linguagem: a semântica, a sintaxe e a pragmática”³⁰.

3.5.1.1 Filosofias ordinárias da linguagem

As filosofias ordinárias da linguagem coincidem pelo entendimento da linguagem enquanto instrumento pelo qual o direito é veiculado. A linguagem, sob essa vertente, não é direito, mas meio para a expressão do jurídico. O direito é que tem uma linguagem própria, uma linguagem técnica e competente para representar o seu mundo, que não se confunde com o mundo dos fatos. Nessa linha, o direito é dotado de linguagem prescritiva, com proposições modalizadas deonticamente segundo os perfis obrigatório, permitido e proibido, à semelhança de como se dá com os verbetes de súmulas vinculantes. A ciência do direito, por seu turno, detém linguagem predominantemente descritiva, uma metalinguagem que descreve e justifica a linguagem do direito enunciado normativamente.

O direito, tal como aduz Gabriel Ivo, é constituído por um esquema que objetiva possibilitar a compreensão de “como certos eventos ocorrem, porquanto um simples olhar, sem a lente normativa, não poderia apreender o existir jurídico. O direito não contempla a realidade, mas a cria para poder modificá-la”³¹. Lourival Vilanova, a propósito, partindo do pressuposto de que “a experiência da linguagem é o ponto de partida para a experiência das estruturas lógicas”, explicita que “a linguagem funciona em várias direções”, não atuando sempre “com fim

³⁰ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.12.

³¹ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p.XXVI.

cognoscitivo, como linguagem-de-objetos”. É esta linguagem-de-objetos, representada por proposições jurídicas, que objetiva alterar “o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do direito”³².

Nessa perspectiva – e preocupado com a necessidade de disciplinar o pensamento para o fim de que a emissão técnica de mensagens jurídicas seja recepcionada pelo seu destinatário de forma adequada às convenções institucionais –, Edvaldo Brito destaca a realidade do direito veiculada pela linguagem, mormente como instrumento da comunicação jurídica, pois o direito: (1) é expresso “por proposições prescritivas no ato intelectual em que a fonte normativa afirma ou nega algo ao pensar a conduta humana em sua interferência intersubjetiva”; (2) enuncia proposições descritivas para falar das proposições prescritivas; e, (3) é dotado de “um discurso típico recheado de elementos que constituem o repertório específico que caracteriza o comportamental da fonte que emite a mensagem normativa”, bem como “de organização que se incumbe de tipificar a sua *facti specie* a conduta dos demais destinatários (receptores de mensagem) quando na sua interferência intersubjetiva”³³.

A nota característica das filosofias ordinárias da linguagem está no ponto de partida designativo das coisas. A raiz está com a teoria nominalista/convencionalista encontrada no Crátilo de Platão, como contraponto à teoria naturalista. O convencionalismo não leva em consideração a teoria do fluxo, que acompanha a modificação paulatina do discurso no correr da história, sem interromper o fio condutor da tradição. Em verdade, é necessário que a linguagem prossiga constituindo o mundo corretamente, numa constante revelação e suspensão de sentido de acordo com a conjuntura, sem descurar de que é “muito mais em si e a partir de si mesmas que as coisas devem ser apreendidas e

³² VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p.41-42.

³³ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.16.

investigadas, do que a partir dos nomes”³⁴. A eleição de palavras para servirem de instrumento de comunicação, quebrando a tradição que acompanha o contexto, propicia a limitação do mundo do jurista pela linguagem técnica. O que decorre daí é um reducionismo de horizonte e uma diminuição de possibilidades de compreensão. O jurista corre o risco de aceitar como adequadas decisões que são verdadeiras sob o ponto de vista do sistema do direito. Levado o problema às últimas conseqüências, o direito servirá como instrumento de alienação.

Isso não induz, contudo, que não se reconheça mérito e relevantes descobertas às filosofias ordinárias da linguagem. Um exemplo é trazido por Luis Alberto Warat, ressaltando o trabalho de alguns juristas da época das ditaduras militares na América Latina, mediante o uso da semiologia jurídica. Como existiam, sob os auspícios da “doutrina da segurança nacional”, “listas de palavras proibidas” – sendo cada aula “vívda como se fosse a última” –, alguns professores inventaram “muitos mecanismos metafóricos para a denúncia”, falando “muitas coisas para falar alguma coisa que servisse como ponto de resistência”, sem que os militares se dessem conta do “potencial subversivo da semiologia”. Todavia, “o potencial subversivo não é a mesma coisa que o potencial libertário. Este último vai muito além da denúncia e da crítica. De qualquer forma a semiologia jurídica foi política enquanto denúncia, como resistência e crítica”³⁵.

Com Edvaldo Brito, é preciso sublinhar a necessidade de não se incorrer em atitude preconceituosa, em críticas excessivas que acabam por olvidarem a autocrítica. As correções que serão apontadas às filosofias ordinárias da linguagem – especialmente para a percepção dos problemas que decorrem da aplicação do direito com lastro em efeito vinculante – não podem exagerar ao ponto de retirar a contribuição que deram para a construção de suas teorias, na época em que o paradigma científico estava florescendo e influenciando as chamadas “ciências” sociais. Isso retiraria o alicerce da própria hermenêutica filosófica de cariz ontológico fundamental: a tradição, que segue através de um fio

³⁴ PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.123-124.

³⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.109.

condutor, que é a linguagem. Os exageros devem ser evitados para que não fique encoberto uma parte importante da história, notadamente a lógica, que constituiu um instrumento de grande utilidade para conquistas teóricas e que nasceu no “Círculo de Viena”, com o positivismo como direção filosófica primeira³⁶.

Foi na mesma época do Círculo de Viena (fonte inicial do grupo do Positivismo Lógico que ganhou ênfase na década de 1920 e que foi marcado por Ludwig Wittgenstein com sua “teoria paradigmático-apodigmática” esposada no “Tratado lógico-filosófico de 1922”³⁷) que, nos Estados Unidos da América, Charles Sanders Peirce, “um dos criadores do pragmatismo”, acentuou “a função lógica do signo para a constituição da semiótica”, afirmando “que a lógica, em seu sentido geral, é apenas o outro nome que designa a semiótica”. Esta “seria, por esta razão, uma teoria geral dos signos, reconhecida como disciplina na medida em que o processo de abstração produzisse juízos necessários, que deveriam ser caracteres lógicos dos signos utilizados pela prática científica”. É assim que Luis Alberto Warat afirma que “há uma idéia medular no Círculo de Viena que Peirce certamente insinuou”, notadamente as “condições semânticas de verificação como critério de significação”, porquanto “uma idéia é sempre uma representação de certos efeitos sensíveis”³⁸.

Deveras, para Charles Sanders Peirce, lógica é sinônimo de semiótica. Ele propôs um estudo dos signos que não se afastou do modelo científico, contudo não descurou das situações de signos degenerados que afetam a comunicação, bem como não olvidou a percepção de que a linguagem e o homem se informam reciprocamente. Os signos encontrados na fala podem ter sido convencionalizados ou podem decorrer naturalmente. A origem está no Crátilo, como já anunciado, com o embate entre as teses convencionalistas e naturalistas sobre

³⁶ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.13.

³⁷ LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos Galvão Montagnoli. 5. ed. Bragança Paulista: São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.7.

³⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem: 2ª versão*, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.11-14.

as palavras. Peirce esclarece que todo signo determina um “Interpretante” (uma referência a um símbolo, sobre a qual recaem variações contextuais). O “Interpretante” também é dotado da qualidade de signo, pelo que os signos se justapõem a outros. Na dicção do autor, “um Signo é tudo aquilo que está relacionado com uma Segunda coisa, seu Objeto, com respeito a uma Qualidade, de modo tal a trazer uma Terceira coisa, seu Interpretante, para uma relação com aquele Objeto na mesma forma”, infinitamente. Daí que “se a série é interrompida, o Signo, por enquanto, não corresponde ao caráter significante perfeito”³⁹.

Malgrado não ultrapasse a hermenêutica vista como relação sujeito *versus* objeto, com Peirce pode se sustentar a importância da “tradição”, para evitar conclusões equivocadas, ou seja, com lastro na semiótica, é de distinta relevância a ligação entre presente, passado e futuro para que ocorra adequada compreensão dos fatos. Com ele é possível inferir que o uso de efeito vinculante para decidir, sem que venha acompanhado por uma justificação suficiente – com fundo histórico lingüístico inclusive –, pode redundar em decisões inválidas ou que não sejam dotadas de aceitabilidade, bem como em perpetuação do problema litigioso. Vale dizer, em acréscimo, que Peirce, embora não tenha destoadado totalmente do cartesianismo – à exceção da crítica que faz à filosofia da mente e outros aspectos –, realizou algumas correções de rumo em face da insuficiência do modelo cartesiano, mantendo-se fiel ao paradigma científico.

Na realidade, não é fácil distinguir quando se está diante de um novo paradigma (modelo) ou de um período de transição ou mesmo de uma fase de resolução de crise, que adapta o velho paradigma para que não seja suplantado. Peirce não rompe com o cientificismo: antes o ajusta diante de questões não abrangidas integralmente por ele. É com Thomas S. Kuhn, que esse fenômeno pode ser percebido, especialmente quando destaca que “um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma” – tal como se dá com Peirce – não induz “a transição de um paradigma em crise para um novo do qual

³⁹ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p.28-29.

pode surgir uma nova tradição de ciência normal”. Para que acontecesse propriamente mudança do velho paradigma para um novo, seria necessária “uma reconstrução” que viesse a alterar “algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações”⁴⁰.

Com a semiótica de Peirce, não foi isso o que ocorreu. Ele, além da semiótica, desenvolveu estudos no campo da filosofia da ciência, com ênfase na lógica e na metodologia científica. Com essa constatação, pode se compreender que “o filósofo norte-americano não critica Descartes”, em virtude deste “exigir clareza e distinção das idéias”. No entanto, como “clareza e distinção são critérios insuficientes”, Peirce adiciona um terceiro critério: o pragmatismo – “que é metodológico” –, para levar em consideração os efeitos, com o objetivo de que “se defina uma idéia tão claramente quanto possível”, mercê da existência “de conceitos difíceis e obscuros”⁴¹.

No mesmo contexto de época, mas na Europa e com abordagem diferente de Peirce, Ferdinand de Saussure era “preocupado com o tratamento científico das linguagens naturais” (já que Peirce estaria focado nas “práticas lingüísticas da ciência”, denominando-a semiótica), propondo chamar sua teoria geral de semiologia, cuja análise dos signos admitiria “abordagens multidisciplinares”, com a “preocupação metodológica vertebral” de “determinação dos critérios que permitem a autonomia e a pureza de uma ciência dos signos”, numa “tentativa de reconstrução, no plano de conhecimento, de um sistema teórico que explique o funcionamento dos diversos tipos de signos”, com destaque para “a função social do signo”. Assim, “a condição mínima para a análise semiológica fundamenta-se, então, na possibilidade de constituição de unidades sígnicas claramente diferenciáveis”⁴².

⁴⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.116.

⁴¹ KINOUCI, Renato Rodrigues. Introdução. In: PEIRCE, Charles Sanders. *Ilustrações da lógica da ciência*. Tradução: Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida: Idéias & Letras, 2008. p.15.

⁴² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem: 2ª versão*, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.11-14.

Ferdinand de Saussure esclarece, em seu *Curso de Lingüística Geral*, muitos dos aspectos da linguagem, a exemplo das dicotomias língua/fala e significante/significado. Não obstante arraigado ao paradigma científico e ao cartesianismo – fruto da época em que viveu –, ele deixou assentado que “a linguagem é um fato social” e que, “na realidade, tudo é psicológico na língua, inclusive suas manifestações materiais e mecânicas”. Ademais, “as questões lingüísticas interessam a todos” os estudiosos “que tenham de manejar textos”, com relevo para a cultura geral, “na vida dos indivíduos e das sociedades”. Nesse contexto, aquele que maneja/estuda a linguagem tem uma tarefa especial – e de crucial importância para a concretização do direito diante do fenômeno do efeito vinculante de precedentes judiciais no Brasil –, qual seja: diante de erros interpretativos/aplicativos passíveis de ocorrer com a automação judicial, deve-se “denunciá-los e dissipá-los tão completamente quanto possível”⁴³.

Por sua vez, Ludwig Wittgenstein, um dos expoentes do Positivismo Lógico nos idos de 1920 (em sua primeira fase), época em que publicou o “*Tractatus Lógico-Filosófico*”, toma por tema central “a linguagem, e os seus limites”. É a linguagem “a forma de expressão (modelização) (do nosso conhecimento) da realidade. A lógica pretende ser o denominador comum das formas de expressão com sentido, a partir de proposições-base”⁴⁴. É assim que Wittgenstein aventa, no ponto 5.6, que “os limites da minha linguagem significa os limites do meu mundo”, para desdobrá-lo, no subitem 5.61, na afirmação de que “a lógica enche o mundo; os limites do mundo são também seus limites”, não havendo possibilidade de “dizer em lógica: ‘no mundo há isto e isto, mas não aquilo’”, haja vista que “aquilo que não podemos pensar, não podemos pensar; também não podemos dizer aquilo que não podemos pensar”⁴⁵.

⁴³ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p.14.

⁴⁴ OLIVEIRA, J. Tiago de. Alguns comentários sobre o “*Tractatus*”. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: Tiago J. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.XV.

⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: Tradução: Tiago J. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.114-115.

Sem embargo, Wittgenstein, na segunda fase de sua vida, refletiu ainda sobre o problema filosófico da linguagem. Tornou a reformular sua filosofia da linguagem e assim produziu textos que formam a obra “Investigações filosóficas” (1953). Esse livro “se ocupa da linguagem real da vida cotidiana”, tornando-se fundamental “para o movimento conhecido como Filosofia analítica” e se concentrando “em descobrir os diferentes usos” dessa linguagem real que, a seu turno, “não considera apenas as estruturas lógicas que se podem ordenar com perfeição e transparência”, porém “se mantém sempre em aberto e abrindo-se para usos sempre novos em contínua reformulação”⁴⁶.

Decerto, é com essas idéias que Wittgenstein explica no parágrafo 120 de suas “Investigações filosóficas” que “quando falo sobre linguagem (palavra, proposição, etc.), tenho que falar a linguagem do dia-a-dia”, aventando que “o que importa não é a palavra mas o seu significado; e pensa-se no significado como se pensa numa coisa do gênero da palavra, se bem que diferente da palavra. Aqui está a palavra, aqui o significado”. Sustentando a importância da linguagem real, ele, no parágrafo 123, arremata: “a filosofia não deve, de forma alguma, trocar o uso real da linguagem; o que pode, enfim, é apenas descrevê-lo”, fundamentá-lo, mas deixando “tudo como é”⁴⁷.

O estudo da linguagem, ainda sob uma perspectiva que aqui se está a denominar de ordinária, prosseguiu com o pensamento neopositivista, que “sustenta a necessidade de discutir os problemas da linguagem, no que se refere à construção de uma linguagem ideal”, com a pressuposição “de que a linguagem comum é deficiente e que o êxito na compreensão de uma linguagem depende de explicitação e supressão de seus problemas, a partir da elaboração teórica de uma linguagem logicamente perfeita”⁴⁸.

⁴⁶ LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos Galvão Montagnoli. 5. ed. Bragança Paulista: São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.7-8.

⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos Galvão Montagnoli. 5. ed. Bragança Paulista: São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.73-74.

⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.63.

No Brasil, Lourival Vilanova pode ser tido como marco teórico dessa linguagem séria para a solução dos problemas jurídicos, mormente quando aduz que para que haja “lógica jurídica é indispensável que exista linguagem, pois com a linguagem são postas significações. Há linguagem jurídica no conhecimento científico-dogmático, L”, como há no direito-objeto, L’, tema desse conhecimento”. Assim, “a possibilidade gnosiológica da lógica de L”, que dará margem à outra linguagem L”, reside em essa linguagem do direito objeto”: (1) “conter termos que se reduzem, por abstração formalizadora, a variáveis, e constantes operatórias (functores e quantificadores)”; (2) “dispor de uma gramática interna, cujas regras estabeleçam composições e transformações de estruturas”; e, (3) “tais regras serem regras sintáticas (com o mínimo de semântica) em obediência às quais se façam estruturas com-sentido, evitando o sem-sentido e o contra-sentido”. A primeira “é a gramática no interior do direito positivo, a gramática geratriz de normas”. A segunda “é a gramática formal da lógica jurídica. Não se confundem”⁴⁹.

Sobre essa concepção epistemológica da linguagem, de cunho neopositivista, Luis Alberto Warat noticia que foi ela “contestada principalmente, a partir de 1930, por Wittgenstein, em sua segunda fase”, quando ele passou “a acreditar que a linguagem natural é correta e que as dificuldades de origem lingüística surgem porque os filósofos a reconstituem deficientemente”. Destarte, “a solução dos problemas lingüísticos surge da compreensão de como se utiliza de fato a linguagem e, a partir desta constatação, deve-se indicar onde e como erraram os filósofos”. Wittgenstein passou, portanto, a seguir a filosofia científica, inserta no interior da filosofia ordinária da linguagem, que se divide em pelo menos “duas grandes correntes”, que examinaram “isoladamente os problemas das linguagens ordinárias, sem procurar sua organização sistemática”. Um “grupo aglutinou-se ao redor das idéias de Wittgenstein, tendo Malcon e Waismann como suas figuras mais destacadas”. O outro ficou “vinculado ao que se denominou

⁴⁹ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005. p.27.

Escola de Oxford, cujos membros mais importantes são: Ryle, Austin, Strawson, Hart e Hare”⁵⁰.

Hebert L. A. Hart, teórico da filosofia científica (que Warat denomina de “Filosofia da Linguagem Ordinária” em contraposição ao Positivismo Lógico), utiliza processo de elucidação com ênfase na concepção de direito como sistema. Para Gérson Pereira dos Santos, “a mais interessante distinção analítica de Hart consiste na diferenciação de dois tipos de linguagem: o aspecto interno (e sua atitude associada, o ‘ponto de vista interno’) e o aspecto externo (‘o ponto de vista externo’) do discurso”. Nessa senda, Hart acentua a disjunção entre o formalismo e o ceticismo das regras, analisando a linguagem ordinária, porém refutando “a ficção de uma língua matematicamente ideal ou artificial”, na linha da “tradição humanística clássica de Oxford”, não sendo óbice que procure, na aplicação do direito, “enunciados formulados em linguagem natural, predicando-lhes valores de verdade e em correspondência com o mundo fático”⁵¹.

O próprio Hebert L. A. Hart explica, em pós-escrito do livro “O conceito de direito, que sua teoria sobre o direito tem propósito geral e descritivo (moralmente neutro e sem cunho de justificação). Tem tarefa clarificadora com seu ponto de partida no “conhecimento comum e difundido dos aspectos salientes de um moderno sistema jurídico interno”. Para tanto, seu estudo usa repetidamente “um certo número de conceitos tais como regras que impõem deveres, regras que conferem poderes, regras de reconhecimento, regras de alteração”, dentre outros. Tais regras “fazem incidir a atenção em elementos em cujos termos podem ser analisadas, de forma clarificadora, diversas instituições e práticas jurídicas”, com a possibilidade de “dar resposta a perguntas respeitantes à natureza geral do direito, que a reflexão sobre estas instituições e práticas tem impulsionado”⁵².

⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.63.

⁵¹ SANTOS, Gérson Pereira dos. Introdução. In: HART, Hebert L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p.20.

⁵² HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.300-301.

O que se verifica da exposição evolutiva das diversas vertentes das filosofias ordinárias da linguagem é a sua fidelidade ao paradigma científico, muito embora se tenha visto adaptações das diversas correntes lingüísticas no sentido de conferir maior abrangência dos fatos pelo direito. Todavia, o esquema sujeito-objeto permanece intocado e junto com ele uma forma de pensar reducionista em maior ou menor grau. De outro modo, a utilização de métodos previamente dados por essas correntes, pode provocar, em dado contexto, um engessamento do pensamento, uma acomodação que se põe antagonicamente à compreensão efetiva e à concretização do direito, tudo enlaçado ao paradigma positivista que só reconhece como direito aquilo que emana do poder estatal.

3.5.1.2 Hermenêutica filosófica (ontologia fundamental)

A concretização do direito pode ser empreendida com a hermenêutica filosófica. A linguagem deixa de ser vista como instrumento pelo qual veicula o direito para se tornar sua parte constitutiva. Com essa premissa, o efeito vinculante dos precedentes judiciais será entendido a partir do problema da consciência histórica, sem que se despreze, assim, o que formado por correntes anteriores e antagônicas, de molde a construir uma interpretação não-metafísica tendente à solução da questão. Em outras palavras, o desate de questões jurídicas contemporâneas, tal como se dá com a aplicação automatizada do direito com arrimo em precedentes vinculantes ou em julgados que ganham efeitos *erga omnes* (seja por força da constituição, seja pela prática jurídica brasileira), depende de contextualização que siga um fio condutor lingüístico da história: a tradição, que, ao invés de sofrer interrupção, deve se completar continuamente. Uma hermenêutica atualizadora e concretizadora pode retirar o véu de problemas que não são solucionados, mas antes que recebem novos rótulos, com efeito meramente paliativo.

A (re)descoberta do problema da consciência histórica tem sua raiz em Hans-Georg Gadamer. A ciência metodizou a vida humana (o direito é vida

humana) e alijou aspectos importantes à compreensão. Houve uma perda de foco da história, com negação da continuidade da tradição, para, em contrapartida, conferir *status* de ciência a diversos campos do conhecimento jurídico, dando lugar a um historicismo que tem bem delimitado seu objeto de estudo. Gadamer observa que “o historicismo objetivista é ingênuo porque jamais vai até o fim de suas reflexões. Confiando cegamente nas pressuposições de seu método, esquece-se inteiramente da historicidade que também é sua”. Para que a consciência histórica tenha o cunho de autêntica concreção, ela “deve considerar a si mesma já como fenômeno essencialmente histórico”, levando em consideração o “princípio da produtividade histórica”, tendente a esclarecer que “compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós”. É desse modo que Gadamer conclui que “a tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia, mas a via que nos foi dada para chegarmos à verdade sempre buscada”, vendo “na relação de toda compreensão com a linguagem a maneira pela qual se revela a consciência da produtividade histórica”⁵³.

Infere-se assim que as relevantes contribuições da semiótica de Peirce e da semiologia de Saussure não são e nem devem ser negadas com a hermenêutica baseada na ontologia fundamental. Caso houvesse desprezo das conquistas das filosofias ordinárias da linguagem para abrir lugar para uma nova hermenêutica filosófica – supostamente surgida de forma autônoma –, essa compreensão da vida estaria por refutar um de seus fundamentos para o desvelamento dos entes em sua essência, qual seja: a tradição. O contexto histórico dita o pensamento humano de uma época. O paradigma científico foi fruto do desfecho da idade média, com o alvorecer da idade moderna. Os excessos vão sofrendo resistência e o que antes era justificado, ainda que aparentemente, pode se revelar insuficiente em momento subsequente. É que há

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p.70-71.

um movimento pendular da história. O que o intérprete tem que atentar é para as relações do poder com o direito – que não são estáticas, porém em contínua mutação –, para que aquele não se sobreponha a este e nem sufoque ou apague o fio condutor da linguagem que se revela na tradição, no vai-e-vem entre passado e presente.

No Brasil, o que se percebe é uma tendência constante no que se refere à aplicação do direito com esteio em *standards*. De um modo geral, não houve mudança substancial no modo de interpretar/aplicar o direito: o paradigma continua sendo aquele inaugurado em 1789, por ocasião da Revolução Francesa. A grande maioria dos juristas do Brasil está com os pés na época iluminista: o que se busca é a segurança em um enunciado (em um texto, não importa muito qual).

Seriam basicamente três os estágios da aparente evolução de aplicação do direito no Brasil: (1) o período da aplicação pura da lei, quando se tinha um juiz fiel ao parlamento e aos textos legais; (2) o período em que o texto da lei sofreu desprestígio pela “descoberta” de que a Constituição é fundamento de validade daquela (neoconstitucionalismo); e, (3) o período de aplicação do direito de forma semelhante ao que decide o órgão jurisdicional de grau superior, com prestígio do efeito vinculante (ainda que não obrigatório por decisões com tal qualidade ou por súmulas vinculantes). A grande coincidência de todas essas épocas é a de que o jurista ou o magistrado precisa de um “método científico” para validar suas decisões, aliado ao fato de que não é sublinhada a importância da compreensão dos problemas, recaindo na conhecida tensão entre decidibilidade do processo *versus* resolução (efetiva) dos conflitos. As teses jurídicas têm preponderância sobre os fatos, encobrando-os. Daí a necessidade de, como pontifica Lenio Luiz Streck, transformar a hermenêutica “em contributo para a construção das condições de possibilidade de elaboração de um discurso apto a desmi(s)tificar as teses que, historicamente, seqüestra(ra)m o aparecer da singularidade do Direito”⁵⁴.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.8.

A ontologia fundamental heideggeriana possibilitou uma compreensão a partir da “pre-sença” (*Dasein*, o ser-aí do intérprete). Martin Heidegger aviva que “ao ser da pre-sença pertence uma compreensão do ser” e “a pre-sença está originariamente familiarizada com o contexto em que, desse modo, ela sempre compreende”. Nessa “familiaridade com o mundo, constitutiva da pre-sença, funda-se a possibilidade de uma interpretação ontológico-existencial explícita dessas remissões”. A compreensão contém remissões ao seu contexto de mundo já em sua abertura prévia, viabilizando, na totalidade delas, o que chama de significância, isto é, “o que constitui a estrutura do mundo em que a pre-sença já é sempre como é”. Junto com “a significância, a pre-sença é a condição ôntica de possibilidade para se poder descobrir os entes que num mundo vêm ao encontro no modo de ser da conjuntura (manualidade) e que podem anunciar em seu em-si”. Sem embargo, essa significância abarca “em si a condição da possibilidade de a pre-sença, em seus movimentos de compreensão e interpretação, poder abrir ‘significados’, que, por sua vez, fundam a possibilidade da palavra e da linguagem”⁵⁵.

Como se depreende, Heidegger lança as bases de sua hermenêutica a partir de uma perspectiva histórica (tradição) que tem seu destaque para o fim de fundar uma estrutura prévia da compreensão, um alicerce, a partir do qual terá lugar o círculo hermenêutico. Hans-Georg Gadamer explicita que o momento da tradição (ou sentido da pertença) na conduta histórico-hermenêutica, perfaz-se por intermédio da comunhão de preconceitos fundamentais e sustentadores: “a hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala”. De outra vertente, “a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição”, vista de maneira estática e, pois,

⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.130-133.

diversa de um completamento contínuo. “Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica. Só que essa não pode ser compreendida no sentido psicológico de Schleiermacher como o âmbito que abriga o mistério da individualidade”, porém “num sentido verdadeiramente hermenêutico, isto é, em referência a algo que foi dito (*Gesagtes*), a linguagem em que nos fala a tradição, a saga (*Sage*) que ela conta (*sagt*)”. Aqui também se pronuncia uma tensão que “se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Esse entremeio (*Zwischen*) é o verdadeiro lugar da hermenêutica”⁵⁶.

A hermenêutica permanece esquecida no Brasil. Há uma espécie de falta de percepção para as nuances dos conflitos sociais e para as conseqüências das decisões judiciais. A preocupação de que o Judiciário tenha condições de resolver a grande quantidade de processos pendentes de julgamento leva à automatização. O efeito vinculante de um julgado de um tribunal sobre os demais órgãos de jurisdição inferior pode ser capaz de retardar ou de conter uma litigiosidade que ressurgirá em momento subsequente. Basta exemplificar com a abertura de possibilidade de ação rescisória ou de ação de repetição de indébito pela declaração de inconstitucionalidade de certa exação, com efeito vinculante. A resolução de conflitos de forma padronizada, não impedirá novos litígios arrimados em argumentos (re)criados pelo efeito vinculante atribuído tardiamente. Além desse aspecto, o efeito vinculante deixa encoberto questões de ordem econômica, bem como o fenômeno da mutação constitucional e a possibilidade de oscilações jurisprudenciais.

A hermenêutica filosófica é uma forma de ampliar a visão para a resolução de conflitos. A crescente litigiosidade e a incapacidade de resolução rápida pelo Judiciário podem reclamar mudanças de ordem estrutural. Sob essa visão, a atribuição de efeito vinculante apenas retardaria a chegada do litígio ao

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.391.

órgão jurisdicional de grau superior (especialmente nas hipóteses em que a parte tem o hábito de recorrer – a exemplo da União nos processos em que figura como autora ou demandada – ou, quando impossível essa atitude, de impetrar mandado de segurança como sucedâneo recursal). Com o “des-velamento” de tais peculiaridades – que ao mesmo tempo parecem óbvias, contudo (re)caíram na vala do comum, da cotidianidade –, parece ser possível “se pensar na modificação da competência recursal dos tribunais”, restringindo “a competência dos órgãos colegiados ao processamento e julgamento de ações originárias”. Não obstante, deve-se atentar que tais propostas encontrarão campo hostil, pois “a dificuldade maior é para o pensamento jurídico brasileiro aceitar essa forma de pensar e passar a confiar na preparação da magistratura”. A cultura forense é fundamentalmente iluminista e se satisfaz, desse modo, com uma hermenêutica clássica que se basta com decisões supedaneadas, quando não em textos de lei, em julgados ou em súmulas vinculantes, sem diferença substancial com a exegese⁵⁷.

Para uma aplicação do direito concretizadora, a compreensão do mundo deve ter lugar a partir da tradição do ser-aí (*Dasein*) do intérprete – com consciência histórica de enxergar a diferença ontológica da singularidade – e da historicidade brasileira. Desse modo, é viável descortinar as condições de possibilidade de uma situação contextualizada, sendo necessário deixar bem vincado, como o faz Kelly Susane Alflen da Silva, que “a hermenêutica jurídica é muito mais do que uma técnica fundada sobre uma prática científica do processo sintético (de decisão) por assimilação ou por contemplação (E. Betti) orientado pelo (re)encontro em uma concatenação (W. Dilthey) ou pelo esforço hermenêutico da reconstrução do dito pelo ‘tu’ (Fr. Schleiermacher)”. Não se exaure, a hermenêutica jurídica, em “uma antinomia entre objetividade e

⁵⁷ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Procedimento ordinário e razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.104, n.395, p.268, jan.-fev. 2008.

subjetividade”, nem deve persistir sendo empregada “como signo para designar as regras de interpretação (*ars interpretandi*)”⁵⁸.

Deveras, a hermenêutica filosófica, lastreada em uma ontologia fundamental, situa a compreensão historicamente e evidencia as limitações da relação interpretativa que se dá com o esquema sujeito-objeto. A interpretação/aplicação do direito não mais se coaduna com a “análise” objetiva dos textos envolvidos na construção da norma jurídica. No dizer de Richard Palmer, “o modelo de interpretação sujeito-objeto é uma ficção realista”, porque “não deriva da experiência da compreensão”, sendo antes “um modelo construído reflexivamente, que volta a ser projectado na situação interpretativa”. Essa forma de interpretação incorre em formalismo e em falta de “consciência realmente histórica”, esquecendo-se de que “a compreensão é sempre situada”, colocando-se “num dado ponto da história”. Por consciência histórica, deve-se entender não “apenas sentir o ‘elemento histórico’” do texto, “mas antes uma compreensão genuína do modo como a história constantemente actua na compreensão, e uma consciência da tensão criativa entre o contexto” do texto e o da contemporaneidade⁵⁹.

No âmbito da problemática da aplicação do direito mediante efeito vinculante, o que se vê é a facilitação do trabalho do intérprete, resolvendo, de antemão, um caso semelhante ao precedente. Essa forma de aplicação é fiel ao modelo sujeito-objeto, empobrece a compreensão do *thema decidendum* e possibilita o retorno de conflitos sociais e a criação de outras disputas no futuro, mercê da resolução deficiente. Lenio Luiz Streck, na senda da hermenêutica filosófica que se contrapõe ao padrão sujeito-objeto, enfatiza que o julgador “não pode considerar que é a súmula que resolve um litígio – até porque as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas –, mas, sim, que é ele mesmo, o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de

⁵⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.431.

⁵⁹ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p.225-226.

horizontes para dirimir o conflito”. A compreensão irá fundir dois mundos – “o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete” – em um dado “contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos”⁶⁰.

Sem embargo, a hermenêutica filosófica no direito, mormente quando do entendimento dos casos submetidos a julgamento do Judiciário, deve atentar para uma nuance bem específica, enfrentada por Wilhelm Schapp, que é a da história com caráter de caso, da qual se ocupa o jurista e que tem especial interesse para se perceber eventual equívoco em reduzir a questão litigiosa a um padrão geral vinculante. A compreensão deste ponto pode minimizar os riscos de desvios de perspectivas ou de aplicação/interpretação do direito que não leve em conta a tradição. Isso porque, diante do caso concreto, “tem-se a impressão de que não mais se trata de uma história, mas sim do esqueleto de uma história. Com o caso, o homem e o ser homem passam ao plano de fundo, à grande distância”, eis que “no caso, procura-se o desligamento da história, sem que seja possível um completo desligamento”. É que “o caráter da história reside no horizonte” e “ele é simplesmente deslocado. Exteriormente, essa relação é insinuada pelo fato de serem as pessoas, que aparecem no caso, designadas por letras, e não com nomes”. De forma tão-somente aparente, nota-se a possibilidade de “transformar toda história ou muitas histórias em um caso, e com certeza, inversamente, todo caso em uma história”. Tem-se por exato, no entanto, que “o suporte de cada caso é uma história, o caso somente pode surgir e entrar no campo de visão por meio de uma história. O mecanismo particular da transformação de uma história em caso ou da retransformação de um caso em uma história teria necessidade de uma investigação precisa”. Seria possível, então, novamente pensar que “o caso seja, em relação à história, o elemento universal, e poder-se-ia tentar elucidar a relação entre o caso e a história por meio de uma teoria do conceito” – a exemplo

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.178-179.

da súmula vinculante –, caminho este que, todavia, não é capaz de alcançar “a configuração que se quer elucidar”, notadamente porque o caso não se desvincula da história⁶¹.

Em arremate, uma menção a Hans-Georg Gadamer se faz necessária para se destacar a linguagem como fio condutor da tradição e como condição de possibilidade de compreensão, na mesma senda de Martin Heidegger. Com Gadamer e Heidegger, ganha relevo para a hermenêutica a história encarada não apenas como narrativa histórica, mas enquanto historicidade e atrelada à noção de fusão de horizontes, na qual a participação humana na interpretação/aplicação do direito é elemento indispensável, no sentido de uma relação de sujeito *versus* sujeito mediante o fio condutor da linguagem. A hermenêutica filosófica de cunho existencialista explicita que há um horizonte do texto (sujeito) que fala ao julgador (sujeito) que, por sua vez, também tem seu horizonte em um contexto de tempo. O derretimento desses horizontes faz aparecer a verdade da essência do caso concreto em um dado momento processual. Essa verdade é fugaz e logo após seu surgimento, torna a se suspender. Decerto, “o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que” o intérprete está obrigado a pôr constantemente à prova todos os seus pré-julgamentos acerca de uma situação fática. “Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual” o próprio jurista precede. “O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado” e “não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem conceitos horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”⁶². Observe-se que essa forma de pensar se contrapõe, em muitos aspectos, à aplicação automatizada do direito, reducionista e desprovida de compreensão. Para se verificar a autenticidade

⁶¹ SCHAPP, Wilhelm. *Envolvido em histórias: sobre o ser do homem e da coisa*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.202.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.404.

dessa ilação, interessa, nos itens seguintes, esposar os fundamentos que, de um lado, sustentam e, de outro, desautorizam a resolução dos problemas judiciais com esteio em precedentes vinculantes.

3.5.2 As bases cartesianas da aplicação do efeito vinculante

A ampliação da aplicação do direito com base em precedentes vinculantes, no Brasil, parece indicar a persistência do método dedutivo, da subsunção ou do enquadramento do fato no enunciado textual para o fim de solucionar os conflitos sociais de forma facilitada. O precedente ou a súmula ganha *status* semelhante ao da legislação, com características iluministas, salientando, contudo, o paradoxo de também excepcionar a separação de funções, dogma este de caráter liberal-francês.

Com o conhecimento do pensamento cartesiano, é possível identificar contribuições de sistematização, não obstante os reducionismos próprios do seu pensamento, porquanto, em Descartes, são vistos fundamentos para a padronização dos julgamentos – a exemplo do que ocorre com o uso de efeito vinculante na aplicação/interpretação do direito –, sem atenção para as particularidades dos casos concretos. O pensamento dedutivista lembra o dogma, a “verdade” estática, o reducionismo, a matemática tendente a diminuir o trabalho dos homens e a busca pela verdade infalível.

Como se infere, a aplicação do direito no Brasil permanece, com nova roupagem, a aplicar o direito a partir de raciocínio meramente dedutivo. O silogismo é o mesmo, diferindo apenas no que toca à premissa maior: se antes esta era o enunciado legislativo (ou constitucional), agora passou a ser o enunciado contido em súmula ou julgado. Note-se que a dedução é preponderantemente utilizada para o que se convencionou chamar “questão de direito”. Para a formação de uma súmula a partir de várias “questões de fato” semelhantes, o raciocínio é o indutivo, cuja ligação com o problema do efeito vinculante é delineada no tópico seguinte.

De início, pode-se reputar equivocada e reducionista a divisão do conflito nessas categorias (“questão de fato” e “questão de direito”), pois, na realidade, faz a bipartição do que não é cindível⁶³: o problema social. Esse argumento é corroborado quando se vê que o próprio Código de Processo Civil, embora faça menção a tal cisão em vários de seus dispositivos, não adotou integralmente a teoria da substanciação da *causa petendi* (narrativa completa dos fatos, fundamentos jurídicos e pedido), nem tampouco se filiou à teoria contrária, a da individualização (fundamentos jurídicos e pedido), satisfazendo-se com a narrativa dos fatos históricos essenciais (teoria da substanciação atenuada)⁶⁴.

A partir dessas observações, volve-se para o argumento dedutivista cartesiano. Descartes partiu de um ponto que considerava seguro, isto é, que não fosse passível de refutação a partir do postulado da dúvida. Em contexto análogo, uma súmula vinculante é, para os órgãos jurisdicionais de grau inferior – que não podem realizar sua revisão, como afinal autoriza a Constituição do Brasil –, o fundamento basilar que retrata a “verdade” do caso concreto e que, mediante aplicação de um raciocínio dedutivo efetuado pelo intérprete solepsista, é bastante para respostas judiciais seguras a casos semelhantes, com validade sustentada no âmbito do sistema. A demonstração do acerto do julgado é feita com a citação da premissa maior: o texto do verbete da súmula vinculante.

A idéia dedutivista (que parte de um dado argumento de autoridade) e o modelo do sujeito enquanto “certeza de si do pensamento pensante”⁶⁵ – que serviu de supedâneo para a modernidade e para o cientificismo – podem ser inferidas quando Descartes aventa uma comparação, qual seja: “as ciências dos livros, pelo menos aquelas cujas razões são apenas prováveis, e que não têm nenhuma demonstração”, formadas aos poucos “pelas opiniões de muitas pessoas diferentes, não se aproximam tanto da verdade quanto os simples

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.850.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.134.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.866.

raciocínios que um homem de bom senso pode fazer naturalmente sobre as coisas que se lhe apresentam”⁶⁶. Essa premissa cartesiana explicita, pois, o reducionismo que foi sufragado pelo “Discurso do método” e findou influenciando o pensamento humano, mormente com o Iluminismo.

Em suma, as bases cartesianas do efeito vinculante são verificadas por mais de uma vertente. A primeira é a da aplicação do direito com base na dedução, presente na distinção entre questão de fato e *quaestio juris*, que tem lugar a partir da existência de um julgado, de um precedente ou de uma súmula vinculante (premissa maior). A segunda, ligada à primeira, é a de sustentar a subjetividade do intérprete – que deve se despir de seus “pré-conceitos” –, sendo o corte metodológico verdadeiro óbice à consideração de eventual variável externa ao raciocínio do sujeito. A terceira, consequência do método escolhido, é o reducionismo do campo de compreensão, com produção de efeitos negativos no plano dos fatos sociais (com baixa efetividade de resolução do conflito), ignorado pelo sistema do direito (plano jurídico), que, a seu turno, certifica a solução “válida” do processo.

3.5.3 A relação do empirismo com o efeito vinculante

Uma nota sobre o método indutivo é necessária para a visualização das implicações do uso do efeito vinculante, especialmente no Brasil, país de tradição romano-germânica (*civil law*), onde não se tem o hábito de esposar as justificativas para a incidência de tal efeito. Não é o método indutivo, assim como não o é o dedutivo, o escolhido para o desenvolvimento deste estudo. Mas ele é de consideração relevante por ter a ver com a edição das súmulas vinculantes. Decerto, o conhecimento da indução, máxime para se proceder a analogia desta com a formação das decisões vinculantes – que se dá a partir de casos concretos para uma fórmula geral que englobe, abstratamente, hipóteses semelhantes ao

⁶⁶ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.17.

paradigma –, é indispensável para o enfrentamento de sua viabilidade/utilidade para uma aplicação do direito adequada.

O método empírico, fundado na indução, tem em comum com o cartesianismo a regra de que deve o sujeito afastar suas “pré-noções”. Suas conclusões devem partir de um trabalho caracterizado pela objetividade, em que os fatos sociais – no caso do efeito vinculante, os julgados semelhantes – sejam examinado enquanto coisas isoladas. Essa observação de que os julgados encontram regularidade em um dado sentido, possibilita uma construção de um conceito geral, cuja abertura textual deve retratar os casos análogos.

No âmbito da sociologia, Émile Durkheim segue essa linha – que denomina “método sociológico” –, sustentando que os fatos sociais devem ser tratados como coisas. Depois da observação empírica e de formado o conceito geral, tem lugar aplicar a dedução (cartesiana), tudo dentro do paradigma científico. Para o sociólogo, “toda investigação científica tem por objeto um grupo determinado de fenômenos que correspondem a uma mesma definição”. Assim, “o primeiro procedimento do sociólogo deve ser” o de “definir as coisas de que ele trata, a fim de que se saiba e de que ele saiba bem o que está em questão. Essa é a primeira e a mais indispensável condição de toda prova e de toda verificação”, porquanto “uma teoria, com efeito, só pode ser controlada se se sabe reconhecer os fatos que ela deve explicar”⁶⁷.

Como se depreende, o empirismo é o método utilizado para a edição dos verbetes da súmula vinculante. Depois de ficar constatada uma matéria segue determinado sentido e que, diante das divergências, merece ter regramento vinculativo, o Supremo Tribunal Federal pode editar uma súmula vinculante, com base na indução, cujo texto sintetiza os precedentes semelhantes. Para tanto, a observação empírica dos casos concretos se faz presente, sendo eles enxergados enquanto coisas. A dedução será, contudo, o método escolhido para a aplicação

⁶⁷ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução: Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.35.

dos casos subseqüentes, mediante a premissa maior (enunciado vinculante) que foi construída pela indução.

O método indutivo tem suas raízes no empirismo inglês de Francis Bacon. Seu fundamento é objetivo e preconiza cuidado com os “ídolos” que bloqueiam a mente humana, com vistas a garantir o aparecimento da verdade. Deve haver assim a necessidade de um intelecto regulado e apoiado, de molde a superar a obscuridade das coisas. O método de investigação proposto por Bacon consiste em recolher “os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente até alcançar, em último lugar, os princípios da máxima generalidade”, fincando suas bases, ordenadamente, na experiência e no particular, para se elevar “gradualmente àquelas coisas que são realmente as mais comuns na natureza”⁶⁸.

Malgrado sua importância, esse método não é de todo suficiente, pois, se ele busca evitar abstração (eis que se inicia pela observação), finda por se tornar reducionista quando conclui, ao cabo, a construção da regra geral. A fuga dos ídolos da tribo (forma de evitar influências subjetivas decorrentes das noções falsas ou “pré-conceitos” do intérprete) possibilita uma baixa compreensão dos fenômenos da vida, mercê de suprimir a tradição, ponto essencial para a hermenêutica. Isso não significa negar a existência de influências externas e que interferem na interpretação, porém, antes, entender que o suposto isolamento dos “pré-conceitos” pode comprometer o fio condutor lingüístico da tradição e dificultar a percepção de problemas outros como o da manipulação discursiva.

3.5.4 O positivismo e a interpretação/aplicação do direito baseada na hermenêutica tradicional

Ponto de interesse para o entendimento do efeito vinculante dos precedentes judiciais é antes situar bem o que se entende por positivismo jurídico.

⁶⁸ BACON, Francis. *Novo Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. *Os pensadores*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.36.

Com isso será possível perceber se a aplicação padronizada do direito, por intermédio de uma outra fonte diferente da lei – tal como o enunciado de súmula vinculante –, rompe com o positivismo ou permanece a ele fiel. Primeiramente, há de se destacar que positivismo jurídico é diferente de direito positivo: enquanto o direito positivo é o “direito posto”⁶⁹ (legislado ou constitucionalizado), o positivismo é uma corrente do pensamento jurídico que se caracteriza: (1) pela ênfase na ordem, na coerção e na noção de sistema; (2) por refutar o jusnaturalismo; e, (3) por recusar juízos de valor que possam contaminar o discurso jurídico.

A característica do positivismo tendente a refutar o jusnaturalismo perdeu relevância, especialmente porque as fundamentações de ambas as correntes se solidarizaram. O direito positivo seguiu o caminho de acrescentar em suas bases o direito natural. Nesse sentido, Norberto Bobbio frisa que “em um ordenamento que tenha recebido os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser somente formal” e que o juspositivista deve ser “consciente de que, depois que a maior parte das constituições modernas constitucionalizou os direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural e entre juspositivismo e jusnaturalismo perdeu grande parte do seu significado”⁷⁰. E Luigi Ferrajoli, na mesma senda, explicita que esse fenômeno decorreu do processo de juridificação realizado pelas Constituições modernas, isto é, “por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural”⁷¹.

Como se infere, os juspositivistas cederam ao direito natural. Mas o inverso também é verdadeiro: os jusnaturalistas cederam ao direito positivo. É que inobstante “os principais textos clássicos e contemporâneos da teoria do direito

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.64.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.10.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.328.

natural” tratem “a lei como moralmente problemática” (eis que pode se tornar “um instrumento de grande mal”, servindo de “máscara para decisões fundamentais não jurídicas dispostas em forma de lei”), a mesma lei (legislação, decisões judiciais e costumes) é “um instrumento normalmente indispensável do grande bem” capaz de evitar a anarquia⁷². A indagação que se põe nessa altura, é se a inserção do efeito vinculante – no contexto de país filiado ao *continental law* e da maneira como aplicado no Brasil – vem sufragar ou rejeitar um positivismo comprometido com os valores éticos e morais. Essa questão merecerá exame específico adiante, quando do enfrentamento das implicações do efeito vinculante nas noções de dignidade da pessoa humana e de segurança jurídica.

Sem embargo, o termo positivismo é dotado de sentido plurívoco, sendo muitas vezes associado à forma de aplicar o direito mediante dedução. Costuma-se dizer que uma dada interpretação/aplicação do direito é positivista quando lastreada no silogismo clássico. Na realidade, os que assim afirmam destacam uma peculiaridade historicamente verificada no Brasil: o positivismo brasileiro foi – e de certo modo continua sendo – acompanhado por uma hermenêutica tradicional, caracterizada em boa parte de sua trajetória como romântica. Como essa hermenêutica esteve atrelada ao positivismo brasileiro, surgiu o hábito de também criticar o modo de aplicação do direito correspondente, denominando-o de interpretação positivista.

Colocando o termo positivismo (jurídico) no seu devido lugar em relação ao sistema estatal, deve ser ele entendido como a tessitura normativa que emana de uma única fonte: o Estado. Não é relevante que os enunciados normativos sejam legislativos ou constitucionais. O que importa é que os diversos regramentos de conduta humana – sejam aqueles ditados e/ou aplicados pelos órgãos do Estado, sejam aqueles ajustados e/ou observados pelas pessoas –, que se enlaçam horizontal e verticalmente, tenham origem ou ganhem justificativa no

⁷² FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução: Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.88.

Estado. Com essa constatação, infere-se que a previsão de efeito vinculante pelo sistema – com a possibilidade do exercício, pelo Judiciário, de atividade análoga à legislativa – não é incompatível com o positivismo jurídico de per se, sendo, ao revés, decorrência do próprio sistema e neste encontra respaldo legitimador.

É de ver, contudo, que esse modelo se afasta daqueles que buscam uma ontologia da compreensão, a exemplo da teoria egológica do direito de Carlos Cossio, que enfatiza a liberdade humana a partir de uma horizontalidade normativa deveras distinta de um positivismo rígido. O pensamento de Cossio encampa a teoria pura do direito kelseniana, mas não fica restrita aos limites desta, antes avançando. A teoria egológica refuta de forma implícita o “racionalismo jurídico dominante” ao ter a premissa de que “el objeto del conocimiento jurídico es la conducta humana considerada em su interferencia intersubjetiva”. A ciência dogmática do direito, por sua vez, seria “una ciencia de la realidad empírica, si bien de la experiencia humana y no de la experiencia natural”⁷³.

Com efeito, no egologismo, direito é conduta humana: um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes, tal como se vê em estudo específico de Machado Neto. Assim, a estrutura normativa tem um caráter de horizontalidade decorrente da coordenação enunciativa entre a endonorma (“dada una situación vital como hecho antecedente, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien titular”) e a perinorma (“o dado el entuerto, debe ser la sanción a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora”)⁷⁴.

Seguindo linha racionalista e normativista, não assimilável a uma ontologia da compreensão, Hans Kelsen enxerga duas formas de interpretação: (1) a interpretação autêntica, que pode criar o direito, sendo feita mediante aplicação do direito por um órgão jurídico que exera ato de vontade e efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por uma interpretação cognoscitiva; e,

⁷³ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho: y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1964. p.133.

⁷⁴ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*. Tradução: Juan Carlos Manzanares. Buenos Aires: Eudeba, 1974. p.106-107.

(2) a interpretação inautêntica é aquela realizada por qualquer indivíduo, cuja norma regulatória pode ser observada espontaneamente por ele. A interpretação não-autêntica não cria direito e “não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica”, mercê de não ser aquela pessoa órgão reconhecido pelo Estado⁷⁵. Note-se que enquanto o intérprete inautêntico pode errar (com o risco da norma que aplicou ter sido fruto de uma escolha interpretativa equivocada, passível de ser assim declarada pelo órgão jurisdicional), o intérprete autêntico (órgão jurídico estatal) não erra nunca, pois “a linguagem que produz não desafia critérios de correção (mas de validade ou de invalidade)”⁷⁶.

Já Hebert L. A. Hart chama de “regra de reconhecimento” aquela norma justificadora da coerência do sistema. Em Kelsen, essa “regra de reconhecimento” seria algo análogo à “norma fundamental”. Dessa maneira, Hart explica que a “regra de reconhecimento” é “a forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias”⁷⁷.

No ambiente das súmulas vinculantes no Brasil – que tem por objeto “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, a regra de reconhecimento estaria assentada na Constituição da República, em seu art. 103-A, inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/2005⁷⁸. Não obstante, Hart adverte que “a existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas”, sendo crucial que haja um “modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra”. Em sistemas jurídicos mais desenvolvidos, as regras de reconhecimento serão mais complexas. Ao invés “de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.394-395.

⁷⁶ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p.54-55.

⁷⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p.104.

⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.946.

por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Tal pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais”⁷⁹.

O positivismo assentado por filósofos do direito como Kelsen e Hart guarda especial coerência e não deve ser criticado sem a percepção da sua justificativa, consistente em apresentar uma metalinguagem – a da ciência do direito – que descreva o sistema e possibilite soluções jurídicas respaldadas em critérios seguros de validade e de invalidade. Esses positivistas não ficam adstritos a uma hermenêutica ingênua e não olvidam as dificuldades de alguns casos, razão pela qual, de modo próprio, seus estudos possibilitam o exercício da discricionariedade judicial a partir da textura aberta do enunciado ou da moldura normativa.

Consciente dos problemas que permeiam o sistema positivista, também Norberto Bobbio se insere no rol desses positivistas, enfatizando, a propósito, que “todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende ser completo”. Um dos problemas fundamentais por ele discutido é o das “chamadas lacunas do Direito”, em cotejo com a “teoria da plenitude do ordenamento jurídico”⁸⁰. Nessa esteira, o artifício da introdução de precedentes vinculantes no Brasil seguiria a idéia de conferir plenitude e unidade sistemática ao ordenamento jurídico, salientando a necessidade de uniformidade e de segurança jurídica.

Entrementes, a aplicação do direito no Brasil acompanha historicamente uma hermenêutica tradicional. A interpretação é entendida pela maior parte dos juristas como uma atividade através da qual se extrai o sentido da norma, mediante o uso de métodos específicos. O trabalho hermenêutico é tido por reprodutivo do conteúdo do enunciado legal. O papel do juiz fica adstrito a ser o daquele que declara o que contido na lei, tendo ênfase discussões sobre “vontade

⁷⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p.104-105.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p.35.

da lei” e “vontade do legislador”. Nessa realidade, a subsunção é noção recorrente – e junto com ela, o silogismo categórico – para que o intérprete possa dar solução ao caso concreto. A subsunção que o cotidiano jurídico-forense toma para si é ingênua e simplista.

Deveras, é como se fosse hábito nivelar as noções, com o esquecimento de detalhes. De regra, o positivista brasileiro não percebe que o caso exige uma “subsunção efetivamente nova”, na dicção de Karl Engisch, ou seja, que é possível ocorrer uma problematicidade resultante do fato de que “o caso a subsumir difere sob qualquer aspecto dos casos até então enquadrados na classe”. Dessa forma, se coloca “sempre ao jurista que está vinculado ao princípio da igualdade, a penosa questão de saber se a divergência é essencial ou não”⁸¹.

A hermenêutica clássica predominante no Brasil tem uma visão que se distancia do positivismo de Karl Engisch e que mais se aproxima da exegese iluminista. É assim que Carlos Maximiliano parte da premissa de que “a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado”. A relação entre o intérprete e o texto é do tipo sujeito *versus* objeto, em que se tem que examinar “a norma em sua essência, conteúdo e alcance”, “o caso concreto e suas circunstâncias” e “a adaptação do preceito à hipótese em apreço”. A seu turno, essa hermenêutica define interpretar como “explicar, esclarecer; dar o significado, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁸².

Esse perfil hermenêutico guarda alguma semelhança com a hermenêutica romântica, mormente no ponto em que se busca uma relação empática entre a vontade da lei e a vontade do legislador. Junto com o paradigma

⁸¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.97.

⁸² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.5-7.

positivista e com essa hermenêutica está o uso dos métodos de interpretação. Foi o romantismo alemão que salientou a compreensão e a interpretação decorrentes não só de “manifestações vitais fixadas por escritos”, mas também da “relação geral do ser humano entre e se e com o mundo”⁸³. Estava lançada a semente das noções de *voluntas legis* e de *voluntas legislatoris* que findaram por se exacerbarem no Brasil e por servirem como argumentos de autoridade para interpretações metodizadas e desprovidas de compreensão efetiva. Foi Friedrich D. E. Schleiermacher quem traçou as bases da hermenêutica romântica, destacando que para exercer completamente a arte da hermenêutica “a propósito de qualquer discurso, nós devemos estar de posse, não somente das explicações das palavras e dos temas, mas também do espírito do escritor”. Esta aí a distinção entre interpretação gramatical, interpretação histórica e interpretação retórica: “a explicação das palavras é a gramática”, “a dos temas, a histórica” e a retórica é entendida pela “significação atual de estética” (“interpretação por referência ao gênero da arte particular”, “interpretação espiritual”)⁸⁴.

A regra – explícita ou implícita – de que os órgãos judiciais de primeiro grau devem decidir a partir do que foi “pré-julgado” pelo órgão de grau de jurisdição superior não se afasta do modelo hermenêutico romântico. No âmbito das súmulas vinculantes, o que prevalecerá será, alternativamente, a “vontade do enunciado da súmula” ou a “vontade do STF”, em substituição à “vontade da lei” ou à “vontade do legislador”. Note-se que a atividade de editar súmulas vinculantes não deixa de ser um exercício atípico da função legislativa pelo Poder Judiciário. O problema maior não recai sobre a súmula vinculante em si, mas sobre o efeito vinculante que os órgãos jurisdicionais acatam – muitas das vezes sem carecer de súmula qualquer, bastando um simples julgado de tribunal – sem que haja autêntica contextualização da questão de mérito. O fenômeno a partir do qual decorrem outros problemas é a ausência de compreensão para decidir,

⁸³ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.53.

⁸⁴ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução: Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. p.63.

sendo agravado pelos métodos interpretativos “facilitadores” da solução do processo, mas que tornam cada vez mais crônica a incapacidade do jurista brasileiro em lidar com a singularidade dos fatos. Com essa conclusão, torna a aparecer o hábito – agora reforçado – de separar bem e cientificamente o mundo jurídico do mundo fático.

Malgrado tal problema venha sendo denunciado há algum tempo por reconhecidos juristas brasileiros, ele persiste e se apresenta, de tempos em tempos, com nova roupagem. É assim que Plauto Faraco de Azevedo frisa a importância de se evitar “a injustificável cisão do discurso jurídico que o positivismo alimenta, pretendendo fundamentá-la em razões de ordem científica, mas de fato oriunda de exigências ideológicas que buscam camuflar os interesses efetivamente tutelados pelo direito”. A visualização não reducionista dos problemas jurídicos atinentes à aplicação do direito só será possível mediante uma forma de “sensibilidade crítica que a formação jurídica positivista tolhe, na medida em que limita o conhecimento do jurista à lei, ao código, ao sistema jurídico, separando-os da vida”⁸⁵.

A propósito do alheamento do direito e da hipocrisia do mundo do direito é que Orlando Gomes colocou luz sobre “a crise do direito”, enfatizando sua insuficiência e concepção ideológica de servir ao poder. Não passou a ele despercebido que “a moldura liberal do pensamento jurídico dominante admite apenas os aspectos políticos” da liberdade no meio social, eis que se apresenta “sob uma forma puramente abstrata, vazia de conteúdo social, aristocratizada num sistema de franquias, que interessa a uma minoria privilegiada”⁸⁶. O papel do jurista deverá ser o de, mediante compreensão, evitar que direito e poder se confundam integralmente, ou seja, que o direito se identifique com a força dos que detém o poder. Isso só é possível com autoconsciência crítica e com a percepção da ideologia que está presente no paradigma positivista e capitalista.

⁸⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p.58.

⁸⁶ GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p.6-7.

Como obtempera Ovídio Araújo Baptista da Silva, “a suposição de que a função do intérprete fique limitada à descoberta da ‘vontade’ da lê – pressuposta invariável, sejam quais forem as circunstâncias históricas de quem deva aplicá-la – ignora as ambigüidades inerentes à linguagem humana”⁸⁷. Tais ambigüidades – reitere-se – não eram desconhecidas de marcos teóricos do cientificismo e da teoria da linguagem. A cotidianidade faz parte da cultura forense brasileira que tende a tudo generalizar e não percebe manipulações discursivas que interessam aos que detém o poder de ditar as regras e a ideologia correspondente, na linha positivista.

Em outras palavras, os juristas brasileiros se apegam ao cientificismo e ao positivismo, mas não incorporam lições de relevo que a lingüística deixou com o fito de descobrir erros e de denunciá-los, a exemplo da percepção de desacordos dos escritos em relação à língua e à sua tradição histórica, não se precavendo contra o que Ferdinand de Saussure advertiu, no âmbito da palavra (cuja pronúncia é naturalmente dada não pela ortografia, mas pela sua história), consistente em que quando “a tirania da letra vai mais longe” e “à força de impor-se à massa, influi na língua e a modifica” cria-se um “fato patológico”⁸⁸.

Dentro do enfoque jurídico-brasileiro, o fato patológico é criado – e agravado – com a importação de institutos jurídicos típicos de outros sistemas diversos do *continental law*, sem que antes tenha havido sequer amadurecimento da aplicação do direito pelos juristas. O resultado é a da permanência de uma aplicação do direito superficial, dedutivista e silogística, sem uma autêntica concretização: o que se busca, geralmente, é uma aparente facilitação “do trabalho do julgador”, no afã “de padronizar os julgados”, que pode findar por “multiplicar demandas ou impugnações sucedâneas da (pseudo)inadmissibilidade de recurso contra decisão judicial aparentemente conforme a uma súmula

⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.269.

⁸⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p.40-41.

vinculante”. Em acréscimo, a “herança cartesiana-iluminista de busca pela certeza absoluta” – do mundo do direito – enseja “infindáveis recursos visando uma ‘verdade’ aperfeiçoada, mercê das dúvidas que o processo suscita”⁸⁹. Enquanto isto, o problema social subsiste e não há compreensão de que a questão que está em jogo é relativa ao modo de pensar e que demanda modificações estruturais.

É como se o jurista brasileiro – preso a uma hermenêutica tradicional e a um paradigma positivista que não se aproxima autenticamente de “um prudente positivismo, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional”⁹⁰ – estivesse sempre mergulhado nas coisas, perdendo de vista sua continuidade e seu contato com o passado. É o estado de alteração de que fala José Ortega Y Gasset: “quase todo mundo está alterado, e na alteração o homem perde o seu atributo mais essencial”, que é “a possibilidade de meditar, de recolher-se dentro de si mesmo, para se pôr de acordo consigo mesmo e precisar, para si mesmo, aquilo que crê; aquilo que estima de verdade e o que deveras detesta”. Esse estado de alteração – análoga à cotidianidade aludida por Heidegger – “o obnubila, o cega, o obriga a atuar mecanicamente em um frenético sonambulismo”⁹¹.

Em suma, com o positivismo e a hermenêutica clássica, o intérprete fica obstado de compreender plenamente os conflitos e não percebe manipulações discursivas que escondem a ideologia comprometida com a manutenção do *status quo*. Tal é o que ocorre com a proclamação de efeito vinculante de precedentes judiciais para supostamente propiciar celeridade processual – sem atinar para o direito material –, quando, o que se prenuncia é o aumento da “perda de prestígio” e da “desvalorização funcional” da “Constituição Jurídica”. O simbolismo jurídico perpassou pelos planos da legislação e da Constituição, estando, agora, na esfera das decisões judiciais. O objetivo é postergar, mais uma vez, a “solução dos

⁸⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a.32, n.149, p.63, jul. 2007.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.170.

⁹¹ ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente: intercomunicação humana*. Tradução: J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973. p.55-56.

conflitos sociais” (já prometidos e frustrados nos textos positivos), revelando a renovação e a capacidade de readaptação da “função simbólica” da linguagem jurídica, em termos análogos ao fenômeno enfatizado por Paulo Roberto Lyrio Pimenta⁹².

3.5.5 O procedimentalismo e a interpretação/aplicação do direito

Sob o nome genérico de “procedimentalismo”, são alinhados pensamentos jurídicos que partem, remotamente, da retórica aristotélica. A partir da tópica jurídica, surgiram as teorias da argumentação e as escolas procedimentalistas. Elas guardam pontos de contato e de afastamento. O que mais interessa ao estudo do efeito vinculante é se tais formas de aplicação do direito possibilitam ou não compreensão – descortinando as ambigüidades lingüísticas – e resolução efetiva dos conflitos sociais, bem como se tendem ou não a suplantam o paradigma positivista. O jurista deve indagar se, com o auxílio das teorias esposadas por essas correntes, a aplicação do direito deixou de ser subsuntiva ou, ao revés, passou a adotar um método que mascara o velho silogismo e que, em reforço, confere um âmbito de alternatividade/subjetividade para quem está a aplicar o direito.

Caso a resposta seja afirmativa, o que se terá, no campo jurídico, é a constatação de que o procedimentalismo *lato sensu* sufraga, nas palavras de Lenio Luiz Streck, “o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer”. A partir daí será necessário convir que se deva retomar “a crítica ao pensamento jurídico

⁹² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.224-225.

objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade)⁹³.

A tópica jurídica de Theodor Viehweg é o primeiro esboço das teorias argumentativas e procedimentalistas que lhe seguiram. O seu livro, “Tópica e jurisprudência”, reavivou a “polêmica sobre a cientificidade da ciência jurídica”, a partir de estudos como o da lógica, da teoria da comunicação e da lingüística. Porém ciência, para Viehweg, não é tomada no seu sentido restritivo, porém no que concerne à noção de prudência, na senda do que em alemão se entendia por Jurisprudência (ciência do direito), “que ele foi buscar na antiguidade”. Daí que, de certa forma, a tópica por ele construída contribuiu para se perceber que, no âmbito jurídico (pensamento e práxis), existe algo de muito peculiar em razão do que a “análise do comportamento humano, com sua enorme gama de possibilidades, de regularidade duvidosa, o estabelecimento de prognósticos alternativos, fundados cientificamente, revela dificuldades”. Isso representou um distanciamento do “ideal positivista de ciência”⁹⁴.

No entanto, Theodor Viehweg não suplantou o paradigma da relação sujeito-objeto. É que a sua compreensão do fenômeno jurídico se sustenta em dados lugares comuns (*topoi* ou *loci*), não obstante tenha ele avançado no sentido de refutar o “comodismo intelectual” decorrente da “forma não situativa de pensar”, aproximando o intérprete do caso concreto. Deveras, malgrado Viehweg enfatize o âmbito pragmático da “maneira situativa de pensar”, ele defende a utilização dos lugares comuns enquanto “auxílio concreto de ponta”: como “‘forma de busca’ no sentido retórico, enquanto provisão hipotética, como também a instrução da invenção sempre aceita ou rejeitada”, ou seja, “para a localização de pontos de vista de problemas solucionáveis na orientação indicada por uma tópica de

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.166.

⁹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p.1-2.

primeiro ou de segundo grau, como possibilidades de partida para a discussão, como objetos de conclusões e outros mais”⁹⁵.

Como se infere, não há um rompimento integral com a concepção de aplicação do direito através de *standards*, o que indica a sobrevivência do dedutivismo (a partir dos lugares comuns), ainda que sutilmente em relação ao modelo que tem a legislação como premissa maior para a interpretação jurídica. Vale explicitar que a questão de ponta aqui alinhada não é a de existência, em si, de um limite mínimo regedor das condutas humanas, porquanto um consenso sobre padrões gerais é sempre presente nas civilizações, com o intuito de viabilizar a convivência. A crítica recai especificamente sobre a hermenêutica cotidiana que permeia a aplicação do direito simplesmente standardizada, desprovida de compreensão e/ou decorrente do paradigma do sujeito solepsista (o ser ensimesmado que olvida a tradição que forma o contexto do mundo o intérprete).

Na senda da tópica, porém em versão mais elaborada, tem-se como exemplo o “procedimentalismo jurídico-discursivo”, que evidencia “regras ou formas procedimentais do discurso prático racional, aplicáveis ao discurso jurídico”⁹⁶. O marco filosófico atual dessa corrente é Habermas, fundamentado em sua teoria da ação comunicativa, com o objetivo de “provar a plausibilidade da idéia de que uma pessoa que se socializou numa determinada língua e numa determinada forma de vida cultural não pode senão dedicar-se a certas práticas comunicativas, acedendo assim tacitamente a certos pressupostos pragmáticos presumivelmente gerais”⁹⁷.

O discurso prático, lastreado na razão kantiana e no paradigma da consciência, destaca a obrigatoriedade racional para os seus participantes. É a

⁹⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.113.

⁹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2007. p.68.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.20.

consagração de que a razão pura prática “pode determinar por si mesma a vontade, independentemente de todo elemento empírico”, o que é demonstrado pela ligação da racionalidade “à consciência da liberdade da vontade” (do ser pensante ensimesmado)⁹⁸. Com essas bases, o discurso prático habermasiano anui com a possibilidade de desvirtuamento da linguagem na origem, eis que se satisfaz com o consenso dos protagonistas das regras do jogo, que deve assim prevalecer sobre eventual questão de fundo e que restaria “corrigido” (efetivamente?) com a motivação adequada da decisão tomada.

É nessa esteira que se pode chegar à conclusão, com Ricardo Maurício Freire Soares, consistente em que “o uso do precedente justifica-se, do ponto de vista da teoria do discurso, porque o campo do discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si”. A interpretação do direito com arrimo em precedente (com efeito vinculante) “significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade”. Para tanto, o jurista deve se valer das seguintes regras: (1) “quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito”; e, (2) “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”⁹⁹.

A formulação de tais regras decorreu das reflexões de Robert Alexy. No âmbito do “procedimentalismo jurídico-discursivo” de sua “teoria da argumentação jurídica”, ele destaca o papel e o fundamento do uso dos precedentes. Dentre as dificuldades, põe a questão de nunca haver “dois casos completamente iguais”, encontrando-se sempre uma diferença, motivo pelo qual “o verdadeiro problema se transfere” para a “determinação da relevância das diferenças”. Todavia, Robert Alexy destaca o ponto central sobre o qual há de recair crítica acerca do procedimentalismo, ao dizer que “é possível que um caso seja igual ao outro anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se

⁹⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.51-52.

⁹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2007. p.71.

queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou”. Uma decisão nesse sentido seria impossível de acordo apenas com o princípio da universalidade. De outra banda, “o cumprimento da pretensão de correção faz parte do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável”. Daí admitir que o precedente seja afastado, “cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar”. Essa carga de argumentação para o uso dos precedentes está ligada a fundamentos dogmáticos: “é que, por um lado, muitos enunciados dogmáticos estão incorporados também a precedentes e, por outro, as decisões judiciais são aceitas pela dogmática que pretende precisamente ser dogmática do direito vigente”¹⁰⁰.

O procedimentalismo justificaria assim o uso do precedente vinculante. Levado às últimas conseqüências, inauguraria o que se pode chamar de voluntarismo judicial alternativista, tão repugnante quanto à vetusta idéia da vontade do legislador. Como se infere, por essa corrente do pensamento jurídico, é possível sustentar que toda e qualquer decisão pode ser legitimada pela fundamentação. Trazida para o Brasil, a teoria carrega o inconveniente dos precedentes judiciais serem assim considerados sem motivação suficiente, porquanto muitas das vezes o órgão jurisdicional se satisfaz com uma frase de um julgado que cai como luva para a solução do conflito. O procedimentalismo acaba por encobrir a essência do problema e desvirtua a atenção por querer, de um lado, robustecer o que chama de segurança jurídica (a padronização universal) e, de outro, não refutar tal segurança por exigir argumentação bastante para o alijamento de um precedente. O pano de fundo, como se depreende, é a questão social velada pela ênfase na motivação supedaneada em princípios jurídicos. Aqui reside a criticada baixa compreensão, que é autorizada pelo procedimentalismo, fiel à relação sujeito *versus* objeto e que acomoda – sob enfoque diverso do positivismo legalista – o pensamento do jurista.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p.265-266.

Sob o prisma de uma lógica jurídica que levasse em consideração não uma operação dedutiva simples (baseada em critério de legalidade), porém que reforçasse o caráter justo, razoável ou aceitável, Chaïm Perelman é o filósofo da “nova retórica”, uma das mais importantes teorias da argumentação. Para ele, “na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios dialéticos e retóricos, raciocínios que visam estabelecer um acordo sobre valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia”. O procedimentalismo de Perelman, na senda aristotélica, destaca a noção de auditório, com o intuito de provocar ou “aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento”, complementando tal assertiva com quatro observações: (1) “a retórica procura persuadir por meio do discurso”; (2) a lógica formal e sua relação com a retórica deve ser demonstrada pela verificação da verdade das premissas; (3) “a adesão a uma tese pode ter intensidade variável, algo essencial quando se trata não de verdades, mas de valores”; e (4) a retórica se distingue “da lógica formal e até das ciências positivas” por dizer “respeito mais à adesão do que à verdade”¹⁰¹.

O procedimentalismo retórico de Perelman, como se pode deduzir, é capaz de justificar um sistema de validade do direito que, embora se preocupe com critérios de equidade, tende a se satisfazer com decisões fundadas em juízos de discricionariedade ou de ponderação. A sustentabilidade da decisão exarada a partir de um verbete vinculante é auferida pela idéia da adesão ao discurso, à fundamentação consistente, não sendo essencial a verdade em si do conflito social. Os inconvenientes desse modo de pensar é autorizar um direito alternativo disfarçado ou um direito construído firmemente no terreno da validade (mundo do direito), sem que seja seu resultado prático compreendido no patamar da realidade (mundo dos fatos), cujos destinatários são os leigos que precisam mais da resolução do conflito do que da solução do processo.

¹⁰¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.139-143.

O que mais importa para o entendimento da aplicação do direito – e para a sua efetiva concretização em cotejo com o dogma do efeito vinculante – é a percepção das mutações filosóficas que, no alicerce, têm a mesma raiz. Partindo do pressuposto de que o efeito vinculante foi criado para dar, de algum modo, solução a problemas difíceis – ou para tornar fáceis casos complexos na origem –, o que se observa é a capacidade de transformação do paradigma hermenêutico romântico no Brasil. Sobrevive a atividade empática entre aquele que está a aplicar o direito e a vontade do texto (ou de quem o emitiu), sem preocupação com a noção de tradição e de completamento do passado com o presente do ente em seu ser. O modelo de juiz brasileiro é o daquele que apenas reproduz o direito, não obstante as afirmações retóricas de que há produção ou construção da norma jurídica para o caso concreto pelos mesmos agentes que traçam fundamentos incompatíveis com suas ilações. A consequência é a de um direito desacreditado, que só dá respostas aceitáveis no plano jurídico e que são recebidas com indiferença ou insatisfação pelos seus destinatários.

Lenio Luiz Streck toca no ponto esclarecedor dessa capacidade de transformação da vetusta forma (ainda) dedutivista/positivista de aplicação do direito no Brasil, para demonstrar que se o legalismo andava junto com a noção de discricionariedade, as teorias da argumentação utilizam o mesmo artifício sobre outro nome: a ponderação quando se está diante dos denominados “casos difíceis”. As condições para o surgimento de uma “nova” teoria são engendradas em virtude das deficiências das que lhe precederam. Nesse diapasão, as teorias da argumentação, ao descurarem da “dimensão pré-compreensiva” da interpretação, ensejaram um método semelhante ao “raciocínio subsuntivo-dedutivo”, retratado em uma “explicação causal” (procedimental) que se utiliza de *standards* conceituais (tal como se dá com a súmula vinculante). Em verdade, é problemático o estabelecimento desses conceitos padronizados “‘aptos’ à prática de raciocínios subsuntivos-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas, que passam, desse modo, a ser ‘abarcadas’” por tais *standards*. “Ou seja, uma vez ‘eliminada/abstraída’ a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o

exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas”¹⁰².

Perlustre-se que, em essência, a noção de discricionariedade não difere da de ponderação. Aliás, esses rótulos guardam parentesco com o que se tem por arbitrariedade, não obstante os defensores daqueles defendam que não há confusão entre os termos. A manipulação discursiva também está presente neste plano doutrinário-filosófico. A semiologia pode auxiliar no descobrimento desse fenômeno. Com Luís Alberto Warat, pode-se convir que “toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas. A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas. O sentido gira em torno do dito e do calado”. Dessa maneira, “o êxito de uma comunicação depende de como o receptor possa interpretar o sentido latente. A forma gramatical e o significado de base, por vezes, em lugar de ajudarem na busca do sentido latente, servem para encobri-lo”¹⁰³.

Com essa advertência relativamente aos problemas que circundam os discursos jurídicos, entende-se como Lenio Luiz Streck denunciou o liame entre a discricionariedade positivista e a ponderação dos pós-positivistas: no positivismo, os casos difíceis “eram ‘deixados’ a cargo do juiz resolver, discricionariamente (com as conseqüências históricas de que já falei anteriormente)”; já na era “denominada de pós-positivismo e naquilo que se denominou de teoria(s) da argumentação jurídica, os *hards cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios”. Decerto, “os princípios devem ser, assim, hierarquizados axiologicamente. O problema é saber como é feita essa ‘escolha’”. O que ocorre, na realidade, é o retorno, “com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade”, cuja resolução, para o positivismo, era delegada ao juiz. Destarte, “também nos casos difíceis de que falam as teorias

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.178-179.

¹⁰³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.65.

argumentativas a escolha do princípio aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’”. A ponderação finda por “ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)”¹⁰⁴.

Calha deixar bem vincado que, no contexto brasileiro da busca pela aplicação do direito metodizada com espeque em efeito vinculante de precedente judicial, a ponderação vem a ser a válvula de escape “alternativista” contra a refutação de sua sistemática. Encobrendo a dinâmica dos problemas sociais, a disciplina da súmula vinculante em país de tradição continental como o Brasil – com juristas habituados a aplicar o direito nos moldes franceses da época da Revolução de 1789 – permite flexibilidade com a previsão de sua modificação pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação dos legitimados que o ordenamento prevê. A aceitação da importação desse instituto típico de países filiados ao *common law* é verificada em trabalhos monográficos e chancelada por fundamentos procedimentalistas.

Nesse sentido, Juvenal José Duarte Neto anui com “a idéia da Súmula Vinculante” – ao menos no que reputa ser “exclusivamente” matéria de direito –, entendendo ser ela justificável diante da “impossibilidade do ordenamento limitar a liberdade judicial das decisões” e da necessidade de “evitar decisões contraditórias”, sob o prisma do “princípio da isonomia formal”. Para ele, um ponto favorável à edição de verbete vinculante, em face dos instrumentos de controle de constitucionalidade, é a “possibilidade do Supremo Tribunal Federal modificar o entendimento sem necessidade da existência de novo caso concreto, o que permite uma dinamização da jurisprudência”¹⁰⁵. Entretanto, o que fica velado é o contexto do caso concreto que, paradoxalmente, é tão “retoricamente” lembrado pelas teorias procedimentalistas e, ao mesmo tempo, é tão pouco compreendido com a aplicação mecanizada do direito e com os meios de introdução e

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.179-181.

¹⁰⁵ DUARTE NETO, Juvenal José. *Súmula vinculante como instrumento de efetividade do princípio da igualdade e o controle difuso de constitucionalidade*. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Salvador. p.134.

cancelamento das súmulas vinculantes. Esse ponto será, pois, agora focado, para recobrar a relevante noção de tradição no campo da hermenêutica jurídica, inclinada a revelar problemas concernentes à concretização do direito no Brasil.

3.5.6 A interpretação/aplicação do direito existencialista fundada na ontologia fundamental

A interpretação/aplicação do direito, para não redundar em absurdos, injustiça e descrença social, não pode ser realizada de maneira romântica ou de forma automatizada. Entra em cena todo o trabalho, com divergências e até mesmo com complementariedade, desenvolvido pelas doutrinas que se preocupam com o plano da efetividade dos direitos. Nesse solo, a questão da “possível” necessidade de efeito vinculante dos precedentes judiciais deve ser descoberta, para que seja revelada, na conjuntura hodierna, a face que retrata o que ela busca realmente supedanear. Aqui exsurge a hermenêutica filosófica como um instrumento para situar a problemática no contexto existencialista.

A concretização do direito através dos precedentes judiciais – sob a vertente das repercussões da automatização, por meio do efeito vinculante, tendente a alhear o juiz da realidade ético-social – pode ser dificultada se não houver aproximação da ontologia fundamental, em oposição às doutrinas metafísicas (a exemplo das que se filiam ao positivismo e ao pós-positivismo), de sorte a evidenciar o caminho para o esclarecimento de problemas não resolvidos pela hermenêutica romântica, conferindo, assim, efetividade ao direito material.

A ontologia fundamental – capaz de ver o ente em seu “ser”, em seu contexto (na relação de sujeito para sujeito na “tradição” do magistrado, em seu “ser-aí”), de sorte a desvelá-lo – tem cunho antimetafísico (com ênfase na linguagem como “condição de possibilidade”)¹⁰⁶, mormente quando se infere que o jurista seguirá a aplicação do direito a partir de uma posição previa, de uma visão

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.279-280.

prévia e de uma concepção prévia para, no círculo hermenêutico, retirar o véu do ente retratado no caso *sub judice* para compreendê-lo não enquanto ente, mas em seu “ser”, levando em consideração a diferença ontológica. O contexto hermenêutico é de importante consideração, pois o ser é sempre “junto”, “com” e “em”¹⁰⁷.

O “ser-no-mundo”, compreendido em sua temporalidade e em sua finitude, possibilita o aparecimento de sua “verdade ontológica”¹⁰⁸. A consciência da finitude dos entes (a evidenciar a insuficiência de padrões gerais para sintetizar os fatos sociais) e a saída da cotidianidade são decisivas para o entendimento da aplicação do direito em face do efeito vinculante dos precedentes judiciais. A interpretação, sob essa vertente, não será concretizadora se, independentemente da hipótese, se der por mecanização judicial descurada do dever de compreensão (não só de fundamentação) dos pronunciamentos jurisdicionais¹⁰⁹.

A partir de Hans-Georg Gadamer, é possível refutar a validade da elaboração e da incidência de súmulas vinculantes calcada na indução e na dedução positivistas, com supedâneo em sua hermenêutica filosófica que, colocando a tradição e o problema da consciência histórica em seus devidos termos e enfatizando o “ser” na linguagem, evidencia a necessidade de uma situação hermenêutica que propicie que o texto seja interpretado/aplicado pelo *medium* da linguagem, numa relação de sujeito-a-sujeito, superando, portanto, a hermenêutica tradicional que cuidava dos objetos como se isolados estivessem do sujeito, numa visão reducionista e, portanto, prejudicial à efetiva resolução dos conflitos sociais¹¹⁰. Junto com a ontologia fundamental está a superação dos clássicos métodos de interpretação, evidenciando que tais regras não são aptas

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.103-104.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.286.

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. Que é metafísica. Tradução: Ernildo Stein. *Os pensadores*: XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.234-235.

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.503-504.

ao descobrimento da solução dos casos concretos, nem corroboram para a percepção de funções simbólicas e/ou de cominação social da linguagem utilizada pelos discursos jurídicos.

Em síntese, a insuficiência de um método é demonstrada em face de sua utilização de maneira fechada, que, por sua vez, descarta das particularidades das questões judiciais, das nuances da historicidade, das possibilidades de aplicação/interpretação e dos diversos vieses que o mundo pode assumir. Nesse meio, o efeito vinculante dos precedentes judiciais pode implicar uma abstração conducente à não adequação da aplicação do direito, porquanto o mundo que se deseja “explorar é uma entidade em grande parte desconhecida”, não sendo conveniente restringir as opções de antemão de forma similar à escola da exegese¹¹¹. A hermenêutica filosófica viabiliza a compreensão das possibilidades que se abrem quando de julgamentos de casos aparentemente idênticos. A atividade interpretativa a partir de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – conducente ao desvelamento das diferenças ontológicas das hipóteses concretas –, é o corretivo necessário para que não se banalize, ainda mais, o papel judicial através da utilização de verbetes de súmula vinculante, sem fundamentação adequada, frustrando, desse modo, a concretização do direito.

3.6 CONTEXTO SOCIOLÓGICO E IDEOLOGIA

A visualização contextualizada do efeito vinculante no Brasil para fins de aplicação do direito depende da percepção da importância da sociologia jurídica para o discurso jurídico. Não basta a afirmação da interdisciplinariedade no direito ou de que o direito não se resume na lei. Para a compreensão da aplicação automatizada do direito no Brasil a partir de padrões gerais – antes a lei e agora o precedente judicial –, não é desnecessário perpassar pelo problema da metodologia do ensino jurídico nas faculdades e pela indiferença com que são

¹¹¹ FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. Tradução: Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007. p.34.

tratados os problemas sociais, notadamente quando se faz uso de uma linguagem simbólica para mascarar a negativa em solucioná-los ou quando não se toma consciência dos efeitos causados pela introdução de institutos do direito estrangeiro sem estudos compatíveis com a realidade sócio-jurídica do país.

Um problema reflete no outro. O que se vê comumente é a ausência de crítica jurídica nas faculdades, onde predomina o ensino formalista e descritivo da legislação, da jurisprudência e da doutrina majoritária. A preferência pela enunciação de conceitos abstratos em detrimento dos exemplos e da teorização é um fato social que repercute na qualidade dos bacharéis brasileiros. Falta, inclusive, autocrítica, porquanto a metodologia de análise de textos eminentemente jurídicos das universidades jurídicas torna o jurista fiel à dogmática. Percebe-se o pouco hábito com a atividade de pensar ou investigativa, destacando-se o aluno que melhor reproduz o que explanado nas salas de aula.

Essa realidade vem sendo denunciada, há algum tempo, por alguns juristas e sociólogos do direito. Assim, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo apontam que “a educação a nível universitário converteu-se” numa descompromissada e banal “atividade de informações genéricas e/ou profissionalizantes – com alunos sem saber ao certo o que fazer diante de um conhecimento transmitido de maneira desarticulada”, sem capacidade de “reflexão crítica e sem estímulo às investigações originais”. O enfoque na “‘rentabilidade’ educacional anulou por completo a função formativa da Universidade brasileira, mediante uma crescente marginalização das atividades criativas e críticas”¹¹². Por conseguinte, são vistos fenômenos como “a edição torrencial de novas leis com mudanças diárias dos padrões legislativos” e a emissão de súmulas vinculantes, para fazer face à insuficiência de compreensão, mercê de “uma excessiva rigidez dos esquemas de pensamento jurídico, incapazes de acompanhar a evolução dos fatos sociais”¹¹³.

¹¹² FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.11.

¹¹³ RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro: a formação dos magistrados no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.31.

A cultura forense brasileira anda de mãos dadas com a idéia de exatidão matemática, sendo observado, como aduziu Andréas Joachim Krell um modo excessivamente formal de argumentação em considerável setor “da doutrina e jurisprudência do Brasil”, arraigado “quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica”, não admitindo “a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material”¹¹⁴. A formação jurídica brasileira, ao prestigiar o formalismo jurídico, tornou o campo fértil para o reducionismo da percepção do jurista, eis que suas construções teóricas se tornaram cada vez mais distantes da realidade. A escolha de mecanismos para conter problemas decorrentes da acentuada litigiosidade não se direciona para a fonte, porém para as conseqüências e paliativamente. A situação é piorada quando a inserção de institutos de outros sistemas é levada a efeito no Brasil sem que antes haja uma preparação tendente à adequação daqueles ao contexto sócio-jurídico local.

A regulação jurídica rígida e positivista brasileira obstou a emancipação do aplicador do direito, isto é, no embate entre regulação e antecipação referido por Boaventura de Souza Santos (aplicável, ainda, ao Brasil, por ser um país de capitalismo tardio), venceu a regulação fundamentada na “cientifização do direito moderno” que “envolveu também a sua estatização”, com o objetivo de assegurar a ordem capitalista (“pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia” não fossem suficientes a tanto). A exemplo do que “aconteceu com a ciência moderna, também o direito perdeu de vista, neste processo, a tensão entre regulação e emancipação social, originalmente inscrita no paradigma da modernidade”. Tal “perda foi tão completa e irreversível que a recuperação das energias emancipatórias” exige “uma reavaliação radical do direito moderno”¹¹⁵.

O reducionismo jurídico encobriu o discurso ideológico, chancelando o hábito de aplicação do direito através de regras (textos de lei ou de julgados).

¹¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p.71-72.

¹¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.120.

Perdeu-se de foco que, em verdade, inexistente um discurso jurídico neutro. Decerto, a ideologia é imanente ao texto (constitucional, legislativo ou judicial), assim como se faz presente na interpretação. O jurista é dotado de uma pré-compreensão e sua ideologia encontrará, por sua vez, um limite ideológico no contexto social. Com Eros Roberto Grau, tem-se o exemplo da existência de uma ideologia adotada pelo texto constitucional que, de um lado, “pode instrumentar mudança e transformação da realidade, até o ponto, talvez, de reconformar aquela ideologia” e, de outro, limita alterações extremas que invistam notadamente contra o “modelo do bem-estar” definido por sua ordem econômica. Não obstante, o intérprete precisa atentar para o dinamismo hermenêutico contemporâneo à realidade e que a compreensão é “algo existencial” (experiência) que “escapa ao âmbito da ciência”. Em outras palavras, é mister avivar que “a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade” que fazem parte da vida e do mundo da história¹¹⁶.

Outrossim, a narrativa de Boaventura de Sousa Santos sobre o surgimento irreversível de um paradigma emergente (que suplantaria o dominante, cujo modelo é fundado, *grosso modo*, no racionalismo cartesiano) é contrastável com a instituição de efeito vinculante. A introdução desse modo de aplicação do direito pode ser diagnosticada como uma forma de reação do cartesianismo contra a mitigação da pureza das esferas das ciências naturais e sociais. Compreendendo que o efeito vinculante dos precedentes judiciais propicia mecanização jurisdicional, sem que seja apreciada adequadamente a diferença ontológica do caso concreto, infere-se uma nítida influência matemática, própria das ciências naturais (dentro de um prisma quantitativo, no qual a “boa” estatística é mais relevante que a qualidade), indicando um contramovimento ao paradigma emergente¹¹⁷.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.352-356.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p.58-59.

Entrementes, é possível vislumbrar um fio de otimismo, qual seja: a tomada de consciência do jurista, numa senda ontológico-fundamental, para, atentando para sua tradição dos existenciais, inclusive a do próprio aplicador do direito, sejam as normas jurídicas dos casos concretos construídas de sorte a afastarem o pretendido efeito vinculante toda vez que motivos concernentes às peculiaridades do caso impuser compreensão diferenciada. Para tanto, é essencial saber deixar aparecer os aspectos sociológicos que circundam o que é jurídico. O objetivo é evitar que se repitam as mesmas deficiências legalistas da época anterior à Constituição de 1988, sob o rótulo de efeito vinculante. Frise-se que a crise organizacional do Estado continua ensejando conflitos sociais cada vez menos absorvidos “pelos mecanismos judiciais em vigor, tal a dificuldade do formalismo jurídico de conjugar mudança e permanência de modo controlado e de colocar em perspectiva democrática os fenômenos sócio-econômicos recentes”. A solução adequada a esta questão não é a instituição de mais um aparato formal (a obrigatoriedade irrestrita dos precedentes), inibidor da compreensão, porém o desenvolvimento de uma cultura institucional criativa que retire o véu sobre “o paradoxo entre uma crescente demanda de justiça por parte dos múltiplos setores sociais e uma proporcional perda da eficácia e operacionalidade dos mecanismos institucionais de gestão das tensões e dos antagonismos de interesses”¹¹⁸.

Para se perceber o caminho que está sendo seguido para a aplicação do direito no Brasil, não é desnecessário colocar luz sobre um outro problema que afeta a atuação do juiz. Além das deficiências de formação acadêmica e da influência da cotidianidade propiciadora do estado de indiferença quanto à baixa compreensão e aplicação do direito, surgiu um novo debate ligado à introdução das súmulas vinculantes, qual seja: a aferição do percentual de sentenças reformadas como um dos critérios objetivos para promoção por merecimento de magistrados. Foi assim que no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para o fim de elaboração de minuta de resolução que regulamentasse critérios

¹¹⁸ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.20-21.

objetivos para promoção/remoção por merecimento, discutiu-se se deveria constar o critério relativo ao “percentual de sentenças reformadas integral e parcialmente, bem como anuladas, no período do exercício da sua judicatura”. Esta menção foi retirada em momento posterior, sob o argumento de que seria vulnerado o “princípio constitucional da independência dos magistrados, essencial ao Estado de Direito”, com o fito de fazer prevalecer “posicionamentos sedimentados pelo segundo grau de jurisdição, via de regra mais conservadores e com isso, a manutenção do *status* vigente em prejuízo da evolução do direito”¹¹⁹.

A cultura uniformizante na aplicação do direito, que mais prestigia os “fundamentos jurídicos” do que os “fundamentos de fato” (na esteira ilusória de que é possível cindir a questão fática da questão jurídica), tem sido percebida por alguns doutrinadores. É assim que João Gaspar Rodrigues denuncia que, no Judiciário, “uma vez estabelecido o padrão dominante de comportamento funcional, ninguém deseja ser marginalizado” (prefere-se seguir o efeito vinculante de um único julgado do órgão jurisdicional, para não se sujeitar às críticas); “para evitar esse risco, muitos se adaptam à maioria, às suas regras de convivência, tornando-se uma argamassa informe que vem se aliar à já existente”. Destarte, “os seus pensamentos e sentimentos mais íntimos perdem importância e deixam de ser fatores determinantes, à medida que a sua segurança torna-se uma imperiosa necessidade”. Abre mão da compreensão, “para ser guiado”¹²⁰ pelas regras, refletindo, pois, a formação acadêmica que recebeu, enquanto “objeto” do ensino ortodoxo.

A ideologia do sistema judiciário, inserido no paradigma capitalista, é passível de conferir maior importância a dados estatísticos que à compreensão do contexto para o fim de resolver efetivamente conflitos sociais. O aumento da litigiosidade e a insuficiência estrutural para responder às demandas contribuem

¹¹⁹ GRUPO RECONSTRUÇÃO. Uma nova proposta para a magistratura do Rio de Janeiro. Minutas de resolução fixando critérios objetivos de merecimento. Disponível em: <http://www.gruporeconstrucao.com.br/home/artigo.asp?id_artigo=14>. Acesso em 26 jun. 2008.

¹²⁰ RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro: a formação dos magistrados no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p.123.

para essa realidade. Os dados estatísticos passaram a ter grande relevância para a avaliação dos magistrados, ensejando, de outra vertente, não uma preocupação com a baixa compreensão dos juízes, porém uma preocupação contra manipulações estatísticas tendentes a burlar a apuração da produtividade e da presteza no exercício da judicatura.

A noção de “presteza no exercício da jurisdição” reconduz ao problema de se o índice de sentenças reformadas deve ser considerado na avaliação do merecimento. Atento à questão, Edilberto Barbosa Clementino apontou os seguintes fatores que entende como negativo nesse procedimento, quais sejam: (1) “muitas vezes a sentença, apesar de não acompanhar a jurisprudência do tribunal a que se encontra vinculado o juiz, está em perfeita harmonia com o entendimento dos tribunais superiores”; (2) pode ser que a sentença, quando proferida, estivesse em consonância com o tribunal regional federal ao qual se encontra o juiz em avaliação”, entendimento este que recebeu “uma nova ótica” em momento posterior, com a revisão da “jurisprudência consolidada do mesmo tribunal”, razão pela qual seria injusto “punir” aquele magistrado; e, (3) o juiz “pode decidir em conformidade com julgados de outro tribunal ao qual não está vinculado, tendo se convencido da solidez da fundamentação e, apesar do vigor jurídico da tese esposada, teria seu merecimento depreciado por uma fórmula de aferição” não condizente com “pluralidade de entendimentos jurídicos acerca dos diversos temas que são tratados em todas as cortes de justiça”¹²¹.

Como se pode observar, o autor não refuta o método de aplicação do direito a partir da analogia com outros julgados, mediante método dedutivo semelhante ao silogismo que tem como premissa maior o texto legal. Nas razões apresentadas, a cultura jurídica brasileira é bem retratada, notadamente pelo destaque na “solidez da fundamentação”, no “vigor jurídico da tese esposada” e na

¹²¹ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Critérios Objetivos para aferição de merecimento de magistrados candidatos a promoção ou remoção em face da Emenda Constitucional 45/2005. *Revista Doutrina do Tribunal Regional Federal Quarta Região*, Porto Alegre, n. 20, p.10, 29 out. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

“pluralidade de entendimentos jurídicos” a partir de temas no plano abstrato. A hermenêutica tradicional se apresenta juntamente com a formação acadêmica baseada em conceitos desconectados do contexto social: o articulista certifica a aversão da maioria dos profissionais de direito relativamente a aspectos teóricos, filosóficos e sociológicos, bem como o hábito de não se aproximar dos fatos, malgrado exista, na praxe forense, constante alusão “retórica” ao “caso concreto”.

A propósito, Ovídio Araújo Baptista da Silva aviva que o sistema jurídico brasileiro segue um modelo em que o “direito, na dinamicidade de sua experiência judicial, amoldou-se aos padrões da ‘ciência’ moderna, ao pressupor a univocidade de sentido da lei” (daí a busca infundável, por meio de sucessivos recursos, de um único entendimento “correto” em abstrato, com o esquecimento da diversidade de casos), caracterizando “a ideologia do ‘pensamento único’ neoliberal”. A liberdade humana da modernidade é paradoxal: “o homem conquistou plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema”, isto é, “liberdade para concordar, pela inocuidade das divergências, ou do próprio questionamento do sistema”. Ligado a esse paradoxo está o capitalismo global e o consumismo (a grande ameaça atual): a elevação do consumo “destrutivo das condições ambientais corresponde a uma exasperação da miséria na maior parte dos países periféricos”. A ideologia capitalista recebeu novos instrumentos de sobrevivência e se beneficia da formação dogmática que, por sua vez, suprime “qualquer vestígio de pensamento crítico” e desliga o jurista – que há muito caiu na cotidianidade, sem capacidade sequer de enxergar situações absurdas – “da realidade social”¹²².

É preciso que o jurista contemporâneo apreenda que direito é vida e que não há interpretação ou direito que não se veja permeado por uma ideologia. Os textos supostamente “neutros” ensejam a intromissão de qualquer ideologia. A conjuntura social é, em certa medida, determinante de comportamentos humanos. É necessário que haja uma tomada de consciência para uma compreensão

¹²² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo civil, individualismo e democracia. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.500.

adequada e uma concretização efetiva do direito hodierno. O costume generalista se ampliou de tal modo que sequer conquistas “científicas” são lembradas. O cientificismo brasileiro se exacerbou e “purificou” o discurso jurídico. Lingüistas da estirpe de Ferdinand Saussure não encurtaram a visão a esse ponto, apesar de penhorarem fidelidade ao paradigma científico. Deveras, é de a lição de a lingüística é uma parte da ciência geral, sendo possível conceber “uma ciência que estude a vida dos signos no seio da vida social”, constituindo “uma parte da psicologia social e, por conseguinte, da psicologia geral”, denominada de “semiologia”. As leis que forem descobertas pela semiologia “serão aplicáveis à lingüística”, que estará “vinculada a um domínio bem definido no conjunto dos fatos humanos”¹²³.

Com Luis Alberto Warat, é plausível afirmar que a aplicação do direito de forma mecânica, mediante uso de efeito vinculante (ou de súmulas vinculantes) é um modo parcial de resolução de conflitos. Resolve-se, na realidade, o processo. A litigiosidade fica muita das vezes reprimida, podendo retornar, em momento subseqüente, agravada ou acrescida de outros problemas. Não é possível “superar os impasses do pensamento jurídico da modernidade”, mediante a repetição dos mitos e dos rituais do modelo “cientificista, e continuando com um ponto de vista excessivamente jurídico sobre seus próprios saberes, que não admitem pensar o direito fora de seus próprios simulacros de sentido”. A compreensão reluzirá a partir de uma postura que se coloque diante das “surpresas significativas”, do “inesperado”, que consiste no pensamento filosófico-semiológico que afirma “que as significações do direito se fundam e se constituem no social-histórico, e não o contrário”. Não há mais espaço para “uma concepção jurídica do mundo” ou para uma “auto-suficiente mediação jurídica do social (que não deixa de ser um modo parcial de resolução de conflitos, de acomodá-los aos interesses do poder)”¹²⁴.

¹²³ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p.24.

¹²⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.108.

Para que se tenha percepção do equívoco de se reduzir fatos a um texto – sem o devido cuidado com os problemas que vêm se acumulando (desde a formação acadêmica até a mecanicidade interpretativa desprovida de compreensão) e com a realidade social –, impende que se tome consciência da importância de estudos que sejam mais aprofundados, críticos, formativos e multidisciplinares. Isso será possível com um modo de pensar hermenêutico que seja capaz de “des-velar” questões encobertas pela manipulação discursiva ou pela indiferença que caiu o jurista na rotina do dia-a-dia, com ênfase em estudos mais teóricos e sem “excesso de academicismo impregnado” pelo dogmatismo positivista, “que julga ser ciência aquilo que é mera técnica legal”¹²⁵.

¹²⁵ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.30.

4 ENUNCIADOS NORMATIVOS VINCULANTES E HERMENÊUTICA

A expressão “efeito vinculante” não é novidade no direito brasileiro, malgrado tenha despertado maior debate a partir de sua previsão em instrumentos de controle de constitucionalidade, mormente com a inserção das denominadas súmulas vinculantes. Se antes já se reconhecia importância à jurisprudência enquanto fonte de direito com vistas a nortear os julgamentos futuros – pelo que a doutrina distingue “efeito vinculante” de “eficácia persuasiva dos precedentes” –, na contemporaneidade advieram institutos cujos enunciados constitucionais e/ou legais dispuseram expressamente sobre a força vinculante das decisões judiciais proferidas nos processos respectivos.

A súmula vinculante, por sua vez, veio para amarrar o juiz brasileiro no ambiente tradicionalmente cultivado pelo poder. É que, na esteira de José Carlos Barbosa Moreira, é possível visualizar o efeito vinculante antes do advento da reforma do Judiciário, mediante o exame dos “acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores”, no bojo dos quais se verifica “que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito” alusivas à espécie. Não raras vezes, “a motivação reduz-se à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes” – procedimento “a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458”, II, CPC, “aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores”¹²⁶.

De outra parte, justificando a “súmula jurisprudencial”, José Rogério Cruz e Tucci assinala que sua finalidade não é a de “somente proporcionar maior estabilidade do direito, mas também facilitar o exercício profissional do advogado”. Para o autor, “os precedentes judiciais constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante”. Como

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a.1, n.4, p.58, jul. 2005.

não têm, por si só “eficácia normativa”, a súmula vinculante teria a virtude de proporcionar tal efeito. Aqui residiria a diferença entre “eficácia persuasiva” e “efeito vinculante” em sentido estrito¹²⁷.

Sobre o ponto, Ivo Dantas já tinha advertido, em congressos, “que se estava dando muito campo ao que já existia no sistema constitucional brasileiro, em vários momentos de sua História constitucional-processual”¹²⁸. Tirante a previsão normativa do efeito vinculante, certo é que já havia o acatamento espontâneo, pelos magistrados, dos argumentos de julgados proferidos por órgão jurisdicional de grau superior, denunciando uma espécie de efeito vinculante “natural” (ou, como quer a doutrina, “eficácia persuasiva”), com o objetivo de ser facilitado e uniformizado o procedimento decisório.

A vinculação atrelada ao problema hermenêutico refere-se a mais de uma possibilidade, notadamente às súmulas vinculantes em sentido estrito, nos termos regulados pela Lei Federal n.º 11.417/2006¹²⁹. Nesse diapasão, o verbete de súmula vinculante é como uma “ponte de ligação entre decisões” prolatadas “em uma dimensão concreta”, “numa forma de transposição do concreto para o abstrato geral”. Ainda, o efeito vinculante também pode aludir às decisões “proferidas com caráter geral”¹³⁰, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, bem como pela utilização de precedente paradigma exarado pelo próprio juiz singular, *ex vi* do art. 285-A, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei Federal n.º 11.277/2006, ao autorizar que o juiz – “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos” – dispense a

¹²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.277-279.

¹²⁸ DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.524.

¹²⁹ BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Lívia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1653-1654.

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007. p.13.

citação e profira “sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”¹³¹. Este último se trata de efeito vinculante com esteio em casos julgados pelo próprio juiz de primeiro grau, malgrado possa ele, posteriormente, rever seu posicionamento anterior.

Como a linha traçada neste estudo é o hermenêutico, interessa de modo especial explicitar as implicações do efeito vinculante para o julgamento dos litígios no Brasil. Dessa maneira, serão enfrentadas questões que circundam a interpretação/aplicação de enunciados normativos que sufragam o efeito vinculante. Não se trata de uma exposição dogmática, mas de uma continuidade dos fundamentos que possibilitam a compreensão da introdução do efeito vinculante em país de tradição romano-germânica, sem deixar de lado, para tanto, aquela dogmática. Deve ficar evidenciado, pois, o envolvimento recíproco dos elementos lingüísticos, filosóficos, sociológicos e históricos.

Deveras, o aparecer da verdade requer completamento, cuja possibilidade provém da tradição, não se perdendo de mira a consciência histórica do intérprete na conjuntura atual. A consciência histórica é alcançada mediante diversidade e “pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado”. Nesse sentido, este estudo “não é só investigação, mas também mediação da tradição” que tende a valorizar as “experiências históricas” relacionadas, para deixar que o passado se apresente na atualidade, desnudando as questões hermenêuticas não resolvidas e persistentes¹³².

Isso porque o surgimento do efeito vinculante no Brasil não se deu por acaso. A abertura do presente é o resultado da constituição do passado. O jurista precisa compreender que não se trata de simples escolha política. Antes é fruto de uma situação problemática e estrutural. Basta lembrar da formação acadêmica do bacharel em direito e da praxe judiciária a respeito das quais foram tecidas críticas

¹³¹ BRASIL. Código de processo civil. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.421.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.377.

linhas atrás. A ausência de compreensão na aplicação do direito só é passível de ser entendida se houver “compreensão” desse contexto constituído historicamente. A partir daí é perceber se a solução encontrada é capaz de resolver efetivamente a crise, se é um paliativo e/ou se pode agravar a litigiosidade e a incapacidade de solucionar os litígios.

Ademais, é importante não perder de foco a autocrítica. Vale dizer, a crítica não pode descurar da tendência do ser humano em abstrair as coisas. Em acréscimo, também se deve lembrar que pode haver um confronto consistente em saber se a característica racionalizante do homem – de eliminar as particularidades para tornar lógico e apreensível o seu pensamento mediante a razão – é algo inato, ou se decorreu de um fenômeno cultural adquirido pela convivência e por imposições externas, ou mesmo se esses dois fatores concorrem reciprocamente. Note-se que tal questão é ligada intimamente com a própria justificativa da inclusão da doutrina dos precedentes nos sistemas do *civil law*, haja vista que a previsão de enunciados normativos positivados seria como algo exigido pela natureza do raciocínio humano, que tem por hábito requerer previsibilidade de resultados.

João Maurício Adeodato, evidenciando a característica humana de abstração dos particularismos, toca em ponto de relevo denominado de “diferenciação”, fenômeno este retratado pelo “aumento de complexidade” da sociedade. Enquanto mais complexa a sociedade, mais “diferenciação” haverá, ou seja, mais particularidades entre o aparentemente idêntico. O filósofo obtempera que “o ser humano não consegue lidar com essa complexidade, pois ninguém seria capaz de viver em sociedade se tivesse efetivamente toda a complexidade presente em todo momento da vida”. Entraria “aí a função da norma: reduzir a complexidade para garantir expectativas de condutas futuras, controlar no momento presente o futuro, já que este é incontrollável”. Se “em sociedades menos complexas, as demais ordens éticas” (“religião, direito, moral, política, etiqueta”) “amortecem os conflitos sociais, fazendo com que só cheguem ao direito os mais graves, que demandam soluções coercitivas”, “em uma sociedade

altamente diferenciada os signos tendem a se distanciar cada vez mais de seus significados”, a exemplo da diversidade de compreensão relativamente aos textos normativos¹³³.

A observação de João Maurício Adeodato reconduz à disputa travada entre as teorias nominalista e naturalista, retratada originalmente por Platão. No diálogo entre Sócrates e Crátilo, este sustentou que os nomes foram dados por quem conhecia a essência das coisas, pois, de outra maneira, “nem sequer seriam nomes”, não havendo prova maior “de que aquele que estabeleceu os nomes não se enganou quanto à verdade é que, se assim não fosse, ele nunca teria chegado a um acordo tão generalizado como este”¹³⁴. Voltando para a pluralidade de entendimentos sobre o texto normativo avivado por Adeodato, é plausível apontar, na senda de ver a linguagem como mero instrumento, que uma das razões dos equívocos é a do esquecimento da tradição da linguagem. O convencionalismo se agigantou, com a ampliação dos mecanismos de abstração, de forma que a compreensão da diferença ontológica restou comprometida.

Ao invés de corrigir o problema mediante a recuperação da tradição, o Estado sentiu-se impelido a implantar um instituto típico da *common law*. Esquecendo-se de que é sempre necessário compreender, ainda que se esteja diante de um texto de redação clara, o jurista, movido pelo fenômeno da globalização (atualmente mais visível, em virtude da tecnologia) e pela pressão social, sobrepõe mais um instrumento de generalização ao lado da legislação: o efeito vinculante dos precedentes judiciais. A preocupação maior é com a resolução da grande quantidade dos processos (não necessariamente dos litígios) e, em razão disto, o fundo hermenêutico fica prejudicado.

Temendo o casuísmo, o sistema brasileiro filiado (preponderantemente) ao *civil law* passa a incorrer no risco de tão-somente postergá-lo e até mesmo agravá-lo. É instituído um ecletismo cujo ambiente para produção de efeitos não foi antes preparado. Permeando a questão, está o problema da manipulação

¹³³ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.271-272.

¹³⁴ PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.119.

discursiva, cujas conseqüências ainda não são conhecidas e demandarão tempo. A Súmula Vinculante n.º 1 é um bom exemplo. Ao assentar que “ofende a garantia do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001”¹³⁵, traz em seu corpo uma cláusula de textura aberta (“sem ponderar as circunstâncias do caso concreto”) e argumentos procedimentalistas que não encontram um ponto de apoio para evitar o indesejado alternativismo subjetivo. Ao mesmo tempo, esse verbete possibilita fundamentos para fazer face às posições contrárias ao efeito vinculante.

No Brasil, a inserção de mais uma espécie de enunciados normativos, editados pelo Poder Judiciário, propicia um fenômeno bem característico ao lado da inflação legislativa e da edição descomedida de emendas constitucionais. Tem-se aqui uma sobreposição legislativa cuja semelhança não é encontrada em outro país. O fetiche pelas regras é tal que agora vem a ser outorgado expressamente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de emitir súmulas vinculantes. As bases do sistema foram ignoradas. Na realidade, seria necessário atentar, com Lourival Vilanova, para o contraste entre os modelos romano-germânico e *common law*: (1) “no esquema racionalista do Estado liberal democrático, o direito é legislado”, residindo “na Constituição, na lei ordinária e nos atos normativos que complementam a lei”, razão pela qual “a função jurisdicional ou encontra o direito explícito, ou se desenvolve, quando explícito”, na senda de “ideologias conservadoras do poder” tomado “do *ancien régime*”; e, (2) no modelo do “direito comum”, “a conduta uniforme e reiterada não se converte em jurídica sem passar pela mão do juiz”, não sendo “só o direito consuetudinário (em que a função jurisdicional confere juridicidade à regra social de comportamento), mas também a decisão do caso circunstancial, aqui e agora, que passa a valer como regra geral

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 1. Ofende a garantia do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

da decisão de casos futuros da mesma classe” (“a força normativa geral do *stare decisis* assenta” na “norma que confere habilitação ao juiz para criar direito abstrato, regra geral, fazendo da decisão concreta modelo de decisão para os casos futuros”)¹³⁶.

Na contemporaneidade há um fenômeno irrecusável: a mitigação da pureza das grandes famílias jurídicas, mormente em razão da globalização. Porém, no Brasil, antes de haver amadurecimento hermenêutico, as modificações do sistema se anteciparam de tal modo que se tem um dos sistemas jurídicos mais complexos (completos?), especialmente quando se trata de jurisdição constitucional. A evidência cabal da baixa aplicação do direito é verificada nas justificativas doutrinárias. Não se está recusando a tendência (ou a possibilidade de algum benefício com as alterações), todavia é mister esclarecer o rumo que está sendo tomado na tentativa de resolver questões de alta “diferenciação”.

É nesse diapasão que se vê em Guido Fernando Silva Soares – depois de caracterizar o sistema romano-germânico puro como aquele em que “o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos”, apesar de “limitado pela *res judicata*”, cujas “generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes” – aduz que “há outras maneiras de temperar o distanciamento do sistema da realidade dos fatos, como prova, no Brasil, a exemplo, a emergência das súmulas e da possibilidade de recursos para harmonizar a jurisprudência do mesmo tribunal ou de tribunais inferiores”. Nessa perspectiva, o autor considera fundamental o “conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos da aplicação do direito”, comprovado pela “aceitação generalizada de jurisprudência uniforme em certas matérias tópicas, conforme as publicações que se tornam cada vez mais freqüentes”¹³⁷.

¹³⁶ VILANOVA, Lourival. Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI; IBET, 2003. v.2. p.482-483.

¹³⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.30.

Com essa ilustração da maneira de justificar o efeito vinculante pela hermenêutica tradicional, tem cabimento agora destacar aspectos legislativos e constitucionais. O direito posto acerca do efeito vinculante carece de alguns “desvelamentos”, na esteira traçada que acompanha o fio condutor da linguagem, para fazer recair a atenção sobre a deficiência de compreensão e de concretização do direito no Brasil. Os problemas denunciados vão encontrar ligação na origem. O objetivo é possibilitar uma tomada de consciência através da recuperação da tradição com a contextualização multidisciplinar, notadamente com o auxílio da semiologia e da hermenêutica filosófica fundada em uma ontologia fundamental.

4.1 A LEI FEDERAL N.º 11.417/2006

A possibilidade de edição de súmula vinculante foi preconizada a partir do advento do art. 103-A da Constituição do Brasil, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004. Nos termos daquele dispositivo, passou o STF a ter a competência de “aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, por “dois terços de seus membros”. A iniciativa será da própria Corte (de ofício) ou mediante provocação da pessoa legitimada e terá cabimento “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, tendo “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”¹³⁸.

A previsão da súmula vinculante no direito brasileiro foi motivo de divergências e críticas, mas também de comemoração. Com efeito, o setor que defende o instituto, visualiza uma forma de redução do número dos processos nos

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.39.

tribunais, em especial, no Supremo Tribunal Federal. Um dos principais pontos de sustentação da súmula vinculante, é a existência de causas repetitivas que poderiam ter solução idêntica, evitando a possibilidade de decisões discrepantes. A questão da decisão correta como justo passa ao largo, assim como fica encoberto um problema ironicamente notório: o próprio poder público é tem responsabilidade destacada no crescimento da litigância, seja pela negativa de direitos essenciais, seja por alimentar a cultura recursal em suas procuradorias, seja ainda pela deficiência estrutural.

Foi desse modo que Teori Albino Zavaski, na qualidade de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que desde 1934 vem sendo travada a batalha contra “o fenômeno das ações repetidas”, com a criação de várias normas que, contudo, não deram “os efeitos desejados”. Zavaski, “preocupado com questão da repetição de causas que abarrotam o sistema judiciário”, fez um levantamento “de leis que vêm tentando, ao longo de quase 100 anos, pôr fim ao problema”. Para ele, é importante “fortalecer a cultura da vinculação de precedentes no meio jurídico no Brasil”, porquanto se trata da “única maneira de debelar as causas repetitivas e combater o círculo vicioso de não obediência às decisões já reiteradas, o que aumenta o número de recursos que chegam ao STJ, que em seus primeiros anos analisava 14 mil processos e em 2007 julgou mais de 313 mil ações”¹³⁹.

Com o intuito de regular o art. 103-A da Constituição do Brasil, foi promulgada a Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, traçando regramentos mais específicos sobre “a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 1º)¹⁴⁰. É importante, nessa altura do estudo, cotejar os propósitos dessa legislação com questões hermenêuticas e semiológicas, sempre seguindo o fio condutor da linguagem

¹³⁹ CONSULTOR JURÍDICO. Efeito incompleto: normas não resolveram casos de ações repetidas. *Revista Consultor Jurídico*, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/67482,1>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Lívia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1653.

constitutiva do mundo, a fim de que não fique prejudicada a compreensão por algum reducionismo.

4.1.1 Os propósitos do regramento para a edição de súmulas vinculantes

A legislação que regulamente a emissão de verbete de súmula vinculante tem o propósito de conferir cogência “formal” aos precedentes judiciais. Mais especificamente, nas palavras de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “o efeito vinculante da súmula importa na atribuição de natureza normativa ao ato do Supremo Tribunal Federal, ao contrário das demais súmulas, desprovidas desse efeito, que servem tão somente de critério de interpretação”¹⁴¹.

É preciso sublinhar que essa cogência ou normatividade já era sentida, pelo hábito do jurista brasileiro resolver as questões conflituosas a partir de frases de um julgado que servem de argumento com arrimo na subsunção silogística. Reforçando essa cultura, a Lei Federal n.º 11.417/2006 visa a efetiva padronização da jurisprudência, que teria o efeito de facilitar o papel do julgador (propiciando celeridade) e de uniformizar as decisões judiciais (conferindo segurança jurídica), alvitando uma aparente necessidade de se (continuar a) pensar o direito em forma de *standards*, justificada especialmente em razão da crescente litigiosidade, retratada em números processuais jamais vistos em qualquer época ou civilização.

Nesse diapasão, continua-se a percorrer o caminho da tradicional dogmática jurídica brasileira, que tem por pressuposto “que a norma é um dogma” (a súmula vinculante é uma entidade normativa). A dogmatização – refratária ao exercício do pensamento – impõe que “as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência”¹⁴². Os encobrimentos lingüísticos e ideológicos subsistem e se

¹⁴¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na Lei n.º 11.417/2006. *Revista do CEPEJ*, Salvador, a.9, n.8, p.106, jul.-dez. 2007.

¹⁴² TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Princípios, tradição e a (única) resposta certa em direito. *Revista CEJ*, Brasília, a.11, n.38, p.45, jul.-set. 2007.

agregam ao problema da formação acadêmica, em um contexto que acaba por exigir regramento rigoroso para evitar equívocos na atividade decisória judicial.

Contudo, os enunciados vinculantes editados podem produzir efeitos não desejados, passíveis de serem causados pelo hábito dedutivista do cotidiano brasileiro. É de se perquirir a maneira como será aplicado a Súmula Vinculante n.º 5, que dispõe que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”¹⁴³. Como no Brasil tudo é extremamente padronizado, o risco que se tem é o da Justiça fechar os olhos para situações abusivas, não percebendo a diferença ontológica do caso. A institucionalização disfarçada do *non liquet* parece ameaçar o sistema pátrio. Mais um exemplo do repertório das súmulas vinculantes vem a calhar: o enunciado n.º 6 estatui que “não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”¹⁴⁴. Cumpre assim indagar, diante desse (con)texto, se qualquer variação remuneratória inferior ao mínimo legal dos militares temporários das Forças Armadas será validada pelo Judiciário automaticamente, notadamente em virtude da cultura dogmática brasileira.

As razões para a introdução das súmulas vinculantes no Brasil encontram semelhança no direito italiano. O propósito da legislação introdutória da possibilidade de edição de súmulas vinculantes vai coincidir com os motivos que levaram a Itália – país filiado ao sistema romano-germânico – a prestigiar cada vez mais o papel da jurisprudência como fonte, destacando a importância de sua uniformização. No entanto, também lá o problema não se deu sem discussões,

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 6. Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

sendo salientado que a falta de suficiente compreensão implicava oscilações de entendimentos jurisprudenciais sem fundamentação plausível e aceitável.

É nessa esteira que José Rogério Cruz e Tucci noticia duas vertentes sobre o assunto: (1) uma que sustentava que “os precedentes judiciais eram de evidente utilidade às exigências sociais, porque uma orientação uniforme de julgar auxilia a estabilidade dos conceitos das relações, pois, não há conspiração maior contra o direito do que as repentinas e inusitadas inovações”; e, (2) outra que dizia que “a importância dos precedentes podia também ser prejudicial, porque retirava o estímulo à reflexão, impedia que se estivesse presente a evolução científica, e induzia a aplicação cega e mecânica das sentenças anteriores”¹⁴⁵.

A experiência brasileira é retratada pela doutrina de forma deveras sincera. Roberto Rosas deixa bem vincado os motivos que levaram ao prestígio do direito sumular no Brasil. Diante do dilema ontológico de que o juiz seja “apenas receptor passivo ou, então, integrante da elaboração do direito”, o autor embasa a solução na regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que autoriza ao juiz se valer, quando da aplicação do direito, “dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum”. Desse modo, a “chamada força vinculante da decisão, pouco importa o nome – orientação precedente, jurisprudência, súmula” – não é contrária à “liberdade do juiz em decidir”, haja vista que “o verbete de uma súmula, somente será decisivo, depois de muito debate – por isso foi sumulado”. A súmula vinculante, por seu turno, “não será fruto de uma decisão aligeirada, rápida, e, muito menos, será a vinculação de qualquer decisão de um tribunal”. Ademais, “a liberdade judicial, apanágio do Estado Democrático, dirige-se às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto”. Se a súmula pode ser perigosa, a lei também: “a súmula pode não adotar a melhor tese, mas oferece norte e segurança, ao contrário da vacilação de julgados, ora numa corrente, ora noutra direção”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.223.

¹⁴⁶ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.10-11.

Corroborando esse entendimento, embora com outro enfoque, Rodolfo de Camargo Mancuso entende que “a súmula vinculativa não implica em *capitis diminutio* para a atividade judicante, porque não altera, em substância, a tarefa do julgador de interpretar e aplicar o texto de regência aos fatos da lide”. O texto positivo “agora abrange o precedente judicial obrigatório, o qual, por sua vez, não dispensará a devida interpretação, para que se alcance seu melhor significado, inclusive interessando aferir sobre sua efetiva adequação ao caso concreto”. Para o autor, “a livre convicção do juiz (*rectius*, sua persuasão racional – CPC, art. 131) não é prejudicada pela aplicação da súmula vinculativa”, nem compromete ou “dispensa a necessária motivação/fundamentação das decisões judiciais”¹⁴⁷.

Como se infere, o cunho de imediatidade permeia as escolhas legislativas/constitucionais pátrias. Ao invés de se seguir uma via mais demorada para solucionar a incapacidade atual de resolver os conflitos sociais (a começar pela formação acadêmica tendente à tomada de consciência histórica), o Brasil procura sempre uma válvula de escape paliativa, “motivada pela realidade inesgotável do acúmulo de processos no âmbito dos Tribunais Superiores” e inspirada na doutrina do *stare decisis* presente no *common law*¹⁴⁸. A esta motivação, que vem em primeiro lugar, segue outra apontada por José Augusto Delgado, qual seja: “o quadro de instabilidade gerado pelas decisões judiciais conflitantes”, que, não raramente, sequer apresentam “causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal”, gerando intranqüilidade e aumentando os conflitos¹⁴⁹.

Juntamente com essas questões, há um discurso jurídico que não leva em consideração o que Luis Alberto Warat denomina de “semiologia do desejo”,

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.352-353.

¹⁴⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.92.

¹⁴⁹ DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105>. Acesso em: 29 jun. 2008. p.4.

mas, antes, manipula a linguagem mediante uma “semiologia política” com ênfase no desprestígio da criatividade. A “semiologia política”, tal como desenvolvida no Brasil (como “semiologia do poder”), ignora “a relação ‘sentido-desejo’ como ingrediente imprescindível para a instituição imaginária da sociedade de autonomia”, sem contribuir para que o indivíduo e a coletividade criem “as significações de sua liberdade”. Falta ao aplicador do direito a percepção de que “a linguagem é sempre uma paródia do desejo” – e mesmo constitutiva do mundo, de acordo com a filosofia heggeriana-gadameriana –, sendo preciso “uma semiologia do desejo” que venha a “construir a visibilidade do que se institui invisível”, servindo “para trazer a existência o que pode afetar na transformação da vida”¹⁵⁰.

Nesse âmbito, pode-se dizer que um dos objetivos da ampliação do efeito obrigatório através das súmulas vinculantes é arrefecer os problemas que decorrem da (persistente) desconfiança que se tem sobre os juízes. Os magistrados brasileiros estariam assim frustrando as expectativas do povo. Com Plauto Faraco de Azevedo, pode-se afirmar que o povo espera que os juízes lhe façam justiça: “o povo precisa crer em seus juízes. A quebra dessa indispensável relação fiduciária reflete seriamente na estabilidade da ordem jurídica”, conduzindo a uma situação intolerável. No entanto, a forma como se continua a aplicar o direito – substituindo o *standard* “lei”, pelo *standard* “precedente” – insiste em ser “obscurecida e empobrecida pela crença tão difundida quanto insustentável de que se resumiria a uma operação lógico-formal, mediante a qual subsumiriam os fatos relevantes nas normas legais”¹⁵¹.

Resta, portanto, saber se os destinatários receberão a tutela jurisdicional aguardada – com a efetiva resolução dos conflitos sociais –, bem como se haverá resignação das partes ou, diferentemente, se serão criados sucedâneos para rediscutir a matéria em juízo, notadamente se ocorrerem

¹⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.115-117.

¹⁵¹ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.94-95.

agravamentos dos litígios no plano da vida, compostos judicialmente de maneira ineficaz. Para que sejam explicitadas tais nuances, não é desnecessário tocar em outros aspectos que circundam as implicações hermenêuticas do uso do efeito vinculante no Brasil, sem se afastar da linguagem capaz de recuperar a tradição perdida, em uma perspectiva fenomenológica existencialista.

4.1.2 O argumento de revisibilidade do enunciado da súmula vinculante

Não obstante “a necessidade de as súmulas incidirem sobre questões já reiteradamente decididas num mesmo sentido e, portanto, já amadurecidas e estabilizadas”¹⁵², a Constituição do Brasil e a legislação que disciplina a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal prevêem possibilidade de cancelamento ou revisão. Decerto, o § 2º do art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, reza que, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”¹⁵³.

Como se pode notar, os enunciados que cuidam da súmula vinculante se protegem contra refutações, especialmente contra a crítica do engessamento do direito. Vale dizer, antecipando-se a uma das principais acusações em desfavor do efeito vinculante, o sistema se encarrega de lançar um argumento “de peso”, para dizer que a possibilidade de revisão ou de cancelamento, além de não petrificar o plano normativo, atende as questões individuais não verificadas ao tempo da emissão da súmula. O regramento das súmulas vinculantes se acautela (ao menos retoricamente e se utilizando de manipulação lingüística), a um só tempo, contra a incompatibilidade de dois processos sociais: (1) “a padronização homogeneizante”; e, (2) “as atividades de singularização”. O primeiro “diz respeito

¹⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.312.

¹⁵³ BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.39.

aos vários processos em curso em uma sociedade que visam a produção de maneiras de sentir e de pensar iguais (e em um nível o mais baixo possível)”, enquanto o segundo “traduz certos movimentos de resistência que se chocam contra a tentativa de controle social através da produção de subjetividade em escala não apenas nacional ou regional, mas também planetária”¹⁵⁴.

O cancelamento ou a revisão da súmula vinculante é semelhante à desconsideração de um precedente pelas cortes superiores no *common law*, para o fim de “decidir com novas razões um caso semelhante: é o *overruling*”, consistente em uma “autêntica ab-rogação do precedente, ou, no que é mais comum, sua derrogação, continuando válido para certos aspectos da questão examinada”¹⁵⁵. O sistema se encarrega de excepcionar a “regra do precedente vinculante” na tentativa de ganhar sustentação firme. Daí a possibilidade de substituir (*overruled*) “um determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*)”. O cancelamento do precedente ocorre pela revogação expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*) da “*ratio decidendi* anterior”, desconstituindo o valor do “antigo paradigma hermenêutico”¹⁵⁶.

A situação brasileira, todavia, fica mais problemática do que no sistema do “direito comum”, mormente por se tratar aquela de um contexto bem peculiar, em que se verificam um quadro grave de injustiças e conflitos sociais, uma inflação legislativa bem considerável e uma cultura forense habituada a se utilizar da hermenêutica tradicional e do silogismo categórico. Releva aventar ainda que o Brasil, país de raiz predominantemente romano-civilística, com a postura paliativa de querer por fim ao processo, sem preocupação sincera com o litígio, não acompanha o que Mauro Cappelletti aduz como “grande tendência evolutiva”, hoje constatada “em todos os países socialmente avançados”, de, decididamente,

¹⁵⁴ SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*: filosofia contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p.147.

¹⁵⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.42-43.

¹⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.179.

“arrancar o véu da já inaceitável falsa e iníqua ficção”¹⁵⁷. Ao imunizar o sistema das súmulas vinculantes contra refutações, consistente na afirmação da possibilidade de ser revisto ou cancelado texto de súmula vinculante posteriormente ultrapassado, permanece na penumbra as incompreensões decorrentes da cultura formativa deficiente, causando baixa aplicação do direito e repugnância por parte de seus destinatários.

A questão envolverá também os pontos relativos ao modo como correu o processo de edição de uma determinada súmula, recaindo, inclusive, na origem, sobre as “decisões judiciais previamente proferidas pelo STF” e que ensejaram aquele verbete obrigatório. André Ramos Tavares indica, assim, dois problemas básicos que podem comprometer a legitimidade e a subsistência da súmula vinculante no tempo: (1) “o *quorum* exigido para alcançar essas decisões pode ter sido frágil demais para justificar a transposição (do concreto para o geral-vinculante) representada pelo processo decisório da súmula vinculante”; e, (2) “o fundamento da decisão em cada caso concreto prévio pode não ser único, embora cheguem todos ao mesmo resultado para a ação ou recurso proposto (isso é particularmente grave no caso de controle de constitucionalidade)”¹⁵⁸.

Um indicativo de problemas análogos a esse já pode ser visto na Ata do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que traz os debates que precederam a aprovação das três primeiras súmulas vinculantes. Dentre as questões que podem distanciar ainda mais o enunciado vinculante do contexto social – mercê de sua redação deficiente –, podem ser alinhadas as seguintes: (1) os precedentes citados para o fim de dar sustentação aos verbetes vinculantes não estão se fazendo acompanhar do resultado unânime ou por maioria da votação; (2) o STF não admite a intervenção formal de terceiros (*amicus curiae*) quando se tratar de proposta de súmula vinculante cuja iniciativa tenha se dado de ofício, restringindo o debate neste tipo de processo; e, (3) a redação do enunciado de súmula

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v.I. p.197.

¹⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007. p.45.

vinculante, ao lado de sua aptidão generalizante, pode dar azo à inclusão de aspecto não discutido nos precedentes, a exemplo da ponderação levantada pelo Ministro Marco Aurélio, quando dissentiu da aprovação da Súmula Vinculante n.º 2, advertindo: “nesses processos não apreciamos qualquer lei que houvesse disposto sobre consórcios e sorteios”, razão pela qual, ao seu ver, a referência no verbete a consórcios e sorteios “mostra-se discrepante dos precedentes”¹⁵⁹. Ao final do debate, restou o verbete aprovado, por maioria – vencido o Ministro Marco Aurélio –, para estatuir que “é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”¹⁶⁰.

Com a visualização dos problemas ora mencionados, é possível compreender o efeito retórico do argumento de revisibilidade das súmulas vinculantes. Retórico no sentido de justificador de uma vontade verticalizada, a partir do que fixado na Suprema Corte, que dá continuidade a cultura forense de aplicar o direito mediante regras previamente dadas e com o auxílio dos tradicionais métodos de interpretação (literal, histórico, lógico e sistemático). A possibilidade de revisão ou de revogação de súmula vinculante prevista na Lei Federal n.º 11.417/2006 (artigos 2º e 5º)¹⁶¹, a par de servir de fundamento contra as acusações de óbice à evolução jurisprudencial, guarda compatibilidade com o paradigma científico racionalista, bem parecido com aquele da época da Revolução Francesa.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação de enunciados de súmulas vinculantes proferidos na seção plenária de 30 de maio de 2007, que integram a ata de julgamentos da 15ª (décima quinta) sessão ordinária publicada no Diário da Justiça de 14 de junho de 2007. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 13 ago. 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJ1_2007_08_13.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008. p.20.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 2. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

¹⁶¹ BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Lívia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1653.

Em arremate, com a estipulação de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, o ordenamento jurídico brasileiro se renova e se perpetua na senda da “racionalidade científica” desenvolvida pelas ciências naturais e estendida às denominadas “ciências sociais emergentes”, mormente a partir do século XIX. A consagração do efeito vinculante não retira o Brasil da família romano-germânica para assim introduzi-lo no *common law*. Ao revés, as adaptações do sistema revelam sua capacidade de remodelação, para eternizar a aplicação do direito tradicional, acompanhando o que Boaventura de Sousa Santos denomina de “modelo global de racionalidade científica”. Tal paradigma “admite uma variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas”, dois modos “de conhecimento não científico (e, portanto, irracional) potencialmente” perturbadores e intrusos: “o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos)”¹⁶².

4.1.3 Função legislativa exercida pelo Poder Judiciário: inconstitucionalidade?

A competência conferida ao Supremo Tribunal Federal de editar súmulas vinculantes é de natureza análoga à legislativa. A Constituição do Brasil estabeleceu um pacto federativo que reconhece a tripartição de funções, exercidas tipicamente pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao lado dessas funções típicas, existem funções atípicas, ou seja, funções que não são pertinentes às finalidades essenciais de cada um dos Poderes. Daí que o Poder Legislativo exerce excepcionalmente as funções de administrar (exara atos administrativos pertinentes aos seus servidores) e julgar (tem competência para julgar determinados crimes de responsabilidade), assim como os Poderes

¹⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p.21.

Executivo e Judiciário têm competência legislativa (quando edita Medida Provisória, o primeiro, e quando elabora seu regimento interno, o segundo).

Corolário do princípio fundamental da separação de poderes é o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que permite que o exercício de uma das funções por um dos Poderes não deságüe em excessos que comprometam a estrutura do Estado e o seu perfil democrático. O princípio republicano desse sistema anda junto com outro: o da forma federativa da República. A Constituição do Brasil preconizando dessa maneira, dispôs que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁶³.

Para assegurar o princípio federativo, o Poder Constituinte Originário assentou no texto constitucional uma limitação expressa, delineando o “núcleo material mínimo imune a reformas constitucionais, preservando a República e a Federação”. O art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil, declina suas cláusulas pétreas, afirmando que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais”. Cuida-se de limitações materiais “que tornam essas matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial”, mercê de “se revestirem de singular importância”, sendo vedado que “sejam sequer objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. Aliás, há uma proibição constitucional que “alcança qualquer proposta de emenda inclinada a suprimir qualquer valor subjacente àquelas matérias”¹⁶⁴.

Com essa realidade posta, surge dúvida acerca da constitucionalidade da ampliação da função legislativa ao Poder Judiciário, mediante a autorização decorrente do poder reformador constitucional, a fim de que aquele passe também a editar súmulas vinculativas. Os enunciados vinculantes, por serem dotados de obrigatoriedade equiparável à legislação, decorreriam dessa ampliação das

¹⁶³ BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.7.

¹⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p.242-243.

funções judiciárias que, sob certo ponto de vista, limita a função legislativa, eis que os seus destinatários estarão compelidos a acatá-los sem que lhes caiba invocar dispositivo legal pré-existente. Nesse sentido, o Poder Judiciário estaria sendo dotado de funções mais robustas que os demais Poderes da União, de molde a desequilibrar a harmonia determinada pelo art. 2º da Constituição do Brasil.

A tese que sustenta a inconstitucionalidade da súmula vinculante no Brasil, por não se compatibilizar com a separação dos poderes, tem que se acautelar para não ser acusada de dogmática. É que o princípio da tripartição de funções foi alçado à condição de dogma notadamente a partir do liberalismo. Com espreque nos fundamentos que lhe dão sustentação, foi possível caracterizar o Poder Judiciário como simples *la bouche de la loi*, em face do que não se admitia que a jurisdição excedesse sua função declarativa da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”.

Decerto, com Ovídio Araújo Baptista da Silva, calha advertir que a doutrina política da ‘separação de poderes’ (um dos pilares da “ciência jurídica moderna” supedaneada no “racionalismo iluminista nascido no século XVII”) foi responsável por “reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, ou melhor, a um órgão do poder, cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei”, de maneira “que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente intelectual, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva”¹⁶⁵. Com efeito, na senda de Marcos Aurélio de Freitas Barros, o jurista deve se precaver para que, na atualidade, a divisão de poderes não seja entendida, por exemplo, “como óbice à legitimidade constitucional do controle jurisdicional de políticas públicas”. Inversamente, “não se pode obscurecer a importante faceta do postulado da separação dos poderes de tencionar estabelecer limites ao exercício do poder político, podendo as arbitrariedades”, em conformidade com a “teoria dos pesos e contrapesos”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.265.

¹⁶⁶ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.133-134.

Isso é bem visto como foi deturpada a noção de legislador negativo alvitrada por Hans Kelsen. Como pontificou o jusfilósofo, “caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente”, ou seja, para a hipótese concreta, porém de forma geral, “para todos os casos possíveis”, conferindo “a essa decisão o *status* de precedente, de modo que todos os outros órgãos aplicadores de Direito, em especial todos os tribunais, sejam obrigados a recusar a aplicação da lei”. Destarte, “a anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa”. Em outras palavras, “um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo”¹⁶⁷.

Observe-se que a idéia de um tribunal que exerça uma função legiferante negativa (por subtração), não equivale a um Poder Judiciário inerte em suprir de omissões do Poder Público. Com Edvaldo Brito, é plausível sublinhar que a expressão “legislador negativo” de Hans Kelsen “não é o legislador negativo no sentido, que lhe querem emprestar, de que o juiz não pode adotar certas providências requeridas pelo caso sob tutela, porque, assim estaria substituindo o legislador dito positivo, o do Poder Legislativo”. Em verdade, como se infere da lição kelseniana, o legislador é denominado negativo em razão de que “quem controla a constitucionalidade dos atos normativos tira do mundo esses atos quando ofensivos à Constituição, negando-lhes, assim, eficácia. Opera a função, propriamente, de um outro legislador e, contraposição ao do Legislativo”¹⁶⁸.

Sob outro prisma, se é certo que o princípio da separação de poderes não pode ser abolido total ou parcialmente, certo também que ele não deve ser tido como um dogma intransponível. As conseqüências dos excessos dogmatistas são conducentes a posturas reducionistas do pensamento. A crítica ao dogma da

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.382.

¹⁶⁸ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.206, 2003.

tripartição de funções deve ser de índole hermenêutica. A separação de funções inflexível se compadece com a maneira de ser do ensino jurídico brasileiro, que “funciona como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos, cultivados num grau de abstração que os afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendra”. Rompendo com essa situação, forçoso é que a interpretação/aplicação do direito tenha por pressuposto “uma posição previamente assumida em relação ao direito e à vida, que nele vai refletir inelutavelmente”, guardando “indissociável vinculação com a idéia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa idéia à vida, às necessidades e finalidades humanas”¹⁶⁹.

A correção de rumo necessária para a doutrina que defende a inconstitucionalidade da súmula vinculante por violação à separação de poderes é hermenêutica. A súmula vinculativa não é inconstitucional simplesmente por ampliar a função criativa do Judiciário. A função jurisdicional produtiva (não só reprodutiva) é uma postura necessária para que se veja ultrapassado o modelo clássico da tripartição de poderes. Não se ajusta ao Estado Democrático de Direito o modelo eminentemente liberal, no qual o Judiciário se limitava a prestar uma jurisdição fraca, apenas declarando a vontade contida nos enunciados legais, em face da primazia do poder legislativo.

O problema do efeito vinculante a partir de verbetes editados com essa finalidade é, antes, hermenêutico. Em verdade, a introdução desse mecanismo em país cuja tradição jurisdicional já era a de aplicação do direito com base em *standards* legais ou de julgados, significa o coroamento do silogismo aristotélico-tomista, com ênfase no dedutivismo. A baixa compreensão do contexto fático-jurídico é relegada a plano secundário, enquanto o primeiro é aquele que diz respeito aos índices de produtividade, em que mais importante é o imediatismo. Para alicerçar a consagração da automatização do ato de julgar, a doutrina busca

¹⁶⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p.12-13.

assimilar efeito vinculante a ações coletivas, para inculcar a suposição de que a “súmula vinculante” é novidade indispensável à sociedade complexa e ao fenômeno da massificação dos litígios.

De tal modo, Rodolfo de Camargo Mancuso propõe uma dupla alternativa cuja linguagem utilizada já induz a resposta favorável ao efeito vinculante no Brasil. Para ele, “ou bem se admite que a crescente flexibilização da separação de Poderes” comporta temperamentos, advindos “com os precedentes judiciais obrigatórios e com a projeção *ultra partes/erga omnes* do julgado coletivo, ou bem se persiste na tese de que a separação dos Poderes é um dogma constitucional”, hipótese “em que então o problema se subdivide, conforme se entenda”: (1) “que essa tripartição configura cláusula pétrea em nosso modelo republicano-federativo (CF, art. 60, § 4º, III), e então não poderia ser objeto de votação uma emenda voltada a introduzir as súmulas vinculantes”; ou, (2) “que a matéria, por extrapolar a órbita puramente processual, se inclui dentre as que podem ser deliberadas pelo poder constituinte derivado”¹⁷⁰.

A ilação de que é inconstitucional a previsão de súmulas vinculantes no direito brasileiro, por ofender o princípio da tripartição de funções carece de força que lhe ampare. Não é possível conter tendências de um fenômeno irrecusável, que é a globalização. As grandes famílias do direito não estão mais dispostas em suas formas puras. Os sistemas se influenciam reciprocamente. Também reforça os argumentos inclinados a alijar a pecha de inconstitucionalidade do efeito vinculante por contrariar a separação dos poderes, o reconhecido fenômeno da mutação constitucional que significa, de um certo enfoque, a contemplação da historicidade e da finitude dos existenciais, no caso, da Constituição, ou melhor, da significação abstrata e estática de seu significado.

Sobre a mutação constitucional, Edvaldo Brito a ela refere, ressaltando seu conteúdo semântico plurívoco. Assim, aquele distintivo pode também albergar uma “mutação interpretativa”, diante do que se tem por “dinâmica interna” e

¹⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p.92.

“historicidade” da Constituição. Daí que “a vontade da Constituição não seria algo imutável senão uma vontade estável transformável, de tal modo que ante uma modificação das circunstâncias cabe acudir a novas interpretações”. A mutabilidade é condicionada pelo surgimento de “fatos novos, não previstos, ou quando fatos conhecidos”, pela sua “inserção no curso geral de um processo evolutivo”, cingindo-se “às alterações não-formais que se processam por atos interpretativos do texto”¹⁷¹.

Sem embargo, com Konrad Hesse, deve ficar bem vincado que a “modificação constitucional” – tal como realizada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 ao adicionar o art. 103-A à Constituição do Brasil – é realizada dentro de um pequeno espaço reservado a tanto, sendo “justificado falar de uma Constituição rígida”. Todavia, a Constituição “difícilmente está em condições de cumprir sua tarefa na realidade histórica da vida da coletividade”. Para mediar a distância entre o texto e os fatos – sem olvidar seu “efeito estabilizador”, é que se concebem as “mutações constitucionais, nos limites traçados pelo texto”, produzindo, a um só tempo, “aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa, que são importantes por causa da função apropriada da Constituição”¹⁷².

A eventual inconstitucionalidade do efeito vinculante quando da concretização do direito – não da súmula vinculante em si, frise-se – poderá decorrer em razão da baixa aplicação/interpretação da Constituição. A *quaestio* é hermenêutica. É a solução de continuidade no fio condutor lingüístico (capaz de propiciar uma tomada de consciência histórica do jurista e de possibilitar a recuperação da tradição dentro de um prisma de historicidade) que redundará em inconstitucionalidade, máxime pela introdução e utilização do instituto sem os cuidados com as peculiaridades brasileiras – a exemplo das disparidades sociais que não são vistas nos países desenvolvidos –, retratando deficiência de compreensão paradoxalmente atrelada a uma sobreposição de enunciados

¹⁷¹ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.87-88.

¹⁷² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.46-47.

normativos (Constituição, Emendas Constitucionais, legislação, atos normativos outros e súmulas). O argumento de que a inconstitucionalidade decorre de violação ao princípio da separação não encontra respaldo bastante.

Deveras, basta fazer uma retrospectiva não muito remota da doutrina dos precedentes na Inglaterra, para verificar que, na origem, o efeito vinculante não contradiz o princípio da separação de poderes, cujo esboço inicial se deu com o direito inglês. A diferença relativamente ao Brasil, é que aqui há uma abundância de enunciados normativos postos, enquanto na Inglaterra, o sistema naturalmente vai formando seu direito escrito a partir dos julgados, com o reconhecimento da “eficácia vinculante do precedente judicial” a partir do século XIX. A corte de justiça da Inglaterra (*House of Lords*) estaria, pois, estritamente vinculada inclusive aos seus próprios precedentes, sem poder modificar o direito e legislar autonomamente, compatibilizando-se com a separação dos poderes e com a supremacia do Parlamento. Em um momento subsequente (já no século XX), a *House of Lords* exerceu o poder de corrigir erros judiciários, modificando precedente anterior (*overruling*). A mitigação da rigidez do *stare decisis* inglês ocorreu, contudo, com bastante cautela¹⁷³.

Nos Estados Unidos da América, há justificativa semelhante – “o *judge-made law*” –, mas com uma particularidade fundamental: “a Inglaterra” (considerada “uma *common law* mais pura”) “desconhece a primazia de uma Constituição escrita e que se coloca numa organização piramidal (à *civil law*)”, bem como não “tem idéia da primazia dos *statutes*, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano”, identicamente “direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas”¹⁷⁴. Como é plausível depreender, nos países filiados ao “direito comum”, a escassez de enunciados escritos promulgados pelo corpo legislativo, justifica a produção de precedentes

¹⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.158-159.

¹⁷⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.p.39.

vinculantes para que seja formada a tessitura normativa abstrata. Entrementes, o uso do efeito vinculante não é levado a cabo automaticamente, procurando-se, ao revés, aplicar o direito com a valorização da experiência judicial voltada à realização da justiça¹⁷⁵.

Eis o ponto problemático do traslado do efeito vinculativo de súmulas para o direito brasileiro: a inconstitucionalidade decorrente da persistente ausência de compreensão (baixa aplicação constitucional), que não é verificada com tal intensidade nos países de *common law*, até porque estes estão inseridos na tradição e experiência jurídica de aplicar o direito em tal contexto. No Brasil, urge, portanto, que se tome consciência, parafraseando Maria Francisca Carneiro, de que “a faculdade de julgar, seja ela um ato estético, jurídico ou ainda um outro ato valorativo qualquer, é sempre uma forma de linguagem e, como tal, participa de uma unidade lingüística, na qual reside também a diversidade”. É que “a linguagem pode conter o paradoxo do uno e do múltiplo, a um só tempo”¹⁷⁶.

4.1.3.1 Interpretação constitucional e crise da pirâmide kelseniana

Cabe confrontar o efeito vinculante como forma de padronizar a jurisprudência com a interpretação/aplicação do direito, mormente quanto ao que parte da doutrina entende por interpretação e hermenêutica constitucional. Em face da supremacia e da rigidez da Constituição, a interpretação constitucional seria diferenciada, com especificidades que não se confundiriam com a interpretação da legislação infraconstitucional. A hermenêutica constitucional se distinguiria não só pela qualidade de fundamento de validade dos enunciados de *status* inferior, mas também em virtude da acentuada presença de dispositivos com textura aberta, cuja vaguidade é propícia ao debate sobre a distinção entre princípios e regras constitucionais.

¹⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.168.

¹⁷⁶ CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.28.

Esse modo de ver a hermenêutica como algo passível de especificação tem a ver com os fundamentos da pirâmide normativa esposada por Kelsen. A hermenêutica constitucional teria como primeira distinção o fato de seu “objeto” de estudo se tratar de um diploma normativo de natureza jurídica distinta das demais leis: a Constituição. A supremacia constitucional seria o princípio indicativo da compatibilidade ou da incompatibilidade vertical de enunciados abstratos legais com a Lei Maior. A verificação da constitucionalidade, sob esse prisma, ocorre com a utilização de métodos tradicionais de interpretação, notadamente pelo cotejo literal entre os dispositivos envolvidos, pela concepção histórica da “vontade do legislador” constituinte, pelo auxílio do silogismo categórico e pela idéia de interpretação sistemática.

Ademais, a interpretação tida por especificamente constitucional se arrima no embate distintivo entre princípios e regras, para salientar que os princípios são dotados de maior importância do que estas, porquanto seriam aqueles aptos a formarem as bases do ordenamento jurídico. Nesse sentido, toda regra estaria, em maior ou menor grau, fundada em um ou mais princípios. É com essa noção que se afirma que as regras que autorizam o Poder Judiciário a editar súmulas vinculantes ou que atribui efeito vinculante a certas ações constitucionais encontram espeque nos princípios da celeridade processual (razoável duração do processo) e da segurança jurídica (com a uniformização da jurisprudência).

Discorrendo sobre “a especificidade da interpretação constitucional”, Inocêncio Mártires Coelho noticia que “segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar estrutura normativo-material das cartas políticas”, mormente “a da sua parte dogmática, em que se compendiam os chamados direitos fundamentais”. Essa característica “exigiria do intérprete da Lei Fundamental situar-se em

perspectiva metodologicamente adequada ao objeto do seu trabalho hermenêutico”¹⁷⁷.

Por sua vez, Peter Häberle avança com a idéia de uma interpretação constitucional, sem deixar de lado o auxílio de diferentes métodos e trazendo à baila a concepção possibilista de aplicação da Constituição. Para o autor, “o processo de interpretação constitucional é infinito” e – sem ficar adstrito ao “processo constitucional formal” – “deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto”. Participam da atividade interpretativa não só o constitucionalista, que “é apenas um mediador”, como também os “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”¹⁷⁸.

É possível perceber que as duas vertentes esposadas defendem pontos de vista diferentes, mas têm pontos de contato. Se a maioria doutrinária vê a interpretação constitucional como algo que parte da Constituição enquanto fundamento de validade das normas infraconstitucionais, com a corrente possibilista, cujo entendimento filosófico é procedimentalista, torna-se viável admitir duas respostas corretas para uma mesma situação concreta, ampliando, sobretudo, o subjetivismo. De mais a mais, a defesa de uma abertura constitucional, tal como esposada por Häberle, põe ênfase, de certa maneira, no plano abstrato ou “em tese” da aplicação constitucional. Entretanto, as duas correntes se aproximam por sufragar o entendimento da especificidade da interpretação constitucional, com base em hermenêutica que prestigia a relação sujeito-objeto, haja vista que a definição da peculiaridade da hermenêutica constitucional – de uma ou de outra concepção – tem sua raiz na distinta natureza jurídica do texto constitucional.

Volvendo para os problemas decorrentes do efeito vinculante, ter como dotada de especificidade a interpretação/aplicação da Constituição deixa de lado

¹⁷⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.61.

¹⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.42.

um fato que já é sentido na contemporaneidade. É que a estrutura normativista Kelseniana está em crise. Como salientou Mônica Sifuentes, “a pirâmide de Kelsen não basta” para exprimir a noção de “pré-compreensão do direito”. Decerto, “a concepção do direito em forma piramidal” não é capaz de expressar a essência do direito: “o direito é o reflexo da vida” e “sinônimo de dinamismo e transformação”¹⁷⁹.

Com essa observação, é plausível anuir que a postura de reconhecer uma interpretação/aplicação de natureza especificamente constitucional, que tem a Constituição como ápice e como centro exclusivo do sistema precisa de uma releitura. A hermenêutica não condiz com setorizações, ou seja, com um paradigma científico que supõe que seja possível cortar epistemologicamente a realidade da vida. O embrião do efeito vinculante no Brasil e o revestimento atual da súmula vinculante são fiéis às correntes que procuram especializar a hermenêutica constitucional e insistem em tornar a aplicação do direito estritamente dedutivista ou, se impossível em dada situação concreta, discretamente alternativista, porquanto nos chamados “casos difíceis” – ou quando a aplicação da súmula revela certa ambigüidade –, leciona que se deve recorrer ao critério da “ponderação”, que, no fundo, guarda subjetividade que não se distingue, em essência, da arbitrariedade ou da discricionariedade.

Frise-se que as oposições entre doutrinas formalistas e procedimentalistas não chegam a refutar a introdução da “doutrina dos precedentes” no Brasil. Embora tenham pontos de vista diferentes, ambas reconhecem um direito positivo fincado em uma raiz profunda de uma única árvore: o Estado, representado no texto constitucional, porém visto em sua forma estática, abstrata, que, ou autoriza uma interpretação mecânica, ou permite uma subjetividade mascarada pelo “procedimento” possibilista. Ambos coincidem por serem metafísicos, isto é, por não reconhecer a linguagem enquanto condição de

¹⁷⁹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p.301.

possibilidade e sedimentada pela tradição dos entes em contexto que leve em consideração a historicidade.

Coerente com essa hermenêutica filosófica é que se vê, em Elton Luiz Leite de Souza, uma outra perspectiva de direito. Um “direito nômade”, a evidenciar, a inconveniência de institucionalizar o efeito vinculante obrigatório em um país em desenvolvimento e que necessitaria de alteração na sua cultural forma forense de pensar. Trata-se de um “direito rizomático”, cujas formações “testemunham por um nomadismo presente já na própria natureza”. O rizoma consiste numa “raiz que toca a profundidade do solo pela sua superfície sem fronteiras”. As raízes das plantas rizomáticas se multiplicam horizontalmente, assim como “um direito rizomático caracteriza-se pela multiplicidade de perspectiva que ele engendra ao se expandir enraizando-se, também, na sociedade dentro da qual ele vive”. Esse direito rizomático deve ser defendido inicialmente no ensino jurídico, “contra todo centralismo estatal e formas concentradas e verticalizantes de poder”¹⁸⁰.

Sublinhe-se, todavia, que esse direito rizomático não é de ser tomado para o fim de serem reputadas possíveis várias respostas corretas em direito. Certo que são possíveis soluções diversas a partir de um mesmo enunciado normativo, afinal, texto não se equipara à norma jurídica. Mas a resposta será única e correta para um determinado momento e em dado contexto situacional de tempo e de conjuntura, o que não se confunde com o chamado “sentido único da lei”. Perceba-se a diferença. Há uma resposta correta para determinado caso concreto: aquela que surge no momento em que o horizonte do intérprete se funde com o do presente, recuperando, pelo fio condutor da linguagem constitutiva do ser, a tradição que vem se completando na temporalização do ente em seu ser. Nas palavras de Hans-Georg Gadamer, “a linguagem forma a base de tudo o que constitui o homem e a sociedade” e “toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer

¹⁸⁰ SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*: filosofia contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p.15-16.

dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível reconquistará finalmente a sua consistência”¹⁸¹.

Aqui reside a inconveniência de ser mantido o sistema recursal brasileiro: as sucessivas decisões em diversas instância e em seguidos “novos horizontes” só podem resultar nas discrepâncias jurisdicionais verificadas entre graus de jurisdição diversos e até mesmo naquelas exaradas por um mesmo órgão jurisdicional. Se é exato que a alteração do contexto temporal é suficiente para possibilitar a denominada “mutação constitucional”, também é certo admitir que as delongas recursais potencializam as oscilações de entendimento a respeito do mérito de um único processo. Porém, estabelecer a vinculação de precedentes como forma de automatizar o julgamento, sem que se corrijam as causas da “compreensão baixa”, ao invés de solucionar a questão, pode retardar a litigiosidade e provocar uma reação no futuro.

Com essas colocações, releva tornar ao ponto do direito visto como rizoma: é ele compatível com a hermenêutica filosófica fundada em uma ontologia fundamental e, ao contrário do que possa parecer, não é dado concluir, a partir de tal visão, que “a hermenêutica nomadológica” justifica que, no âmbito normativo, se “muda a composição dos tribunais, muda o direito”. Essa concepção do direito rizomático incorre em desvio de perspectiva e não põe no devido lugar a importância da compreensão, mas antes chancela o estado atual da prática forense brasileira que quer alcançar o *status* de ciência. Sérgio da Silva Mendes entende que houve uma recepção errônea da hermenêutica gadameriana – uma recepção linear – pela nova hermenêutica jurídica, haja vista que Gadamer não se colocou contra o método, mas contra a objetividade deste, o que não foi percebido pelos juristas, que acabaram por possibilitar a “apropriação de parte da teoria que potencializa o poder do julgador e esquece o complexo trabalho do tratamento metodológico (metodologia jurídica e processos especiais) da aplicação do direito e de controle da subjetividade do juiz”. Para o autor, “o gadamerianismo jurídico

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p.14.

(mais um excesso no uso de uma filosofia)” transformou “a aplicação do direito pelos tribunais. Transitou-se da vontade do legislador, para a vontade da norma e, agora, para a vontade do juiz, esta pelo uso indiscriminado da razoabilidade da motivação da decisão judicial”¹⁸².

Como se vê demonstrando, o paradigma que parece não se coadunar com o campo da vida, do direito, é o científico. Contrariamente ao que supôs o jurista, o direito rizomático na forma aqui esposada e a hermenêutica filosófica não se identificam com qualquer excesso voluntarista ou com direito alternativo (mais próximo das filosofias procedimentais). Mas também não se amolda ao cientificismo objetivista, ao contrário do que defende Carlos Walter, ao dizer que “a contribuição interdisciplinar de Gadamer radicalizou o cientificismo espiritual da fenomenologia da existência de Martin Heidegger por via da sistematização investigativa dos aspectos da compreensão em si mesmos e da abnegação do método à verdade revelável” através das “estruturas fundamentais”. Prossequindo seu equívoco, o autor argumenta que “a interpretação dispersiva” da hermenêutica filosófica, além de “não-recepcionável pela constitucionalidade democrática, transformou o hermeneuta no interlocutor do horizonte histórico de pré-compreensões individualizadas, ontologicamente engendradas dos seus diálogos com a tradição”. Com essas palavras usadas artificialmente, o que se pretende é inculcar a falsa idéia de que, no fundo, a hermenêutica filosófica se filia a um padrão de “filosofia do sujeito”, que apenas inverte o “trajeto epistemológico sujeito/objeto por via da auto-explicação dos fenômenos históricos”, para, mediante “a circularidade decorrente da fusão de horizontes pré-estabelecidos” aprisionar “o intérprete na redoma histórico-imperativa da tradição”, nele estimulando “a heurística, o re-conhecimento, o conhecer de novo, a criação segundo os matizes mediatos da sua situação hermenêutica”¹⁸³.

¹⁸² MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica nomadológica ou “lê droit comme rhizome”: a impossibilidade do “princípio” da razoabilidade no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.104, n.395, p.319-321, jan.-fev. 2008.

¹⁸³ WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.77-81.

Diferentemente, o que se tem, mediante a abertura da circunvisão do mundo pela linguagem constitutiva de todo ser, é a retirada do véu do que está encoberto. Martin Heidegger não escuda a idéia de um sujeito solepsista. Como aviva Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Heidegger esclareceu “que, antes do próprio sujeito, o mundo já existe e que ele (o sujeito) é constituído previamente pelo mundo. O *Dasein* só existe pelo fato de que a capacidade de compreender o mundo faz parte de sua estrutura ontológica”. A compreensão, enquanto existencial, “não faz parte de uma esfera interna/encapsulada e que se diferencia/distingue do mundo”, pois “a ‘pre-sença’ não se separa do mundo porque já está sempre fora e com/junto a um ente que se coloca perante ele”. Em verdade, de acordo com a filosofia de Heidegger, “a compreensão se dá pela abertura do *Dasein* ao mundo e somente nela será possível encontrar o fundamento da verdade”¹⁸⁴. É a partir dessa nova hermenêutica que se pode rejeitar o hábito de verificar superficial e estatisticamente as oscilações jurisprudenciais (preocupação racionalizante que marca o (pós)modernismo e que contrasta com a retórica da democratização da interpretação afirmada por muitos, mas veladas, na realidade, por este mesmo discurso), sendo preciso investir contra o cientificismo jurídico que tornou a aplicação do direito no Brasil de cunho eminentemente formal, reducionista e dedutivo, sem levar em consideração o que se tem por compreensão.

Outrossim, a crise da pirâmide de Kelsen, vista pelo ângulo do direito rizomático, não retira a importância da Constituição, mas antes impele que seja ela considerada em seu contexto, numa relação cíclica com os existenciais envolvidos (juiz, partes, legislação, realidade social). A norma jurídica exsurge no círculo hermenêutico. Nesse sentido, não é mais possível falar em interpretação especificamente constitucional. A Constituição é um existencial lançado no mundo, em determinada situação de espaço e tempo. Não é aceitável que se perpetue – agora através da ampliação do efeito vinculante – “um gueto científico e

¹⁸⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.63-64.

epistemológico, que visualiza a subjetividade como inimiga e que se recusa a sair de seu campo fechado, abrindo-se para as lutas do saber produtivo e desejante”¹⁸⁵. É preciso, entretanto, se precaver contra o excesso de subjetividade desprovido da noção de pré-compreensão.

A interpretação/aplicação do direito e a nova hermenêutica são contemporâneas de uma “viragem lingüística”, na qual a linguagem se revela como “condição de possibilidade” e suplanta a filosofia da consciência. A interpretação não é mais meramente reprodutiva, mas criativa, cujo “aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão”. Essa hermenêutica não é empática, como se fosse possível ao jurista colocar-se no lugar do outro. A interpretação acontece quando os horizontes se derretem,¹⁸⁶ momento em que se realiza a compreensão, “com o projeto do horizonte histórico” e sua suspensão simultânea. Gadamer explica “a realização controlada dessa fusão como vigília da consciência histórico-efetual”. Daí que “se o positivismo estético e histórico, herdeiro da hermenêutica romântica, oculta essa tarefa”, mister que se reafirme “que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nisso. É o problema da aplicação, presente em toda compreensão”¹⁸⁷.

Em suma, junto com a visão de que a validade de enunciados normativos ou de normas jurídicas se dá simplesmente mediante o contraste com uma norma ou enunciado de nível superior, até chegar aos enunciados postos na Constituição (que tem uma norma hipotética fundamental como pressuposto)¹⁸⁸, está a noção científica de interpretação especificamente constitucional. Ambas, em suas últimas conseqüências, permitem legitimar não apenas o efeito vinculante

¹⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.87.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.197.

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2005. p.405.

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.217.

em si, mas uma aplicação do direito que trata a compreensão dos fatos sociais com indiferença. A primazia é a validade da decisão enquanto amparada pelas regras do sistema. Em um país de democracia recente como o Brasil, que sofre com uma crescente litigiosidade, por ter sido anteriormente reprimida, a postura que seria relevante era repensar a hermenêutica e o ensino jurídico, ao invés de se buscar alternativas paliativas. A inconstitucionalidade, sob essa lente, estaria no modo como que intepretado/aplicado o direito, eis que carente de concretização.

4.1.3.2 Alcance do efeito vinculante e (in)constitucionalidade

Cabe, então, pontificar sobre a situação de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do efeito vinculante a começar pelo enfrentamento da questão atinente ao seu alcance. O questionamento inicial é relativo o de saber a respeito das conseqüências da automatização da aplicação do direito com supedâneo em efeito vinculante, de maneira a revelar seu alcance em um país de dimensões continentais como o Brasil. Para tanto, devem ser considerados aspectos como o da existência de múltiplas formas de vinculação no ordenamento jurídico brasileiro – que ocorre ao menos duplamente (em controle de constitucionalidade abstrato e em sede de controle difuso) –, assim como o exercício simultâneo, pelo Supremo Tribunal Federal, de funções jurisdicionais (enquanto instância constitucional, ordinária e também recursal) e legislativas (mediante edição de súmulas vinculantes). A complexidade do sistema é capaz de não só redundar em incoerências no âmbito abstrato (com a sobreposição de atribuição de funções), quanto no plano de concretização do direito (em razão da compreensão reduzida).

Deveras, o ordenamento jurídico brasileiro vem sendo objeto de uma inflação de enunciados normativos, bem como de uma acelerada influência de institutos de outros sistemas. Além da recíproca comunhão entre o *common law* e o *civil law*, o jurista está diante de um outro fenômeno que torna mais tênue a

distinção entre o controle abstrato e o controle difuso de constitucionalidade. O recurso movido em um processo individual, no bojo do qual se debate sobre a constitucionalidade de uma dada aplicação normativa, vem ganhando feições que extrapolam os lindes subjetivos. Segue-se o caminho da nivelação das diferenças individuais para que se aufira o ideal de uma jurisprudência uniformizada. O intérprete da atualidade cedeu à cotidianidade, possibilitando o arrefecimento das diferenças de efeitos entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado.

É como se comprovasse o “carma” do homem (único ser dotado de “razão”), consistente na tendência a “generalizar” os fatos para poder “apreender”. A propósito, João Maurício Adeodato explica que “os eventos reais são fenômenos únicos e irrepetíveis que se manifestam ao ser humano, aparentemente e de forma independente, dentro de um fluxo que se denomina o ‘tempo’”. Os eventos reais – mercê de serem individuais – “são incognoscíveis, inadaptados ao aparato cognoscitivo do ser humano, cuja razão somente se processa por meio de generalizações”. Em outros termos, “a razão humana guarda uma incompatibilidade ontológica com o mundo empírico do qual vivem esses mesmos seres humanos. O evento real é assim irracional por ser inexoravelmente contingente”, contingência essa que “é infinita em um sentido qualitativo, pois nada é igual a nada no mundo real, e quantitativo, já que todo fenômeno individual pode ser sempre mais decomposto em unidades menos complexas”¹⁸⁹.

Rendendo-se à marca abstracionista desse modo retratada, o jurista brasileiro – afastando-se ainda mais de uma hermenêutica compreensiva e persistindo na hermenêutica tradicional dentro de um mundo do direito que deixa velado o que dele apenas aparentemente está separado (mundo dos fatos) – passou a ser contemporâneo de uma “‘objetivação’ do recurso extraordinário”. Fredie Didier Jr., sobre o ponto, noticia que as modificações no ordenamento jurídico pátrio são percebidas, por exemplo, com a criação da “‘súmula’ vinculante

¹⁸⁹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.263.

em matéria constitucional” e com a consagração, no texto da Constituição, da “orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC”. A mudança, aliás, refletiu na “transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato”¹⁹⁰.

As finalidades da objetivação dos julgamentos a partir de *standards* são bem conhecidas e reconhecidas pelo próprio Judiciário, especialmente a que visa desafogar o Supremo Tribunal Federal de ações repetitivas. A respeito do efetivo cumprimento do “papel de desafogar o Judiciário”, Gilmar Ferreira Mendes entende ser cedo para afirmá-lo, vivificando que são poucas as súmulas editadas e que é preciso se “debruçar sobre o trabalho de feitura das súmulas, que é muito difícil, pois há um certo temor de que, editada a súmula”, não seja possível, “pelo menos em um curto espaço de tempo, revisitá-la”. No entanto, acredita ele “que a súmula cumprirá um papel importante de racionalização do afazer judicial, evitando que orientações já pacificadas tenham de ser a toda hora reafirmadas pelo Tribunal”¹⁹¹.

Como se vê, a cultura verticalizante se espalhou e o hábito de aplicação do direito com base em analogia frasal se institucionalizou. O que seria inconstitucional por não se compatibilizar com a ideologia do “bem estar” acolhida pelo texto constitucional, ganhou o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, no que foi acompanhado pelo Poder Constituinte Derivado. Lenio Luiz Streck já havia observado, ainda antes da reforma do Poder Judiciário, que o grande problema “é que o jurista, inserido no ‘sentido comum teórico’, não se dá conta” de que há uma crise que traz conseqüências para a sociedade. Daí que “toda vez que a crise do Judiciário se agudiza – em face da inefetividade, (in)acesso à justiça, lentidão da

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.201.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Súmula vinculante: uma realidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.19, n.7, p.23, jul. 2007.

máquina, etc. – o *establishment* responde com soluções *ad hoc*”, tal como se vê com “uma reforma pontual do processo civil”, sendo mais grave “o nefasto projeto (de poder) que são as súmulas vinculantes e o projeto que trata de dar efeito vinculante às decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal”¹⁹².

O alcance do efeito vinculante consiste em hierarquizar os julgamentos pelo Poder Judiciário, sufragando a exegese clássica de fundo liberal prestigiada pela maioria dos juristas brasileiros, na senda do renovado formalismo jurídico. A “racionalização” do modo de aplicação do direito, com imposição de ônus para o magistrado que se desviar de suas diretrizes (com possíveis implicações negativas para a “carreira”), vem a legitimar as deficiências do ensino jurídico, que ainda objetivam a formação de um profissional “enciclopédico” capaz de dar respostas às questões judiciais mediante silogismos.

A banalização do efeito vinculante alimenta o comodismo hermenêutico. Esse problema é agravado pela “baixa” compreensão das dimensões e conseqüências dos conflitos sociais. Há um agravamento ainda maior, qual seja: a decisão do Supremo Tribunal Federal pondo fim a uma controvérsia é prolatada em momento bem ulterior ao surgimento do conflito. Em outras palavras, a decisão vinculativa, tida como remédio adequado à solução dos problemas, é tão demorada, que seu advento é capaz de causar conseqüências muito mais desastrosas do que a existência da suposta “incerteza” no campo da jurisprudência que se quer uniformizada.

Um exemplo ilustrativo dessa afirmação é o da Súmula Vinculante que considerou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que estabeleciam o prazo de dez anos para prescrição e decadência de crédito destinado à seguridade social, para assentar que tais lapsos são quinquenais. Note-se que demorou mais de dezesseis anos para que a Suprema Corte “definisse” a questão. Aquelas regras autorizavam que o lançamento e a cobrança do crédito previdenciário fossem realizados em prazo superior a cinco anos. Sem

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.254-255.

levar em consideração o ônus aos cofres da previdência social – cujo déficit é explorado pela mídia e ensejou a instituição de contribuição aos aposentados, com histórica alteração da noção de direito adquirido –, o STF editou a Súmula Vinculante n.º 8¹⁹³, com o objetivo de por fim a processos em trâmite sobre a matéria, “desafogando” o Judiciário. Agora, a dúvida é saber quem vai, mais cedo ou mais tarde, pagar o prejuízo que decorrente da “incerteza” de dezesseis anos agora (supostamente?) dirimida. É que, como noticia Edvaldo Brito, a Fazenda está “impedida de prosseguir na exigência de R\$ 83 bilhões que se encontram, ainda, em fase de discussão administrativa ou judicial”¹⁹⁴.

O caminho descomprometido com uma hermenêutica filosófica tem propiciado que os juristas brasileiros oscilem entre os extremos: ou se tem o perfil de um juiz “Hércules” – tal como criado por Ronald Dworkin, encorajado a “emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais” (simpatizante do “direito alternativo”) –, ou se tem um juiz-funcionário que prestigia a idéia de “falibilidade judicial”, pelo que não deve “fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes”, devendo somente decidir “os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los”¹⁹⁵. Os reducionismos são frutos de uma perda da tradição, cuja recuperação é possível através do fio condutor da linguagem, com descobertas semiológicas que não fiquem amarradas ao cientificismo.

Com Luis Alberto Warat, plausível é se ter em mira uma “semiologia do desejo como mutação dos processos de semiotização e surgimento de um processo de singularização, com seus abalos, suas aberturas, e suas virtualidades”, ou seja, “uma política de produção de vida como resposta a um

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

¹⁹⁴ BRITO, Edvaldo. Cai o abuso das cobranças do INSS. *A Tarde*, Salvador, 24 jun. 2008. Coluna Judiciárias.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.203.

mundo cada vez mais encantado com sua realidade trivializada e o horizonte de morte que impõe a burguesia tardia¹⁹⁶. O alcance generalista da vinculação verticalizante estimula (e até autoriza) a compreensão deficiente dos fatos sociais pelos juízes e encobre ainda mais a tradição.

Esse fenômeno não se amolda à ideologia constitucionalmente adotada e permanece fiel à “faixada normativista do positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora”. É preciso, portanto, parafraseando Carlos Alberto Simões de Tomaz, “divisar uma nova ótica para compreensão da experiência jurídica a partir da hermenêutica filosófica ao escopo de inserir a decisão judicial no âmbito do pluralismo jurídico”, que “deve se erigir a partir de um acoplamento lingüístico-metodológico que privilegiando a consciência dos efeitos da história, enseje o acontecer da verdade a partir da contextualidade existencial e finita em que se encontra mergulhado o intérprete¹⁹⁷. Trata-se, como se infere, de se tomar consciência dos fundamentos que completam o jurista, “des-velando” as causas dos problemas sociais no contexto de um país emergente, de tradição romano-germânica e que sente os efeitos do fenômeno globalizante.

4.1.4 Repercussão geral e dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é noção que está na ordem do dia, sendo invocada reiteradamente nos discursos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais. É comemorado o fato do direito brasileiro ter passado por uma releitura constitucional, dando proeminência à pessoa humana, notadamente por se tratar de fundamento republicano. Os “ramos” do direito receberam novo ingrediente, a exemplo do direito civil, cuja doutrina o aproximou do direito constitucional. No entanto, é relevante esclarecer se a afirmação da dignidade da

¹⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.119.

¹⁹⁷ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica que se processa por meio da linguagem. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.19, n.8, p.33, ago. 2007.

pessoa humana é conceito construído com finalidade eminentemente retórica e simbólica, ou se há efetiva sinceridade dos juristas em assegurá-la quando se está diante, de um lado, de uma praxe dos recursos para ver prevalecer a verdade da corte de grau mais elevado e, de outro, do instituto da “repercussão geral” para que sejam selecionados ou escolhidos os recursos extraordinários a serem examinado pelo Supremo Tribunal Federal.

É que a “repercussão geral” privilegia a abstração em detrimento da singularidade e da concretização do direito. Com a idéia de que o “recurso extraordinário” se refere à matéria eminentemente de direito (não há rediscussão dos fatos, coerente com a suposição de que é possível cindir o jurídico da vida real), “a criação de um incidente de repercussão geral por amostragem” se lastreia na “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. Ao tribunal *a quo* caberá “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC)”. Caso a existência de repercussão geral seja negada, “todos os demais” recursos, “que não subiram ao STF, reputam-se não conhecidos. Eis o julgamento por amostragem”. Esse procedimento tem “caráter objetivo” e demonstra o “fenômeno de ‘objetivação’ do controle difuso de constitucionalidade das leis”¹⁹⁸.

Essa tendência brasileira de tornar o processo um instrumento preponderantemente objetivo põe em xeque a noção de dignidade da pessoa humana. Ao invés de se investir na formação dos juízes e na limitação de competência dos tribunais – restringindo ao STF a função de Corte Constitucional –, o que se vê é uma preocupação institucional voltada a si própria e não dirigida ao papel de mediação dos conflitos sociais. Busca-se uma coerência externa através da uniformização de jurisprudência e do efeito vinculante. O pano de fundo é pouco assimilado, especialmente porque o Estado não resolve as questões

¹⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.211-212.

sociais pela base. A segurança jurídica que importa é a aparente, que pode até não solucionar as disputas judiciais, mas que seja “pautada numa prestação jurisdicional mais uniforme, cujas soluções sejam homogêneas para situações jurídicas de fato e de direito idênticas”. O que sustenta tal ponto de vista é o argumento de autoridade de que “seria humanamente impossível”, em virtude da “diferença de pensamento peculiar e inerente ao ser humano”, que “os diversos juízes de uma mesma instância tivessem o mesmo entendimento sobre os mais variados casos”¹⁹⁹.

Decerto, prevalece no senso dos juristas a idéia de que “a função do Poder Judiciário e das instituições a ele correlatas é fixar pautas mínimas de expectativas que garantam certa estabilidade e segurança nas relações sociais, criando parâmetros ou espaços de normalidade”, não sendo novidade as tentativas brasileiras de sanar os problemas de prestação jurisdicional mediante reformas que tornassem “o processo civil e penal mais racional e célere”. A maioria dos juristas entende que sem aquele “espaço de confiança no agir do outro não será possível a construção das redes de relacionamento que sustentam a vida em comum”, necessitando-se de “um certo grau de estabilidade das normas e de sua interpretação” para que sejam fortalecidos os “laços comunicativos entre os membros de uma comunidade, seja ela qual for”²⁰⁰.

Ocorre, porém, que a noção de segurança e de confiança não se aproveita às pessoas que não estejam incluídas socialmente. Esses conceitos acabam por assegurar o *status quo* dos seus destinatários. É como se, perante as abstrações jurídicas, todos fossem dignos humanamente, mas, diante da concreção normativa, a padronização formal encobre as discrepâncias. Daí decorre uma litigiosidade reprimida que deságua nos tribunais. É a ordem do progresso, herdada do liberalismo. Com Eros Roberto Grau, é coerente

¹⁹⁹ ARAÚJO, Érica Oliva Barretto de. A súmula vinculante e sua introdução no direito brasileiro pela reforma do Judiciário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, Salvador, a.4, n.7, p.68, set. 2005.

²⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.20, n.3, p.91, mar. 2008.

caracterizar esse contexto como um “direito próprio ao modo de produção capitalista”, que “apresenta como peculiaridade, de uma parte, sua universalidade abstrata. Os seres concretos que dão sustentação a suas funções estão distribuídos em duas categorias uniformes: as pessoas e as coisas”. Desse modo, explica que “se, de uma parte, no capitalismo tardio se desuniformizam as coisas (bens de produção, bens de consumo), a uniformidade (universalidade abstrata) das pessoas – sujeito de direito – é mantida”, no plano jurídico, “como pressuposto do modo de produção capitalista”²⁰¹.

A índole do sistema capitalista impede que o intérprete enxergue violação à dignidade da pessoa humana mediante os excessos de objetivações na solução de litígios, assim como pela irresignação recursal de cunho liberal-racionalista. A automação é sintoma da incapacidade de resolução dos problemas, denunciando que o Judiciário não está acostumado a pensar sem que seja guiado por cânones fechados. Os juristas não percebem a deficiência estrutural e cultural, aplaudindo o instituto da repercussão geral. Márcia Regina Lusa Cadore, dessa maneira, sublinha que “o recurso extraordinário tutela, de forma precípua, o direito objetivo”, sendo papel do Supremo Tribunal Federal o de “intérprete maior da Constituição Federal e função uniformizadora. Em face dessa natureza, era de esperar lhe fossem submetidas apenas questões relevantes e de graves reflexos para a sociedade”. Contudo, “sucedem-se notícias acerca do volume de feitos que apontam na Corte Excelsa. Daí a origem da disposição constitucional que insere mais esse requisito a ser demonstrado pela parte que pretende recorrer extraordinariamente”²⁰².

Em suma, o imediatismo permeia o discurso doutrinário brasileiro, que guarda peculiaridade eminentemente retórica, com baixa efetividade. É subjacente a essa característica, a manipulação da linguagem, que não é revelada aos olhos do jurista de formação eminentemente dogmática que medrou nesse ambiente. O

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.118-119.

²⁰² CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.171.

excesso generalista é sintomático da preocupação insincera que a doutrina e a jurisprudência dedicam à noção de dignidade da pessoa humana. As particularidades brasileiras reclamam consciência histórica que encontra abertura a partir de uma pré-compreensão capaz de se (in)firmar no círculo hermenêutico, sendo a tradição a ser recuperada pelo (re)descobrimto do fio condutor da linguagem, o rumo para se (re)valorizar a individualidade esquecida.

4.2 PRECEDENTE VINCULANTE PROLATADO PELO JUIZ SINGULAR

Malgrado a doutrina costume distinguir efeito vinculante de força persuasiva, o viés sociológico deste estudo – que não perde de vista o que comumente acontece na prática forense brasileira – põe ênfase na vinculatividade de julgados que não teriam esse efeito de acordo com a legislação e a constituição. É dessa maneira que se vê, no Código de Processo Civil, modificado por sucessivas reformas, institutos que buscam almejar uma uniformidade a fim de facilitar o julgamento. O norte seguido pelas alterações é o de por fim ao processo e “desafogar” o Judiciário, com a introdução de mecanismos que venham “apressar” os julgamentos e “melhorar” os dados estatísticos.

Como pano de fundo para legitimar decisões vinculativas, foi acrescido ao Código o art. 285-A. Este instituto é chamado de “julgamento antecipadíssimo da lide” por Fernando da Fonseca Gajardoni, que aduz que nele se “menciona textualmente que a improcedência de plano só pode ser aplicada quando a matéria controvertida for unicamente de direito”, sem necessidade de dilação probatória. Todavia, na esteira do pensamento padronizante brasileiro – e abstraindo o equívoco de se cindir o que é fático do que é jurídico –, entende que “não há de se limitar às questões unicamente de direito a aplicação do dispositivo, embora seja mesmo nelas que esteja a maior utilidade da norma”, haja vista que “mesmo se a solução da demanda também depender da apreciação de matéria fática, haverá espaço para o julgamento liminar quando os próprios elementos

trazidos na inicial ou liminarmente” coligidos já evidenciarem, na senda “de casos idênticos do juízo, a improcedência da pretensão”²⁰³.

A propósito, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti explicita o intuito uniformizador do art. 285-A e das demais reformas processuais: o objetivo das iniciativas de ajustes no Código de Processo Civil é o de obter “racionalidade, celeridade e economia”, buscando uma “eficiência, em termos processuais” e adquirindo “concretude com o princípio da eficácia do processo”. Para o autor, as adequações procedimentais restaurariam “um aceitável nível de confiança dos jurisdicionados nos órgãos jurisdicionais”. As “intervenções pontuais” teriam assim o fito “de solucionar ou, ao menos, tentar minorar os problemas oriundos dos anacronismos processuais e das conseqüentes lentidão e ineficácia do sistema processual, no Brasil”²⁰⁴.

No entanto, o discurso formulado para levar legitimar as reformas processuais obnubila uma questão de relevo. É que a forma de aplicação do direito continuará sendo a dedutivista – desprovida de (pré-)compreensão –, nos moldes do Liberalismo francês de 1789. Os problemas da linguagem não são levados em conta pelos juristas, malgrado seja o direito constituído essencialmente pela linguagem, como, aliás, também é o mundo, consoante a filosofia heideggeriana-gadameriana.

Sequer o que positivistas de ponta ensinam faz eco na praxe jurídica brasileira, a fim de que sejam mitigados os problemas decorrentes da compreensão reduzida dos fenômenos da vida. Como exemplo, veja-se a indiferença que recai sobre o que ventila Hebert L. A. Hart (cuja filosofia da linguagem entende esta como uma espécie de “linguagem-objeto”). Não são em regra investigadas, pelos juristas brasileiros, as questões que podem surgir

²⁰³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a.7, n.2, p.116-118, jul.-dez. 2006.

²⁰⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A, do Código de Processo Civil, com o sistema processual vigente. *Revista da AJUFE*, Brasília, a.23, n.85, p.128-130, jul.-set. 2006.

quando da aplicação do direito, que estão presentes, “seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação”, na “comunicação de padrões de comportamento” que, “não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes”, serão caracterizados, em maior ou menor grau, pela denominada “textura aberta”. Cuida-se da “incerteza na linha de fronteira”, tido como o ônus a ser suportado em face de “termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto”. A necessidade de exercício hermenêutico “de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares” é olvidada pelo sistema jurídico pátrio, mercê de estar mergulhado no cotidiano da generalização exagerada e da manipulação dos discursos jurídicos. O “formalismo ou conceptualismo” é, na teoria jurídica, o vício que consiste “numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral”²⁰⁵.

No contexto brasileiro, tudo leva a crer que não existe preocupação em sanar, inicialmente, a persistente formação tradicionalmente dogmática dos juristas do Brasil e a aplicação automatizada do direito. As soluções propostas são paliativas e não alcançam o cerne dos problemas que, decerto, são mais complexos que as conseqüências da crescente litigiosidade. Para o enfrentamento de mais estes aspectos do efeito vinculante, interessa, pois, focar o *status* de precedente conferido à sentença de improcedência prolatada pelo juiz de primeiro grau, que autoriza o julgamento das ações subseqüentes e (supostamente) repetitivas no mesmo sentido da decisão paradigma, sem necessidade sequer de citação da parte contrária.

Com efeito, o Código de Processo Civil faculta que o juiz de primeiro grau julgue improcedentes ações semelhantes já apreciadas anteriormente. Cuida-se de um permissivo que, inserido na cultura forense brasileira habituada a dar solução ao processo com base em *standards* jurídicos, acaba por consagrar

²⁰⁵ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.140-142.

uma espécie de efeito vinculante para o juiz de primeiro grau diante de decisões prolatadas por ele mesmo. De outro modo, caso se queira usar um termo mais brando para esse fenômeno, é como se o juiz de primeiro grau se visse compelido a julgar uniformemente uma causa que entende repetitiva diante da “eficácia persuasiva” ou da “eficácia retórica” do precedente por ele mesmo criado.

A previsão está no art. 285-A, do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei Federal n.º 11.277/2006, que dispõe que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”²⁰⁶. O dispositivo não preconiza que se deve uniformizar a jurisprudência de acordo com o órgão jurisdicional de grau mais elevado. Diferentemente – mas com a mesma idéia de simplificação do processo –, o que se admite é o julgamento padronizado em conformidade com decisão anterior do próprio juiz, não estando vedado que se baseie em “precedente” lavrado por magistrado diverso, porém perante o mesmo “juízo”.

Antes do advento da alteração processual, José Carlos Barbosa Moreira chamou atenção para o fato de que a pretensão de dar autorização ao juiz “para sentenciar de plano, reproduzindo decisão anterior, quando já houver julgado precedente o pedido em feito análogo”, não se confunde com prestígio à jurisprudência, haja vista que “o pressuposto bastante é a existência de um único precedente, do mesmo juízo”. Preocupado com os problemas que recaem sobre a aplicação do direito no Brasil, realizada a partir de uma hermenêutica clássica e de uma interpretação silogística, o processualista sublinhou que “difícilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador”. A manipulação lingüística do contra-argumento de dizer que há

²⁰⁶ BRASIL. Código de processo civil. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.421.

possibilidade do juiz negar aplicação ao dispositivo para dizer que o caso é singular ou que não é idêntico, não resiste à constatação de que “a lei do menor esforço quase fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança”. O magistrado estará defronte à “tentação da facilidade”, que mais robusta será quando for “grande a carga de trabalho que estiver assoberbando o magistrado”²⁰⁷.

No sentido exposto, pode-se dizer que haverá um “efeito vinculante natural”. Chamar tal fenômeno de “eficácia persuasiva” equivale a um eufemismo jurídico ou uma fuga da realidade. A justificativa para esse proceder não destoa daquela das súmulas vinculantes. O contexto é análogo: “há um grande número de processos” que reclama solução urgente (a compreensão não está em primeiro lugar). É dessa maneira que a quase unanimidade entende, com Pierpaolo Cruz Bottini, que existem “inúmeros processos repetitivos, que tratam de assuntos idênticos, que se limitam, na maior parte, a discussões de direito, que não envolvem matéria fática”. O retrato “da crise de lentidão permitiu a construção de alternativas reais direcionadas ao enfrentamento específico das matérias repetitivas, como forma de minimizar a disfuncionalidade encontrada”, tornando “a prestação jurisdicional um meio adequado para resolver conflitos em tempo razoável”. Para tanto, aliando-se aos institutos de uniformização, foi criado esse “sistema de precedentes para o próprio juiz, ao autorizá-lo, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, a dispensar a citação e proferir a sentença nos termos anteriormente prolatada”²⁰⁸.

Para concluir este tópico, interessa repisar que a noção de precedente no Brasil, país de origem jurídica no modelo romano-germânico e que não galgou desenvolvimento equivalente aos países de primeiro mundo, vem se alargando

²⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a.1, n.4, p.67, jul. 2005.

²⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.20, n.3, p.98, mar. 2008.

demasiadamente, sem que se acure para as deficiências de percepção de seus juristas, cuja formação acadêmica é marcadamente dogmática. A inconsciência histórica e o desvio de perspectiva que concebe a linguagem como simples instrumento capaz de tudo justificar a partir do convencionalismo intercomunicativo tornaram-se cotidianos. A abstração de tudo, levada a efeito pela razão humana, faz com que os juristas repitam que “a conciliação entre justiça e universalidade” é alcançável, “em regra, por meio da observância dos precedentes, sem embargo de admitir-se o abandono de uma determinada orientação pretoriana, desde que sobrevenham justificadas razões”²⁰⁹. O álbi estrutural para o funcionamento do Judiciário e para a renovação da noção de segurança jurídica é assim (re)descoberto com o “efeito vinculante” uniformizador das decisões judiciais.

4.3 EFEITO VINCULANTE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é constituído de múltiplas possibilidades de se considerar inconstitucional um enunciado normativo em sede abstrata ou concreta. Um enunciado normativo pode ser manifestamente inconstitucional, cuja aferição deste vício seja verificável pelo simples cotejo entre o texto constitucional e as disposições infraconstitucionais. Contudo, há situações em que não há incompatibilidade vertical abstrata entre o enunciado legal e o enunciado da Constituição, mas quando de sua aplicação em concreto, hipótese em que o intérprete se depara com situação de inconstitucionalidade, por violar, por exemplo, o princípio da dignidade humana.

Trata-se de fenômeno que Edvaldo Brito cita quando estuda a “ação declaratória de constitucionalidade”, notadamente para frisar que este instrumento não pode implicar limitações ao direito de tutela jurisdicional do indivíduo pessoa física, isto é, a declaração de constitucionalidade em um processo objetivo, limita-se a uma “declaração quanto à legitimidade formal, não podendo impedir que o

²⁰⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.297.

indivíduo, no caso concreto, argua a inconstitucionalidade da mesma norma declarada constitucional, se ela vier a inviabilizar a vida com dignidade”. A percepção de que a declaração de constitucionalidade do texto em abstrato é de natureza eminentemente formal (no sentido de não dizer respeito à matéria/lide do caso concreto) evita que se incorra em ferimento à “competência do juiz natural”, com o esclarecimento de que “o efeito da declaratória é *erga omnes* somente para os órgãos da estrutura administrativa de quem suscitou a providência, aos quais vincula esse efeito”, não vinculando aqueles que não participaram “do procedimento, porque este não tem parte”²¹⁰. É em sentido análogo a esse que o efeito vinculante não pode significar subtração da competência do juiz natural, mormente quando se fizer necessário aplicar o direito com ênfase para o princípio da dignidade humana.

A classificação da inconstitucionalidade em formal e material, conquanto de cariz cartesiano, tem sua importância para chamar a atenção do intérprete para a constatação de que texto não se confunde ontologicamente com a norma jurídica. É preciso uma advertência, com Lenio Luiz Streck: “o texto não subsiste como texto”. Quando o intérprete vislumbra o texto já o faz “atribuindo-lhe um sentido (norma)”, pelo que “pensar que existe uma separação entre texto e norma é resvalar em direção ao dualismo metafísico”. Existe sim “uma diferença entre texto e norma”, porém ontológica e “não ontológico-essencialista”. Acreditar que há “um texto como texto, separado da norma (sentido), é cair na armadilha da entificação”²¹¹.

Com esse destaque, calha reavivar a distinção mencionada entre inconstitucionalidade material (em concreto) e inconstitucionalidade formal (em abstrato). Bilac Pinto explicou tal classificação, inicialmente restrita às leis fiscais, para depois entender que tem cabimento não apenas nessa esfera. Assim, “a inconstitucionalidade formal das leis fiscais é inconstitucionalidade típica e

²¹⁰ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.221-222, 2003.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.243.

tradicional relativa a todas as leis ordinárias”, consistindo “no conflito explícito ou implícito de qualquer lei comum com a Constituição, e a sua decretação pelos tribunais tem praticamente os efeitos de uma derrogação do texto respectivo”, diante de acabar por constranger “o Executivo a não mais aplicá-la”, tal como um efeito vinculante natural (ou eficácia persuasiva). Já “a verificação da inconstitucionalidade material é feita em face da aplicação da lei tributária a determinado caso particular e ocorre quando se constata que a carga fiscal”, constituída em consonância com a legislação, “alcança pressão exagerada sobre a atividade tributada, de modo a perturbá-la no seu rimo”²¹².

Como Ministro do Supremo Tribunal Federal, Bilac Pinto desenvolveu essa doutrina para entender que “o caráter distintivo entre a inconstitucionalidade formal, que consiste no conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição e a inconstitucionalidade material que decorre da aplicação da norma ao caso concreto”, com o envolvimento de “violação de direito assegurado na Constituição”, não é exclusivo das leis fiscais. Desse modo, enfatizou, na senda do voto do Ministro Thompson Flores, que “as características da inconstitucionalidade material são a de que ela coexiste com a constitucionalidade formal da lei e a de reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência”²¹³. Naquela época, idos de 1971, o Supremo Tribunal Federal atestava a insuficiência da verificação de constitucionalidade arimada tão somente no cotejo abstrato e vertical da legislação com a Constituição, fato que não era adstrito às “leis tributárias”²¹⁴.

Sem embargo, é de ver que a evolução do ordenamento jurídico no Brasil ensejou a influência de diversos sistemas, com a “mescla” de duas ordens

²¹² BILAC PINTO. Finanças e direito: a crise da ciência das finanças – os limites do poder fiscal do Estado – uma nova doutrina sobre a inconstitucionalidade das leis fiscais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.36, n.82, p.561, jun. 1940.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 72.071/GB, Relator Ministro Thompson Flores, Brasília, 1 de setembro de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 72.054/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, Brasília, 11 de outubro de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

de controle: o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade. Isso não quer dizer exatamente que o controle seja misto, porquanto, em sua dinâmica, “ou o controle é concentrado ou o controle é difuso”. O que ocorre é a convivência simultânea dessas duas espécies de controle de constitucionalidade²¹⁵. O controle difuso de constitucionalidade, inspirado no direito norte-americano, nasceu com o intuito de viabilizar que todo e qualquer juiz ou tribunal pudesse afastar, diante de um caso concreto, um determinado texto enunciativo por entender não se compatibilizar com a Constituição. A sua vez, o controle concentrado – cuja origem está ligada especialmente a países que prestigiam a supremacia do Parlamento e outorgam a competência de apreciar a constitucionalidade das leis a uma Corte Constitucional que não faz parte propriamente do Poder Judiciário – propicia que uma lei incompatível verticalmente com a Constituição seja expurgada do sistema.

O efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade é reconhecido de acordo com a *doctrine of precedents* vigente nos países filiados ao “direito comum” (*common law*). A decisão não tem eficácia *erga omnes*, porém *inter partes*, isto é, o reconhecimento de inconstitucionalidade produz efeitos limitados ao caso concreto, não sendo suficiente para expurgar um texto normativo do sistema. O efeito vinculante, para ser reconhecido, precisa de fundamentação consistente e que evidencie a identidade do caso *sub judice* com aquele que pode lhe servir de paradigma. A justificativa da regra dos precedentes está atrelada ao modo de funcionamento do sistema do “direito comum”, que não é preponderantemente legislativo, dependendo da criação jurisprudencial que estabeleça padrões mínimos construídos paulatinamente.

Ao contrário do que se supõe, a regra vinculativa não é aplicada automaticamente nos países do *common law*. José Carlos Barbosa Moreira registra, a propósito, que “a experiência dos Estados Unidos – vistos como *habitat*

²¹⁵ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.209, 2003.

por excelência dos ‘precedentes vinculantes’ – não confirma por inteiro” as expectativas otimistas que prevêem que “deixarão de ser ajuizadas quaisquer causas em que se faria necessário sustentar tese jurídica incompatível com a ‘súmula vinculante’”, fazendo com que haja “alívio na carga de trabalho” e permitindo que “juízes e tribunais realizem mais depressa as tarefas que lhes incumbem: menos processos, maior rapidez”. O autor exemplifica, em relação a esse “suspirado ‘efeito dissuasório’”: dois cientistas políticos norte-americanos, mercê de extensa e cuidadosa pesquisa, verificaram que a *Supreme Court*, só entre 1946 e 1990 – ou seja, em menos de meio século –, repudiou (*‘overruled’*) 115 vezes precedentes seus”. Se é certo que “a corte não se pronuncia *ex officio*, senão apenas diante de caso concreto, que chegue a seu conhecimento”, não menos exato é que “para que ela haja tido oportunidade de reexaminar sua posição, é fora de dúvida que a isso terá sido provocada pela iniciativa de algum interessado”. Sob outro prisma, “afigura-se extremamente provável que o número de tentativas frustradas seja muito maior do que o das coroadas de êxito; presumir o contrário seria imaginar um aberto repúdio do próprio sistema dos *binding precedens*”. Então, é plausível afirmar, “sem temor de erro, que bem mais de 115 vezes se propuseram ações com fundamento em tese jurídica oposta à de anterior decisão da Corte”. Vale dizer, “os interessados se recusaram, com freqüência digna de nota a deixar-se inibir pela existência de precedente contrário, supostamente dotado de eficácia vinculante”²¹⁶.

Outrossim, o controle de constitucionalidade concentrado tem perfil que se coaduna com um efeito vinculante automático, que deflui mais propriamente da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nos processos de natureza objetiva, sem partes. Por intermédio das ações de (in)constitucionalidade, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei acontece, em regra, em tese ou em abstrato. Como averba Zeno Veloso, “utilizado em quase toda a Europa, o controle concentrado, por via de ação direta, que visa ao julgamento da norma *in*

²¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a.1, n.4, p.65, jul. 2005.

abstracto, é um processo específico, de competência privativa de um órgão colegiado (Tribunal ou Corte Constitucional)”. A Constituição é assim guardada “com prioridade pelo Tribunal superior especializado, que é órgão jurisdicional, independente, não integrando o Poder Judiciário”. Este modelo, denominado austríaco, “espalhou-se pelo mundo, sendo utilizado, por exemplo, com algumas variantes, na Alemanha, Itália e Espanha”, onde “não há o controle difuso, incidental, nos moldes” do brasileiro e do norte-americano, porém com a previsão de instauração de “incidente de inconstitucionalidade” perante o órgão competente²¹⁷.

Adotando os dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –, com a peculiaridade de cumular, no Supremo Tribunal Federal (órgão integrante do Poder Judiciário), as funções de Corte Constitucional, instância ordinária e também recursal –, o sistema brasileiro se apresenta como um dos mais complexos e, ao menos do ponto de vista histórico, incoerente (não só no plano normativo, mas na esfera de aplicação do direito). O hábito de tudo reunir, transplantando para o Brasil instrumentos jurídicos e enunciados normativos de origem estrangeira – sem a cautela de se perquirir as incoerências e as conseqüências – insiste na perpetuação ora agravada por um fenômeno legitimador que vem ganhando força com a era informatizada: a globalização. Mostra-se paradoxal ter, de um lado, um ordenamento jurídico dos mais completos ou complicados e, de outro, um perfil bacharel-tecnicista que não é apto a substituir “abordagens lógico-formais por outras mais críticas e problematizantes”, que possibilitem a historização do direito, com a identificação dos “pressupostos ideológicos da dogmática jurídica implícitos na cultura ‘técnica’ dos operadores dos códigos, colocando em novos termos o conceito de ‘juridicidade’” e “retomando a discussão em torno do pluralismo jurídico”²¹⁸.

²¹⁷ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.62.

²¹⁸ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.25.

Do hibridismo brasileiro decorrem negativas conseqüências para a aplicação do direito. No âmbito do controle difuso, Lenio Luiz Streck adverte para esse fato, especialmente quando aduz que das súmulas vinculantes surge “um perigoso ecletismo”. Isso porque, enquanto “no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão”, no modelo continental (*civil law*), em contrapartida, “basta que a decisão esteja de acordo com a lei”, pelo que “é suficiente que a decisão esteja de acordo com uma Súmula para ser válida. Nessa perspectiva, tem-se, no sistema jurídico brasileiro, o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação”. Em outros termos, vê-se, no Brasil, “o poder sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas transformam-se, na prática, de normas individuais – válidas para cada caso – em normas gerais de validade *erga omnes*”²¹⁹.

Em síntese, não obstante o sistema brasileiro tenha pretensões abrangentes – abarcando todas as formas de controle de constitucionalidade possíveis –, finda por resvalar em um “ecletismo redutor”, para usar a terminologia de António Menezes Cordeiro. Essa realidade é construída através de um “abandono das grandes construções jusfilosóficas”, históricas e teóricas que fundamentaram os diversos ordenamentos jurídicos de vertentes também variadas. É que diante dos muitos “problemas, todas as correntes do pensamento são, em princípio, chamadas a depor. Tal postura só é possível à custa de uma simplificação das doutrinas, com custos evidentes para a sua profundidade”²²⁰. Com essa verificação, tem lugar o exame das possibilidades de atribuição de efeito vinculante, no âmbito dos controles difuso e abstrato de constitucionalidade, seguindo a perspectiva evolutiva dos institutos previstos no ordenamento jurídico do Brasil.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.250-252.

²²⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.XXXI.

4.3.1 Efeito vinculante decorrente de decisão em sede de controle abstrato

O efeito vinculante em sede de controle abstrato de constitucionalidade se generalizou. Embora ele não se confunda em essência com a eficácia *erga omnes* (que não implica propriamente em vinculatividade, mas na produção de efeitos para todos), foi a partir dela que também se espalhou a idéia de uma força persuasiva que cada vez mais se aproximava de um efeito vinculante natural ou de fato, mercê do acatamento que era dado pelos órgãos jurisdicionais e demais órgãos públicos. No âmbito das ações de controle de constitucionalidade, foi em 1977 que se deu o primeiro passo nesse sentido, quando “o Supremo Tribunal Federal afirmou que a decisão exarada no âmbito do controle direto de constitucionalidade era dotada de eficácia *erga omnes*”. Aí estava embutida a semente do efeito vinculante (que seria agregado aquela para obrigar os demais órgãos a julgar em conformidade com a Suprema Corte). Respondendo “à consulta formulada pelo Senado Federal”, ficou assentado que “a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e, portanto, prescindia de fundamento legal”²²¹. Na oportunidade, o Ministro Moreira Alves destacou que “a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e não quando decorrente de ação direta”, hipótese “em que, se relativa à intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão”, haja vista que, uma vez passado em julgado o respectivo acórdão, “tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”²²².

Note-se, a propósito, que há uma imbricação entre o efeito *erga omnes* e a coisa julgada que merece melhor detença. No plano do controle abstrato de

²²¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.114.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo administrativo n. 4.477-72, Brasília, 18 de abril de 1977. Diário da Justiça da União, Brasília, 15 mai. 1977, p.3124.

constitucionalidade, a coisa julgada nem sempre é formada materialmente. Pontifica Edvaldo Brito que assim acontece, na “ação declaratória de constitucionalidade, na qual, por não haver partes”, não há propriamente composição de litígio. A decisão de procedência de tal demanda não pode ter uma “eficácia natural” *erga omnes*, a não ser que se entenda “essa decisão em termos abstratos referentes à legitimidade da emissão da norma questionada e, por isso, uma declaração de constitucionalidade formal, aberta a questão para a constitucionalidade material”, isto é, “quando a norma dita formalmente constitucional, for aplicada ao caso concreto”²²³. Acrescente-se, com Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que é mister não confundir “eficácia de coisa julgada material e eficácia *erga omnes*”: tal confusão decorre da “falta de se proceder à distinção entre força constitutiva e eficácia de coisa julgada material, a eficácia *erga omnes* e a *inter partes*”, sendo sintomático que “os juristas menos atilados vêem eficácia *erga omnes* e atribuem tal eficácia à coisa julgada”, olvidando que “os efeitos da coisa julgada são *inter partes*”²²⁴. A compreensão dessa peculiaridade é de relevo para se entender o fenômeno da generalização do efeito vinculante em sede de controle de constitucionalidade.

Quando do advento da Constituição de 1988, nem todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas quando do exercício de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, tinham o condão de compelir os demais órgãos jurisdicionais a segui-las. Dentre os instrumentos de controle de constitucionalidade abstrato, não estava incluída a ação declaratória de constitucionalidade, cuja previsão surgiu em 1993, por iniciativa do Poder Constituinte Derivado. Deveras, só para a ação declaratória de constitucionalidade havia previsão constitucional explícita de que suas decisões teriam eficácia contra todos e efeito vinculante contra os demais órgãos do Judiciário e do Poder

²²³ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.220, 2003.

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*: tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998. p.316.

Executivo (o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente era implícito a essência da parte dispositiva do julgado).

Discussões foram levantadas sobre a constitucionalidade da ação direta de constitucionalidade, em especial por estreitar as possibilidades de aplicação inconstitucional de enunciado normativo declarado, em tese, constitucional pela Suprema Corte. O instituto serviria para impedir concessões de liminares em ações que versassem sobre a possível inconstitucionalidade de dispositivo legal para o fim de ser deferido o pedido: “a ação declaratória de constitucionalidade foi percebida como um instrumento à disposição do Governo para obter do Supremo Tribunal Federal um ‘carimbo’ de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal”, obstando a propositura de demandas “pelos particulares sujeitos àquelas normas, que tivessem por objeto a discussão de sua adequação à Constituição”²²⁵. O “efeito vinculante” então chancelado era o prenúncio do que estava por vir, ou seja, cuidava-se do primeiro passo para a institucionalização hierarquizada do que já se sentia na praxe judiciária: os juízes deveriam acatar os julgados enquanto parâmetros formais para decisões análogas, sob pena de reclamação constitucional.

Não demorou e o “efeito vinculante” se tornou regra nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, mediante disciplina expressa em legislação infraconstitucional e depois com a reforma do Judiciário. O que se pretende é o convencionalismo de uma linguagem jurídico-constitucional que seja reproduzida pelo juiz de primeira instância e pelos demais órgãos jurisdicionais. A vinculação não diz respeito apenas a casos de acolhimento total do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade – em decorrência do que o dispositivo inconstitucional é expurgado do sistema jurídico e o efeito vinculante é decorrência lógica –, mas também recai sobre as técnicas de interpretação conforme ao texto constitucional ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, fechando os olhos para a realidade de que o enunciado

²²⁵ SCHREIBER, Simone. Reflexões sobre a concepção de justiça em Chaïm Perelman e sua aplicação ao debate atual sobre a construção uniformização da jurisprudência no Brasil. *Revista da AJUFE*, Brasília, a.22, n.78, p.333, out.-dez. 2004.

normativo é uma abstração incapaz de fechar o sentido de todas as situações da vida. O que se quer é uma padronização facilitadora de julgamentos, esquecendo-se de que se existem casos em que a inconstitucionalidade é patente no plano abstrato, outros existem em que a inconstitucionalidade pode ser afastada diante de certo contexto não conhecido à época da prolação da decisão.

A tendência generalizante do efeito vinculante é noticiada por Dirley da Cunha Júnior. Decerto, a vinculação “não alcança apenas o dispositivo da decisão”, porquanto “o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo, não raro, efeito vinculante também aos fundamentos determinantes da decisão, e os aplicando a outras ações, com o que se consagrou a teoria da transcendência dos motivos determinantes”. A justificativa para o fenômeno da extensão do efeito vinculante para outras demandas consiste no fato de que “os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato”, são de observância obrigatória “por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional”²²⁶.

Com lastro nesses argumentos, vê-se a presença do efeito vinculante nas decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental. A doutrina majoritária entende relevante o “controle direto de constitucionalidade na uniformidade da jurisprudência, seja para corrigir eventual divergência, seja para preveni-la”. Daí que sustenta ser legítimo o efeito vinculante mesmo no âmbito de ação de descumprimento de preceito fundamental, com “a mesma extensão subjetiva do efeito vinculante previsto na ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade”, preocupando-se, quase que exclusivamente, com supostas incoerências hermenêuticas ou pronunciamentos jurisprudenciais discrepantes²²⁷.

²²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p.186.

²²⁷ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p.125.

Ainda uma questão é de interesse para a compreensão do efeito vinculante decorrente de decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade por via de ação e com vistas ao problema da concretização judicial. Cuida-se da possibilidade da chamada modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, nos termos do art. 27, da Lei Federal n.º 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, está autorizado, mediante a “maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”²²⁸.

O jurista que estiver bem atento ao conteúdo das decisões do Supremo Tribunal Federal em cotejo com a pretendida uniformidade jurisprudencial que a própria Suprema Corte vem preconizando ficará, no mínimo, em situação de perplexidade. É que o permissivo para a aludida modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade se contrapõe ao que foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2. Na oportunidade, o Ministro Paulo Brossard enfatizou que “a lei ou é constitucional ou não é lei”, haja vista que “lei inconstitucional é uma contradição em si”, ou seja, “o vício da inconstitucionalidade” – disse a Corte Suprema brasileira – “é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração”, pelo que “lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente”, assim como o legislador não “poderia infringir constituição futura”²²⁹.

Como se depreende, na busca de reduzir o número de processos – de modo bem semelhante às razões para a instituição da súmula vinculante –, o

²²⁸ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1592.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, Brasília, 6 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

Supremo Tribunal não admite ação direta contra lei promulgada anteriormente a Constituição, com base na teoria da “recepção”. Foi Hans Kelsen que explicitou o fenômeno da “recepção” como um “procedimento abreviado de criação de Direito” que se baseia na continuação da validade das “leis introduzidas sob a nova constituição” a partir do que conferiu, “expressa ou tacitamente”, a “nova constituição”²³⁰. Desse modo, as leis incompatíveis com a nova ordem seriam simplesmente não recepcionadas ou revogadas, não se falando em inconstitucionalidade. No entanto, a Suprema Corte é incoerente com esse ponto de vista quando admite modulação de efeitos de lei que, segundo ela mesma, não tem validade quando for inconstitucional, mercê de se tratar de vício congênito.

Atento à inconsistência do discurso jurídico previsto legalmente na Lei Federal n.º 9.868/1999 e acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, Edvaldo Brito adverte que é inerente à “declaração de inconstitucionalidade o efeito *ex-tunc* porque o ato normativo inconstitucional nasce nulo de pleno direito não gerando, por isso, qualquer efeito”. Para o jurista, não é válida disposição que autoriza efeito distinto (*ex-nunc* ou mesmo modulação de efeitos), “sob pena de desrespeito ao Estado Democrático de Direito”, lastreado “nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; da segurança jurídica; da proeminência da sociedade civil sobre a sociedade política à qual se atribuem esses atos normativos abusivos; da Federação; da República; da separação dos poderes”²³¹.

Como se infere, o autor segue uma coerente fundamentação jurídica, sem contradições e com precisão discursiva. A importância do seu estudo transcende o aspecto que revela as contradições jurisprudenciais do próprio Supremo Tribunal Federal, possibilitando a percepção da falta de compreensão que grassa quando da aplicação/interpretação do direito no Brasil. A preocupação maior que se vê é com a decidibilidade dos processos, restando em segundo

²³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.172.

²³¹ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.224, 2003.

plano a efetiva resolução dos conflitos. Trata-se do que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de “fenômeno da positivação” que tem o condão de modificar “o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi direito”, objetivando “descrever aquilo que, então, pode ser direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser direito (relação de imputação)”. Em tal diapasão, “seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade”²³².

Essa situação ficou bem demonstrada quando da edição da Súmula Vinculante n. 8, que reza que “são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.²³³ É que o Supremo Tribunal Federal “modulou” de forma bastante peculiar os efeitos de sua decisão de inconstitucionalidade. Como informa Edvaldo Brito, a Corte “não, aceitou integralmente, o pleito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)”, que havia requerido “que essa sua decisão somente valesse a partir da data do julgamento (12/6/2008, dia do afeto)”, eis que os débitos, “em cobrança irregular, já seriam do total de R\$150 bilhões e lotam o judiciário através de mais de 300 mil ações, de cujos valores o INSS já arrecadou, indevidamente, portanto, R\$12 bilhões e teria de devolver”. Destarte, acatando parcialmente o pedido da Fazenda, o Supremo Tribunal Federal desobrigou a Fazenda de restituir as contribuições destinadas à seguridade social, porém, paradoxalmente, obstou que ela prosseguisse com as ações e procedimentos administrativos fiscais em curso e, “para evitar que outras investidas da Fazenda venham a ser feitas, o Supremo

²³² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.89.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

transformou sua decisão em súmula vinculante”²³⁴. A motivação do que assentado pela Corte Suprema reluz claramente: procura-se “desafogar” o Judiciário, pouco importando o pano de fundo e as suas conseqüências.

Em arremate, diga-se que esse histórico brasileiro de perplexidade e, ao mesmo tempo, de extensão do efeito vinculante para todo e qualquer tipo de ação de (in)constitucionalidade espelha a (re)consagração do “sistema lógico-formal” que sempre plasmou a forma de aplicação do direito no Brasil, em maior ou menor grau ou de modo mais ou menos evidente e que, no dizer de Claus-Wilhelm Canaris, não se justifica a partir da idéia da adequação valorativa. Cabe a crítica: a idéia de “subsunção” ou mesmo de semelhança, para se concluir pelo efeito vinculante, tem como norte decisivo apenas “a obtenção das premissas”: “quando a ‘premissa maior’ e a ‘premissa menor’ sejam suficientemente concretizadas e ordenadas entre si – e para isso a lógica formal não é essencial – está concluída a tarefa própria dos juristas”, eis que surge automaticamente a conclusão final²³⁵, despida de maior compreensão.

4.3.2 Efeito vinculante decorrente de decisão em sede de controle concreto

O controle concreto, exercido na maior parte das vezes por via difusa, tem cabimento *incidenter tantum*, isto é, quando, em uma ação individual qualquer, à *causa petendi* está acoplada uma questão constitucional que precisa ser dirimida pelo juiz como questão prejudicial ao deslinde do mérito da ação. Para julgar procedente ou improcedente a ação, o juiz deve, apreciando a validade de dispositivo infraconstitucional, afastá-lo, por inconstitucional, ou afirmar sua compatibilidade vertical com a Constituição do Brasil. Decisão judicial, nessa sede, tem tradicionalmente eficácia *inter partes*, sem previsão constitucional de efeito

²³⁴ BRITO, Edvaldo. Cai o abuso das cobranças do INSS. *A Tarde*, Salvador, 24 jun. 2008. Coluna Judiciárias.

²³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.33.

vinculante, ou seja, não obriga que os demais órgãos do Judiciário sigam o quanto ali pontificado.

Nesse controle, “a alegação da inconstitucionalidade não é a demanda principal, porém questão prejudicial. O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para se saber se a lei vai ser aplicada, ou não, ao caso concreto”. No âmbito do controle concreto, “não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos”, ocorrendo, apenas, o afastamento de “sua incidência no caso, para o caso e entre as partes. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*”. Teoricamente, a lei permanece em vigor, podendo ser aplicada a outros casos, eis que “não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros”. Caso a matéria chegue ao STF através de recurso e seja declarada a inconstitucionalidade da lei, por decisão definitiva, “o problema fica resolvido, mas, ainda, com eficácia *inter partes*”, competindo “ao Senado Federal, através de resolução, suspender a execução da lei (CF, art. 52, X)”²³⁶.

A origem do controle difuso de constitucionalidade é norte-americana. No Brasil, foi ele introduzido a partir da Constituição de 1891, que foi inspirada naquele modelo, cujas raízes se prendem ao “direito comum” (*common law*). Dirley da Cunha Júnior aduz que, nos Estados Unidos da América, “a Suprema Corte desempenha um papel determinante e hegemônico no domínio do sistema da *judicial review of legislation*, haja vista que lhe cumpre, em razão do princípio do *stare decisis*”, que possibilita a “eficácia vinculante de suas decisões ou da força de seus precedentes”, dando “a última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país”. Como consequência, tem-se que “mesmo decidindo um caso concreto, as decisões da *Supreme Court* produzem eficácia *erga omnes*, vinculando a todos”. Destarte, “o princípio do *stare decisis* provoca uma verdadeira transformação em pronunciamento com eficácia *erga omnes*

²³⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.41.

daquele que seria uma pura e simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia limitada ao caso concreto²³⁷.

No Brasil, assiste-se a uma mescla de tendências de modelos de controle distintos. O efeito vinculante que antes era previsto apenas para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, vem se alastrando para se tornar automático também para o controle difuso. O que antes era sentido de maneira implícita vem se tornando expresso nos textos da Constituição e das leis. A denominada “eficácia persuasiva” das decisões do Supremo Tribunal Federal vem revelando sua verdadeira face de “efeito vinculante”, na linha de manter hierarquizado o funcionamento do Judiciário brasileiro. É como se fosse uma contra-resposta aos setores que ousaram sair do paradigma dedutivista de aplicação do direito, a exemplo dos juízes que pregaram o “direito alternativo”.

Junto com o modelo brasileiro, da automação das decisões – e o controle de constitucionalidade não foge à regra –, está o postulado da irresponsabilidade dos juízes, vale dizer: os juízes não podem ser responsabilizados civilmente por suas decisões, porquanto, afinal, eles não julgam de forma compreensiva, mas conforme padrões estipulados legal ou jurisprudencialmente. A compreensão, como pano de fundo, não é prestigiada, notadamente, diante da exigência de julgamento rápido de um volume cada vez maior de demandas.

A mistura de tendências e o esquecimento das particularidades que tendem a automatizar a aplicação do direito são fenômenos que vem se tornando cada vez mais aceitáveis no Brasil. A justificativa maior para o acatamento dessa postura é a multiplicação das ações e a necessidade de julgamento célere. O foco não é direcionado para as causas do colapso do Judiciário, a exemplo da incapacidade do Poder Público de resolver os conflitos sociais consensualmente ou da desconfiança sobre o juiz de primeiro grau, cujas decisões precisam ser submetidas à prova mediante infundáveis impugnações recursais. Busca-se salvar

²³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p.69.

o funcionamento do Poder Judiciário com mecanismos paliativos, tal como a ampliação do efeito vinculante conducente a reduzir o número de processos das prateleiras, não importando muito de o “plano social da realidade” ficará satisfeito. É olvidada a questão da deficiente formação acadêmica, assim como não é (re)tomada o trabalho de colocar a linguagem na posição merecida, para viabilizar o alargamento da compreensão.

Como comprovação da uniformização aqui criticada (que não valoriza a hermenêutica ou a semiologia do desejo, que usa a linguagem para desviar os olhos de seus reais propósitos), pode-se mencionar a transformação dos efeitos do recurso extraordinário, que vem se tornando cada vez mais objetivo, ao lado de noções e institutos como o da repercussão geral e da súmula vinculante. Com Fredie Didier Jr., verifica-se que a reclamação constitucional vem sendo admitida em hipóteses diversas daquelas que visam “garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares, proferidas em ADIN ou ADC”, também se vendo, agora, seu manejo com o fim de “cassar a decisão judicial que contrariar ‘súmula’ vinculante”, emitida “a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade”. Mas não apenas. Procedimentos típicos do controle concentrado estão sendo admitidos em sede de controle difuso, já havendo casos de intervenção de *amicus curiae* em julgamento de recurso extraordinário, de edição de resolução eleitoral para conferir eficácia *erga omnes* à decisão proferida em controle difuso e de modulação de efeitos de decisão em recurso extraordinário nos moldes do controle abstrato de constitucionalidade: “tudo isso conduz a que se admita a ampliação do cabimento da reclamação constitucional, para abranger os casos de desobediência às decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de efeito vinculante”, malgrado não exista disposição expressa nesse sentido. É que “a nova feição que vem assumindo o controle difuso de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa

interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas”²³⁸.

Sem embargo, essa “nova feição” do controle de constitucionalidade não enxerga seus perigos. A banalização do uso da reclamação constitucional decorre, dentre outros motivos, da falta de compreensão de sua natureza jurídica de ação mandamental e da ampliação da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. A noção de responsabilidade do juiz é desviada de sua perspectiva ideal: ao invés de tornar o juiz responsável pelos efeitos de suas decisões, a idéia de sua irresponsabilidade em face de erros judiciais subsiste (desde que de acordo com parâmetros legais, jurisprudenciais ou sumulares), procurando-se, no entanto, responsabilizá-lo por uma espécie de “crime de hermenêutica”, caso sua decisão vier a violar decisões vinculativas.

Aliás, também a grande maioria dos setores doutrinários e jurisprudenciais não percebe, no Brasil, que essa ampliação da abrangência da reclamação constitucional não cuida de colocar luz sobre os motivos de sua existência pretoriana, ou seja, deixa encoberta uma debilidade inerente ao “sistema em que se acha inserido”, tal como explicitado por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, consistente em um sinal e uma fraqueza desse importante instrumento: (1) “sinal de que as decisões judiciais, mesmo partindo dos mais altos órgãos desse Poder, não são acatadas como deveriam”; e, (2) “fraqueza, no sentido de que, persistindo a desobediência à reclamação, ou se desmoralizará a corte que a expediu, ou se recorrerá a meio coativo diverso, ao qual, por conseguinte, se poderia ter ido diretamente, desde o momento da desobediência inicial”²³⁹.

A utilização acriteriosa da reclamação constitucional e o seu acatamento em toda e qualquer hipótese – inclusive para transformar o controle difuso de

²³⁸ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.207-209.

²³⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.522.

constitucionalidade, dotando-o de efeitos abstratos, com verticalização exacerbada do poder a partir do órgão de cúpula do Judiciário – são meios aptos a conduzir, paradoxalmente, a uma situação extrema de baixa efetividade da Constituição e de inaceitabilidade social em virtude da não resolução efetiva dos conflitos. A forma como aplicado o direito do Brasil é o atestado cabal de que a preocupação maior está focada no problema da decidibilidade dos processos, ficando em plano de menor relevância a atenção com os fatos sociais, velados por um discurso jurídico que dribla eficazmente o olhar da comunidade jurídica.

Com a constatação do fenômeno da cotidianidade na esfera forense brasileira, indicando a aceitação da automação como procedimento normal e descurando da importância da compreensão a partir do fio condutor da linguagem que tenha o condão de resgatar a tradição, é relevante estudar as possibilidades de concretização do direito diante dessa realidade. A questão deve partir da necessidade de retomada da consciência histórica jogada na vala do esquecimento. A falta de cuidado com a tradição – causada, dentre outros motivos, pela não percepção de que a linguagem constitui o mundo e que existe um limite que inviabiliza que seja ela usada convencionalmente e como instrumento de manipulação discursiva – vem ensejando a introdução deturpada, no ordenamento jurídico brasileiro, de múltiplos institutos jurídicos, cuja compatibilidade é mesmo duvidosa sob o ponto de vista de efetivação de um estado do bem-estar tal como configurado constitucionalmente.

5 EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

As normas jurídicas concernentes aos precedentes judiciais vinculantes – se colocadas em termos que colimem rechaçar entendimento que reduza a interpretação a uma relação sujeito-objeto, situando-as em compasso com o caso concreto – podem ter aplicação concretizadora. A filosofia hermenêutica completa o conhecimento humano (seguindo fio condutor lingüístico atento à efetividade do direito material) e esclarece o que permanece velado com a maneira de pensar dedutivista, a exemplo das insuficiências na subsunção, da hermenêutica clássica e romântica, salientando as implicações da discricionariedade e da liberdade de conformação, a par da relevância de entender a norma jurídica existencialmente – não-abstratamente –, a partir de uma “visão prévia”, de uma “posição prévia” e de uma “concepção prévia”²⁴⁰.

O efeito vinculante como praxe jurídica brasileira vem corroborando a falta de atenção do intérprete com a realidade fática. O jurista vem se tornando cada vez mais relapso para com os detalhes e a origem dos problemas. A linguagem não é vista enquanto constitutiva do mundo e do direito, porém enquanto instrumento pelo qual o direito é manifestado. Como decorrência, a grande maioria aceita que o convencionalismo de termos lingüísticos ou de *standards* jurídicos, com desprezo à tradição que não poderia ser interrompida. A solução da continuidade da tradição obnubila as possibilidades de compreensão e torna o entendimento autopoietico e desconectado do contexto. O efeito vinculante dos precedentes, sem os cuidados requeridos por um país filiado à família romano-germânica contribui para descompassos jurídicos e para a postergação das reais soluções dos problemas. É acrescido a tal questão, o fato do Brasil não ter ainda obtido amadurecimento social nos moldes de países como a Inglaterra e os Estados Unidos da América.

²⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.207.

Dessarte, a concretização do direito fica ainda mais longe de ser alcançada. Não basta a retórica do discurso (neo)constitucional. As promessas dos textos permeadas pelo simbolismo cumprem sua função essencial que é a de ludibriar as pessoas. A semiologia do poder, aliada ao exagerado cientificismo jurídico brasileiro, não revela o desejo dos setores que representam o poder: seguiu-se a via da “epistemologia positivista”, como tentativa de “fortalecer o valor das formas de semiologização”, ocultando os “efeitos de dominação dos processos persuasivos”²⁴¹.

Aliás, mesmo os muitos ensinamentos da semiologia nascida no paradigma científico foram olvidados. Ferdinand de Saussure, malgrado sustentasse a possibilidade de estudar o “organismo lingüístico interno”, de acordo com um método e uma ordem própria (entendendo dispensável “conhecer as circunstâncias em meio às quais se desenvolveu uma língua), não negava a importância da tradição e do “estudo dos fenômenos linguísticos”. Daí que se é verdade que em “um grau avançado de civilização” é favorecido “o desenvolvimento de certas línguas especiais (língua jurídica, terminologia científica etc.)”, não menos exato é que “parece que se explicam mal os termos técnicos, os empréstimos de que a língua está inçada quando deixa de considerá-lhes a proveniência”²⁴².

A seu turno, Charles Sanders Peirce, com semiótica metodológica também inserida na ciência, não se rendia completamente ao cartesianismo isolador do homem em si mesmo. Dessa maneira, chamava a atenção para o fato de que “os homens e as palavras educam-se reciprocamente uns aos outros”, haja vista que “todo aumento de informação do homem é ao mesmo tempo o aumento de informação de uma palavra e vice-versa”. Daí que o intérprete “o é em cada momento”, apresentando os “fenômenos internos” do sentimento, pensamento e atenção: “não é uma existência, desligada do mundo externo, pois o sentimento e

²⁴¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.86.

²⁴² SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p.30-31.

a atenção são elementos essenciais do próprio símbolo”²⁴³. O completamento paulatino do homem em seu ser é um fenômeno que não pode ser cortado pela exacerbação científica que medrou no Brasil. O fascínio pelo sistema da ciência do direito se perpetuou sob a vertente da ampliação do prestígio de outros enunciados normativos diferentes da lei. Passou a ter o mesmo *status* de lei o julgado de órgão de grau de jurisdição superior, especialmente, a súmula vinculante agora institucionalizada. No fundo, o paradigma que subsiste é o do homem consciente em si mesmo, justificando e validando o “plano jurídico” mediante técnicas de reprodução uniformizantes. Tudo isso leva a uma baixa concretização do direito.

A concretização do direito clama por uma tomada de consciência. Como alinha Luis Alberto Warat, “os estudos lingüísticos e semiológicos do direito necessitam procurar o salto teórico que a própria lingüística e a semiologia estão tentando produzir”. Há, atualmente, “uma nova demarcação de fronteiras entre a lingüística e a semiologia”. Enquanto, a lingüística “ocupa-se das significações denotativas dos termos, assim como de suas condições sintáticas sistemáticas”, a semiologia “reflete sobre os processos de produção e transformação das significações conotativas (ideológicas) no seio da comunicação social”. Todavia, esta semiologia tradicional, “apesar de levar em consideração o conhecimento social do processo significativo, ignora os efeitos políticos da própria significação: o poder do discurso”. Ela deixa perdurar “os marcos de um certo positivismo lingüístico, com os quais se pretende deduzir a eficácia persuasiva dos discursos, através de uma análise autônoma (puramente lingüística)”, não examinando o valor político do discurso e não tematizando “a articulação do nível discursivo com o conjunto da formação social”. É que “as análises semiológicas oficiais, por vezes, consideram o conhecimento social (extralingüístico) dos discursos, mas não teorizam sobre os seus efeitos políticos na sociedade”, deixando de enfrentar “as relações do discurso com o poder e, principalmente, com o próprio poder do

²⁴³ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p.308-311.

discurso”. Trata-se de uma “atitude reducionista da semiologia dominante” que é devida “à identificação da ideologia com o sistema de conotação e seus efeitos argumentativos, proporcionando, desta forma, um corte grave entre o discurso e a história”²⁴⁴.

A vinculação dos enunciados judiciais retrata a reprodução ideológica do poder que se reafirma sem cuidado crítico. Antes da consagração da súmula vinculante em sede constitucional, Lenio Luiz Streck evidenciava que “alguns doutrinadores brasileiros” já atribuíam “um caráter normativo à jurisprudência contida na Súmula, entendendo-a obrigatória para todos os juízes e tribunais”, sob o fundamento de não se poder “conceber que juízes de primeiro grau e outros tribunais julguem à revelia das proposições constantes na Súmula”. A verticalização do poder legitimadora da baixa compreensão dos fatos submetidos ao exame judicial é corroborada pela ilação de que “não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada em Súmula, seria afrontar sua soberania, reconhecer a imperfeição do Poder Judiciário e, finalmente, impedir a certeza jurídica”²⁴⁵.

Todo esse discurso encobre uma ideologia. Se todo texto normativo e todo contexto do mundo são permeados por ideologia, também é certo que não se cuida de uma única ideologia, mas de um embate de ideologias que precisam ser do conhecimento do intérprete. A falta de percepção dessa realidade possibilita que o direito se confunda com a força bruta dos que detém o poder e que buscam perpetuação de uma condição privilegiada. O fetiche brasileiro pelo texto, por exemplo, faz com que muitos não visualizem que a globalização não é fenômeno novo e, sendo um fenômeno histórico, não está atrelada necessariamente à ideologia neoliberal. Uma das conseqüências dessa incompreensão é a aplicação automatizada do direito, de todo incompatível com o estado do bem-estar social. O jurista, mergulhado na cotidianidade niveladora das particularidades e encobridora

²⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.100-101.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.128-129.

das diferenças essenciais, acaba ocultando, mediante eufemismos lingüísticos, “que a economia, no modo de produção capitalista, predomina sobre o social”²⁴⁶. Esse encobrimento acaba ampliando o descompasso entre os enunciados normativos (legais e judiciais) e a realidade, com o agravamento dos conflitos sociais.

Nesse desvio de perspectiva que influencia a maior parte dos juristas do Brasil, incorre Natacha Nascimento Gomes Tostes. Para ela, “em plena era da globalização, onde se torna a cada dia mais importante o implemento de investimentos para a própria possibilidade de concretização dos direitos consagrados” constitucionalmente, a “estabilidade jurisprudencial” é a forma de conferir segurança “ao pretense investidor” diante do “seu caso concreto”. A autora justifica essa ilação argumentando que “a globalização é, na atualidade, um fenômeno que se demonstra como irreversível, e para sua viabilização harmônica na seara nacional há de haver um mínimo de homogeneidade normativa”²⁴⁷.

Na realidade, esses são os pilares do paradigma iluminista e que sustentam o capitalismo. A segurança que se pretende é destinada àqueles que estiverem inseridos no mercado, a exemplo do investidor estrangeiro. De outro prisma, a necessidade de uniformização não é nova, assim como não o é a globalização. Sobre a padronização jurisprudencial, Carlos Maximiliano esclarece que “a tradição brasileira” é o de uma hermenêutica que realça o “estudo dos julgados”. Desde a época “do domínio português até o presente”, a consulta aos repertórios jurisprudenciais é a forma recomendada de se interpretar as leis, evitando-se “os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias” Todavia, não passava despercebida ao autor a existência de uma “lei do menor esforço” e de um “verdadeiro fanatismo pelos acórdãos”, sendo sintomático que uma vez “citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo”,

²⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.272.

²⁴⁷ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.15.

procurando “convencer de que não se aplica à hipótese em apreço” e que “versara sobre caso diferente”. Está com força renovada a “corrente, entre os mais doutos, que pleiteia o respeito à exegese ocasional” apta a prestigiar o hábito de “consulta rápida a um índice alfabético” a fim de que um caso fosse “liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente”, razão pela qual “os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria”²⁴⁸.

No que tange à globalização, com Eros Roberto Grau é preciso sublinhar que tal fenômeno “não é novo”, eis que já se sentia há muito o cosmopolitismo do mercado mundial e “uma interdependência geral das nações”, “tanto para as produções materiais quanto para as intelectuais”. A novidade que realmente existe “na globalização decorre das transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações – transformações que permitiram a sua reprodução como globalização financeira”²⁴⁹.

A compreensão dessas peculiaridades é importante para que haja concretização efetiva do direito. O reducionismo provocado pela formação cientificista é refratário a uma hermenêutica filosófica e olvida a noção de pré-compreensão. É necessário um resgate: o resgate da tradição enquanto historicidade guiada pela linguagem que revele a insuficiência do pensamento metafísico objetificador. Como explica Ernildo Stein, “uma vez descobertas as armadilhas que se escondem atrás da tradição metafísica, a interpretação vai aparecer como um acontecer cuja transparência jamais será alcançada, dado que o sentido do texto já sempre nos determina”, sendo “por isso que se abandona também a velha querela de um fundamento último, dado que o jogo do duplo sentido hermenêutico nos revela um fundamento sem fundo”. Por conseguinte, é desfeita, com a hermenêutica filosófica, “a confiança num discurso objetificador já

²⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.147-149.

²⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.271-272.

que, na interpretação em que nos enfrentamos com o duplo sentido, o sentido profundo acontece para relativizar a posse imaginária e definitiva do sentido superficial do texto”. Existe um movimento duplo a ser entendido. “De um lado, a compreensão de sentido que já sempre está antecipada numa experiência de mundo”. De outro, “uma experiência de mundo que teria que ser o elemento organizador da compreensão de sentido. O sentido do texto jurídico passaria, assim, por uma série de transformações. Não seria mais um texto que reproduz simplesmente a realidade objetiva”, nem tampouco “seria mais um texto que se desdobraria num único nível esperando pela interpretação. O texto jurídico seria, como muitos outros textos, o lugar produzido pela pré-compreensão”, ou seja, “pela pré-compreensão que o homem tem de si mesmo enquanto é ser-no-mundo e a compreensão do ser sem a qual ele não teria a compreensão de si mesmo”²⁵⁰.

Em síntese, para a concretização do direito é mister o “des-velamento” dos aspectos que se encontram encobertos pela linguagem convencional e que circundam as possibilidades de compreensão das conseqüências do efeito vinculante institucionalizado na realidade de país de tradição romanística (*civil law*). Como correção de rumo da aplicação mecanizada do direito brasileiro, forma esta corroborada pela ampliação de instrumentos vinculativos da interpretação, importa o enfrentamento do jogo lingüístico-ideológico de molde a colocar luz sobre os equívocos que partem da arraigada relação sujeito *versus* objeto. A teoria tradicional concebe o conhecimento enquanto “conversão do ente em objeto ou a objetivação do ente pelo sujeito”, resumindo o problema hermenêutico na busca pelo “como”, através do qual seria “possível uma melhor apreensão do ente pelo sujeito que lhe é transcendente”. Em outras palavras, a postura a ser adotada é a de refutar a escola tradicional e o paradigma científico que permanece “a

²⁵⁰ STEIN, Ernildo. Apresentação: novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.XV.

procura do método mais adequado para a obtenção de uma variedade absoluta”²⁵¹.

5.1 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

Com Fredie Didier Jr., é preciso, inicialmente, distinguir, “no conteúdo da fundamentação”, o que vem a ser “a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*”. Decerto, “a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão”, ou seja, “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”, retratando a “tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto”. Por sua vez, “o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento” sem substancial e relevante influência decisiva ou vinculativa, mercê de “não ter sido determinante para a decisão”²⁵².

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* encobre um discurso do desejo do intérprete. A abrangência do efeito vinculante a partir do que se tem por *ratio decidendi* e por fundamentos *obiter dicta* é uma forma de manipular o resultado processual. Com lastro nas teorias da argumentação, é possível ao juiz bem fundamentar sua decisão e sustentar quando deve seguir ou quando deve se afastar do efeito vinculante. No final das contas, esse modo de proceder se desvia da essência dos conflitos sociais para se centrar na figura do magistrado. A oposição entre *ratio decidendi* e *obter dictum* prestigia uma aparente segurança jurídica a partir do princípio do respeito aos precedentes e da necessidade de uma

²⁵¹ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.429.

²⁵² DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.198.

carga de argumentação bastante para que não se adote o que julgado no caso anterior.

Na prática, o que se tem é um desvio do foco do problema em si (o conflito visto com todas as suas peculiaridades) para o seu rótulo (a uniformização dos julgados em uma visão panorâmica e superficial). Na dicção de Robert Alexy, “do ponto de vista da teoria do discurso, a razão mais importante em prol da racionalidade do precedente que responda ao princípio da universalidade e da inércia deriva dos limites da argumentação prática em geral”. Nesse sentido, é exato que “as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto”, restando, com freqüência, “uma considerável margem do discursivamente possível”, razão pela qual se colocam duas regras para evitar incongruências: (1) “quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo”; e, (2) “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”²⁵³. No Brasil, tudo se agrava pela cultura reprodutivista de se aplicar o direito mecanicamente, desaguando na falta de concretização judicial ou, aliás, num simulacro de concretização consistente na resolução automatizada de processos com o intuito de “desafogar” o judiciário.

Retornando ao ponto da definição do que seja *ratio decidendi*, a questão argumentativa ganha realce especial. É que “a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão”, cabendo “aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”²⁵⁴. Se “apenas a *ratio decidendi* é que será hábil a adquirir força vinculante para casos futuros” – não acontecendo o mesmo “com aquilo que foi ‘dito de passagem’”²⁵⁵ – e que a delimitação daquela não é feita de forma matemática pelos juízes de grau

²⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p.266-267.

²⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p.175.

²⁵⁵ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.32.

de jurisdição inferior, forçoso é concluir que esse sistema contempla a existência de discricionariedade do magistrado, eis que fica ao seu alvedrio a consideração sobre quando um precedente é vinculante ou quando é meramente persuasivo.

Todo o traslado da doutrina estrangeira do precedente para o Brasil – seja pela prática forense, seja pela introdução de mecanismos vinculativos – descarta do funcionamento desse instituto nas comunidades filiadas ao *common law*. Não há reflexão sobre aspectos retratados por Guido Fernando Silva Soares, qual seja: o de que nas decisões que criam precedentes no “direito comum” dos Estados Unidos, “é necessário distinguir o que é um *holding* (na Inglaterra: *ratio decidendi*) de um *dictum* (proveniente da expressão *obiter dictum*)”. Com efeito, o *holding* consiste no “que foi discutido e argüido perante o juiz e para cuja solução foi necessário ‘fazer’ (citar/descobrir) a norma jurídica”. Por isso, é de suma importância o “conhecimento dos *facts of a case*, aos quais a norma jurídica está ligada”. Já o “*dictum* é tudo que se afirma na *decision*, mas que não é decisivo para o deslinde da questão e, embora seja meramente *persuasive*, tem importância suasória para as cortes subordinadas e para o advogado, no aconselhamento de seus clientes”. Daí que “nos casos novos, apresentados na lacuna de *case laws*”, a órgão jurisdicional “pode reler os *holdings* anteriores com um espírito de interpretação restritiva”, extensiva, ou tão-somente declarativa. Nessas operações, o que é “mais comum é a técnica do ‘distingo’, que permite transformar o que era *holding* em *dictum* e vice-versa”, podendo as cortes superiores até desconsiderar um precedente e julgar com novos fundamentos um caso análogo (apresentando-se como uma revogação total do *precedent* ou como uma revogação parcial, hipótese em que continua “válido para certos aspectos da questão examinada – o que nada mais é do que transformar um *holding* num *dictum!*”) ²⁵⁶.

Em arremate a este tópico, cabe salientar que o procedimento de aplicação do efeito vinculante traz consigo um jogo de linguagem. Isso é percebido

²⁵⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p.42-43.

pela viabilidade jurídica de se transformar o que era *obiter dictum* em *ratio decidendi* e vice-versa, a partir de fundamentação consistente. Por tal motivo, a hermenêutica filosófica de mãos dadas com uma semiologia que enfrente não só as questões que envolvem o poder estatal, mas também as que circundam este, máxime os desejos encobertos e as ideologias que permeiam o discurso jurídico, é uma via apta para explicitar as deficiências de compreensão, de aplicação e de concretização do direito enquanto fenômeno da vida. Com a introdução das súmulas vinculantes, passa a ser direito positivo o *stare decisis* brasileiro que se verificava na prática forense. Com Lenio Luiz Streck é plausível dizer que não é que a súmula seja “um mal em si”, devendo-se considerar seu “papel criativo da interpretação e sua importância como processo revitalizador do ordenamento jurídico”, mas “o que resulta nefasto é a padronização da jurisprudência”, isto é, “o uso das Súmulas de forma indiscriminada, descontextualizadas”, que “tem servido para a ‘standardização’ do Direito”, ignorando o fato de que “o ordenamento brasileiro filia-se à família romano-germânica”²⁵⁷.

5.2 ENUNCIADOS VINCULANTES E INTERPRETAÇÃO

Ainda que se esteja diante de um enunciado vinculante, do jurista será exigida compreensão para o fim de se interpretar/aplicar o direito. Isso não significa desconhecer situações textuais em que a atividade interpretativa se revela mais simples. Existem textos que são menos suscetíveis do que se convencionou chamar de espaço de conformação, ou seja, existem enunciados que tem textura menos aberta que outros. No entanto, o texto não é assimilado sem que haja uma pré-compreensão, bem como, em toda situação, a interpretação/aplicação do direito se fará necessária. A linguagem é decisiva para o desnudamento das possibilidades de compreensão. O aparecimento da verdade essencial da hipótese que se abre ao intérprete estará atrelado ao contexto. De

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.508.

outro modo, linguagem e interpretação estão imbricadas, aspecto este importante para que seja viável uma concretização do direito que não se reduza ao plano da validade eminentemente formal.

Retomando o que foi estudado sobre o evoluir lingüístico, o intérprete deverá tomar consciência das formas como a linguagem se apresenta: a linguagem como instrumento pelo qual o direito se manifesta ou a linguagem constitutiva do mundo. A ampliação da capacidade de percepção é relevante para o fim de controlar o poder de dominação que esconde, por trás da linguagem, o desejo de perpetuação de um *status quo* injusto e/ou contrário aos princípios éticos. Esse alargamento é possível com o entendimento do embate entre as teorias convencionalistas e naturalistas da linguagem: o convencionalismo exagerado, que não respeita a linha de desenvolvimento que a tradição alcançou seguindo um fio condutor lingüístico, deturpa a comunicação intersubjetiva, por desviar a atenção de seu foco e por compartimentar a linguagem em descompasso com a vida. Necessário assim, para que haja um “des-velamento” dos problemas de aplicação do direito, a inserção, neste campo, da hermenêutica filosófica existencialista e da semiologia do desejo (mais abrangente do que a tradicional), retomando a tradição e consciência histórica perdida com o cientificismo. Essa consciência histórica é de ser entendida, com Hans-Georg Gadamer, como a capacidade do ser humano contemporâneo “ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”, tal como é de ocorrer com “as partes em litígio”, pois, para que suas posições antagônicas sejam compostas consensualmente, é preciso que se tenha a percepção de que elas “formam um todo compreensivo”, estando cada qual “plenamente consciente do caráter particular de suas perspectivas”²⁵⁸.

O leque de enunciados vinculantes presente no ordenamento jurídico brasileiro é um sinal de esquecimento da tradição de um país filiado à família romano-germânica. Falta, inclusive, a percepção de que “são muitos os vieses

²⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p.17-18.

interpretativos, muitas as possibilidades”, não havendo sobre isso pacificação. Em verdade, “a coerência jurisprudencial, a pretendida uniformidade, mesmo que por meio da vinculação de precedentes judiciais, parece ser uma realidade distante”, haja vista que “o próprio texto de súmula vinculante está sujeito à interpretação diante das particularidades de um caso concreto”. O espaço que se deve(ria) abrir “é o de um giro lingüístico”, atentando-se para o fato de que o “direito é linguagem”, sendo esta “a morada do intérprete”, onde “o ‘ser’ se abre, em seu mundo”²⁵⁹.

De outra vertente, os problemas não são enfrentados adequadamente, porém por via oblíqua e paliativa. A pretensão do efeito vinculante brasileiro, a exemplo do que ocorre com o instituto da súmula vinculante, não tem o fito precípua de completar o ordenamento jurídico. Afinal, em termos de produção legislativa, o Brasil tem um extenso e complexo conjunto de diplomas normativos. O efeito vinculante vem sendo buscado para conter uma crise de compreensão. De forma paradoxal e irônica, os institutos vinculativos se assemelham à escola da exegese, fruto de uma época em que não se admitia que os juízes pensassem, mas simplesmente reproduzissem as palavras da lei. Aqui reside a contradição do traslado de institutos típicos da *common law* para o Brasil: há um descuido não só quanto ao contexto e às conseqüências que poderão ser produzidas em um país ainda repleto de desigualdades sociais, mas também o instituto em si não é bem compreendido em sua tradição, tornando sua aplicação no Brasil bastante deficiente. Como adverte Leonardo Tochetto Pauperio, “o Brasil é um país de desenvolvimento econômico e industrial tardio, fazendo parte ainda da periferia do cenário capitalista ocidental”²⁶⁰. Como tal particularidade é olvidada, a concretização do direito fica longe de ser efetiva, permanecendo no plano jurídico da validade (nitidamente formal) que insiste em não se misturar com a realidade

²⁵⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Linguagem, interpretação e decisão judicial. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, a.2007.1, n.14, p.425, jan.-jun. 2007.

²⁶⁰ PAUPERIO, Leonardo Tochetto. *A cidadania mínima: relação jurídico-constitucional da extinção da fome e do alívio voluntário da dor*. 2005. 176 f. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Salvador. p.36.

fática, por pensar, por exemplo, que uma coisa é a “questão de fato” e outra a “questão de direito”.

A exegese escolástica é assim ressuscitada disfarçadamente – através do “requinte” da súmula vinculante –, como uma forma de resposta aos juízes que ousaram pensar para aplicar o direito construtivamente ou aos magistrados que abusaram do poder. Em plena vigência – como, aliás, nunca deixou de ser no Brasil – o brocardo *in claris cessat interpretatio*. No Brasil atual ocorreu fenômeno idêntico ao que se deu em Roma, como informa Carlos Maximiliano: “a escolástica introduziu o acervo de distinções e subdistinções e com estas reduzia a Hermenêutica a casuística intrincada”, sendo comum o apelo demasiado “para o argumento de autoridade, para a *communis opinio*; os pareceres dos doutores substituíam os textos; as glosas tomavam o lugar da lei”. Desse modo, “de excesso em excesso, se chegou à deplorável decadência jurídica, ao domínio dos retóricos e pedantes”, pelo que foi forçoso “levar a magistratura a estudar as leis e guiar-se pelo próprio critério profissional de exegese, ao invés de compulsar exclusivamente as obras dos doutores e intérpretes, exagerados e infiéis. Sistematizaram as normas e limitaram o campo da Hermenêutica”²⁶¹.

No fundo, o problema aqui descrito é o espelho de uma realidade crônica que tem sua semente na deficiente formação acadêmica do jurista, supedaneada em lições que prestigiam a relação sujeito *versus* objeto. A praxe da análise de tudo que se está diante do intérprete (sujeito-objeto) denuncia o paradigma científico que também quis tornar ciência o direito, sob o rótulo de “ciências sociais”. É com essa idéia que o acadêmico de direito é objeto de análise do professor: ao final da disciplina ele não se incumbe de criar nada, mas simplesmente de reproduzir fielmente os ensinamentos para que seja obtida aprovação. O culto ao dogma está arraigado de tal modo que o profissional não se sente apto a pensar, precisando se socorrer através dos *standards* normativos. O resultado desse processo histórico é o de não se confiar no magistrado brasileiro:

²⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.27-28.

a desconfiança se perpetua de tal modo que é regra impostergável o manejo de recursos para que um órgão de grau superior (supostamente mais capaz) revise o que foi decidido inicialmente. As discussões jurisdicionais são preponderantemente abstratas, num culto exacerbado às construções teóricas que parecem, na prática, serem refratárias à compreensão dos fatos.

O efeito vinculante vem, destarte, servir de remédio para amenizar um sistema jurídico que funciona precariamente. Os debates giram em torno do número de processos e dos dados estatísticos, ressaltando uma celeridade aparente. As deficiências estruturais permanecem. As propostas de modificação do ensino ou do processo seletivo de bacharéis para o serviço público se mostram tímidas. Não se vê indagação sincera sobre os motivos pelos quais não há confiança no juiz brasileiro. Junto com tal problema está a falta de questionamento a respeito das limitações interpretativas que podem advir dos instrumentos normativos vinculantes no contexto brasileiro. Sobre este aspecto, Lenio Luiz Streck anotou que “entender que as Súmulas tenham ou possam vir a ter caráter vinculativo, ao ponto de lhe ser atribuída validade até superior às leis em geral, é ignorar o tipo de sistema jurídico vigente no Brasil”. Apenas nos sistemas jurídicos da família da *common law* é que “pode ser compreensível que, do julgamento de cada *case* se extraia critério para julgamento futuros. Certas sentenças, no sistema da *common law*, contêm uma *holding*, que é a parte em que enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro”²⁶².

A deficiência de interpretação/aplicação está acompanhada do reducionismo ocasionado pela construção dos enunciados vinculantes, bem como pela sua aplicação autenticamente dogmática. Essa é uma das razões que reforça a conclusão de que o efeito vinculante não é apropriado para resolução dos inúmeros problemas brasileiros: “a edição de súmulas vinculantes não pode dar azo ao retorno à escola da exegese, como forma de facilitar (ou dificultar?) o trabalho do julgador ou mesmo de padronizar os julgados”. A baixa

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.224.

interpretação/aplicação do direito decorrente dessa “aparente facilidade” tem aptidão para “multiplicar demandas ou impugnações sucedâneas da (pseudo-)inadmissibilidade de recurso contra decisão judicial aparentemente conforme a uma súmula vinculante”. O agravamento desta situação provém, ainda mais, “da herança cartesiana-iluminista de busca pela certeza absoluta, onde são infindáveis os recursos visando uma ‘verdade’ aperfeiçoada, mercê das dúvidas que o processo suscita”²⁶³.

Pior ainda é a forma como se quer controlar o respeito à vinculação cada vez mais abrangente: cresce a idéia de verticalização hierarquizada no Poder Judiciário para responsabilizar o juiz não pelos atos lesivos praticados no exercício jurisdicional, mas por deixar de acatar um verbete de súmula vinculante, mediante a criação de uma espécie de crime de hermenêutica ou, como diz Lenio Luiz Streck, “crime de interpretar as leis”. É por motivos como tais que “é temerária a adoção do efeito vinculante no Brasil”, nos termos como vem sendo feito, cujo objetivo é o de atingir, “inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro”. Cada vez mais a distinção entre texto e norma fica relegada ao plano retórico. O sistema jurídico brasileiro “tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal”: modificar essa característica é contrariar “sua *ratio essendi*”. Na prática, será exercido um poder “sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes – e as decisões vinculativas de mérito emanadas do STF – transformam-se” de enunciados normativos individuais – válidos para o caso concreto – em enunciados normativos “gerais de validade *erga omnes*”²⁶⁴.

Por derradeiro, cabe advertir que a relação entre enunciados vinculantes e interpretação demonstra que a introdução de maiores mecanismos dotados daquele efeito olvida o esclarecimento de que texto normativo não se confunde com norma jurídica. O próprio positivismo clássico aliado à hermenêutica

²⁶³ ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a.32, n.149, p.63, jul. 2007.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.264-265.

tradicional, percebendo que estava inadequado e que era necessário se adaptar para evitar sua superação, pacificou-se no sentido de dizer que a norma é algo construído pela atividade do intérprete. Agora, com as súmulas vinculantes, o discurso que se vê no Brasil indica que a distinção, para os positivistas, sempre foi um disfarce retórico. É preciso assim reavivar que o verbete de súmula é um texto e que não dispensa interpretação: o jurista deve ficar atento não só ao enunciado, mas ao contexto que circunda sua aplicação, sem descuidar dos detalhes que ensejaram sua formação. Atento a este aspecto, Gabriel Ivo pontifica que “a norma jurídica não é algo pronto, dado pelo ordenamento jurídico, e sim o resultado de um labor ingente de criação promovido pelo intérprete”. Sob outro prisma, “a atividade constitutiva da norma não significa a desconstrução do texto. Embora haja uma ilimitação de toda e qualquer interpretação, ela não corre autonomamente, solta, ao acaso”²⁶⁵.

5.2.1 Simplificação, dedução e concretização judicial

A utilização de efeito vinculante seria justificada em alguns casos submetidos à justiça cuja identidade entre si seria tal que tornaria bem ínfima a diferença ontológica entre eles, a exemplo do que poderia acontecer com a aplicação do direito restrita a índices de reajustes vencimentais ou de proventos. Situações como essa, não obstante em menor número, poderiam ser objetadas ao que se vem decodificando no presente estudo. No entanto, é de ver que as chamadas causas repetitivas, por si só, não pode implicar baixa compreensão do caso concreto, nem tampouco dispensabilidade de fundamentação judicial. Não é admissível que se julgue nos moldes da exegese, fixando-se tão-somente em um texto de enunciado de súmula vinculante ou de precedente judicial.

O intérprete deve atentar que há um procedimento de simplificação tanto no ato de formação de uma súmula, quanto no hábito de aplicação dessa súmula pelos personagens jurídicos brasileiros. Esse fator, no Brasil – país de raiz

²⁶⁵ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p.XL.

romano-germânica –, é retratado por um vício congênito. Deveras, consoante averba Mônica Sifuentes, “a introdução da súmula no ordenamento jurídico brasileiro se deu pelas mãos do Ministro Victor Nunes Leal”, nos idos de 1963, sendo acolhida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como incluída na legislação superveniente. Quando do advento do instituto, foi ele não só aplaudido, como “considerado o verdadeiro ‘ovo de colombo’, para desafogar os trabalhos da Corte, sobrecarregada de processos”. A justificativa da inclusão era exclusivamente pragmática, traçando um método para as atividades judicantes, em face “do acúmulo de processos” e “da constatação de que nem o Supremo Tribunal conhecia a sua própria jurisprudência”²⁶⁶.

Como se depreende, a mesma justificativa persiste e agora é utilizada para a introdução das súmulas vinculantes. Falta ao jurista hodierno compreensão para perceber que a promessa que acompanha a inserção de instrumentos vinculantes não é passível de cumprimento, por não ferir os pontos problemáticos dos conflitos sociais brasileiros. Ao trazer para o sistema instrumentos estranhos ao *continental law*, o que se tem é uma renovação de questões fáticas mal resolvidas e reduzidas ao plano jurídico de validade/invalidade. O problema inicial da formação acadêmica, aliada a uma hermenêutica consubstanciada em uma relação sujeito *versus* objeto, fica preterido. As deficiências se ampliam, a começar pelos vícios decorrentes da formação dos enunciados vinculantes, tal como se dá com a baixa compreensão para a aplicação/interpretação do direito diante do caso concreto.

A consagração do sistema dos precedentes vinculantes no Brasil deixa uma considerável zona cognitiva cinzenta, formada por uma manipulação discursiva de conteúdo ideológico forte, máxime no sentido de fazer subsistir o modelo liberal-racionalista brasileiro, no qual o juiz deve apenas ditar as palavras da lei (agora, da súmula também). Os positivistas pátrios não salientam – ingênuas ou maliciosamente – as implicações diferentes que fluem de sistemas diversos

²⁶⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p.238.

filiados à mesma *common law*. É imprescindível, com Hebert L. A. Hart, alertar que “a comunicação de regras gerais por exemplos dotados de autoridade” (tal como a súmula vinculante) carrega consigo “indeterminações de uma espécie mais complexa. O reconhecimento do precedente como um critério de validade jurídica significa diferentes coisas em diferentes sistemas e no mesmo sistema em períodos diferentes”. Daí que “as descrições da ‘teoria’ inglesa do precedente são, em certos pontos, ainda altamente controvertidas: na verdade, mesmo os termos-chave usado na teoria, ‘*ratio decidendi*’, ‘factos materiais’, ‘interpretação’”, são dotados de uma penumbra típica da incerteza. Em virtude da atividade de generalização (e, de certo modo, simplificação), infere-se, tal como se dá com a legislação, a existência de uma “área de textura aberta”, assim como uma “atividade judicial criadora dentro dela”, pelo que o “processo de ‘distinção’ do caso anterior” importa que seja descoberta “alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente”, cujo número de “diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente”²⁶⁷.

Formado o texto sumular – mais reverenciado, no Brasil, do que os diplomas legislativos –, ao lado dos problemas de sua edição sem maiores cautelas, um outro fator vai tornar a questão hermenêutica mais delicada, qual seja: o vezo brasileiro de se aplicar o direito dedutivamente, ou seja, basta que aparentemente o caso se encaixe em uma abstração frasal para que o magistrado encerre-o pelo mérito. A aplicação mediante dedução está recrudescida, não escapando desse hábito os que supõem que estejam filiados à tópica, ao procedimentalismo ou às teorias da argumentação. A questão central é que o jurista brasileiro cresceu em um ambiente que não estimulou sua atenção para as pré-compreensões e para uma relação hermenêutica entre sujeito e sujeito, na qual, por exemplo, o texto fala ao julgador em um dado contexto, com uma fusão do horizonte daquele com o deste.

²⁶⁷ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p.147-148.

Como consequência lógica da aplicação “científica” do direito mediante dedução, tem-se uma falta de concretização judicial. A concretização que comumente se tem não ultrapassa o plano jurídico, motivo pelo qual, na realidade, de concretização não se trata. Acerca deste aspecto, Kelly Susane Alflen da Silva verbera que “a concretização do direito e, em principal da Constituição (ou da lei)” não condiz com seu inteiro controle metodológico e nem se realiza “com o auxílio do silogismo lógico-formal, no sentido de se efetuar como a exatidão obtida nas ciências operadas a partir de comandos jurídicos previamente elencados acabados e completos”. Decerto, “levar a Constituição a sério enquanto lei significa levar a sério a sua estrutura de efetivação enquanto concretização, em relação a qual a falha surge quando os juristas (teóricos e práticos)” olvidam procurar “as condições de possibilidade e os limites da própria tradição para uma concretização e um desenvolvimento da Constituição e, por consequência, do direito”²⁶⁸.

É com esse fito que tem lugar a filosofia no direito para conferir importância à linguagem, à tradição e à compreensão, de forma a rechaçar os métodos simplificadores e dedutivistas para a interpretação/aplicação do direito. Com Martin Heidegger – que lastreou a hermenêutica gadameriana – pode-se concluir que a concretização do direito é viável com a compreensão da historicidade, colocando luz sobre a diferença de gênero entre o histórico e o ôntico. Para tanto, é preciso que se perceba os seguintes aspectos: (1) “a questão da historicidade é uma questão ontológica sobre a constituição do ser dos entes históricos”; (2) “a questão do ôntico é a questão ontológica sobre a constituição do ser dos entes não dotados do caráter de pré-sença, isto é, do ser simplesmente dado, no sentido mais amplo”; e, (3) “o ôntico é apenas uma região dos entes. A idéia do ser abrange o ‘ôntico’ e o ‘histórico’. É ela que se deve deixar ‘diferenciar genericamente’”²⁶⁹. Chegado a este esclarecimento, impende desvendar, no

²⁶⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.396.

²⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.211-212.

tópico a seguir, a relação entre a fundamentação judicial e a diferença ontológica, com ênfase na insuficiência do efeito vinculante brasileiro para o fim de se concretizar o direito efetivamente.

5.2.2 Fundamentação judicial e diferença ontológica

Falar em fundamentação judicial suficiente não é suficiente para que o direito se concretize efetivamente. A motivação dos julgados pode ser um artifício para desviar o foco dos fatos para o plano jurídico, ou seja, uma decisão bastante fundamentada pode não retratar que existiu compreensão do conflito para que se pudesse interpretar/aplicar o direito. Aqui reside a crítica às teorias da argumentação, à tópica e ao procedimentalismo. A utilização da linguagem enquanto instrumento retórico tende a deixar velados aspectos ligados ao subjetivismo do intérprete. Em outras palavras, a argumentação lançada na sentença e descontextualizada da essência do fato em si é capaz de tornar aceitável uma decisão judicial do ponto de vista extrínseco, desde que o seu prolator tenha as qualidades de um julgador equiparado a um exímio parecerista.

A concepção de que a fundamentação acolhida ao menos pelos olhos da “maioria” é bastante para que um provimento jurisdicional seja válido e concretizador do direito não revela os desejos que permeiam a classe que detém o poder. Na realidade brasileira, os problemas da grande maioria permanecem sem resolução efetiva por anos a fio. Os ânimos dos excluídos do sistema são arrefecidos por promessas não cumpridas. Como pano de fundo há uma manipulação discursiva que cumpre bem o seu papel de mantenedora do *status quo*. Para esse desiderato, a linguagem convencionalista é sobrelevada em relação à concepção naturalista. A aceitabilidade geral do jurídico basta por si própria, restando, em esfera secundária, a singularidade.

Confere sustentação a esse modo de pensar – e que alicerça a introdução e ampliação do efeito vinculante no Brasil – a filosofia de Habermas que destaca que “a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à

aceitabilidade racional, não à verdade”. Dessarte, ao jurista caberia “a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão sentem-se autorizados – e supostamente o são de fato – a aceitar como verdadeira uma proposição controversa”, sendo suficiente “para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional dela”²⁷⁰.

Para o contexto brasileiro – país que não perpassou todas as fases de amadurecimento econômico, encontrando-se ainda com elevados percentuais de pobreza –, a aplicação acriteriosa dessas idéias pode conduzir a disparates. Aceitar o nivelamento racional discursivo de tantas desigualdades sociais, bem distintas de países europeus ou dos Estados Unidos da América, reconduz o problema ao infinito, com grandes chances de retorno do problema agravado. Não é adequado saltar degraus para atingir um ideal hipocritamente encobridor dos conflitos sociais. As teorias do discurso jurídico deixam na penumbra as diferenças que proliferam cada vez mais problemas sociais. O efeito vinculante para a aplicação dedutivista do direito brasileiro reforça tais questões.

Com Boaventura de Sousa Santos, nota-se que “o discurso jurídico em geral e o discurso judicial em particular é um discurso pluralístico que, apesar de antitético, não deixa de ser dialógico e horizontal”, com a conseqüência de que “a verdade que aspira é sempre relativa, e as suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório”. Em face desse perfil, a “sociologia da retórica jurídica”, partindo “da concepção tópico-retórica e do seu duplo significado científico e sócio-político”, tenta responder, dentre outras indagações, “a questão das condições sociais do regresso da retórica em geral e da retórica jurídica em especial, na segunda metade do século XX”, fenômeno este que “tem que ser visto em conjunto com o ascenso do paradigma lingüístico-semiótico nas ciências sociais e com os novos caminhos da hermenêutica”²⁷¹.

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.60-61.

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.8-9.

Os efeitos negativos de uma fundamentação de cunho retórico consistem no fato de que o jurídico não abrange suficientemente os fatos sociais. Há um reducionismo cognitivo e uma repressão ao pensamento voltado para a singularidade, muito embora seja proclamado, “retoricamente”, que a motivação se faz de acordo com o caso concreto. Falta compreensão ou, se existir compreensão, há uma inautenticidade lingüística, porquanto as teorias discursivas acabam por utilizar argumentos de autoridade semelhantes aos dogmas positivistas, sob “rótulos” como princípios, *topoi* e postulados. Não é que a fundamentação não tenha importância, mas é que ela não pode ser tida por válida quando em descompasso com a diferença ontológica.

É necessário que se pense o direito e a vida em uma perspectiva fenomenológica existencialista de forma a revelar a diferença ontológica. Nesse sentido, e concordando com Hans-Georg Gadamer, Inocêncio Mártires Coelho insiste na advertência de que “o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar a si mesmo, nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que ele se encontra – o aqui e o agora –, pois o ato de concretização” das normas jurídicas acontece “no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor”. A fusão de horizontes não pode implicar o desconhecimento de que “a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais”²⁷². É que “a elaboração da situação hermenêutica” consiste na “obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição”, sendo “tarefa de compreensão histórica” a imposição de se auferir em cada hipótese concreta o horizonte histórico, para ser revelado, em suas medidas verdadeiras, o que se quer compreender²⁷³.

²⁷² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.31.

²⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.400.

Volvendo para o problema do efeito vinculante dos precedentes no Brasil, percebe-se que há pouca preocupação com a compreensão da singularidade, isto é, da diferença ontológica, com o conseguinte enfraquecimento da concretização do direito, que persiste no plano de validade procedimental (formal). Uma mudança de comportamento (e do modo de se pensar) seria importante para corrigir os equívocos que prosseguem com a aplicação do direito mediante subsunção mecânica, agora revestida sob rótulos vinculativos. A formação dogmática do jurista e a idéia da linguagem enquanto instrumento – e não como tessitura constitutiva da vida – descarta inclusive das diversas possibilidades concretas. Sob tal enfoque, mostra-se o reducionismo da aplicação do direito por meio de verbetes vinculantes, sem fundamentação judicial adequada ou com motivação que esconde a “baixa” compreensão dos problemas sociais, retratando uma maneira parcial de entender a realidade, metafísica e que descarta até do contexto ético do direito.

O pensamento objetificador do direito – que fundamenta, inclusive, o efeito vinculante – está presente nas doutrinas que indicam a suficiência da fundamentação do julgado para se sustentar validamente, que coincidem por resvalar em metafísica que despreza a diferença ontológica do ser. Em verdade, a fundamentação vai consubstanciar o que Lenio Luiz Streck denomina de entificação mínima, sem cair no excesso artificioso de tal entificação. O jurista irá explicitar o compreendido, mediante justificação consistente: “a tese da resposta correta (ou a resposta adequada para o caso concreto)” tem por pressuposto “uma sustentação (explicitação) argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental”. Vale dizer, “na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento”²⁷⁴.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.351.

Bem vincada a noção que se deve ter sobre a fundamentação judicial enquanto existencial, insta um esclarecimento sobre a relevância da diferença ontológica, cuja não percepção por parte dos juristas, de formação quase que exclusivamente cartesiana, tem ensejado equívocos na solução dos conflitos sociais e a procura de meios de uniformização que, instituídos para fazer frente à massificação de litígios, acabam por servir como paliativo para a crise do Judiciário, com graves conseqüências no plano da realidade.

O vício que se precisa corrigir é colocado por Martin Heidegger, para que se revele a diferença ontológica autêntica, substancial, dos problemas hermenêuticos. O pensamento moderno, de cunho cartesiano e iluminista, tornou “claros os fundamentos ontológicos da determinação do ‘mundo’ como *res extensa*: a idéia de substancialidade não é esclarecida no sentido de seu ser e, ademais, é apresentada como incapaz de esclarecimento, seguindo-se o desvio pela propriedade principal da respectiva substância”. Conquanto se vise a substancialidade, esta finda por ser “entendida a partir de uma propriedade ôntica da substância”. No entanto, “por detrás dessa diferença somenos importante de significado, permanece velado o fato de não se ter dominado o problema ontológico fundamental”. A elaboração deste importa “que ‘os vestígios’ das equivocações sejam ‘seguidos’ de maneira correta; quem tenta isso ‘não se ocupa’ de ‘meros significados de palavras’ mas se aventura na problemática mais originária das ‘coisas elas mesma’, a fim de trazer à luz tais ‘nuanças’”²⁷⁵.

Em arremate a tais aspectos que relacionam efeito vinculante, fundamentação judicial e diferença ontológica, cabível é a crítica de Lenio Luiz Streck, a começar pela necessidade de salientar que “o fundamento do Direito (enfim, de um problema jurídico), não pode ser uma mera proposição ou uma frase que poderia ser verdadeira ou falsa”, sob pena de se entificar o ser, tal como se dá com “o efeito vinculante” que, “na busca da ‘segurança’ a partir de proposições ou frases”, implanta “uma espécie de conceptualismo jurídico”. O

²⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. p.140-141.

paradoxo tipicamente brasileiro que “autoriza” que os juízes contrariem leis – já que “se o fizerem, cabe recurso” – e que veda que os juízes contrariem súmulas – fato que enseja precipuamente “reclamação” –, é o retrato do pouco caso com o que se compreende por diferença ontológica. Daí que se impõe destacar que “a tese – *lato sensu* – do efeito vinculante, além de provocar o esquecimento da diferença ontológica, ocasiona outro (e, portanto, mais um) paradoxo no plano da hermenêutica”, qual seja: a necessidade de contínua interpretação do direito, que contradiz “a convalidação da idéia de que é possível construir um sentido último, perene, válido para as mais variadas hipóteses”²⁷⁶.

5.2.3 Efeito vinculante e (in)segurança jurídica

Como se vem demonstrando, há toda uma retórica que envolve os discursos que ligam segurança jurídica ao efeito vinculante, partindo de noções como a de previsibilidade e estabilidade. É assim que Flávia Moreira Guimarães Pessoa entende que a segurança jurídica “traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente”, com a virtude de inibir “o arbítrio e a violência”, dando “amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si”. Nesse contexto – e segundo a autora –, o fundamento das súmulas vinculantes é “justamente a insegurança jurídica gerada pela multiplicidade de decisões judiciais sobre o mesmo tema”, acrescido da dualidade entre segurança e justiça, eis que “a mudança de interpretação da jurisprudência consolidada dos tribunais está geralmente associada ao valor justiça”²⁷⁷.

Segurança jurídica é noção compatível com os ideais liberais. A primeira indagação para o seu “des-velamento” é a de saber quais são os destinatários de

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.862-864.

²⁷⁷ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. O embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança no raciocínio jurídico. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, a.2007.1, n.14, p.143-144, jan.-jun. 2007.

tal segurança jurídica. A outra que poderia ser também formulada é se efetivamente a maioria das pessoas é de fato beneficiária da tão invocada segurança jurídica. A partir desses questionamentos é possível fazer uma ligação entre segurança jurídica e ordem. Ordem é um conceito iluminista que anda de mãos dadas com outro, o progresso. Como se pode deduzir, o sistema capitalista permeia todo esse conjunto de termos. O instrumento para garantir o êxito dos objetivos do mercado pode ser sintetizado em uma palavra: previsibilidade.

O que aqui se afirma fica bem claro com a exposição de Paulo Roberto Lyrio Pimenta sobre o que denomina de “princípio da segurança jurídica”: tem ele “a ver com a idéia de certeza do direito, de previsibilidade”, entendendo-se a certeza como “a possibilidade dos destinatários das normas saberem as conseqüências jurídicas que lhe serão imputadas se vierem a praticar atos que realizem as hipóteses normativas”. É com esteio no exame “da estrutura da norma que o destinatário poderá prever, calcular os efeitos de seus atos, tendo uma expectativa precisa acerca das situações que deverá titularizar, caso realize a hipótese normativa”, ficando salientada a “dimensão subjetiva da segurança jurídica”²⁷⁸.

Sem embargo, de forma abrangente, cabe dizer, com José Augusto Delgado, que a segurança jurídica pode ser entendida mediante os seguintes enfoques: (1) “garantia de previsibilidade das decisões judiciais”; (2) “meio de serem asseguradas às estabilidades das relações sociais”; (3) “veículo garantidor da fundamentação das decisões”; (4) “obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados”; (5) “entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante”; e, (6) “fundamentação judicial adequada”. Estariam identificadas, nessas bases, “três correntes para o assunto”. A primeira, “a que concebe a segurança como valor extrajurídico”. A segunda, “a que visualiza segurança como previsibilidade

²⁷⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p.55.

jurídica”. E a última seria “a que defende ser a segurança jurídica” uma plêiade “de garantias constitucionais”²⁷⁹.

A previsibilidade, nos ordenamentos filiados a *civil law*, é buscada por intermédio da legislação. Os diplomas normativos colimam traçar as regras gerais para que as condutas humanas sejam a elas adequadas. A normalidade da vida coletiva é auferida com a manutenção do *status quo*. A partir do momento que esse sistema se revela insuficiente para conferir a segurança jurídica pretendida pelo poder, nota-se uma capacidade de transformação de seus instrumentos. É desse modo que se vê a introdução de mecanismos típicos da *common law* para que se confira efetiva previsibilidade ou mesmo estabilidade das relações sociais, ainda que com isso se tenha uma renovação do afastamento do plano jurídico daquele dos fatos, de molde a retratar uma duplicidade de realidades.

Os juristas, em sua grande maioria, reafirmam a importância do princípio da segurança jurídica. Acerca de sua relação intrincada com o efeito vinculante, Natacha Nascimento Gomes Tostes defende “a incrementação da preocupação com o binômio estabilidade jurisprudencial-segurança jurídica”, em virtude da “necessidade de ser observada uma uniformidade na aplicação da lei”. Justifica sua ilação assentando que “a desestabilização decorrente da disparidade de entendimentos tem reflexos gravíssimos, importando na instauração do caos social”, contribuindo “para o descrédito do povo na justiça”. Daí entender que submeter o indivíduo “à ‘loteria das decisões judiciais’ pode ser um dos caminhos mais propícios para a desestruturação da ordem, e para a garantia de não-cumprimento dos preceitos insculpidos na Carta de 1988”²⁸⁰.

Nessa altura, cabe questionar como equacionar aspectos antagônicos que estão presentes na convivência humana. Essa postura é importante a fim de que a crítica que se venha a formular não perca de vista a necessária autocrítica.

²⁷⁹ DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105>. Acesso em: 29 jun. 2008. p.5.

²⁸⁰ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.15-16.

A semiologia do desejo – de decodificação do que está por trás do discurso – se mostra mais uma vez de utilidade ímpar. Existe um contexto humano que quer uma regulação da convivência em comunidade de um lado e, de outro, há uma necessidade de liberdade para a criatividade e para a proteção da singularidade. José Joaquim Calmon de Passos anota, a respeito da regulação social, que “foi posto para o homem, também, o problema de sua liberdade. A mesma exigência de regular a convivência humana se fez presente no indivíduo, igualmente obrigado a colocar-se regras e normas para seu agir pessoal”. A interação entre regulação e liberdade produziu uma “tensão dialética entre regulação e emancipação, ordem e caos, conservação e transformação, nenhum deles podendo ser dissociado do outro, donde a necessidade de sempre serem pensadas em interação mútua”. A compreensão dessa relação é capaz de revelar que “a convivência humana nem pode cumprir-se em termos exclusivos e permanentes de regulação, visto como isso apenas substituiria o instinto pela pura dominação, a luta de todos contra todos, estagnado e desnaturado o conviver humano”, como também “não pode ser um permanente processo de emancipação”, haja vista que se desse modo for, “a insegurança e a competitividade resultantes seriam inviabilizadoras da própria convivência”. Daí que “a emancipação é transformadora e se situa mais especificamente no espaço político, enquanto a conservação é estabilizadora da emancipação obtida e se situa mais especificamente no espaço jurídico”²⁸¹.

O problema maior é que o direito “moderno” passou a não mais enxergar o embate que sempre existiu entre regulação e emancipação. Disso resultou o excesso de controle que prossegue com a inserção do efeito vinculante em países já regulados legislativamente, tal como o Brasil, que já padece do fenômeno da inflação legislativa. O paradigma científico-capitalista, no dizer de Boaventura de Sousa Santos, viabilizou, de um lado, “a hegemonia do conhecimento-regulação”, enquanto “hegemonia da ordem” e “forma de saber”, e,

²⁸¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.11-12.

de outro “a transformação da solidariedade – a forma de saber do conhecimento-emancipação – numa forma de ignorância e, portanto, de caos”. Explica o autor que “a ordem que se buscava era, desde o início e simultaneamente, a ordem da natureza e a ordem da sociedade”. No entanto, a partir do momento em que a tensão entre regulação e emancipação ficou ocultada, “a idéia de boa ordem deu lugar à idéia de ordem *tout court*”, sendo atribuída ao direito moderno “a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua”²⁸².

A face ideológica forte da noção de segurança jurídica é de ser clareada com uma verificação que segue agravada pelos excessos convencionalistas: a ambigüidade da linguagem, mormente quando vista enquanto objeto ou instrumento. Com esse fator negativo, está o paradigma científico e cunho reducionista. É que, “na esfera científica tem grande importância a tecnologia empregada; de um vocábulo impróprio ou frase imprecisa resultam enganos, dúvidas, controvérsias”. No âmbito jurídico, prega-se que “o ideal é a certeza” e que a segurança e “a estabilidade jurídica dependem muito das expressões corretas e claras dos textos e da linguagem feliz, guiadora, escoreita dos expositores”²⁸³.

Cumprir então saber se segurança jurídica existe efetivamente e, caso afirmativo, se sua existência é uma realidade ou se é uma ficção jurídica. Caso se conclua que se trata de uma ficção jurídica, interessa perguntar, ainda, se essa ficção é necessária para a convivência humana. Aliás, mais especificamente, releva descortinar, máxime reputando que essa ficção é elemento indispensável à convivência humana, se ela interessa a todos ou a maioria ou a minoria comunidade. Ao cabo, é preciso colocar luz sobre a que e a quem serve a noção de segurança jurídica. Tais interrogações devem por o intérprete em uma posição

²⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.119.

²⁸³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.258.

de reflexão. As respostas serão obtidas mais sinceramente com auxílio da semiologia do poder.

A segurança jurídica é uma ficção jurídica que interessa aos setores econômicos que dominam o poder jurídico-estatal. É responsável pela manutenção da ordem, termo cuja ambigüidade, nas palavras de Eros Roberto Grau, tem em si “uma nota de desprezo em relação à desordem, embora, esta, em verdade, não exista”, porquanto a desordem é uma ordem ao avesso, acerca da qual o poder que dita a ordem vigente não está de acordo: “a defesa da ordem, desta sorte, sobretudo no campo das relações sociais e de sua regulação, envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas”²⁸⁴.

Com Luis Alberto Warat é plausível trazer ao direito uma semiologia do desejo que não se cinge a um perfil científico, tal como se tornou a semiologia do poder explorada no Brasil pela “ciência do direito”. Desse modo, descortina-se uma “realidade” estritamente “jurídica”, qual seja, a de que “os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo”, isto é, “um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito”. Trata-se de “uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica”, capturadora e extravagante, porém “que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade”. É como se não fosse possível interpretar/aplicar a lei “se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada”, eis que não seria concebível “interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juízes imbuídos do atributo da neutralidade”²⁸⁵.

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.64-65.

²⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem: 2ª versão*, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.120.

Essas linhas reconduzem a um problema inicialmente posto aqui: o da formação acadêmica do jurista brasileiro. Há uma impregnação dos elementos próprios da “razão”, ou seja, são desprezados outros tipos de conhecimento para se chegar às soluções jurídicas. As idéias de segurança jurídica, de estabilidade e de previsibilidade são todas ligadas a um paradigma racional-científico que leva a perspectivas reducionistas da compreensão. Torna-se, por conseguinte, relevante, o arsenal de instrumentos aptos a ditar os passos desses juízes que não aprenderam a pensar fora da moldura da “razão”. Tem lugar assim os enunciados normativos legislativos e sumulares vinculantes, tendentes a assegurar a funcionalidade do sistema.

Daí que na senda de Lídia Reis de Almeida Prado, impõe-se atentar quanto à necessidade de se reformar a “formação dos magistrados, pois aquela atualmente oferecida reforça a postura convencional do ensino universitário, que enfatiza o legalismo na prestação jurisdicional”, sendo talvez por tal motivo que “vários juízes não se preocupam com o destino das pessoas e dos grupos envolvidos no processo, assim como pelas conseqüências que suas sentenças terão na vida dos litigantes”. Dentro de um “universo iluminista”, o que se concebe é um “Estado com funções bem delimitadas e estanques, desempenhadas pelos três poderes”, competindo ao juiz “julgar e, para a garantia dos direitos, conta-se com a neutralidade da Justiça, que será alcançada se isolar o magistrado da comunidade, do Legislativo e do Executivo”. Dessa maneira, “forma-se a idéia de um Judiciário neutro, como se fosse um produtor de saber científico e, como tal, livre de influências de interesses”, vale dizer, “a salvo de todos os obstáculos ao uso da sua racionalidade na decisão”²⁸⁶.

Tecidas essas linhas, impende arrematar este tópico para avivar que a segurança jurídica precisa de um prumo que desmistifique sua relação com a previsibilidade, ainda que arrimada em efeito vinculante no intuito de uniformização da jurisprudência. Também ela não se resume à fundamentação

²⁸⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium, 2003. p.86-87.

judicial (procedimentalista), ressalvada aquela que representa a síntese da compreensão do caso particular. Deveras, “segurança jurídica não pode ser acomodada a frases feitas, ou a simples expressões. Previsibilidade, legalidade, estabilidade e efeito vinculante” são conceitos inaptos a alicerçarem o que pretendem os juristas com a ficção da segurança jurídica. A compreensão para a aplicação/interpretação do direito não pode ser obnubilada. Se é que existe uma segurança jurídica mínima, é ela dependente de “interpretação contínua. O que é complexo não pode ser tratado por meio de *standards* jurídicos”, aliado ao fato de que a concretização do direito não é obtida por reprodução, mas por atividade produtiva e criativa²⁸⁷.

5.3 COMPREENSÃO VERSUS VINCULAÇÃO

Com a introdução e a ampliação do efeito vinculante no Brasil, passa a ficar mais visível a tensão entre compreensão e vinculação. Decerto, sendo o sistema pátrio filiado ao *continental law*, cuja tradição é de ter como paradigma a legislação, e havendo importação de institutos vinculativos sem as cautelas concernentes às deficiências hermenêuticas locais, a baixa compreensão dos fenômenos jurídico-sociais persiste, com o conseqüente velamento de questões importantes. A vinculação institucionalizada chancela o efeito natural, a eficácia persuasiva ou a coatividade de fato que se constatava na conduta de amplo setor dos juristas (juízes, membros do Ministério Público e advogados), demonstrado a carência de formação estimuladora do pensar.

A vinculação normatizada prossegue com a idéia de um magistrado irresponsável socialmente, sem considerar o que frisado por Paulo Machado Cordeiro, vale dizer: na atividade concretizadora do direito, o sistema abstrato estatui possibilidades de decisão para o juiz, razão pela qual ele deve respeitar os direitos fundamentais e a democracia, bem como direcionar sua atuação prática

²⁸⁷ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a.32, n.149, p.68, jul. 2007.

pela realidade, responsabilizando-se “socialmente pelo conteúdo de suas decisões”²⁸⁸. No entanto, a ênfase do sistema brasileiro é para responsabilizar o juiz por eventual crime de hermenêutica, não havendo uma preocupação com o conteúdo em si da decisão, com a sua concretização, porém com a coerência formal entre a sentença do juiz e os enunciados normativos vinculantes, autorizativos de reclamação constitucional em caso de descumprimento de seus comandos.

Isso leva a uma preponderância da vinculação sobre a compreensão. Parafraseando Richard E. Palmer, depara-se com um jurista que continua carente de uma compreensão apta a servir de lastro à interpretação/aplicação e a moldar e condicionar a interpretação. O efeito vinculante deixa encoberta a falta de pré-compreensão e de uma necessária “interpretação preliminar”, que, se presente, pode provocar “toda a diferença (mudança), porque coloca o palco para uma interpretação subsequente”²⁸⁹. É que o método utilizado para aplicação do efeito vinculante no Brasil já reduz o campo da pré-compreensão, pois, a metodização e a procedimentalização já implica uma interpretação/aplicação abreviadora do caminho reflexivo para a compreensão.

É preciso, na perspectiva fenomenológico-existencialista, pôr luz na problemática da atividade hermenêutica. Não deve ser essa entendida como um tipo de extração do texto, em abstrato, como se, por exemplo, a norma fosse deduzida do precedente pelo intérprete, para depois fazê-la incidir sobre o caso concreto. Impende que a norma jurídica seja formada num contexto não-metafísico: fase processual (tempo), texto e caso concreto (ser), sem olvidar, desse modo, o contexto social e ético. Fala-se, pois, em norma jurídica *in concreto*.

Todavia, a formação do jurista de “base kantiana”, como aduz Kelly Susane Alflen da Silva, impele que a “realização do processo do entender” seja

²⁸⁸ CORDEIRO, Paulo Machado. *A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2007. p.100.

²⁸⁹ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p.33.

efetivada “pela universalidade da comunicação, a qual implica em uma noção de espírito (autoconsciência) que transcende tanto o objeto quanto os sujeitos individuais comunicáveis entre si”. A bipolaridade da relação entre sujeito e objeto retrata bem a característica racionalizante do ser humano refratária à compreensão: é que, nessa visão, existe uma contraposição entre o mundo objetivo transcendente e o ser individual, mormente quanto à qualificação predicativa dada àquele por este. Isso é correspondente à “subsunção, que consiste na qualificação de um fato jurídico pela hipótese contida na norma jurídica”, ou seja, “no estabelecimento do liame lógico entre uma situação concreta, específica, com previsão genérica, hipotética da norma, pelo aplicador da lei”. Em uma palavra, “*subumo ere*, do latim, que literalmente significa tomar o lugar de”, isto é, “a assunção da tensão problemática pelo predicativo qualificativo que a resolve”²⁹⁰.

Sob prisma diverso – mas que direciona o intérprete à via da metafísica presente no efeito vinculante –, o aumento do número de feitos judiciais no Brasil seria justificador da adoção do efeito vinculante a partir das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, seria renovado o prestígio à noção iluminista de segurança jurídica, consoante esposado por José Augusto Delgado. A relevância da segurança jurídica, como sobreprincípio do ordenamento jurídico brasileiro, consiste em “chamar a atenção para os efeitos de estabilidade por ela gerada e a confiabilidade que os cidadãos passam a ter, especialmente no Poder Judiciário, quando, em tal âmbito, ela é cultuada”. Para o autor, o objetivo fundamental da segurança jurídica é “gerar a estabilidade dos postulados, dos princípios e das regras constitucionais e infraconstitucionais quando aplicadas nas relações jurídicas em situações de conflitos”. De tal sorte, chega ele à conclusão de que a jurisprudência “é um dos instrumentos que, quando adequadamente manipulada, contribui para consagrar a força da segurança jurídica e instalar, com

²⁹⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.167-168.

a solução de modo uniforme dos conflitos, confiabilidade”, em virtude “da previsibilidade de regras conhecidas e estáveis que os regulam”²⁹¹.

Compreende-se a angústia do jurista e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que sente de perto as oscilações jurisprudenciais sobre um mesmo tema. Em curto espaço de tempo, acontece de um mesmo órgão jurisdicional, cuja composição não se modificou, alterar seu entendimento, em abstrato, sobre um mesmo assunto. As divergências – sempre em abstrato, frise-se – são observadas entre órgãos distintos de um mesmo tribunal e, com mais freqüência, entre órgãos jurisdicionais de graus diversos. A ironia das controvérsias forenses está no fato de que, em regra, elas guardam “o compromisso com o raciocínio positivista, arraigado na cultura jurista do Brasil”, que tem o hábito de “resolver” os conflitos sociais “por intermédio do velho silogismo aristotélico-tomista e seguindo o método cartesiano que opõe o sujeito ao objeto, relegando a plano secundário o ser dos entes”²⁹².

Nesse contexto, urge colocar luz sobre os prejuízos que o efeito vinculante brasileiro ocasiona à compreensão, notadamente em face da pouca preocupação com a efetiva solução do problema em concreto. A prevalência da idéia simplista de se padronizar os julgados de acordo com o dito pela instância superior – conferindo uma superficial uniformidade jurisprudencial – quer aparentar ser um fator para o que se sustenta ser segurança jurídica, quando, na realidade, visa atender interesses encobertos pelo discurso jurídico insincero que alimenta a postergação do (des)compromisso constitucional. Trata-se de uma espécie de simbolismo caudatário de um “compromisso dilatatório” que “serve para adiar a solução de conflitos sociais”²⁹³, mas que se esconde por detrás do que

²⁹¹ DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105>. Acesso em: 29 jun. 2008. p.14.

²⁹² ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: impossibilidade de argüição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.66.

²⁹³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.224.

André Ramos Tavares alvitra como “um dos motes da súmula vinculante”, qual seja: “o combate à insegurança jurídica decorrente da aplicação equivocada ou díspar do Direito brasileiro”, decorrente, por exemplo, de “controvérsia entre órgãos judiciais e entre estes e a Administração Pública”²⁹⁴.

Entrementes, o instituto da vinculação, como observado por Lenio Luiz Streck, “muito antes de agilizar o sistema”, provoca o esquecimento da singularidade dos casos e propicia o velamento de que as questões de fato e de direito estão sempre intrincadas. De forma subjacente a todo essa questão hermenêutica está a realidade de “uma justiça lenta e, no mais das vezes, ineficaz”²⁹⁵. Curiosamente, os reformistas simpatizantes do “direito comum” e de outros institutos estrangeiros não mencionam outras peculiaridades do sistema, em especial, da acomodação do pensamento do jurista em confronto com a realidade de um país que não amadureceu socialmente de forma bastante.

Deveras, permanece na penumbra a realidade da desconfiança que se tem na magistratura de primeiro grau e, junto com ela, na falta de investimento na preparação dos juízes e, originalmente, dos acadêmicos de direito com formação preponderantemente dogmática. Tal realidade justifica a súmula vinculante, isto é, necessário se faz um controle bem regado de um profissional sem base para a compreensão da vida. É importante acrescentar a essa tomada de consciência a inclusão da “noção de responsabilidade: responsabilidade não só do juiz, como contrapeso ao aumento de poderes”, mas também dos protagonistas das demandas, “para que as postulações sejam sérias”. Essa responsabilidade não equivale a uma responsabilidade descompromissada (restrita à ameaça de reclamação constitucional) e que não incide a partir do momento em que o juiz segue o julgado ou a súmula paradigma como razões de decidir. Impende, portanto, que seja prestigiada uma “hermenêutica de linha ontológica como fase preliminar para encontrar uma saída para a ‘retórica’” da linguagem-objeto, “sem

²⁹⁴ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007. p.41.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.849.

ressonância na realidade fática”. Este é o passo tendente ao desvio necessário “da cotidianidade e da sacralidade dos dogmas: é um incentivo ao exercício do pensar”, porquanto “o pensamento é uma qualidade essencial do ser humano e não é razoável que seja subutilizado”²⁹⁶.

5.4 ÉTICA, EFEITO VINCULANTE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A exposição até aqui desenvolvida culmina em mais de uma indagação, quais sejam: (1) diante da realidade brasileira, com juristas de formação acadêmica predominantemente dogmática e com juízes acostumados a aplicar o direito de maneira dedutiva, a idéia de vinculatividade é imprescindível para o melhor funcionamento do ordenamento jurídico?; (2) será satisfatório, do ponto de vista ético, uma uniformização de jurisprudência que retrate um Poder Judiciário hábil a dar rápidas respostas a processos repetitivos, eis que impelido pelo volume crescente de processos?; (3) a tendência à vinculação dos enunciados normativos emanados do Legislativo e do Judiciário é inexorável, eis que condiz com a natureza do ser humano, tratando-se assim de um “mal necessário”?; (4) os instrumentos vinculativos são realmente aptos a “desafogar” o Judiciário?; (5) as reformas legislativas que trasladam institutos estrangeiros para o Brasil têm viabilizado a concretização do direito?; (6) nesse contexto, como criticar sem perder a autocrítica?; (7) o direito precisa conviver com a ficção do consenso, razão pela qual a proteção da singularidade restaria perdida?; em suma, (8) não há uma saída para uma aplicação do direito concretizadora no Brasil, sendo impositivo o “eterno retorno” à “retórica” e à função simbólica para que seja dada sustentabilidade ao sistema?

Há de se entender que existe uma saída para que o direito brasileiro saia do plano declarativo e seja efetivamente transformador da realidade. Mas essa solução demanda mudança de comportamento. As possibilidades de

²⁹⁶ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Procedimento ordinário e razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.104, n.395, p.280, jan.-fev. 2008.

compreensão permanecem escondidas por detrás de um discurso excessivamente positivista que acaba por moldar um jurista eminentemente técnico, isto é, com capacidade para manejar regras postas em textos normativos ou jurisprudenciais. Ao lado disso, está a linguagem consistente em instrumento de manipulações e que rodeia as questões sociais sem desejar sinceramente dirimi-las. Frente a essa situação, importa a ampliação da percepção de mundo dos profissionais da área jurídica, a fim de que priorizem soluções que se direcionem contra as causas dos problemas sociais, acautelando-se contra outras de natureza paliativa, não para refutá-las em si, mas para perceber o contexto de destino e as motivações da criação de institutos alienígenas, a fim de escoimar disfunções na aplicação do direito.

Com essa visão, a efetividade dos direitos será encontrada por intermédio de adequada atividade hermenêutica. Diante de um enunciado abstrato, o intérprete deve estar atento para suas pré-compreensões, em compasso com uma tomada de consciência histórica de sua tradição. Mas não só o intérprete, também o legislador e todos os agentes que participam da concretização de direitos precisam estar cientes de seus papéis. É nesse sentido que George Sarmento explicita, ao tratar da presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro, que a norma constitucional que a estabeleceu “é dotada de alto grau de abstração, exigindo mediação concretizadora do legislador e do juiz no sentido de construir seu conteúdo e determinar as conseqüências de sua aplicação”, devendo a presunção de inocência “ser discutida, desmistificada” e “compreendida na exata dimensão”, evitando-se “equivocos quanto à sua aplicação”²⁹⁷.

Ademais, não deve ficar esquecida a questão que envolve a edição de súmulas vinculantes – mormente no que toca ao problema da abstração das particularidades –, porquanto “a generalização sistemática” implica “experiências hermenêuticas precedentes” nas quais “já se abstraiu de muitas histórias típicas,

²⁹⁷ SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.219.

tendo em vista a multiplicidade dos casos individuais”, pelo que a interpretação genérico-universal, de forma análoga ao efeito vinculante dos precedentes judiciais, acaba por estabelecer “um vocabulário estandardizado. Ela não apresenta um processo típico senão que descreve, em conceitos-de-tipo, o esquema para uma atividade com variantes condicionais”²⁹⁸. Note-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a súmula veio coroar um caminho de sucessivas técnicas abstrativas, tais como: legislação em sentido amplo, decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade e ações coletivas cuja decisão produz efeito *erga omnes*.

A propósito da introdução das ações coletivas no Brasil, não é dispensável uma observação mais detida, especialmente quando se vê o jurista que ousa criticar tais demandas é liminarmente tido por reacionário. Aqui não se está a depor contra as virtudes das ações coletivas, mas a trazer um exemplo de “uniformização” de julgamento que, não fosse em razão da *class action*, careceria de apreciação singular, caso por caso. Com o entendimento das razões das contendas coletivas, que visam proteger direitos difusos e coletivos, será possível perceber os limites da ética da universalidade. Vale dizer, se a vida coletiva demanda um regramento mínimo que seja conhecido dos membros da comunidade, não menos exato é que há um núcleo de intangibilidade, sobre o qual não é adequado recair uma padronização, sendo antes impositiva uma contínua compreensão.

O ponto de partida para a colocação acertada da questão é o de saber quais razões vêm sendo afirmadas para justificar as ações coletivas. Não é apenas um motivo, frise-se, porém vários. Todavia, um chama a atenção pela coincidência com os argumentos para a introdução da súmula vinculante, qual seja, o de objetivar reduzir o número de feitos ou de causas repetitivas, com “eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p.279.

uma única ação coletiva”²⁹⁹. A depender da forma como manejada a ação coletiva e da natureza do provimento jurisdicional pretendido, o resultado da demanda será vantajoso e mais efetivo do que as múltiplas ações individuais.

O risco, contudo, conduz a uma questão hermenêutica, que é relativa ao jurista compreender quando a ação coletiva, não obstante pareça “acelerar” a resolução do litígio, encubra, retoricamente, suas múltiplas dificuldades concernentes à concretização da pretensão deduzida. É que há uma moeda com dupla face, porquanto, de um lado, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “o tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição”, sendo por seu intermédio “que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça”³⁰⁰, e, de outro, o desfecho da demanda pode se estender demasiadamente e, a depender da natureza da pretensão e do número de interessados, desaguar em uma fase de execução extremamente complicada.

Nesse diapasão, a ação coletiva se revela pedagógica para a compreensão do efeito vinculante em seu aspecto uniformizador e de sua tensão com a concretização do direito. O manejo imprudente da *class action* pode frustrar sua justa expectativa e a sua banalização é de todo inconveniente. Além desse aspecto, impõe-se que se retome o fio condutor histórico-lingüístico da inserção das ações coletivas no Brasil, atentando-se que elas “são derivadas das *class actions* norte-americanas por via indireta, através da doutrina italiana”. Isso porque o campo onde inicialmente floresceu tais demandas é distinto do brasileiro, isto é, “a ideologia jurídica dominante nos sistemas de *common law* é avessa a abstrações e extremamente tolerante com a desordem e a incoerência lógica do sistema, como um preço a ser pago pela possibilidade de realizar uma justiça

²⁹⁹ GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p.25-26.

³⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe (orgs.). São Paulo: RT, 2007. p.12.

individualizada” consoante a hipótese concreta. Resulta daí “um sistema extremamente complexo – tão complexo quanto as relações sociais existentes – que não se presta a generalizações e sistematizações fáceis”³⁰¹.

Está dessa maneira posta a questão. Há duas posições que podem ser chamadas de extremadas sobre as ações coletivas. Ambas não atentam para uma hermenêutica filosófica que prestigie a compreensão: (1) a primeira que, em face de qualquer ponto de coincidência entre o direito das pessoas envolvidas, o manejo generalizado da ação coletiva, para fins de obtenção de um provimento único que resolva a questão; e, (2) a segunda, filiada a corrente dita reacionária, só concebe desvantagens para o tratamento coletivo dos conflitos, reputando que com ela haverá um estímulo à litigiosidade.

Os elogios às ações coletivas deixam na penumbra um relevante aspecto, especialmente quando através elas se enquadrem na categoria “condenatória”, mercê de sua eficácia preponderante, conforme a doutrina de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. É que a “ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*com-damnare*)”. Desse modo, “não se vai até a prática do com-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danação, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação”, competindo à demanda de natureza executiva, “depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico”³⁰².

Em outras palavras, uma ação coletiva condenatória deixa encoberto o fato de que sua sentença de procedência só significará uma exortação ao devedor para cumpri-la, cabendo aos credores individuais, titulares de direitos individuais homogêneos por exemplo, o dificultoso ônus de demandarem uma demanda executiva superveniente. Se muitos forem os interessados e se suas pretensões

³⁰¹ GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p.18.

³⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*: tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998. p.135.

forem distintas, carecendo de cálculos, é possível que a solução final da *quaestio* se mostre como realidade distante. Para evitar esse inconveniente, tem lugar o papel do jurista comprometido com um discurso que não seja simplesmente retórico.

É assim que Ovídio Araújo Baptista da Silva, examinando as cinco classes de ações mencionadas por Pontes de Miranda, sustenta que sejam elas classificadas em quatro: declaratórias, constitutivas, executórias e mandamentais, porquanto a sentença condenatória deveria ser encarada como simples “acertamento” de uma demanda genuinamente executiva, chamando a atenção que efetivamente não existe “uma categoria chamada ação (de direito material) condenatória”. É que o fenômeno da “experiência forense, é, antes, puro exercício de pretensão, não ainda exercício de ação (de direito material). A ação de direito material só será exercida por meio da ação de execução”. Assim, o autor conclui que “Pontes de Miranda, propondo-se a um estudo dogmático”, restou obstado de “ver o componente ideológico da sentença de condenação”³⁰³.

Há uma abertura, com essa ilação, para o antídoto contra o reducionismo sociológico: a linguagem enquanto constitutiva do direito. Com ela deve estar aliada uma semiologia do desejo que decodifique o que não foi possível pelas mãos da semiótica tradicional e da semiologia do poder. Vê-se, de tal sorte, que o manejo de instrumentos uniformizadores tem cabimento, porém supedaneado em (pré-)compreensão. Como exemplo de baixa compreensão, tem-se a forma como o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão de emissão da Súmula Vinculante n.º 8, que declarou a inconstitucionalidade da previsão de prescrição e de decadência decenal para os créditos tributários de natureza previdenciária³⁰⁴. É que estatuiu a Suprema Corte que o efeito da

³⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.241-242.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 8*. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

declaração era *ex nunc* para impedir que fossem ajuizadas novas execuções, bem como para obstar que a Fazenda venha a dar prosseguimento às ações em curso. No entanto, contraditoriamente – mas fiel ao intuito de querer diminuir o número de processos das prateleiras –, vedou a repetição de indébito aos contribuintes que recolheram contribuições prescritas e decaídas com esteio em lei inconstitucional, ferindo, de tal maneira, o princípio da isonomia³⁰⁵.

Deveras, o jurista deve enxergar não só as possibilidades negativas da utilização negligente de demandas coletivas (por exemplo, para o fim simplista de facilitar o julgamento de litígios semelhantes), como também deve perceber que ela pode ser hábil à transformação do *status quo*, haja vista que se trata de “uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia em um único processo”, permitindo uma “visão global e unitária da controvérsia”, para que o Judiciário considere todos as nuances do conflito. De mais a mais, as ações coletivas se voltam contra “o principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida da tutela coletiva de direito”, que “é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade”³⁰⁶.

É desse modo que é possível compreender a doutrina das demandas coletivas em cotejo com o efeito vinculante e a concretização do direito. O espaço ético que se mostra não é em si mesmo exclusivamente coletivo ou apenas singular: o que se vê no fundo do túnel é uma compreensão de cariz hermenêutico filosófico. A concretização do direito se dá com a prévia compreensão e, a partir daí, com a interpretação/aplicação do direito: interpretar é aplicar o direito em um contexto concreto. A realidade atinente à proliferação de feitos judiciais, que pretende autorizar a aplicação das teorias vinculativas no Brasil, deve ser compreendida com os seus efeitos circundantes. Importa que sejam realçados os

³⁰⁵ BRITO, Edvaldo. Cai o abuso das cobranças do INSS. *A Tarde*, Salvador, 24 jun. 2008. Coluna Judiciárias.

³⁰⁶ GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p.33.

óbices interpretativos ocasionados pelo efeito vinculante, evidenciando as raízes liberais e cartesianas, que prendem o intérprete, o jurista e o legislador, impedindo-os de adotar posturas que tornem o discurso além de válido, efetivo.

As alternativas niveladoras dos aspectos individuais a partir de um dado padrão fechado redundam em injustiças e em perda de credibilidade do judiciário. Tais conseqüências advêm de não se acurar para as diferenças ontológicas dos casos concretos, com sacrifício do trabalho interpretativo. Impende que se questionem os métodos hermenêuticos clássicos que cuidam das normas jurídicas como uma relação entre sujeito e objeto, tratando o ente enquanto ente – e não em seu “ser” –, para direcionar a atividade interpretativa para um contexto fenomenológico em que se tenha o precedente judicial, o caso concreto, o magistrado/intérprete, a fase processual, como existenciais na conjectura de um determinado tempo, num determinado contexto. Visa-se tratar a atividade interpretativa como produtiva do direito (não reprodutiva), de molde a se clarificar que a norma jurídica só passa a existir em concreto, apontando a fragilidade do efeito vinculante.

Calha ainda uma palavra final. Existe uma crise da ética e com ela uma perda de autocrítica que faz com que o jurista não perceba o ilusionismo do direito. Para tornar mais desfavorável a situação, há um desentendimento entre os protagonistas do direito. Se há uma ficção do consenso, é preciso se ter consenso de que o mundo do direito, tal como está sistematizado no Brasil, equivale a uma ficção para o plano da realidade. Em acréscimo, com Lenio Luiz Streck, forçoso é convir que há um predomínio do modo de pensar positivista, no âmago do qual existe o que ele denomina de “estado de natureza hermenêutico”. Contra esse contexto selvagem, o autor sugere a “metáfora da resposta correta”, que assim é compreendida por depender do horizonte fundido quando da aplicação do direito, visando evitar a “discricionariedade/arbitrariedade positivista”. A súmula vinculante, diferentemente do que parece, é tanto apta a perpetuar o dedutivismo como a institucionalizar o decisionismo, com o agravante de fazer crer “que é possível lidar com os conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos

concretos”, resultando, paradoxalmente, no “império das múltiplas respostas” que “se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato”³⁰⁷.

Em arremate, cumpre destacar a necessidade de que a concretização do direito não se restrinja ao plano normativo. Importa que o jurista desperte da cotidianidade que está mergulhado, “des-velando” os reais problemas que prosseguem continuamente. A ética não é privativa do discurso do coletivo ou do individual, nem condiz com o paradigma científico. Para que a aplicação/interpretação do direito passe a ser concretizadora, deve partir de uma compreensão prévia e isso envolve detalhes que se iniciam com a formação acadêmica e perpassam a historicidade do ser-no-mundo seguindo o fio condutor da linguagem. Essa mudança de postura viabilizará que se coloque luz sobre o óbvio: existem graves disparidades sociais no Brasil que precisam ser resolvidas antes da importação de mais instrumentos jurídicos de vinculação, originários de países que já alcançaram privilegiado amadurecimento econômico-social.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.415-416.

CONCLUSÕES

Completado o desenvolvimento do estudo sobre efeito vinculante e concretização do direito, é chegado o momento de destacar as conclusões que são depreendidas do texto. Coerente com a hermenêutica filosófica baseada em uma ontologia fundamental e em compasso com uma semiologia adequada a obstar que o poder se confunda com o desejo dos que o detém, o ensaio propicia descobertas que não seriam possíveis se utilizado o esquema objetificante sujeito *versus* objeto arrimado em uma linguagem-instrumento de índole estritamente lógico-formal.

O exame do efeito vinculante no Brasil pressupõe contextualização histórica com vistas aos sistemas continental (*civil law*) e anglo-saxão (*common law*). Um sistema seria, em princípio, refratário aos fundamentos do outro. Isso não tem ocorrido, porém. Ambos os sistemas estão sofrendo mitigações em suas purezas. Para visualizar o problema, não é dispensável o estudo das principais correntes filosóficas da linguagem.

A compreensão do efeito vinculante das decisões judiciais está intimamente ligada com tais questões. A forma de se entender a linguagem pode denunciar um (des)compromisso com a tradição, entendida como o complemento do ente em seu contexto, seguindo um fio histórico de sua condução. Decerto, as teorias convencionalistas da linguagem não levam em consideração a idéia de fluxo, que acompanha a modificação paulatina do discurso no correr da história, sem interromper o fio condutor da tradição.

A concretização do direito tem capo fértil com a hermenêutica filosófica. A linguagem deixa de ser vista como instrumento pelo qual veicula o direito para se tornar sua parte constitutiva. Com essa premissa, o efeito vinculante dos precedentes judiciais será entendido a partir do problema da consciência histórica, sem que se despreze, assim, o construído por correntes anteriores e antagônicas, de molde a formar uma interpretação não-metafísica tendente à solução da questão.

O efeito vinculante dos precedentes judiciais pode implicar uma abstração conducente à não adequação da aplicação do direito. A hermenêutica filosófica viabiliza a compreensão das possibilidades que se abrem quando de julgamentos de casos aparentemente idênticos. A atividade interpretativa a partir de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – conducente ao desvelamento das diferenças ontológicas das hipóteses concretas –, é o corretivo necessário para que não se banalize, ainda mais, o papel judicial através da utilização de verbetes de súmula vinculante, sem fundamentação adequada, frustrando, desse modo, a concretização do direito.

Se é certo que o princípio da separação de poderes não pode ser abolido total ou parcialmente, certo também que ele não deve ser tido como um dogma intransponível. As conseqüências dos excessos dogmatistas são conducentes a posturas reducionistas do pensamento. A crítica ao dogma da tripartição de funções deve ser de índole hermenêutica. A separação de funções inflexível se compadece com a maneira formal de ser do ensino jurídico brasileiro.

O alcance do efeito vinculante consiste em hierarquizar os julgamentos pelo Poder Judiciário, sufragando a exegese clássica de fundo liberal prestigiada pela maioria dos juristas brasileiros, na senda do renovado formalismo jurídico. A “racionalização” do modo de aplicação do direito, com imposição de ônus para o magistrado que se desviar de suas diretrizes (com possíveis implicações negativas para a “carreira”), vem a legitimar as deficiências do ensino jurídico, que ainda objetivam a formação de um profissional “enciclopédico” capaz de dar respostas às questões judiciais mediante silogismos.

O sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro é formado de múltiplas possibilidades de se considerar inconstitucional um enunciado normativo em sede abstrata ou concreta. Um enunciado normativo pode ser manifestamente inconstitucional, cuja aferição deste vício seja verificável pelo simples cotejo entre o texto constitucional e as disposições infraconstitucionais. Contudo, há situações em que não há incompatibilidade vertical abstrata entre o enunciado legal e o enunciado da Constituição, mas

quando de sua aplicação em concreto, hipótese em que o intérprete se depara com situação de inconstitucionalidade, por violar, por exemplo, o princípio da dignidade humana.

Para a concretização do direito é mister o “des-velamento” dos aspectos que se encontram encobertos pela linguagem convencional e que circundam as possibilidades de compreensão das conseqüências do efeito vinculante institucionalizado na realidade de país de tradição romanística (*civil law*). A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é uma das que encobre um discurso do desejo do intérprete. A abrangência do efeito vinculante a partir do que se tem por *ratio decidendi* e por fundamentos *obiter dicta* é uma forma de manipular o resultado processual. Com lastro nas teorias da argumentação, é possível ao juiz bem fundamentar sua decisão e sustentar quando deve seguir ou quando deve se afastar do efeito vinculante. No final das contas, esse modo de proceder se desvia da essência dos conflitos sociais para se centrar na figura do magistrado. A oposição entre *ratio decidendi* e *obter dictum* prestigia uma aparente segurança jurídica a partir do princípio do respeito aos precedentes e da necessidade de uma carga de argumentação bastante para que não se adote o que julgado no caso anterior.

O efeito vinculante serve de remédio para amenizar um sistema jurídico que funciona precariamente. Os debates giram em torno do número de processos e dos dados estatísticos, ressaltando uma celeridade aparente. As deficiências estruturais permanecem. As propostas de modificação do ensino ou do processo seletivo de bacharéis para o serviço público se mostram tímidas. Não se vê indagação sincera sobre os motivos pelos quais não há confiança no magistrado brasileiro. Junto com tal problema está a falta de questionamento a respeito das limitações interpretativas que podem advir dos instrumentos normativos vinculantes.

Formado o texto sumular – mais reverenciado, no Brasil, do que os diplomas legislativos –, ao lado dos problemas de sua edição sem maiores cautelas, um outro fator vai tornar a questão hermenêutica mais delicada, qual

seja: o vezo brasileiro de se aplicar o direito dedutivamente, ou seja, basta que aparentemente o caso se encaixe em uma abstração frasal para que o magistrado encerre-o pelo mérito.

Falar em fundamentação judicial suficiente não é suficiente para que o direito se concretize efetivamente. A motivação dos julgados pode ser um artifício para desviar o foco dos fatos para o plano jurídico, ou seja, uma decisão bastante fundamentada pode não retratar que existiu compreensão do conflito para que se pudesse interpretar/aplicar o direito. Aqui reside a crítica às teorias da argumentação, à tópica e ao procedimentalismo. A utilização da linguagem enquanto instrumento retórico tende a deixar velados aspectos ligados ao subjetivismo do intérprete.

Com a introdução e a ampliação do efeito vinculante no Brasil, passa a ficar mais visível a tensão entre compreensão e vinculação. Decerto, sendo o sistema pátrio filiado ao *continental law*, cuja tradição é de ter como paradigma a legislação, e havendo importação de institutos vinculativos sem as cautelas concernentes às deficiências hermenêuticas locais, a baixa compreensão dos fenômenos jurídico-sociais persiste, com o conseqüente encobrimento de questões importantes. A vinculação institucionalizada chancela o efeito natural, a eficácia persuasiva ou a coatividade de fato que se constatava na conduta de amplo setor dos juristas (juízes, membros do Ministério Público e advogados), demonstrado a carência de formação estimuladora do pensar.

Por derradeiro, as excessivas alternativas niveladoras dos aspectos singulares a partir de um dado padrão geral redundam em injustiças e em perda de credibilidade do judiciário. Tais conseqüências advêm de não se acurar para as diferenças ontológicas dos casos concretos. A sua vez, os métodos hermenêuticos clássicos, na esteira de uma relação entre sujeito e objeto, tratam o ente enquanto ente – e não em seu “ser” –, dando azo a reducionismos. Para retificar tal aspecto, seria mister se afastar do cientificismo e se tomar consciência da denominada viragem lingüística que, na esteira do que se vem escrevendo até aqui, evidencia a fragilidade da forma vinculativa de aplicação do direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e monografias

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: impossibilidade de arguição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da pesquisa: monografia dissertação e tese*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

- CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução: Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v.I.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORDEIRO, Paulo Machado. *A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho: y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1964.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- _____. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- DUARTE NETO, Juvenal José. *Súmula vinculante como instrumento de efetividade do princípio da igualdade e o controle difuso de constitucionalidade*. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução: Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. Tradução: Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.
- FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução: Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- _____. *Elogio da teoria*. Lisboa: Edições 70, 1983.
- _____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005.
- GIDI, Antonio. *A "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005.

_____. *Ser e tempo: parte II*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Fundamentación egológica de la teoria general del derecho*. Tradução: Juan Carlos Manzanares. Buenos Aires: Eudeba, 1974.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, José. *O homem e a gente: intercomunicação humana*. Tradução: J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.
- PAUPERIO, Leonardo Tochetto. *A cidadania mínima: relação jurídico-constitucional da extinção da fome e do alívio voluntário da dor*. 2005. 176 f. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: tomo 1*. Campinas: Bookseller, 1998.

- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium, 2003.
- RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro: a formação dos magistrados no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- _____. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SCHAPP, Wilhelm. *Envolvido em histórias: sobre o ser do homem e da coisa*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça: filosofia contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos Galvão Montagnoli. 5. ed. Bragança Paulista: São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: Tradução: Tiago J. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

Artigos de periódicos

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Linguagem, interpretação e decisão judicial. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, a.2007.1, n.14, p.419-436, jan.-jun. 2007.

_____. Procedimento ordinário e razoável duração do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.104, n.395, p.251-280, jan.-fev. 2008.

_____. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a.32, n.149, p.52-70, jul. 2007.

ARAÚJO, Érica Oliva Barretto de. A súmula vinculante e sua introdução no direito brasileiro pela reforma do Judiciário. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, Salvador, a.4, n.7, p.61-69, set. 2005.

BILAC PINTO. Finanças e direito: a crise da ciência das finanças – os limites do poder fiscal do Estado – uma nova doutrina sobre a inconstitucionalidade das leis fiscais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.36, n.82, p.547-562, jun. 1940.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.20, n.3, p.91-103, mar. 2008.

BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.205-224, 2003.

_____. Cai o abuso das cobranças do INSS. *A Tarde*, Salvador, 24 jun. 2008. Coluna Judiciárias.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade

do art. 285-A, do Código de Processo Civil, com o sistema processual vigente. *Revista da AJUFE*, Brasília, a.23, n.85, p.127-144, jul.-set. 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipa-díssimo da lide. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a.7, n.2, p.103-136, jul.-dez. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Súmula vinculante: uma realidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.19, n.7, p.21-23, jul. 2007.

MENDES, Sérgio da Silva. Hermenêutica nomadológica ou “lê droit comme rhizome”: a impossibilidade do “princípio” da razoabilidade no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.104, n.395, p.281-322, jan.-fev. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a.1, n.4, p.57-68, jul. 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. O embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança no raciocínio jurídico. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, a.2007.1, n.14, p.131-149, jan.-jun. 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na Lei n.º 11.417/2006. *Revista do CEPEJ*, Salvador, a.9, n.8, p.101-111, jul.-dez. 2007.

SCHREIBER, Simone. Reflexões sobre a concepção de justiça em Chaïm Perelman e sua aplicação ao debate atual sobre a construção uniformização da jurisprudência no Brasil. *Revista da AJUFE*, Brasília, a.22, n.78, p.333, out.-dez. 2004.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Princípios, tradição e a (única) resposta certa em direito. *Revista CEJ*, Brasília, a.11, n.38, p.44-49, jul.-set. 2007.

_____. O acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica que se processa por meio da linguagem. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, a.19, n.8, p.33-46, ago. 2007.

Capítulos, prefácios, apresentações e introduções de livros

BACON, Francis. Novo Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Tradução: José Aluísio Reis de Andrade. *Os pensadores*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p.27-217.

BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.7-13.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.VII-CXIV.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.194-214.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover; Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe (orgs.). São Paulo: RT, 2007. p.12.

HEIDEGGER, Martin. Que é metafísica. Tradução: Ernildo Stein. *Os pensadores*: XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.223-261.

KINOUCI, Renato Rodrigues. Introdução. In: PEIRCE, Charles Sanders. *Ilustrações da lógica da ciência*. Tradução: Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida: Idéias & Letras, 2008. p.7-30.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos Galvão Montagnoli. 5. ed. Bragança Paulista: São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.7-9.

OLIVEIRA, J. Tiago de. Alguns comentários sobre o “Tractatus”. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: Tiago J. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p.IX-XXXII.

SANTOS, Gérson Pereira dos. Introdução. In: HART, Hebert L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SANTOS, José Trindade. Introdução. In: PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.9-42.

SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.217-243.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.177-193.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.103-137.

_____. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.265-281.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.263-284.

_____. A ação condenatória como categoria processual. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.233-251.

STEIN, Ernildo. Apresentação: novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.XI-XVII.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.153-185.

VILANOVA, Lourival. Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI; IBET, 2003. v.2. p.463-498.

Legislação e documentos normativos

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*. Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6024*. Informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6027*. Informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6028*. Informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*. Informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 12225*. Títulos de lombada. Rio de Janeiro, 1992.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724*. Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Código de processo civil. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.401-485.

BRASIL. Constituição (1988). In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.7-71.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1590-1592.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. In: *Vade mecum*. Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes (orgs.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1653-1654.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo administrativo n. 4.477-72, Brasília, 18 de abril de 1977. Diário da Justiça da União, Brasília, 15 mai. 1977, p.3123-3124.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

Artigos da *Internet*

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Critérios Objetivos para aferição de merecimento de magistrados candidatos a promoção ou remoção em face da Emenda Constitucional 45/2005. *Revista Doutrina do Tribunal Regional Federal Quarta Região*, Porto Alegre, n. 20, p.10, 29 out. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105>. Acesso em: 29 jun. 2008.

GRUPO RECONSTRUÇÃO: Uma nova proposta para a magistratura do Rio de Janeiro. Minutas de resolução fixando critérios objetivos de merecimento. Disponível em: <http://www.gruporeconstrucao.com.br/home/artigo.asp?id_artigo=14>. Acesso em: 26 jun. 2008.

VALOR ECONÔMICO. Legislação & tributos. Supremo reúne súmula vinculante e repercussão geral em decisão inédita. Disponível em: <<http://a-ponte-aponte.blogspot.com/search/label/imprensa>>. Acesso em: 5 mai. 2008.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, Brasília, 6 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação de enunciados de súmulas vinculantes proferidos na seção plenária de 30 de maio de 2007, que integram a ata de julgamentos da 15ª (décima quinta) sessão ordinária publicada no Diário da Justiça de 14 de junho de 2007. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 13 ago. 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJ1_2007_08_13.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 72.054/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, Brasília, 11 de outubro de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 72.071/GB, Relator Ministro Thompson Flores, Brasília, 1 de setembro de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 1. Ofende a garantia do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 2. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 6. Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante* n. 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1a9.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.