UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

THIAGO ANTON ALBAN

SÚMULA VINCULADA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA SÚMULA VINCULANTE

Salvador
2012

THIAGO ANTON ALBAN

SÚMULA VINCULADA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA SÚMULA VINCULANTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de conhecimento: 6.01.01.00-8.

Área de concentração: Direito Público - Mestrado

Linha de pesquisa: 1.3 (Limites do discurso jurídico)

Orientadora: Profª. Drª. Marília Muricy Machado Pinto

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO ANTON ALBAN

SÚMULA VINCULADA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA SÚMULA VINCULANTE

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

_____

_____

_____

Salvador, de de 2012

DEDICATÓRIA

À Ana Thereza Meirelles, sem a qual teria sido impossível ingressar nos quadros do Mestrado, e que hoje se tornou uma companheira querida.

AGRADECIMENTOS

Esta obra não seria possível sem o auxílio de inúmeras pessoas que conheci durante a minha trajetória e que me ajudaram a escrever, intersubjetivamente, essas linhas.

Primeiramente, gostaria de registrar o prazer de ter sido orientando da Prof. Marília Muricy, a qual, em poucos minutos de conversa, é capaz de derrubar todas as fundações sobre as quais o pensamento do aluno foi baseado durante anos, abrindo-lhe os olhos para novos caminhos, e a mente para novas ideias.

Agradeço, também, à Prof. Maria Auxiliadora Minahim, que muito gentilmente participou do exame de qualificação e, também em poucos minutos, teceu considerações da mais alta relevância, que resultaram em uma mudança no rumo que este trabalho tomava até então.

Agradeço aos Profs. Paulo Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo Casali, com os quais convivi durante vários dias e discuti, por algumas vezes, o tema desta dissertação, bebendo o máximo possível do vasto conhecimento que possuem sobre o Direito, tanto em sua abordagem dogmática, quanto em sua abordagem filosófica.

Ao Prof. Antônio Sá da Silva, do qual fui tirocinista na disciplina Filosofia do Direito, que sempre me atendeu com a simpatia e a generosidade que lhe são inerentes, virtudes que somente um grande filósofo é capaz de possuir.

Aos Profs. Geovane Peixoto e Wálber Carneiro, que me ensinaram importantes lições sobre hermenêutica e filosofia, as quais me possibilitaram chegar até aqui.

A Oscar Mendonça, que em inúmeras ocasiões me auxiliou na persecução dos meus objetivos de vida e me deu sábios conselhos sobre como agir e o que buscar.

Aos amigos e colegas do Mestrado, que contribuíram para a maturação do meu pensamento sobre o assunto, e com os quais convivi durante dois longos anos de minha existência.

À minha família, pela compreensão e tolerância durante os dias de tormenta.

E, por fim, a Amine Conrado, que, sem nunca ter esperado nada em troca, sempre buscou me ajudar no que fosse possível, característica exclusiva dos anjos que ainda restam na Terra.

A todos vocês, o meu muito obrigado.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos” (Fernando Pessoa)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo oferecer uma análise hermenêutica acerca da súmula vinculante no Direito brasileiro. Partindo do pressuposto de que o Direito é um saber prático e, enquanto tal, indissociável do caso "concreto", da conduta, buscará demonstrar que a má aplicação de enunciados de súmulas vinculantes pelos ditos "operadores do Direito" - sem que sejam levadas em consideração a historicidade e a temporalidade da conduta a ser interpretada, bem como a realidade histórica dos precedentes que fundamentam a própria existência do enunciado de súmula vinculante que se deseja aplicar -, acaba por deturpar o instituto, o qual parece ter sido influenciado pelo *stare decisis*, no qual a eficácia vinculante dos precedentes pode ser relativizada a qualquer momento pelo intérprete, em prol da busca pela verdade hermenêutica de cada caso específico e, consequentemente, da busca por uma solução adequada. Nessa senda, será defendido que a má aplicação da súmula vinculante, por alguns intérpretes, vai de encontro ao que a hermenêutica (filosófica) prega, por exemplo, no momento em que é afastada a concretude do caso a ser solucionado, mediante a cega aplicação de fórmulas abstratas e pré-fabricadas no imaginário jurídico (senso comum teórico) a casos ditos uniformes e "iguais", a partir de um mundo metafísico que estaria à parte do intérprete. Tentará demonstrar como essa maneira de se abordar o Direito, em desconexão com a conduta, é oriunda do pensamento cientificista e objetificante do saber, ao passo que passa a criticá-la, com o auxílio da noção de virada ontológica (ou giro linguístico). A dissertação também aborda a súmula vinculante sob um viés dogmático, de maneira a tratar do seu conceito, do seu histórico e do seu procedimento de criação, de revisão e de cancelamento, por exemplo, além de elencar os principais argumentos a favor e contra a instituição da súmula vinculante, muito embora não se disponha a tecer considerações pormenorizadas sobre esse assunto. Por fim, firma posição no sentido de que a súmula vinculante deve ser aplicada com a máxima cautela, tendo em vista que a presença de um instituto, no ordenamento jurídico brasileiro, mediante o qual o Supremo Tribunal Federal pode determinar que os intérpretes sigam o seu entendimento, sem questioná-lo, pode resultar na quebra da completude do ordenamento jurídico (e não em sua manutenção) e na impossibilidade de ser alcançada a verdade hermenêutica de cada caso, uma vez que o papel do intérprete protagonista na análise de cada conduta a ser interpretada é essencial para que ocorra a oxigenação do Direito e para que a interpretação não aconteça de maneira solipsista, mas, sim, dentro da prática intersubjetiva, que ocorre no seio comunitário e na linguagem.

Palavras-chave: Súmula vinculante; Hermenêutica filosófica; Virada ontológica; Conduta; Intersubjetividade; Completude; Interpretação; Verdade hermenêutica

ABSTRACT

This essay aims to offer an hermeneutical analysis about binding precedents in brazilian Law. On the assumption that Law is a practical knowledge and, as such, indissociable from the "concrete" case, the conduct, it will seek to demonstrate that the bad application of binding precedents by the so-called "Law operators" – without taking into account the historicity and the temporality of the conduct to be interpreted, as well as the historical reality of the precedents that motivate the very existence of the enunciation of the binding precedent to be applied – ends misrepresenting the institute, which seems to have been influenced by the *stare decisis*, in which the binding effect of the precedents can be relativized any time by the interpreter, for the sake of the search for the hermeneutical truth of each specific case and, consequently, the search for an adequate solution. Along this path, it will be argued that the incorrect application of the binding precedent, by some interpreters, goes against that which the (philosophical) hermeneutics defends, for example, in the moment in which the concreteness of the case to be resolved is set aside, through the blind application of abstract and premade formulas in the legal imaginary (theoretical common sense) to cases so-called uniforms and "equal", from a metaphysical world put apart from the interpreter. It will try to demonstrate that this way of approaching Law, in disconnection with the conduct, comes from the "cientificist" and objectifying idea of knowledge, whereas starts to criticize it, with the help of the notion of ontological turn (or linguistic turn). The essay also analyzes the binding precedent through a dogmatic optic, in a way to study its concept, its history and its procedure of creation, review and cancellation, for example, in addition to enumerating the main arguments in favor and against the institution of the binding precedent, although it does not comment on details on this subject. Finally, it firms position in the sense that the binding precedent must be applied with maximum caution, bearing in mind that the presence of an institute, in brazilian legal system, though which the Supreme Federal Court can determine that the interpreters follow its understanding, withough questioning it, can result in the rupture of the completeness of the legal system (and not in its sustenance) and in the impossibility of reaching the hermeneutical truth of each case, once that the role of the protagonist interpreter in the analysis of the conduct to be interpreted is essential for occuring the oxygenation of Law and for that the interpretation is not done in a solipsist way, but, yes, within the intersubjective practice, that occurs within community and in language.

Keywords: Binding precedent; Philosophical hermeneutics; Ontological turn; Conduct; Intersubjectivity; Completeness; Interpretation; Hermeneutical truth

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
c/c	Combinado com
DJ	Diário da Justiça
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
HIV	*Human Immunodeficiency Virus*
MP	Ministério Público
Nº.	Número
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 DA SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA 15

2.1 CARACTERÍSTICA BÁSICA 15

2.1.1 Conceito 15

2.1.2 Histórico 16

2.1.3 Procedimento de criação, revisão e cancelamento 19

2.1.4 Reclamação Constitucional 21

2.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SÚMULA VINCULANTE 24

2.2.1 A celeridade processual 25

2.2.2 A segurança jurídica 29

2.2.3 A isonomia das decisões 32

2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE 34

2.3.1 A violação à proibição do *non liquet* (reversa) 34

2.3.2 A violação à independência funcional dos magistrados 36

2.3.3 A violação à teoria da separação dos poderes 38

2.3.4 A violação ao direito fundamental de ação (ou à prestação jurisdicional) 39

2.3.5 A violação ao princípio do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional) 40

2.3.6 A violação ao princípio do duplo grau de jurisdição 41

2.3.7 A violação ao princípio da legalidade 41

2.3.8 A violação ao princípio da democracia 42

2.3.9 A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 45 44

2.4 CONCLUSÃO 45

3 DA COMPLETUDE DO DIREITO 46

3.1 DO PRECEDENTE JUDICIAL 46

3.2 DO PAPEL DO MAGISTRADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 47

3.3 DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO 51

3.4 DA PLENITUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO 56

3.5 O PAPEL DO PRECEDENTE NA MANUTENÇÃO DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO 60

3.6 DO *STARE DECISIS* 63
3.6.1 *Distinguishing* 67
3.6.2 *Overruling* 67
3.6.3 *Overriding* 68
3.6.4 *Transformation* 68
3.6.5 Técnica de sinalização (*technique of signaling*) 69
3.7 CONCLUSÃO 69
4 DA INTERSUBJETIVIDADE E DA VERDADE HERMENÊUTICA 71
4.1 DO DIREITO NA MODERNIDADE 72
4.2 DA RUPTURA COM O PARADIGMA DA MODERNIDADE 75
4.3 DA INTERSUBJETIVIDADE E DA VERDADE HERMENÊUTICA 80
4.4 DO PROTAGONISMO JUDICIAL 88
4.5 DA HISTORICIDADE E DA CONCRETUDE 92
4.5.1 Do círculo hermenêutico 96
4.5.2 Da finitude humana 99
4.5.3 Da tópica 107
4.6 CONCLUSÃO 112
5 DA SÚMULA VINCULADA 114
5.1 A SÚMULA VINCULANTE É INTERPRETÁVEL? 125
5.2 SÚMULA VINCULANTE OU SÚMULA VINCULADA? 127
6 CONCLUSÃO 136
REFERÊNCIAS 142

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n°. 45, ao inserir o artigo 103-A na Constituição da República Federativa do Brasil, possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, mediante voto de dois terços de seus membros, depois de proferidas reiteradas decisões sobre a matéria, aprove súmula a qual terá efeito vinculante em relação a todo o Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas (federal, estadual e municipal): a chamada súmula vinculante.

Sob o argumento de que o Poder Judiciário brasileiro se encontra sobrecarregado de processos pendentes de decisão, o que em muito contribui, em tese, para que a prestação jurisdicional seja lenta e ineficaz, tornando lenda o princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (e, curiosamente, também inserido pela mesma Emenda Constitucional n°. 45), parte da comunidade jurídica passou a ver com bons olhos a súmula vinculante, acreditando que esta ajudaria a "desafogar" o Judiciário e a Administração Pública, na medida em que impediria que discussões sobre matérias já decididas e pacificadas pelo STF se renovassem.

Para essa parte da doutrina, a súmula vinculante é algo positivo, revelando-se como um importante instrumento para que sejam assegurados alguns direitos, princípios e garantias presentes no ordenamento jurídico, como a isonomia das decisões, a segurança jurídica e a celeridade processual.

Outra parte da doutrina, por sua vez, elenca pontos negativos da súmula vinculante, a exemplo da violação ao direito à prestação jurisdicional, à independência funcional dos magistrados e aos princípios do duplo grau de jurisdição e da separação de poderes.

Malgrado a existência de todo esse debate dogmático, esta obra tem como objetivo abordar a súmula vinculante sob uma óptica diferente, com o fim de chamar a atenção para o fato de que a má aplicação do instituto pode resultar em decisões inadequadas, o que pode comprometer a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Nessa senda, esta obra tem como objetivo oferecer uma análise hermenêutica sobre a súmula vinculante, de maneira a defender que ela não raras vezes tem sido mal aplicada por meio dos intérpretes do Direito.

Com efeito, a interpretação da súmula vinculante tem sido reduzida a um ato de mera consulta de seus enunciados, nem que seja dada a devida (e fundamental) importância

aos precedentes judiciais que embasam a sua existência, bem como sem que seja investigado a fundo o caso “concreto” que será resolvido pelo chamado “operador do Direito”.

Ocorre que, ao simplesmente consultar os enunciados sumulares e subsumi-los aos casos, em um processo meramente silogístico e mecanicista, os profissionais jurídicos estão impedidos de resolver adequadamente o problema, uma vez que não poderão jamais alcançar a verdade hermenêutica dessa maneira.

Como será demonstrado, o processo hermenêutico, além de ser intersubjetivo, ocorre no exato momento da aplicação da norma, criada pelo intérprete, ao caso a ser resolvido por ele. Todavia, ao subsumir enunciados de súmula vinculante para resolver inúmeros processos de uma só vez, ditos idênticos (e que comportariam, por isso, respostas idênticas), sem investigar a fundo a concretude da conduta a ser interpretada e a historicidade que reveste os precedentes, os quais fundamentam a existência da súmula vinculante que se pretende invocar, a busca pela verdade hermenêutica e por uma solução adequada acaba por ser prejudicada em prol da resolução em massa dos conflitos.

A febre doutrinária, jurisprudencial e sobretudo midiática que atualmente se pode observar no Brasil, no sentido de que o Poder Judiciário e a Administração Pública devem reduzir ao máximo o número de processos, que já se acumulam aos montes nos cartórios espalhados por todo o país, parece aprovar a ideia de resolução em massa de conflitos. Afinal, para uma sociedade de massa, uma justiça em massa.

Diante da falta de recursos financeiros para melhorar a estrutura do Estado, carente que está de magistrados, serventuários e equipamentos capazes de atender com eficiência a alta demanda jurisdicional da população, optou-se por inserir, no ordenamento jurídico, instrumentos capazes de reduzir o número de processos ao máximo, por meio da mera aplicação de conclusões pré-definidas, de significações pré-fabricadas, com base nas quais busca-se resolver inúmeros casos de uma só vez, a exemplo da súmula vinculante e dos recursos repetitivos.

Esse pensamento, entretanto, parece estar refém do paradigma lógico-dedutivo erigido na Modernidade, que fundamenta a existência de um intérprete solipsista, capaz, ele mesmo, individualmente, de compreender e resolver as questões jurídicas, por meio do recurso à subsunção pura e simples.

Ocorre que, para a hermenêutica intersubjetiva, é impossível que a compreensão ocorra dessa maneira (solipsisticamente), uma vez que o intérprete depende sempre do diálogo com os demais integrantes da sociedade para construir o comando

normativo que irá ser aplicado ao caso, diálogo esse que é travado na linguagem e em função desta.

Dessa forma, ao se aplicar enunciados de súmula vinculante para resolver inúmeros casos de uma só vez, sem que seja possibilitado o diálogo intersubjetivo para que se verifique, de fato, se o caso a ser decidido se coaduna com a realidade histórica e concreta discutida nos precedentes que embasaram a confecção da súmula, sem que se investigue a fundo a **conduta**, portanto, ocorre um desvirtuamento do sistema dos precedentes, com base no qual foi pensada a súmula vinculante.

Com supedâneo nessas considerações, esta obra buscará oferecer uma abordagem hermenêutica da súmula vinculante, a qual foi escolhida, dentre as demais opções possíveis (súmula impeditiva de recurso, recursos repetitivos etc.), por acreditar-se ser ela a representante, no Brasil, do grau máximo no que diz respeito à força vinculante dos precedentes judiciais.

Primeiramente, serão elencados os principais argumentos favoráveis e contrários à súmula vinculante dentro do âmbito dogmático, para que se possa entender o debate doutrinário que gira em torno de suas supostas vantagens e desvantagens para o Direito.

A abertura de um espaço dogmático em uma obra essencialmente filosófica é importante porque, acredita-se, filosofia e dogmática devem andar de mãos dadas, de maneira a tentar solucionar efetivamente os problemas concretos da sociedade. Não foi por outro motivo que se optou por abordar uma questão tradicionalmente dogmática (súmula vinculante) sob uma perspectiva hermenêutico-filosófica.

Em um segundo momento, será abordado o instituto dos precedentes, enfrentando-se temas como a visão do Direito no *common law* e o *stare decisis*, para que se compreenda de onde surge a força vinculante das decisões judiciais, bem como para demonstrar que esse efeito vinculante não significa que deva haver um engessamento da interpretação, podendo ser afastado pelo intérprete sempre que a realidade do caso assim demandar.

Nessa senda, também serão tecidas algumas considerações sobre a evolução do papel do magistrado na sociedade, que deixa de ser uma figura despótica para passar a exercer uma função democrática, bem como sobre a importância dos precedentes na tarefa de manutenção da integridade, da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico.

Em um terceiro momento, será abordada a questão da intersubjetividade do processo interpretativo e a questão da busca pela verdade hermenêutica, de maneira a

defender que a compreensão jamais poderá acontecer fora da linguagem e do diálogo que ocorre na sociedade. Nesse momento, também será enfrentado o paradigma lógico-dedutivo calcado na Modernidade, com base no qual é possível se pensar a existência de um intérprete solipsista, capaz de compreender fora da linguagem, para que se possa, depois, recusar tal paradigma.

Em um momento final, a súmula vinculante será analisada com base nos passos anteriormente apontados, de maneira a defender-se que a sua aplicação inadequada, sem que se investigue a concretude da conduta[1] que envolve o caso e a historicidade dos precedentes judiciais que deram ensejo à súmula, distancia-se da noção de intersubjetividade do processo compreensivo e não é capaz de atingir a verdade hermenêutica, além de afrontar a manutenção da plenitude do ordenamento jurídico e de possibilitar a figura do intérprete déspota, solipsista, o que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito.

O titulo desta obra, "súmula vinculada", foi pensado para refletir essa crítica que será feita à má aplicação da súmula vinculante, pois, antes de esta possuir a vinculatividade, deve estar sempre vinculada à realidade histórica e concreta do caso a ser resolvido e dos precedentes que fundamentam a conclusão advinda em seu enunciado, como será explicado com mais detalhes no capítulo final.

Por oportuno, deve-se registrar, desde já, que a matriz filosófica desta obra é simpatizante da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, bem como do egologismo de Carlos Cossio, além de adotar posicionamentos de autores diversos para embasar o raciocínio que será desenvolvido, a exemplo das conclusões de Ronald Dworkin sobre a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, como se poderá notar no decorrer das páginas.

[1] Pois, como será visto, o Direito não pode ser entendido em dissonância com a conduta.

2 DA SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA

Antes de adentrar no tema principal desta obra, qual seja, realizar uma abordagem hermenêutica da súmula vinculante, primeiramente é necessário esclarecer o instituto a ser abordado, de maneira dogmática, bem como elencar os principais argumentos favoráveis e contrários à súmula vinculante.

2.1 CARACTERÍSTICA BÁSICA

A característica básica da súmula vinculante é, como pode ser depreendido da análise de seu próprio nome, vincular a atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário das súmulas comuns, que possuem eficácia primordialmente persuasiva, a súmula vinculante obriga os demais membros do Poder Judiciário, bem como os membros da Administração Pública, a adotar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, tomando-se como exemplo a súmula vinculante nº. 5, a qual determina que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição", o juiz ou o administrador público estaria impedido de decidir de maneira contrária, caso entendesse, por exemplo, que a falta da defesa técnica no processo administrativo disciplinar ofende, sim, o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV da CF) em seu sentido lato, ou seja, segundo a visão de que a defesa técnica, patrocinada por profissional, é imprescindível no processo, não sendo uma opção da parte, à luz do que é trabalhado, em âmbito processual penal, por Miguel Fenech[2].

Dessa forma, não é possível decidir de maneira contrária à interpretação do Supremo Tribunal Federal, a qual, *a priori*, não pode ser afastada por nenhum juiz ou administrador público na tomada de decisão.

2.1.1 Conceito

A súmula vinculante foi trazida pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, a qual, dentre outras novidades, acresceu o artigo 103-A à Constituição Federal. O artigo 103-A

[2] FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed, v.I. Barcelona: Editorial Labor, 1952, p.457.

da CF, por sua vez, foi regulamentado pela Lei nº. 11.417/2006, a qual, de acordo com seu artigo 1º, "disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências".

Para que se forneça o conceito de súmula vinculante, faz-se mister, primeiramente, entender-se o conceito de súmula, o qual é a "jurisprudência cristalizada" em forma de um verbete. Resta dizer: a súmula é o condensamento da jurisprudência sob um texto que busca resumir o entendimento de determinado tribunal sob uma determinada questão em comento, de maneira a fornecer uma consulta rápida ao entendimento majoritário da corte por parte dos intérpretes. Toda súmula pressupõe, obrigatoriamente, uma jurisprudência consolidada em um determinado sentido, processo esse que é realizado mediante o proferimento reiterado de decisões em sentidos similares[3].

A súmula vinculante, por sua vez, além de dispor de todas as características de uma súmula, conforme demonstrado acima, possui um *plus* em relação a esta: o caráter vinculante. Ou seja, a súmula vinculante é de observação obrigatória, não sendo possível que o julgador lhe negue aplicação quando ela se adequar à hipótese fática, o que é possível de ser feito quando se tratar de súmula não vinculante.

2.1.2 Histórico

A súmula vinculante tem como embrião a Proposta de Emenda Constitucional nº. 96/92 (nº. 29/00 no Senado), a qual foi apresentada à Câmara dos Deputados pelo deputado federal Hélio Bicudo e relatada pelo deputado federal Luiz Carlos Santos. Contudo, essa PEC teve como objeto principal a reforma do Poder Judiciário, e não a instituição da súmula vinculante, o que foi feito com a adição à PEC nº. 96/92 da PEC nº. 500/97 (nº. 54/95 no Senado), pelo senador Ronaldo Cunha Lima.

A aprovação da PEC resultou na Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, a qual, além de prever a súmula vinculante, ao inserir o artigo 103-A na Constituição Federal, efetivou a chamada "reforma do Poder Judiciário", mediante a criação, por exemplo, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e da exigência de três anos de atividade jurídica para a tomada de posse nos cargos de juiz e membro do

[3] Como exemplo pragmático do conceito de súmula, veja-se o art. 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ministério Público, dentre outras inovações, como a criação do requisito de repercussão geral quando da interposição de recurso extraordinário.

Contudo, muito embora somente tenha surgido oficialmente com o advento da Emenda Constitucional nº. 45, a súmula vinculante já vinha sendo timidamente implementada no ordenamento jurídico, de maneira disfarçada. Com efeito, em vários momentos o legislador tentou atribuir efeito parecido ao da súmula vinculante, sem, no entanto, expressamente assumir esse intento.

É o caso, por exemplo, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal e trazida pela Emenda Constitucional nº. 3 de 1993, cuja decisão pelo Supremo Tribunal Federal possui efeito *erga omnes* e, portanto, "vinculante".

Carmen Lúcia Rocha[4] apresenta um panorama histórico da tentativa de se restabelecer, no ordenamento jurídico brasileiro, o caráter normativo do instituto português da súmula da jurisprudência predominante:

> Em duas ocasiões – primeiramente em 1946, em proposta apresentada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros à Constituinte da qual resultou a Constituição da República daquele ano, e em 1964, no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas –, Haroldo Valladão sugeriu a adoção, no sistema brasileiro, da "resolução unificadora da jurisprudência do STF". Essa resolução teria natureza obrigatória para os juízes e tribunais. A sugestão não logrou resultado positivo em qualquer das duas ocasiões. No início da década de 70, nova apresentação da "jurisprudência obrigatória" veio a ter lugar com o Projeto de Código de Processo Civil. Alfredo Buzaid, no anteprojeto daquele documento, apresentava a reintrodução dos assentos vinculantes da legislação portuguesa, o que, afinal, não foi acatado pela contundente crítica contra tal proposta, que, segundo se afirmou então, colidiria com o princípio da separação dos poderes, porquanto por ela se estaria a expedir norma jurídica. A Comissão Revisora rejeitou a proposta assim apresentada, adotando-se, no Código de Processo Civil, a edição de súmula para uniformização de jurisprudência.

Além disso, observe-se também o art. 896, § 5º, da CLT, o qual estabelece que "estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao recurso de revista, aos Embargos, ou ao agravo de instrumento", o qual possui praticamente o mesmo teor do art. 557 do Código de Processo Civil[5], ao prever a chamada súmula impeditiva de recurso.

---

[4] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.34, n.133, jan./mar. 1997, p.55.

[5] Art. 557 do CPC: "O relator negará segmento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

Poder-se-ia citar, ainda, o art. 38 da Lei nº. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais aplicáveis aos processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além da previsão da súmula administrativa, editada pelo Advogado-Geral da União e de observância obrigatória para determinados integrantes da Administração Pública direta e indireta, de acordo com o art. 4º, XII c/c art. 43 da Lei Complementar nº. 73 de 1993.

Muito embora tenha sido acrescido em momento posterior à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, veja-se, também, o art. 285-A do CPC, o qual prevê 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", o que não deixa de ser mais uma forma de vinculação, dessa vez em 1º grau de jurisdição, das decisões do Poder Judiciário para casos entendidos como "idênticos".

Registre-se, da mesma forma, a inclusão dos artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil pela Lei nº. 11.418/2006, com o intuito de regulamentar o requisito de repercussão geral no Recurso Extraordinário trazido pela Emenda Constitucional nº. 45, mediante a inserção do § 3º no artigo 102 da Constituição Federal.

Além disso, note-se a promulgação da Lei nº. 11.672/2008, a chamada Lei dos Recursos Repetitivos, a qual acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, no intuito de regulamentar o processamento de múltiplos Recursos Especiais com fundamento em "idêntica questão de direito".

Em seu § 7º, I, o art. 543-C estabelece que os Recursos Especiais que foram sobrestados na origem "terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça", o que também revela uma característica próxima à da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recurso[6].

---

[6] É no mínimo curiosa a posição do Ministro Cesar Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a Lei nº. 11.672/2008, no momento em que afirma que "a lei possibilitou ao STJ trabalhar por uma justiça célere, eficiente e efetiva**.** É um **instrumento democrático**, na medida em que **não há imposição para que se adote nossa orientação, mas, se um tribunal decidir de forma divergente ao entendimento firmado aqui, as partes saberão de antemão que a decisão será reformada se houver recurso para o STJ**" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *124 temas aguardam decisões para orientar a Justiça em todo o país*. Brasília, 08 nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93097>. Acesso em: 16 jan. 2012, p.1) (grifos nossos). Com efeito, afirmar que não há imposição para que seja adotada a posição do STJ e logo depois ressalvar que, caso os autos aportem por lá, a decisão será reformada, é o mesmo que dizer "você não precisa adotar nossa visão, ó juiz, mas, se não o fizer, nós vamos fazer por você".

Pode-se citar, ainda, a figura dos prejulgados trabalhista e eleitoral, os incidentes de uniformização de jurisprudência e os assentos portugueses, os quais também foram pensados com o intuito de vincular os julgadores à conclusão dos tribunais[7].

Note-se, portanto, que a súmula vinculante não surge do nada por intermédio da EC nº. 45. A implementação de suas características já se dava, gradativamente, "por baixo dos panos", há um bom tempo, de maneira a impedir que as partes pudessem submeter recursos à apreciação da instância superior quando a questão já foi decidida em outros casos dito idênticos.

O advento do art. 103-A da Constituição Federal, portanto, foi apenas a oficialização do que já vinha sendo implementado no Brasil por meio de leis esparsas, muito embora nenhuma delas tenha imposto o caráter vinculante com as consequências de descumprimento próprias da súmula vinculante.

2.1.3 Procedimento de criação, revisão e cancelamento

O procedimento de criação, revisão e cancelamento da súmula vinculante está previsto na Lei nº. 11.417/2006, que foi promulgada com o fito de regulamentar o artigo 103-A da Constituição Federal, e na Resolução nº. 388/08 do Supremo Tribunal Federal. A classe processual referente a esse procedimento no Supremo Tribunal Federal é intitulada de Proposta de Súmula Vinculante (PSV) e foi inaugurada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 20 de novembro de 2008, o qual foi responsável por propor a PSV 1.

A criação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante ocorre com a decisão de 2/3 (dois terços) dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, após a qual será publicado o enunciado em seção especial no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, no prazo de dez dias contados da sessão em que for editado, revisto ou cancelado o enunciado sumular.

Frise-se que é somente com a publicação da súmula na imprensa oficial que esta obterá o efeito vinculante; ou seja, durante o tempo em que o enunciado, ainda que aprovado, não tenha sido publicado, não se trata, ainda, de súmula vinculante, de acordo com o artigo 2º da retro mencionada lei.

Muito embora somente o Supremo Tribunal Federal possa aprovar o enunciado sumular, não é somente este que pode propor a sua criação, revisão ou cancelamento. O artigo

---

[7] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Curitiba: Juruá, 2011, p.178.

3º da Lei nº. 11.417/2006 traz um rol de legitimados a propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, os quais, inclusive, são os mesmos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com a adição de duas novas figuras: o Defensor Público-Geral da União (art. 3º, VI) e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (art. 3º, XI).

Assim, são legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, além do Supremo Tribunal Federal, as seguintes pessoas, segundo o artigo 3º da Lei nº. 11.417/2006:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal.

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Note-se que a lei também confere ao Procurador-Geral da República a prerrogativa de manifestar-se previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante nas propostas por ele não formuladas, segundo o art. 2º, § 2º, da lei em comento, em virtude da posição que o Ministério Público assume como *custos legis* (artigo 129, II, da Constituição Federal c/c art. 83 do Código de Processo Civil).

Além disso, também é lícito ao Município que for parte no processo, de maneira incidental (*incidenter tantum*), propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, sem que a sua atitude, por sua vez, suspenda o processo. Aliás, a suspensão de qualquer processo em que se discuta alguma questão envolvendo algum

enunciado de súmula vinculante, em virtude de proposta de edição, revisão ou cancelamento, é expressamente vedada pelo artigo 6º da Lei nº. 11.417/2006.

Note-se, também, a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* no procedimento, o qual pode ser admitido por decisão irrecorrível do relator, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 3º, § 2º, da supracitada lei, intervenção essa cada vez mais comum em sede de controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade.

A regra geral é a de que a súmula vinculante, depois de publicada, possua eficácia imediata. Contudo, é possível que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, restrinja os efeitos vinculantes, ou conclua que a súmula só tenha eficácia a partir de determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

É o caso de atribuir efeitos limitados ou diferidos à súmula vinculante, o que já vinha sido feito pelo STF mediante o procedimento de modulação de efeitos de suas decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como, por exemplo, determinar que a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade tenha efeitos *ex nunc* (prospectivos), e não *ex tunc* (retroativos).

Caso o Supremo Tribunal Federal deseje transformar uma de suas súmulas em súmula vinculante, ou alguma pessoa legitimada para tanto nisso demonstre interesse, é necessário seguir o procedimento previsto na Lei nº. 11.417/2006, ou seja, o enunciado da súmula não vinculante deve ser confirmado por 2/3 dos integrantes do STF e publicada a novidade na imprensa oficial, não sendo possível a mera declaração de efeitos vinculantes, a ser atribuídos a uma súmula previamente editada, sem a observância desse procedimento, de acordo com o art. 8º da Emenda Constitucional nº. 45.

Por fim, a Lei nº. 11.417/2006 estabelece, em seu art. 10, a aplicação subsidiária do disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

2.1.4 Reclamação Constitucional

Uma das características marcantes da súmula vinculante é a consequência resultante de seu descumprimento por parte daquele que está condicionado a segui-la, ou seja, o magistrado ou o administrador público.

A Lei nº. 11.417/2006 previu a Reclamação Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal como o instrumento hábil e próprio para que seja "denunciada" a desobediência a um enunciado de súmula vinculante por parte das pessoas supracitadas, além dos recursos processuais cabíveis, se for o caso.

A Reclamação Constitucional não é espécie recursal. Trata-se de ação autônoma prevista nos artigos 102, I, l e 105, I, f da Constituição Federal, que visa preservar a competência e a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelos Tribunais ditos "inferiores", ou seja, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, do Trabalho, Militares e Eleitorais.

De acordo com Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha[8], "a reclamação constitucional é uma ação de competência originária do tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais".

A apresentação da Reclamação Constitucional resulta na formação de um processo de jurisdição contenciosa, que demanda capacidade postulatória e partilha de institutos processuais comuns, a exemplo do cabimento de recursos contra a decisão proferida e da formação de coisa julgada. Não se sujeita a qualquer prazo preclusivo[9] e, segundo entendimento do STF[10], decorre do direito fundamental de petição previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da CF.

O procedimento da Reclamação Constitucional está previsto nos artigos 13 a 18 da Lei nº. 8.038/90. No caso de a Reclamação versar contra omissão ou ato da Administração Pública, o seu uso só será admitido após o esgotamento das vias administrativas, segundo disposição do art. 7º, § 1º, da Lei nº. 11.417/2006.

A consequência de ser julgado procedente o pedido veiculado na Reclamação Constitucional é a anulação do ato administrativo ou a cassação da decisão judicial impugnada pelo Supremo Tribunal Federal, com a determinação de que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula vinculante, conforme for o caso.

Na proposta inicial, contudo, a consequência era ainda mais drástica. A minuta de parecer à PEC nº. 96/92 continha o seguinte parágrafo:

---

[8] DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2006, p.323.
[9] *Ibidem*, p.326.
[10] Para o Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica da Reclamação Constitucional não é nem de espécie recursal, de ação nem de incidente processual, pois seria um simples desdobramento do direito de petição, conforme julgamento ocorrido na ADI nº. 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/10/2003, DJ de 14/11/2003.

> Art. 98
>
> **§ 4º - O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções** (grifos nossos).

Percebe-se, portanto, que a consequência do descumprimento do quanto estabelecido em uma súmula vinculante era, na proposta inicial, a perda do cargo, para o administrador público, e a imputação criminal, para o juiz[11].

Rodolfo Mancuso[12] desenvolve a ideia de que essa consequência de descumprimento da súmula vinculante não se limita aos profissionais do Direito: ela possuiria uma eficácia extra-autos, capaz de causar um efeito preventivo geral na sociedade:

> o advento da súmula vinculante vem alterar, em profundidade, o contexto jurídico-político preexistente, não se reduzindo, pois, a uma inovação de natureza tão-somente processual, na medida em que o paradigma jurídico nacional, regulador de condutas presentes e futuras, passa a ser buscado não apenas na norma legal, mas também nos extratos da jurisprudência predominante. De observar que essa eficácia extra-autos da jurisprudência sumulada não opera apenas no plano dos conflitos levados ao Judiciário, mas impende reconhecer que as súmulas projetam um efeito preventivo geral ao interior da própria sociedade, já que, por intermédio dos operadores do Direito, os entendimentos assentados acabam chegando ao conhecimento dos jurisdicionados, assim influenciando ou, até mesmo, condicionando os comportamentos.

Na mesma linha de entendimento, observe-se o entendimento esposado por Paulo Napoleão Nogueira da Silva[13]:

> A instituição da vinculação, se imediatamente diminuiria a citada pletora de julgados conflitantes – seu principal objetivo – como conseqüência mediata diminuiria a carga recursal dos tribunais, contribuindo para maior celeridade do Poder Judiciário; aumentaria, assim, o grau de certeza do direito por parte dos jurisdicionados, apaziguando tensões sociais.

Gilmar Mendes[14] também parece partilhar de uma visão semelhante. Afirma o autor que não pode haver um lapso temporal muito amplo entre o surgimento de uma

---

[11] Note-se a contradição do legislador ao estabelecer, por um lado, que o desrespeito à súmula vinculante configuraria crime de desobediência e, por outro, que, para a aprovação de enunciado de súmula vinculante, é necessário um quórum de 2/3 de ministros do STF. Ora, se é necessário um quórum de 2/3 (oito ministros), é porque 1/3 (três ministros) opinaram desfavoravelmente à elaboração do enunciado, porque com ele não concordaram. Dessa forma, seria uma incongruência imputar um crime de desobediência ao juiz que fosse de encontro à súmula vinculante, pelo simples fato de que ele estaria amparado por uma considerável terça parte (ou fração menor) do próprio Supremo Tribunal Federal.

[12] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.291.

[13] *Apud* PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Reforma do Judiciário: A Polêmica em Torno da Adoção das Súmulas Vinculantes e a Solução Oferecida Pelas Súmulas Impeditivas de Recursos*. Páginas de Direito - tex.pro.br, v.1, 2004, p.3. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/244-artigos-abr-2004/4885-reforma-do-judiciario-a-polemica-em-torno-da-adocao-das-sumulas-vinculantes-e-a-solucao-oferecida-pelas-sumulas-impeditivas-de-recursos>. Acesso em 26 jan. 2012.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Direito Público*, n.27. São Paulo: IOB, maio/jun. 2009, p.43.

controvérsia e a tomada de decisão com efeito vinculante. Caso isso ocorra, a súmula vinculante perderia o seu conteúdo "pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral".

Já Paulo Pimenta[15] explica que os procedimentos destinados à elaboração de uma súmula vinculante possuem natureza de processo objetivo, pois não se destinam à satisfação de um interesse particular, subjetivo, mas sim à elaboração de um ato normativo.

Nessa senda, esclarece o autor que o que se busca com a elaboração da súmula vinculante "é a uniformização da interpretação de texto normativo, sobre matéria constitucional, que acarrete grave insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (CF, art.103-A). Isso nada tem a ver com interesse subjetivo"[16].

Observe-se, portanto, que a súmula vinculante não afeta apenas o processo, mas também a própria sociedade, a qual se veria influenciada pelas decisões tomadas pelo STF e restaria inibida ou estimulada a agir em um determinado sentido, a depender do que foi decidido por aquela Corte.

Insta salientar que a Reclamação Constitucional não é o único meio de impugnação que pode ser utilizado contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar o entendimento esposado em súmula vinculante, ou que o aplique de maneira indevida.

Nesses casos, ensina Paulo Pimenta que "caberá a utilização da reclamação constitucional e de outros remédios jurídicos (ex: apelação, mandado de segurança etc.) e meios de impugnação (ex: ação rescisória), dependendo da presença dos respectivos pressupostos de admissibilidade no caso concreto"[17].

2.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SÚMULA VINCULANTE

Os defensores da súmula vinculante partilham de três argumentos básicos de defesa: a celeridade processual, a segurança jurídica e a isonomia das decisões. A seguir, será abordado cada um desses argumentos.

---

[15] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na lei nº. 11.417/2006. *Revista do CEPEJ*, n.8, Salvador: jul./dez. 2007, p.103.
[16] *Ibidem*, p.103.
[17] *Ibidem*, p.111.

2.2.1 A celeridade processual

Um dos argumentos a favor da instituição da súmula vinculante é a consagração da celeridade (e da economia) processual, sobretudo com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal pela EC nº. 45, que consagrou o princípio da duração razoável do processo.

À luz desse argumento, a súmula vinculante ajudaria a desobstruir a atuação do Poder Judiciário, uma vez que reduziria significativamente o número de novos processos e de peças processuais, no caso de processos já existentes, de forma a eliminar as causas ditas repetitivas ou os recursos ditos meramente protelatórios, em moldes semelhantes ao que já vinha sido feito com a exigência de demonstração de repercussão geral quando da interposição de Recurso Extraordinário[18]. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes[19], por exemplo, "os institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante estão construindo um novo Judiciário no Brasil, mais célere e forte".

Para outra parte da doutrina, no entanto, a lentidão processual não é um fator determinante no Poder Judiciário brasileiro, sobretudo porque não existem pesquisas e dados concretos capazes de demonstrar, de maneira cabal, o quanto se alega acerca da morosidade processual.

Nessa senda, veja-se a afirmação proferida por José Carlos Barbosa Moreira[20]:

> Preocupo-me muito mais com a qualidade da prestação jurisdicional do que com a sua presteza, maior ou menor. Sei que é preciso lutar contra a lentidão. Algumas das reformas do Código de Processo Civil têm procurado fazer isso, a meu ver com um defeito que reputo grave: elas não se baseiam em dados empíricos, em dados concretos colhidos na realidade forense [...] A verdade é que não se conhece bem a realidade forense brasileira: ela não está em condições de ser traduzida estatisticamente, de ser reduzida a números. E se eu uso essa expressão é porque, há pouco tempo se realizou uma pesquisa, creio que por iniciativa do presidente do Supremo Tribunal Federal, cujos resultados são acessíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal. E o título que se deu a esse trabalho foi exatamente "A Justiça em números". Curiosamente, lá se encontram dados referentes a quantidade de processos, quantidade de juízes, custo dos processos e assim por diante, mas não se encontra um único mísero dado sobre duração, sobre o tempo que se gasta para realizar o processo.

---

[18] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Levantamento mostra que mais de 106 mil processos tramitam no Supremo*. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109811&caixaBusca=N>. Acesso em: 16 jan. 2012a.

[19] PORFÍRIO, Fernando. Repercussão Geral e Súmula construíram nova Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, 19 jun. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-19/repercussao-geral-sumula-construiram-justica>. Acesso em 12 jan. 2012, p.1.

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro*. Vídeo. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=17>. Acesso em 19 jan. 2012.

A pesquisa à qual Barbosa Moreira se refere é conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça e pode ser encontrada em seu *site*[21]. De 2003 a 2007, a "Justiça em Números" era realizada separadamente do Relatório Anual realizado pelo CNJ. A partir de 2008, ela foi incorporada no Relatório Anual.

Dentro do Relatório Anual do CNJ existe uma seção dedicada à pesquisa e análise da chamada "Taxa de Congestionamento" do Poder Judiciário, que analisa o nível de "emperramento processual", por assim dizer, da Justiça Comum Federal, da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum Estadual.

A conclusão à qual chegou o CNJ no Relatório Anual de 2008[22], mais especificamente no ponto em que comparou e analisou a Taxa de Congestionamento referente aos anos de 2004 a 2007, foi de que a redução na chamada Taxa de Congestionamento ainda é insuficiente, e decorre, sobretudo, pelo **aumento do número de decisões proferidas** do que pela redução do número de processos ajuizados.

Dessa forma, não procede a alegação de que a súmula vinculante teria o condão de conferir uma maior celeridade processual. A solução, ao que parece, não está na criação de óbices processuais, que já atingem um número expressivo, a exemplo da súmula impeditiva de recursos, da súmula administrativa, da improcedência *prima facie* da inicial, da lei de recursos repetitivos, da exigência de demonstração de repercussão geral no Recurso Extraordinário, da atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º da CF), das decisões com caráter vinculante proferidas pelo Conselho da Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, II da CF) e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (art. 111-A, § 2º, II da CF), além da própria súmula vinculante.

Não se pode olvidar que, no Brasil, parece existir uma forte cultura do litígio[23]. Qualquer problema ou qualquer mínimo dissabor transforma-se em uma ação judicial, principalmente após a criação dos Juizados Especiais com as Leis nº. 9.099/95 e 10.259/01.

Vivemos em um país onde um espirro dolosamente dirigido a alguém ou uma camisa manchada de suco resulta em ação penal por crime de injúria real; onde a inclusão do nome do devedor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito resulta em milhões de ações de indenização por dano moral *in re ipsa*; onde a saída de qualquer empregado de qualquer

---

[21] http://www.cnj.jus.br.

[22] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual do CNJ – 2008*. Brasília, 4 fev. 2009. Disponível em: < www.cnj.jus.br/58cc>. Acesso em: 19 jan. 2012, p.186/190/193.

[23] ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. *Cultura do litígio prejudica a efetivação da súmula vinculante*. 13 fev. 2008. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/?p=189>. Acesso em 19 jan. 2012.

sociedade empresária, seja a que título for, certamente vai resultar em uma Reclamação Trabalhista, com ou sem fundamento para tanto.

É a cultura do litígio que paira na realidade brasileira, sob a influência da qual se ajuíza antes e pergunta-se depois, o que é auxiliado pelo estratosférico número de faculdades de Direito que se multiplicam no país e formam cada vez mais profissionais, muitas vezes dispostos a comungar desse entendimento sob a invocação da universalidade do acesso à Justiça e do direito fundamental à prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Oportuna é a lição de J. J. Calmon de Passos[24] sobre essa questão, ao comparar a visão dos japoneses e dos brasileiros sobre a litigância:

> Vou dar um exemplo: ***o Japão tem a mística da concórdia. Litigância pro japonês é um fracasso social. Quem leva alguém a juízo é um elemento socialmente negativo. Esse orgulho que a gente tem (litigância contida) pro japonês é uma vergonha*** [...] Num congresso na França, um relator japonês contou o seguinte episódio: ***Moravam numa rua dois casais. Cada um tinha um filho, que eram vizinhos, muito amigos. Um casal precisou viajar e o filho não quis de jeito nenhum ir com os pais. Preferiu ficar com o amigo. Estava-se fazendo uma obra na rua e por uma dessas infelicidades o menino caiu num buraco e morreu. Quando os pais voltaram, indignados com aquilo, entraram em juízo para processar os vizinhos. Toda a vizinhança foi para a porta da casa desse casal com cartazes: "Vocês são indignos. Mudem-se daqui!" E eles tiveram de se mudar. Foi a lei, no Japão, que levou a isso? Não. Foi a força das instituições sociais. Aquele casal quebrou um padrão que a sociedade exigia. No Brasil, é o estilo americano. Aquela outra anedota: O sujeito chega em casa e diz: "Minha mulher, tô morto... Fulano me chamou disso, daquilo e daquilo...". "Ôpa, estamos ricos, estamos ricos!!!*** (grifos no original)

A solução, ao que parece, estaria não na instituição de óbices processuais, mas, sim, na reestruturação do Poder Judiciário, mediante o investimento em sua estrutura física, na maior utilização de recursos de informática e do processo eletrônico, na nomeação de mais serventuários, juízes, desembargadores e, porque não, no aumento do número de ministros dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, de maneira a acompanhar a crescente instalação de novas comarcas em todo o território brasileiro, além do crescimento populacional (art. 93, XIII, da CF).

De acordo com Lenio Streck[25]:

> [...] todos os anos centenas de vagas são abertas em concursos públicos para magistrados nas diversas áreas da justiça. Novas comarcas são instaladas, para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais litigiosa. Novas faculdades de

---

[24] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ética nesses 500 anos de Brasil. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, v.101, nov.2008. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/436>. Acesso em: 12 jan. 2012b, p.20-21.

[25] STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40>. Acesso em: 12 jan. 2012, p.13-14.

> Direito são criadas em cada canto do país, o que dá a entender que o mercado de trabalho para operadores jurídicos (ainda) está em franca expansão (muito embora se saiba que desde há muito o número de bacharéis já excedeu o número compatível com a realidade brasileira...). Desse modo, ao lado da expansão de Comarcas e de vagas para juizes (e promotores), *por que não indagar acerca da expansão do número de vagas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal*? Afinal, as despesas efetuadas com um Ministro de Tribunal Superior não são mais elevados que os da instalação de uma Comarca... Dito de outro modo: se um Tribunal Estadual pode ter 125 desembargadores (é o caso do Rio Grande do Sul), qual o argumento para negar o aumento do número de vagas para ministros do Superior Tribunal de Justiça, que, afinal de contas, julga os recursos especiais oriundos de toda a federação?

Carmen Lúcia Rocha afirma que o principal responsável pela morosidade do Judiciário é o próprio Estado, por meio do Poder Executivo. Nessa senda, em estudo levantado pelo então presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Costa Leite[26], observou-se que, em 85% das causas em tramitação, existe um membro da Administração Pública em um dos pólos processuais, e, em 70% destas, houve o julgamento pela procedência do pedido do particular.

Dessa forma, a súmula vinculante, sob a pretensão de conferir celeridade processual, em verdade tolheria os direitos do cidadão, sendo que este sequer é o responsável pela morosidade processual.

Nas palavras da supracitada autora[27]:

> Esse tem sido um triste ponto repetido em nossa história: sempre que cresce a cidadania, e isso implica desempenho igualmente maior por parte do Estado, ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à "crise" provocada pelo aumento da demanda) diminuir o cidadão. **Isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos. O cidadão brasileiro vai muito pouco a juízo. Quem abusa dos meios de indagação judicial e de pleitos repetidos não é o cidadão, mas o próprio Estado**. É a ele que se deve dirigir a solução, é contra os excessos não de demanda do Poder Judiciário, mas de pedidos e recursos do Poder Executivo especialmente que se tem de orientar [...] A jurisdição é o único serviço público que tem o seu aparelho estatal paralisado durante um período longo – sessenta dias no ano –, o que é causa de morosidade. Sessenta dias sem audiência – ressalvados os casos especiais definidos legalmente – modifica a natureza e os efeitos da prestação judicial iniludivelmente (grifos no original).

Nessa senda, há de se registrar a conduta da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por exemplo, que hodiernamente tem instruído os procuradores a desistir dos

---

[26] REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Costa Leite quer súmula vinculante contra excessos no STJ e STF*. 22 out. 2001. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-out-22/costa_leite_defende_sumula_vinculante_stf_stj>. Acesso em: 19 jan. 2012, p.1

[27] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.34, n.133, jan./mar. 1997, p.62-63.

processos e não apresentar contestações e/ou recursos sempre que a questão for pacífica na jurisprudência contra os interesses do Estado[28].

Nessa mesma linha de entendimento, citem-se as súmulas administrativas elaboradas pela Advocacia-Geral da União, de maneira a instruir o Poder Executivo a não ingressar em juízo quando a questão versar sobre determinadas causas.

Não obstante esse fato, o argumento de que a súmula vinculante traria maior celeridade porque diminuiria o número de processos também é frágil, pelo motivo de que, se por um lado as ações comuns poderiam ter o seu número reduzido, por outro lado o número de Reclamações Constitucionais contra o descumprimento de súmula vinculante aumentaria a cada dia. Veja-se, por exemplo, a opinião de José Afonso da Silva[29] sobre o assunto:

> as súmulas vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas, estadual e municipal, e, assim, tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parecem reduzir os recursos, pois está previsto que se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário. Parece-nos que têm pouca utilidade relativamente ao âmbito da interpretação constitucional, para a qual está previsto o efeito vinculante (infra)

Dessa forma, o argumento da celeridade processual não merece prosperar, uma vez que, além de não haver dados empíricos capazes de balizar esse entendimento, o real problema está em um patamar econômico e social, como foi salientado.

2.2.2 A segurança jurídica

Outro argumento utilizado pelos defensores da súmula vinculante diz respeito à ideia de que esta traria uma maior segurança jurídica, na medida em que não existiriam mais interpretações dissonantes realizadas pelos diversos tribunais pátrios ou pela Administração Pública.

---

[28] Sobre o assunto, confira-se a Planilha de Dispensa de Interposição de Recursos elaborada pela PGFN, disponível no endereço http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/Dispensa_Contestar%20Recorrer.%20atualizada.doc

[29] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.566.

Entendem os adeptos dessa ideia que mais vale um único entendimento, consolidado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, do que múltiplos entendimentos, espalhados por todo o território brasileiro.

Veja-se a posição de Jorge Luiz Souto Maior[30] em relação ao argumento de que a súmula vinculante traria uma maior segurança jurídica:

> As súmulas vinculantes, na minha concepção, não têm nenhum mérito. A segurança jurídica não é motivo para vedar a oxigenação do direito. O direito depende dela para sobreviver. Soluções rápidas, a custa desse oxigênio, não são um avanço e sim o começo do fim do Estado de Direito, o primeiro passo para a implantação de regimes ditatoriais [...] Nem mesmo a regra do precedente do sistema anglo-saxão segue a mesma lógica do sistema das súmulas vinculantes. A técnica dos precedentes (stare decisis) tem sentido no sistema da "common law" porque como o próprio nome diz o direito é o direito feito pelos tribunais. É a regra legal estabelecida pelo juiz. É óbvio que os juízes estão subordinados a esta regra, da mesma forma que os juízes da civil law estão subordinados à lei feita pelo Legislativo. Mas os dois podem interpretar a lei e aplicá-la aos casos concretos com liberdade e independência e mesmo criticar a posição majoritária. Grandes avanços no direito norte-americano se deram a partir de votos vencidos, transcritos nos grandes arestos da Suprema Corte americana. As decisões judiciais contraditórias são o pulmão de uma sociedade verdadeiramente democrática. Conviver com a democracia não é fácil, não é simples, mas é preciso fazê-lo.

A autoproteção do ordenamento jurídico a possibilidades diversas de interpretação é tamanha que foi necessário, em âmbito de ação rescisória, a edição das Súmulas nº. 343 e 400 do STF, para dizer aos "operadores do Direito", cegos pelo cientificismo objetivo[31], que é possível haver mais de uma interpretação em cada caso "concreto", que um determinado dispositivo pode ensejar mais de uma compreensão.

---

[30] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Súmulas com efeito vinculante. Fasc. 3. ed. *Decisório Trabalhista*: maio/1997, p.52.

[31] A título de curiosidade, mas como um bom exemplo sobre o grau de cegueira que a objetividade científica prega, existe um filme, dirigido por Werner Herzog, cujo título em português é "O Enigma de Kaspar Hauser" (do alemão *Jeder für sich und Gott gegen alle*). Ele conta a história (verídica) de um homem chamado Kaspar Hauser que nasceu e foi criado em uma pequena cela escura, sem contato com o mundo exterior, com qualquer pessoa ou coisa, sendo apenas alimentado diariamente, além de possuir alguns poucos e pequenos objetos. Esse homem, já adulto, de repente se vê livre de seu confinamento e passa a conviver com a sociedade e a conhecer o mundo fora de sua cela, experimentando, no processo, um choque linguístico. Em determinada cena do filme, quando o protagonista já demonstrava certo grau de interação social, tendo aprendido, inclusive, a se comunicar com outros seres humanos, recebe a visita de um professor de Lógica e Matemática que deseja testar sua capacidade de raciocínio. Eles se sentam em uma mesa com dois bules de chá, que servirão de exemplo ao teste do professor. Em seguida, o professor faz a seguinte pergunta a Kaspar: "Imagine que isto [um dos bules] é uma vila. Nesta vila, vivem pessoas que só dizem a verdade. Aqui existe outra vila [representada pelo outro bule]. Nesta vila, as pessoas só dizem mentiras. Dois caminhos saem dessas vilas para onde você está, e você se encontra em um cruzamento. Um homem se aproxima, e você quer saber de qual vila ele veio: a vila dos que dizem a verdade ou a dos que mentem. Para solucionar este problema, de maneira lógica, só existe uma pergunta, e apenas uma, que você pode fazer ao homem. Qual é a pergunta? Se você perguntar ao homem se ele vem da vila dos que falam a verdade, ele dirá sim, se realmente vier de lá. Mas se ele vier da vila dos mentirosos, também dirá sim, porque irá mentir". Kaspar Hauser tenta pensar por um momento, mas logo é interpelado pelo professor, que lhe diz: "Se você não consegue pensar na pergunta, eu vou lhe dizer: 'Se você viesse da outra vila, você responderia não se eu lhe perguntasse se você veio da vila dos que mentem?' Com uma dupla negação, o mentiroso seria forçado a falar a verdade". Ao que Kaspar, que certamente ainda não tinha aprendido Lógica, e interpretando o problema de maneira ampla, responde: "Eu sei de outra pergunta. Eu perguntaria ao homem se

Dessa visão parece decorrer, também, as chamadas presunções absolutas de direito – *iure et de iure* – as quais praticamente ditam e impõem uma única solução, um único caminho a ser perseguido, em prol da segurança do ordenamento jurídico, além do tão aclamado princípio da legalidade[32], em especial na seara penal, tributária e administrativa, capaz de tolher qualquer mínimo desvio do intérprete ao que a regra impõe, sob o fundamento de que, se não está previsto em lei, não pode ser feito.

Com efeito, explicando aos leitores (e à cegueira cientificista) que é possível haver mais de uma interpretação, aduz Bernardo Pimentel Souza[33] que:

> O vocábulo 'literal' inserto no inciso V do artigo 485 revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis.

A atuação do juiz singular, de 1º grau, é crucial para que possa ocorrer a oxigenação do Direito. Com efeito, é ele quem está mais próximo do caso a ser resolvido, que mantém um contato direto com as partes na audiência, que preside a instrução probatória etc., não sendo possível que a sua atividade intelectual seja completamente tolhida, para que simplesmente observe o entendimento firmado pelo STF, sem a possibilidade de não aplicá-lo se verificar que o caso seria melhor resolvido de outra forma.

Nessa senda, observe-se a lição de Edvaldo Brito[34]:

---

ele é uma rã. O homem que viesse da vila dos que falam a verdade diria não, não sou uma rã, porque ele falaria a verdade. O homem que viesse da vila dos que falam mentiras diria sim, eu sou, porque ele mentiria. Assim, eu saberia de onde ele veio". Indignado, o professor replica: "Não aceito a sua pergunta. Isso não é Lógica; Lógica é dedução, e não descrição. O que você fez foi descrever algo, e não deduzi-lo [...] Na Lógica e na Matemática nós não entendemos as coisas, nós as deduzimos racionalmente" (HERZOG, Werner. *O enigma de Kaspar Hauser*. Alemanha: 1974. 1 fita de vídeo (109 min.), son., color.).

[32] Note-se que o princípio da legalidade, na ânsia de tentar impedir o intérprete de cometer eventuais abusos em seu agir, acaba por privá-lo de uma interpretação mais ampla, na medida em que condiciona o seu atuar – até mesmo porque princípios não abrem, e sim fecham a interpretação (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.212). Cria-se, então, um sistema apenas aparentemente aberto, o qual, em verdade, é lacrado por seus próprios princípios e regras, os quais não obstante buscam fornecer uma maior liberdade de interpretação em cada caso "concreto", estão em uma constante peleja ao limitarem-se uns aos outros. O ordenamento, então, assume a forma de uma pequena estufa de plantas, a qual a despeito de sua cultura possuir todo um potencial de expandir-se e alcançar alturas superiores, resta bloqueada pelas paredes do próprio sistema que lhe alimenta e garante a sua subsistência. O princípio da legalidade, muito embora não se negue a sua importância em conferir segurança jurídica contra condutas não previstas em lei, e, portanto, ilegítimas por não terem sido referendadas pelo Poder Legislativo, representantes dos detentores da soberania (o povo), deve, às vezes, e a depender da concretude de cada caso, ser afastado. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entendendo que o FGTS possuiria um caráter social em prol de toda a família, e não apenas do indivíduo, autorizou que uma mãe o levantasse em prol de seu filho contaminado pelo vírus HIV, a despeito do rol elencado no art. 20, XI, da Lei nº. 8.036/90 não prever a situação (STJ, REsp nº. 249026-PR, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 26.06.2000).

[33] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.495-496.

[34] BRITO, Edvaldo. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro*. Vídeo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=12>. Acesso em: 13 jan. 2012.

> Há os tribunais superiores, e dentre eles há a Suprema Corte. Lá tem onze homens, recrutados de uma maneira imprópria para o Brasil [...] Se eu contar, eu tenho a hegemonia de São Paulo lá dentro. Se eu contar mais, eu tenho a hegemonia do Sul maravilha ali dentro. Se eu contar, só vou encontrar um ministro, dentre os onze, aqui do Nordeste, aqui de Sergipe, que é o Eminente Carlos Ayres de Britto. Este homem tem uma sensibilidade maior para as questões do meridiano que não é o que passa pelo Sul maravilha e, nestas questões do paralelo que não está no paralelo lá de baixo, ele é sozinho Ele pode até ser considerado ridículo, na medida em que ele tiver resultados na decisão que tomar, fruto do argumento que ele buscou na realidade do seu torrão. Então, essa questão precisa ser apreciada no Brasil: revisar a forma de recrutar o ministro do Supremo Tribunal Federal. É uma caixinha de surpresas, é a caixa preta do avião. Quando a gente menos espera, o presidente da República puxa um nome e não tem que dar satisfação a nenhum de nós porque puxou.

Em sentido contrário, confira-se a posição de Sepúlveda Pertence, em relato feito por Gilmar Mendes[35] sobre o procedimento de revisão do entendimento do STF por meio da Proposta de Súmula Vinculante:

> É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem.

Assim, o argumento da segurança jurídica não pode resultar no tolhimento da atividade do magistrado de 1º grau, o qual pode ter a sua decisão revisada a todo o instante, mediante a utilização de inúmeros instrumentos processuais capazes de corrigir um eventual equívoco que ele porventura cometa, ao contrário da Suprema Corte, cuja súmula vinculante somente pode ser revisada, cancelada e atualizada mediante procedimento próprio e único, presidido pelo próprio STF – a PSV.

2.2.3 A isonomia das decisões

Outro argumento utilizado para embasar a instituição da súmula vinculante é a preservação da isonomia das decisões, fundamento esse que está intimamente ligado ao anteriormente apresentado.

De acordo com esse entendimento, a possibilidade de existirem decisões sobre casos ditos iguais em sentidos diversos provocaria uma balbúrdia no Direito, uma vez que todos eles deveriam compartilhar da mesma conclusão, do mesmo entendimento, da mesma sentença ou acórdão.

---

[35] MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Direito Público*, n.27. São Paulo: IOB, maio/jun. 2009, p.40.

Dessa forma, a súmula vinculante, ao impedir que o juiz, o tribunal ou o administrador público decidam de maneira contrária ao que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, estaria preservando a isonomia das decisões no Brasil, o que afeta, também, a segurança jurídica, pois o administrado já saberá de antemão o que será decidido para o seu caso em específico. Nessa senda, confira-se a posição de Antônio de Pádua Ribeiro[36]:

> Acresce que "a súmula com efeito vinculante" tem o condão de assegurar às partes tratamento isonômico em situações absolutamente idênticas. Não tem sentido que, em causas análogas e repetitivas, em virtude de aspectos meramente formais, uma parte venha a perder a demanda e outra venha a obter sentença favorável (grifo no original).

André Ramos Tavares[37] também defende a súmula vinculante como garantidora da isonomia das decisões. Para o autor, a possibilidade de haver decisões diferentes, de acordo com a conclusão atingida por cada magistrado, é um problema a ser sanado, ao que chama de loteria de pensamentos jurídico-judiciais, ou seja, um modelo jurídico baseado na sorte, pois, para ele, o Direito deve ser previsível:

> Há riscos, é claro. Mas igualmente não há como deixar de assumi-los, na busca de um sistema que se baseie menos na sorte (loteria de pensamentos jurídico-judiciais divergentes em relação a temas largamente debatidos) e mais na previsibilidade, própria da finalidade que se atribui ao e que se justifica o Direito. Os mais ardorosos combatentes do "neoliberalismo" vêem na previsibilidade do Direito uma exigência imposta pela globalização e, com ela, pelo capital externo, aos países de periferia ou de modernidade tardia.

Alexandre de Moraes[38] também é a favor da súmula vinculante, por entender que um texto constitucional deve dispor de uma única interpretação jurídica, de maneira a evitar desigualdades arbitrárias:

> As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Todavia, o julgamento em lote de processos não parece ser a solução adequada. O argumento da isonomia das decisões deve ser analisado com cautela, tendo em vista que esconde, em verdade, a tentativa de padronização do Direito por um *fordismo* processual que

---

[36] RIBEIRO, Antônio de Pádua. A súmula vinculante e a independência jurídica do juiz. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE*, v.2, n.6, out./dez. 1997, p.54.

[37] TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012, p.12.

[38] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.544.

busca oferecer soluções iguais para casos (ditos) iguais, quando estes jamais o são, por uma possibilidade ontológica de sê-los, como será tratado no momento oportuno.

Carlos Maximiliano[39], ao tratar da função dos juízes, desenvolve o seguinte entendimento:

> Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação. Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida.

Destarte, a manutenção da isonomia das decisões impede a singularidade de cada caso. Impede que o juiz atue de maneira específica em cada lide, em cada processo, e não apenas aplique o que foi decidido na longínqua capital federal.

2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA VINCULANTE

Tendo sido apresentados (e rebatidos) os principais argumentos em prol da súmula vinculante, passar-se-á a abordar os argumentos em seu desfavor, sem, no entanto, adentrar no objeto principal deste trabalho: realizar uma abordagem hermenêutica, e não dogmática, sobre o instituto.

2.3.1 A violação à proibição do *non liquet* (reversa)

O brocardo *non liquet* significa, ao pé da letra, que um determinado caso “não está claro”, o que fundamenta a proibição de que o magistrado se recuse a julgá-lo por ausência de certeza quanto a suas circunstâncias, ou seja, porque se encontra em dúvida. É, portanto, obrigado a proferir uma decisão sobre uma causa posta a seu crivo.

No Brasil, não é lícito ao juiz escusar-se de apreciar nenhuma causa sob o argumento de que não haveria norma aplicável à espécie, ou de que o caso não estaria claro, o que consubstancia a proibição de invocação do *non liquet*.

---

[39] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.60.

Dessa forma, o Poder Judiciário (como também a Administração Pública) tem o dever de julgar quaisquer demandas que lhe sejam apresentadas, uma vez que, por ter monopolizado a função de solução de conflitos, não pode se negar a solucioná-los.

O *non liquet* decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, do qual se extrai o direito fundamental de ação ou à prestação jurisdicional, ao estabelecer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", além do art. 126 do Código de Processo Civil, o qual determina que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei", e do art. 4º do Decreto-Lei nº. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), o qual prevê que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em sede de súmula vinculante, ocorreria uma espécie nova de proibição ao *non liquet*, reversa: o juiz se escusaria de julgar um caso não porque existiria dúvida, falta de clareza ou lacuna na lei, mas, pelo contrário, porque existiria uma suposta certeza total que o impediria de apreciar a causa, certeza essa propiciada pelo enunciado de súmula vinculante.

Ao se recusar a apreciar um determinado caso porque o STF já decidiu sobre a questão antecipadamente, ao simplesmente aplicar o enunciado de súmula vinculante e, com isso, "resolver" o problema, entende-se que o magistrado estaria, sim, se escusando de julgar a causa, tendo em vista que não basta apenas invocar uma súmula para que se dê por julgado um caso, até mesmo diante da exigência contida no art. 93, IX, da CF, que prevê que todas as decisões judiciais devam ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

É necessário que o juiz analise todas as circunstâncias do caso (concreto) que lhe é dirigido. O exercício da jurisdição não deve ser uma máquina industrial, que apenas carimba as ações para dizer que defere ou indefere o pedido com base na súmula vinculante nº. tal, pois, na lição de Lenio Streck[40], ementários não podem ser aplicados de forma irrestrita e por "mera subsunção", posto que, aplicados de forma descontextualizada, "levam ao obscurecimento da singularidade do caso".

Assim, a atitude de não analisar a fundo um determinado caso, sob o argumento de que a questão já foi decidida pelo STF, violaria a proibição do *non liquet* em uma abordagem reversa, não pelo fundamento de que haveria dúvida ou falta de clareza, mas sim pela presença de uma suposta certeza cabal e insofismável já atingida pelo Supremo Tribunal Federal, certeza essa que impede o magistrado ou o administrador público de chegar à sua própria conclusão, à sua própria decisão, à sua própria certeza.

---

[40] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.216.

2.3.2 A violação à independência funcional dos magistrados

Outro argumento em desfavor da súmula vinculante é o de que ela viola a independência funcional dos magistrados. Com efeito, uma das características principais do exercício da função de juiz é o da independência funcional, consagrada, sobretudo, pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95, I, II e III da CF), com o fito de que o magistrado não fique à mercê de pressões políticas ou psicológicas sobre a sua pessoa, de quem quer que seja, em virtude da importância de sua atuação como agente político capaz de contrariar os interesses (muitas vezes obscuros) de alguém.

Na medida em que a súmula vinculante impõe que juízes, tribunais e Administração Pública sigam o que foi estabelecido em seu enunciado, sob pena de anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial (art. 103-A, § 3º, da CF), ela viola frontalmente a independência funcional, uma vez que tolhe a atuação do tomador de decisões e o condiciona a um mero papel de reprodutor do que foi decidido pela Suprema Corte, sem que lhe seja permitido questionar ou decidir de maneira diversa.

Ora, a função do julgador não deve se resumir à simplória (e cômoda) tarefa de seguir as conclusões do Supremo Tribunal Federal. É intrínseca à magistratura a função de questionar, de invalidar, de aplicar ou não aplicar um determinado comando normativo, para que, dessa forma, possa ser dada uma solução mais próxima da realidade, de acordo com cada caso. É por essa razão que o juiz pode entender ser inconstitucional uma determinada lei, no exercício do controle concreto (ou incidental) de constitucionalidade, de maneira a rejeitar a conclusão à qual chegou o legislador.

Não é cognoscível o porquê de o magistrado poder julgar uma determinada causa contra o que foi determinado em lei, e não poder negar a aplicação de uma súmula vinculante. Ou seja, no Brasil, é possível o julgamento *contra legem*, mas não *contra summula*, o que revela a absoluta incongruência que existe em nosso ordenamento, até porque este foi erigido sob os parâmetros do *civil law* (modelo romano-germânico), e não do *common law* (modelo inglês).

Afinal, a Constituição estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, segundo o art. 5º, II, da CF (princípio da legalidade), e não em virtude de súmula.

No intelecto de Eugenio Raul Zaffaroni[41]:

> Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. **Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado** [...] A pressão sofrida pelos juízes em face de lesão à sua independência externa, em um país democrático, é relativamente neutralizável, por via da liberdade de informação, de expressão e de crítica, mas a lesão de sua independência interna é muito mais contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante. **Quanto menor independência externa possua, maior parece ser a compensação buscada pelos seus corpos colegiados no exercício tirânico de seu poder interno**. Em uma magistratura com estes vícios é quase impossível que seus atos sejam racionais (grifos nossos).

Nessa linha de raciocínio, confira-se a lição de J. J. Calmon de Passos[42], quando afirma que:

> [...] juízes não têm superiores, sejam eles do primeiro, do segundo ou do grau extraordinário ou excelso, porque se os tiverem, serão tudo, menos juizes, porquanto o juiz, porque servidor dos cidadãos, dos membros do grupo social que o instituiu politicamente como agente de uma função pública que, por destinação e origem, é e só pode ser serviço, devem contas unicamente a quem detentor real da soberania - o povo. Seria agravarmos o que já é tão grave entre nós exacerbar a violação do menos, enquanto deixamos impune a violação do mais. E isso ocorreria, caso o desrespeito à súmula acarretasse para os magistrados conseqüências severas, quando elas inexistem para as violações da lei e da própria Constituição [...] Assim sendo, inaceitável se negue a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe cumpre aplicar ao caso concreto, quando se cuide de interpretação de súmula vinculante.

Assim, na medida em que a Suprema Corte do Brasil resolve determinar que seus outros colegas de profissão sigam um determinado entendimento, estão transformando-os de juízes em subordinados, de colegas em “escravos da hermenêutica”, o que deve ser rechaçado diante do fato de que não há relação de subordinação ideológica entre ministros e demais julgadores.

A independência funcional dos magistrados está assegurada em diversos ordenamentos jurídicos, além de estar previsto no art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista que é condição essencial para que desenvolva a sua função com seriedade e sem temor de represália. Falar-se de juiz independente é incorrer em pleonasmo: o cargo de juiz, nos dias atuais, é independente por sua própria natureza.

Destarte, a violação à independência funcional dos magistrados pode se tornar um perigoso efeito da súmula vinculante, grave o bastante para que ela seja analisada com parcimônia, sob pena de se instituir uma verdadeira “ditadura interpretativa” no Brasil.

---

[41] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.* Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.88-89.

[42] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012a, p.14-15.

2.3.3 A violação à teoria da separação dos poderes

De acordo com a teoria da separação dos poderes, o Estado deve ser dividido em três vertentes, de modo que o poder não se concentre na figura de um único ente, como acontecia no absolutismo ("O Estado sou eu")[43]: uma responsável pela elaboração das leis (Poder Legislativo), outra responsável pela execução das leis (Poder Executivo) e outra responsável pelo julgamento das questões da sociedade (Poder Judiciário).

Essas três nuances estatais devem ser independentes umas das outras, para que não haja influência nem disputa de poder entre seus membros, e devem prezar pela harmonia entre si, mediante um esquema de vigilância e ingerência de um Poder sobre outro em caso de abuso ou exacerbação, o que fundamenta a teoria dos freios e contrapesos, ou seja, um Poder é responsável por frear e servir de balanço e limite ao outro.

Andréa Gozetto[44] entende que não há que se falar em violação da separação dos poderes, por entender que esta ocorre de forma dinâmica no Estado brasileiro. Segundo a autora:

> De nosso ponto de vista, é errôneo afirmar que as súmulas ferem o princípio de separação dos poderes, pois é sabido que hoje a separação dos poderes no Brasil não pode mais ser vista como algo estanque, uma vez que nosso sistema político está estruturado com base no princípio de poderes compartilhados. Como dois poderes podem apresentar as mesmas atribuições, o que pode ser analisado mais detalhadamente é seu poder de checagem, e não sua função precípua [...] Mesmo o Poder Judiciário exerce um papel sobre o fazer político, como, ao julgar a inconstitucionalidade das ações dos outros poderes. Enquanto o Poder Legislativo conta com o auxílio do Tribunal de Contas que tem o poder de fiscalizar toda a Administração Pública, o Poder Judiciário pode auto-reger-se por meio de seus Regimentos, e o Executivo, editar Medidas Provisórias.

A Constituição Federal prevê a teoria da separação dos poderes em seu artigo 2º, ao estabelecer que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Além disso, veda expressamente qualquer tentativa de sua abolição por meio de Emenda Constitucional, ao estabelecer a cláusula pétrea esculpida no art. 60, § 4º, III.

No caso da súmula vinculante, a ideia é de que esta violaria a separação de poderes, no momento em que assume a forma de um verdadeiro comando de caráter geral, abstrato e oponível *erga omnes*, tal qual a lei.

---

[43] Frase atribuída a Luis XIV, então Rei da França.

[44] GOZETTO, Andréa Oliveira. O instituto da súmula vinculante e a teoria da separação dos poderes. *In: Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 7, n.2, p.383-400, jul./dez.2008, p.398.

Uma vez que somente ao Poder Legislativo é dado elaborar leis, com a excepcional hipótese da medida provisória (muito embora cada dia não tão excepcional assim), a súmula vinculante transformaria o Poder Judiciário em legislador, o que é vedado de acordo com a teoria em comento.

Com efeito, a possibilidade da qual dispõe a súmula vinculante de impor-se perante todos deturparia a função do Poder Judiciário, pois a este é dado somente julgar os casos que lhe são apresentados pela sociedade, até mesmo por decorrência do princípio da inércia (art. 2º do Código de Processo Civil) que rege, via de regra, o processo.

Nessa senda, as decisões do Supremo Tribunal Federal com força vinculante seriam uma afronta à construção do Estado sob a égide tripartite, pois o Poder Judiciário estaria extrapolando a sua função atípica, o que lhe é lícito fazer somente em caráter excepcional e em baixa amplitude, a exemplo da elaboração do Regimento Interno pelos próprios tribunais, cujas disposições possuem um alcance muito menor do que o alcance de uma súmula vinculante.

2.3.4 A violação ao direito fundamental de ação (ou à prestação jurisdicional)

A súmula vinculante também violaria o direito fundamental de ação, ou direito fundamental à prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que se estaria negando (materialmente) o exercício da jurisdição à parte interessada em ter o seu problema solucionado.

Muito embora a decisão que aplique uma súmula vinculante se trate, de fato, de uma prestação jurisdicional, do julgamento de uma causa, na medida em que é negada, pelo Estado, a possibilidade de que um caso seja discutido no processo, sob o argumento de que se trataria de uma questão idêntica ao que já foi decidido pelo STF, o direito de ação restaria obstado pelo Estado.

Ora, não basta que seja conferido o direito à prestação jurisdicional de maneira formal. É necessário, também, que ele seja conferido de maneira material, efetiva. Nessa senda, o que se propõe, com a súmula vinculante, é justamente conferir um direito de ação formal: não é proibido o acesso ao Poder Judiciário; contudo, caso se opte por assim fazê-lo, o caso já estaria previamente decidido. É como se o Estado dissesse: “Pode vir, cidadão. Mas saiba, de antemão, que não há o que se discutir. Não me interessam as suas provas nem os seus argumentos, pois a solução já está tomada”.

Assim, o exercício do direito de ação ficaria reduzido à simples propositura da inicial, para que surgissem os efeitos da coisa julgada com a decisão, para que existisse um título judicial. E só, pois, materialmente falando, a parte não poderia atuar no processo de forma efetiva, para que pudesse convencer o magistrado de que a solução para o seu caso em específico deve ser outra, diferente da solução alcançada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não basta conferir o direito de ação sem concretizá-lo. Não há acesso à justiça se a parte sequer é ouvida em juízo, se a parte sequer pode expor os seus argumentos, produzir as suas provas etc., simplesmente porque seu caso já "nasceu decidido", o que viola, também, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF), uma vez que a parte estaria impossibilitada de expor os seus argumentos em defesa de sua pretensão, mediante um processo judicial ou administrativo, com todas as suas fases.

2.3.5 A violação ao princípio do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional)

Um dos principais princípios que norteiam o Direito Processual é o princípio do livre convencimento motivado, previsto nos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil e no art. 155 do Código de Processo Penal.

De acordo com o princípio em comento[45], o magistrado pode decidir da forma que melhor entender para a solução do caso, apreciando livremente quaisquer das provas que lhe sejam apresentadas e atribuindo-lhes a relevância que entender pertinente, desde que fundamente a sua decisão, até mesmo por decorrência do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Todavia, no momento em que é imposto aos tomadores de decisão o dever de seguir um determinado entendimento, de decidir de acordo com uma determinada conclusão, viola-se o livre convencimento destes, pois convencimento algum há quando não é dado ao julgador sequer decidir, mas, simplesmente, aplicar o que já foi decidido.

Para Geovane Peixoto[46], a súmula vinculante, além de violar o princípio do livre convencimento do julgador, também limita o exercício da advocacia:

> Ficando suprimido o princípio do livre convencimento dos Juizes, vez que, como foi demonstrado supra, passa ele não mais a formar o seu juízo de valor, de acordo com

---

[45] Observe-se que o princípio do livre convencimento motivado está umbilicalmente ligado à independência funcional, dele sendo uma decorrência, uma vez que o Estado atribui ao juiz a liberdade para decidir as questões da sociedade de acordo com o seu convencimento, por intermédio da persuasão racional.

[46] PEIXOTO, Geovane de Mori. Súmula Vinculante. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, n.34, mar.2003. Disponível em: < http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2003/convidados/doc-02.doc>. Acesso em: 12 jan. 2012, p.5.

> as provas, fatos, e teses jurídicas ventiladas no processo, e aplicando, como deve ser, o ordenamento jurídico vigente no país, o único ao qual está subordinado, e sim as decisões sumuladas pelo Pretório Excelso e demais Tribunais Superiores. Outra decorrência, deste fato, é que o exercício da advocacia ficaria restrito e limitado a requerer ao Judiciário simplesmente a aplicação do enunciado vinculativo. Em suma, como consequência da edição do comando legislativo compulsório pelos Tribunais Superiores, ao qual o Juiz se submete obrigatoriamente, há evidente supressão do processo de renovação do direito através da jurisprudência, além de suprimir o princípio do livre convencimento do Juiz e a atividade da advocacia.

Destarte, no momento em que não é dado ao julgador apreciar livremente a causa, de acordo com a sua própria conclusão, mas, sim, de acordo com a conclusão do STF, violado está o princípio da persuasão racional.

2.3.6 A violação ao princípio do duplo grau de jurisdição

Outro argumento contrário à súmula vinculante é o de que a sua adoção violaria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8º, 10, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), recepcionada pela Constituição Federal com *status* de emenda constitucional por intermédio do quanto previsto em seu art. 5º, § 3º.

Pelo duplo grau de jurisdição, é conferida à parte a prerrogativa de recorrer das decisões proferidas no decorrer do processo, tendo em vista que o ser humano é um ser falível, razão pela qual deve haver mecanismos para que outros seres humanos possam revisar e anular as decisões proferidas pelo primeiro, se for o caso, mecanismos esses que são, via de regra, os recursos.

A súmula vinculante, no entanto, impede que possa haver o duplo grau de jurisdição, pois a aplicação do quanto estabelecido no enunciado se dá de maneira automática e irrecorrível, não havendo qualquer possibilidade de combater a decisão do juiz ou do tribunal, com exceção da apresentação de uma Reclamação Constitucional, a qual não é recurso e ocorre em um processo apartado.

Dessa forma, diante da impossibilidade de existir um segundo julgamento sobre uma determinada causa, restaria violado o princípio do duplo grau de jurisdição.

2.3.7 A violação ao princípio da legalidade

Como já foi dito, de acordo com o art. 5º, II, da CF, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e não em virtude de súmula.

Dessa forma, a súmula vinculante, ao determinar que magistrados e administradores públicos sigam o quanto nela está determinado, viola o princípio da legalidade, pois súmula não é lei, e somente esta pode possuir o caráter da imperatividade.

De acordo com Maria Helena Sulzbach[47], conferir efeito vinculante a uma súmula:

> significa alterar o princípio constitucional que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais.

Veja-se, também, a opinião de J. J. Gomes Canotilho, manifestada em entrevista jornalística sobre a súmula vinculante brasileira: "eu compreendo a tentativa de dar alguma ordem, mas o problema é que as súmulas vinculantes se transformam em direito constitucional enquanto não são revogadas pelo próprio tribunal. Elas não são apenas legislação. São verdadeiras normas constitucionais"[48].

Destarte, no momento em que a súmula vinculante extrapola a condição de súmula (texto interpretativo) e assume a condição de uma "superlei", à qual se deve obediência, há afronta ao princípio da legalidade, uma vez que somente a lei, elaborada pelo Poder Legislativo, pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, e não uma súmula, elaborada pelo Poder Judiciário, sobretudo quando os responsáveis pela sua elaboração (os ministros do Supremo Tribunal Federal) não foram eleitos por meio de escrutínio direto e popular, mas escolhidos dentro da cúpula do poder, mediante nomeação pelo presidente da República e aprovação pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal).

2.3.8 A violação ao princípio da democracia

Carmen Lúcia Rocha desenvolve o entendimento de que a súmula vinculante violaria o que chama de princípio da democracia. Para a autora, a elaboração da súmula

---

[47] SULZBACH, Maria Helena. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997, p.18-19.

[48] BASILE, Juliano. STF tem ativismo sem paralelo, diz jurista. *Valor Online*, São Paulo, 4 nov. 2009. Disponível em: < http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=6499>. Acesso em 12 jan. 2012, p.2.

vinculante implica na imposição de uma norma jurídica imperativa, sem que haja a participação popular no processo.

Ainda que as leis, no Brasil, sejam elaboradas por representantes eleitos (democracia representativa), o mandato destes decorre do exercício do direito de sufrágio pelo povo, o qual os elege de acordo com a sua opção política. Os ministros do STF, por sua vez, não são eleitos diretamente pelo povo, o que retiraria a participação popular, ainda que de forma indireta, da elaboração normativa.

Nas palavras da autora[49]:

> Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema constitucional, a instituição da "súmula vinculante" não tem a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica.

A autora chama atenção, ainda, que, em sendo o STF o guardião da Constituição, cuja função é apreciar matéria constitucional, e tendo em vista que a súmula vinculante somente pode versar sobre esta, a violação ao princípio democrático seria ainda mais grave, pois não se estaria apenas retirando do povo a possibilidade de participar do processo de elaboração de leis, mas do processo de elaboração de normas constitucionais[50].

Com efeito, o modelo brasileiro, calcado na representação política, não inibe a participação popular na tomada de decisões estatais. Existem, no Brasil, instrumentos para tanto, a exemplo da iniciativa popular, do referendo e do plebiscito, o que motivou Paulo Bonavides[51] a chamar o modelo brasileiro de democracia semidireta.

Com a possibilidade conferida pela súmula vinculante para que sejam elaborados verdadeiros comandos dotados de eficácia geral, por um órgão diverso do Poder Legislativo, não haveria mais uma efetiva participação popular, a qual restaria limitada às hipóteses constantes no procedimento da PSV e à atuação de interessados na qualidade de *amicus curiae.*

---

[49] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.34, n.133, jan./mar. 1997, p.57.
[50] *Ibidem*, p.58.
[51] BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.295.

2.3.9 A inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 45

Como foi defendido no decorrer de todo esse capítulo, a súmula vinculante viola diversos princípios e direitos fundamentais, a exemplo do direito de ação, do princípio da separação de poderes, da independência funcional etc.

Dessa forma, surge a ideia de que, no que pertine à instituição da súmula vinculante, a Emenda Constitucional nº 45 seria, na verdade, uma "Emenda Inconstitucional", pois viola o quanto estabelecido no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, as chamadas cláusulas pétreas, muito embora Pedro Lenza[52] tenha afirmado que "o novo modelo de súmula vinculante mostra-se não só necessário, como totalmente constitucional".

Com efeito, na medida em que a EC 45 suprime diversos direitos e princípios previstos na CF, há afronta à proibição de que uma Emenda Constitucional não pode, nunca, abolir a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III) e direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV). De acordo com a Carta, a proposta de emenda sequer será objeto de deliberação, quanto mais de aprovação.

Registre-se que, muito embora o § 4º supracitado utilize a expressão "abolir", entende-se que a mera mitigação de direitos e garantias fundamentais já enseja a invocação de violação à cláusula pétrea, diante do princípio da máxima efetividade e da interpretação ampla dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF).

Diante do princípio da máxima efetividade, a interpretação dos dispositivos constitucionais, sobretudo os que preveem direitos fundamentais, deve se dar de maneira ampla, no intuito de conferir o maior alcance possível ao quanto previsto no texto constitucional, de forma a não torná-lo letra morta ou um mero "pedaço de papel"[53], distante da realidade social. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho[54]:

> Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Dessa forma, quando o constituinte fala em abolição da separação dos poderes e dos direitos e garantias fundamentais por meio de proposta de emenda, deve-se estender a

---

[52] LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Método, 2005, p.75.
[53] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001, p.37.
[54] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p.162.

interpretação não apenas às PECs que visem retirar da Constituição tais elementos, mas, também, às que visem limitá-los, tolhê-los ou minimizá-los, uma vez que de nada adiantaria a existência de uma cláusula pétrea se fosse possível que o Poder Legislativo reduzisse a eficácia de determinado direito fundamental a um patamar mínimo, sob o discurso de que a Constituição apenas veda a abolição, mas não a mitigação.

Afinal, já foi dito por Carlos Maximiliano[55] que:

> deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo [...] Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.

Assim, não seria de todo errôneo defender que a Emenda Constitucional nº 45, no que pertine à súmula vinculante, seria inconstitucional, pois afronta princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ainda que de maneira obtusa, o que é vedado pelo art. 60, § 4º e seus incisos.

2.4 CONCLUSÃO

Vimos, neste capítulo, os principais argumentos favoráveis e contrários à súmula vinculante, em uma abordagem dogmática.

Para que seja dado seguimento ao trabalho, faz-se necessário abordar, no capítulo seguinte, a questão da completude do ordenamento jurídico, sobretudo o papel que os precedentes judiciais desempenham em tal tarefa, tendo em vista que a súmula vinculante é resultado da reunião de precedentes judiciais que versem sobre uma determinada matéria constitucional.

---

[55] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.166.

3 DA COMPLETUDE DO DIREITO

Os precedentes judiciais, muito embora, historicamente, tenham importância mais acentuada nos países que adotam o sistema do *common law*, também possuem a sua relevância nos sistemas do *civil law*.

É por meio dos precedentes, aliados às demais fontes normativas (lei, doutrina etc.), que um determinado ordenamento jurídico é capaz de adquirir integridade e coerência, de maneira que o seu significado possa ser compreendido de uma forma ampla e integradora.

Com isso em mente, o objetivo desse capítulo será tecer algumas considerações sobre a importância dos precedentes judiciais na construção do Direito, de maneira a demonstrar que eles possuem um papel fundamental na manutenção da completude do ordenamento, completude essa a qual possui, como uma de suas consequências, a atribuição de efeito vinculante aos precedentes, a exemplo do que ocorre com a súmula vinculante.

3.1 DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial pode ser definido como "um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito"[56].

É a partir do precedente (ou dos precedentes, como é mais comum) que a jurisprudência de um determinado tribunal vai se consolidando em um determinado sentido, a ponto de resultar em uma orientação ou em uma súmula, a qual irá refletir tal jurisprudência em um enunciado sumular.

Marcelo Alves Dias de Souza[57] chama atenção para o fato de que comumente são confundidos os conceitos de súmula, verbete e enunciado, muito embora não seja objetivo deste trabalho adentrar nesse mérito. Veja-se:

> [...] é preciso lembrar que há certa confusão no uso do termo súmula. Consagrou-se algo, a bem da verdade, errado, que é a prática de chamar-se determinado verbete (ou seu enunciado) de súmula X ou Y. Ao contrário do que muitos pensam, o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (ou seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado.

---

[56] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Curitiba: Juruá, 2011, p.41.
[57] *Ibidem*, p.253.

Note-se, portanto, que a figura do precedente judicial é um elemento-chave para que seja dado início ao procedimento de criação de um novo enunciado sumular (ou, simplesmente, súmula). Como será visto mais adiante, a súmula jamais poderá ser aplicada, ou sequer compreendida adequadamente, sem que sejam analisados os precedentes que deram ensejo a ela.

Não é objetivo deste trabalho, que possui um cunho mais hermenêutico do que dogmático, discutir sobre as diversas teorias que buscam enfrentar a natureza jurídica da decisão (e do precedente) judicial, a exemplo da teoria declarativa, que afirma que o Direito preexiste à decisão judicial, restando ao juiz ou ao tribunal o papel de declarar o que já existe, e da teoria constitutiva, a qual, por outro lado, afirma que o Direito é construído no momento da decisão judicial, inexistindo em um momento anterior a esta[58].

O que está em discussão, aqui, é a importância do precedente como fonte normativa de Direito e, sobretudo, como figura auxiliar, ao lado das demais fontes normativas (lei, doutrina etc.), na tarefa de manutenção da integridade, da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico.

Para que seja possível adentrar no tema proposto, é necessário, primeiro, tecer alguns comentários sobre a figura do magistrado, bem como o papel por ele desempenhado em um Estado Democrático de Direito

3.2 DO PAPEL DO MAGISTRADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A figura do magistrado sempre esteve ligada ao poder. Desde a antiguidade, o Direito sempre foi utilizado como uma forma de coerção, como uma maneira de compelir a sociedade a observar as diretrizes estabelecidas por aquele (ou aqueles) que detinha(m) o poder.

Historicamente, o cargo de magistrado era reservado aos membros da elite, a qual andava de mãos dadas com o poder, sendo vedado à população atingir tal *status*. Na época do absolutismo, por exemplo, a escolha dos juízes era feita diretamente pelo governante, ao qual eram devidas fidelidade e obediência por parte daquele[59]. O juiz era, portanto, um servidor do soberano, e não da população[60].

---

[58] Como poderá ser inferido no decorrer desta obra, filiamo-nos à segunda teoria, qual seja, a teoria constitutiva.
[59] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.10-12.
[60] MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.133.

A confusão entre a função judicante e interesses pessoais chegou ao ponto de resultar na atribuição de direito de propriedade em relação ao cargo de juiz, o qual poderia ser vendido, transmitido por herança ou até mesmo locado a terceiros[61].

Um grande exemplo disso foi Charles-Louis de Secondatt, o Barão de Montesquieu, aristocrata francês que, ao herdar o título de barão, herdou, também, o cargo de juiz que o acompanhava.

Ao verificar, empiricamente, que os juízes de então se envolviam com a política para satisfazer interesses particulares, Montesquieu resolveu renunciar ao cargo[62], tendo passado a afirmar que a função do magistrado era tão-somente a de ser "a boca da lei", não lhe sendo lícito se distanciar do que não estivesse previsto na legislação, entendimento esse que acabou por resultar em sua teoria da separação dos poderes[63].

Como o período antigo, sobretudo na Idade Média e na época do absolutismo monárquico, foi marcado pela violência, a qual era muitas vezes direcionada ao povo, que, além de suportar uma carga tributária altíssima e não participar do exercício do poder, vivia no eterno medo de ter os seus bens (e a sua vida) tirados de si a qualquer momento[64], ao sabor da vontade do soberano, e tendo em vista que o magistrado[65] exercia a função de aplicar a justiça, a figura do juiz adquire, com um tempo, uma carga negativa.

Com efeito, esse histórico de violência institucional que envolveu a figura do magistrado contribuiu para que este adquirisse uma imagem negativa perante a população, pois, em vez de conferir justiça para todos, em verdade os detentores do cargo de magistrado apenas refletiam os interesses da classe dominante[66].

A luta pela independência funcional dos juízes, hoje consagrada no art. 95 da Constituição Federal, se deve em boa parte em razão da preocupação em desconstruir tal imagem negativa, pois, conferindo-se independência aos magistrados, consequentemente retira-se (em boa parte) a influência do poder político sobre a sua pessoa, que poderá julgar os processos sem a preocupação de ter o seu subsídio reduzido, de ser deslocado compulsoriamente para um local longe de sua família, de ser destituído do cargo ou, até

---

[61] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.
[62] Na verdade, como informa Dalmo de Abreu Dallari, Montesquieu **vendeu** o seu cargo, por necessitar de dinheiro, mas também porque não sentia interesse por tal atividade (*Ibidem*, p.16).
[63] MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.157.
[64] No Japão feudal, por exemplo, os camponeses eram obrigados a realizar uma profunda reverência todas as vezes que os samurais, membros da elite, entravam no feudo. Não podiam sequer fitá-los diretamente nos olhos, sob pena de morte, pois os camponeses eram considerados uma classe inferior.
[65] O magistrado poderia ser o próprio soberano, e não necessariamente uma terceira pessoa.
[66] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p.12.

mesmo, de ser condenado à morte, a depender do momento histórico do qual se esteja tratando.

Em razão desse histórico, ocorria que o julgador proferia a sua decisão muitas vezes de maneira arbitrária; ou seja, decidia não conforme o Direito, mas conforme a sua própria consciência, movido por valores e objetivos diversos, que refletiam não os valores sociais ou os princípios jurídicos, mas os seus próprios valores ou os valores do grupo do qual fazia parte, na contramão do que Ronald Dworkin[67] afirma quando diz que "é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política".

Tércio Sampaio Ferraz Jr.[68] realiza uma análise histórica com o intuito de demonstrar a forma pela qual o Direito abandona progressivamente um aspecto despótico, visto como um instrumento à disposição do soberano para que fosse utilizado de acordo com os seus interesses, rumo a um Direito que se preocupa em exigir a fundamentação das decisões proferidas pelos magistrados:

> O direito, como ordem, perde seu caráter maniqueísta, isto é, supera-se a visão primitiva do direito como o *bem*, em oposição ao antijurídico que se identifica com o *mal*. O tratamento dado ao comportamento desviante encaminha-se agora para procedimentos decisórios regulados, surgindo as formas de jurisdição: juízes, tribunais, partes, advogados etc. [...] Essa progressiva procedimentalização do direito provoca, assim, o aparecimento de um grupo especializado, com um papel social peculiar: os juristas, que desenvolvem uma linguagem própria, com critérios seus, formas probatórias, justificações independentes.

Também Marília Muricy[69], ao abordar o tema do modelo da aplicação silogística e a tese da discricionariedade judicial, desenvolve um entendimento semelhante, ao explicar que os juízes eram vistos com desconfiança por algumas pessoas (os primeiros liberais), tendo em vista que o cargo era eminentemente político, servindo aos interesses de quem estava no poder:

> Embora a interpretação seja inerente à atividade prática do jurista, só tardiamente ela se fez tema para a reflexão teórica. Sem maiores riscos de incorreção histórica, pode-se apontar como primórdio da teoria hermenêutica, a que resulta da desconfiança alimentada pelos primeiros liberais diante da atividade dos juízes, tida então como *longa manus* do poder absoluto do monarca. Vem daí o pressuposto ideológico do dever de neutralidade do juiz, logo convertido em pressuposto conceitual da Ciência do Direito...

Hoje em dia, a figura do magistrado também mantém uma relação com o poder. Afinal, o cargo de juiz é um cargo institucional – integra a estrutura do Estado.

---

[67] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.180.
[68] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.54.
[69] PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito-UFBA*, v. 37. Salvador: 1997/1998, p.70.

Todavia, tendo em vista que o poder, no Brasil, é um poder democrático, a função judicante deve refletir esse fato, não sendo mais possível que o magistrado decida da maneira como bem entenda, ou que seja subserviente a interesses de terceiros, posto que o cargo de juiz não é mais um direito individual atribuído a alguém – é, sim, uma função estatal **democrática** e, enquanto tal, deve se pautar de acordo com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

Apesar de Direito e Política poderem ser separados e estudados isoladamente, para fins acadêmicos, é cediço que os dois sistemas, para utilizar a expressão de Niklas Luhmann, estão imbricados. Nas palavras do autor[70]:

> Una de las consecuencias más importantes de la forma normativa en la que se realiza la función del derecho, es la diferenciación entre derecho y política. La dependencia mutua de los dos sistemas es evidente. Eso dificulta el reconocimiento de la diferenciación funcional. **Para su aplicación el derecho depende de la política y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La política, a su vez, utiliza el derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente**. Pero precisamente la actuación conjunta presupone que los sistemas son diversos (grifos nossos).

Dessa forma, para que se possa analisar o Direito e a função dos juízes e dos tribunais, há de se levar em consideração alguns aspectos que, à primeira vista, poderiam parecer "não jurídicos", por dizer respeito às searas da Política ou da Economia, por exemplo, mas que, em verdade, são aspectos igualmente dotados de importância jurídica – aspectos que integram o Direito, normativamente.

Veja-se a lição de Orlando Gomes[71], ao afirmar que existe uma conexão entre o jurídico e o econômico:

> Se bem, pois, que o jurídico se ache condicionado ao econômico, é incontestável que constitui um fator social capaz de dificultar ou favorecer o crescimento material de determinada sociedade. O comportamento dos indivíduos em relação aos fenômenos de produção e consumo dos bens é regrado pelo Direito, através das leis, usos e costumes que tanto podem estimular as atividades necessárias ao desenvolvimento econômico do país como constituir um entrave à sua realização.

Não é por outro motivo que J. J. Calmon de Passos[72] também irá afirmar que "inexiste *pureza* no Direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político, o econômico e o ideológico".

Note-se, portanto, que a evolução da figura do magistrado não pode ser analisada em dissonância com o caráter político que o cargo assumiu durante os vários

---

[70] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p. 207.
[71] GOMES, Orlando. *Direito e desenvolvimento*. Publicações da Universidade da Bahia, série II, 24, Brasil, 1961, p.34-35.
[72] PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.66.

séculos. Se, antigamente, em épocas despóticas, o juiz aplicava o Direito com o objetivo de justificar a manutenção dos governantes no poder, movido por interesses individuais, hoje, em um Estado Democrático de Direito, o juiz deve aplicar o Direito com o fim de manter o poder **democrático** livre de coerções, o que somente pode ser feito se for levada em consideração a construção intersubjetiva do Direito na e pela sociedade, como será abordado mais adiante, em capítulo próprio.

Nessa senda, a importância atribuída cada vez mais aos precedentes judiciais no Brasil, a ponto de chegar-se à súmula vinculante, também deve ser encarada dentro desse contexto político, uma vez que a busca pela completude do ordenamento jurídico, por meio da valorização dos precedentes e da atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, possui como objetivo exatamente resguardar o Direito (e a sociedade), em um Estado Democrático, da figura do juiz despótico, que decide de acordo com os seus próprios interesses, ou de acordo com os interesses de uma minoria da qual faz parte.

Em um Estado Democrático de Direito, não existe espaço para a figura do magistrado ou do tribunal discricionário[73], como acontecia antigamente. Nos dias atuais, o juiz está submetido ao princípio democrático e, nessa condição, deve pautar o seu atuar sempre de acordo com os interesses da sociedade, consubstanciados no ordenamento jurídico.

Para melhor tratar desse tema, faz-se necessário enfrentar as noções de integridade e de coerência, bem como discorrer sobre a plenitude do ordenamento jurídico.

3.3 DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A noção de integridade busca desenvolver a ideia de que o ordenamento jurídico de um determinado Estado deve dispor de parâmetros norteadores, os quais os julgadores devem observar quando forem proferir as suas decisões.

Muito embora alguns autores apontem para a existência de uma sutil diferença entre integridade e coerência[74], ambos os conceitos possuem um objetivo em comum:

---

[73] Em uma visão ampla, nem mesmo o Poder Legislativo possuiria total discricionariedade, em um Estado Democrático de Direito, uma vez que os deputados, senadores e vereadores não podem legislar sobre o que bem entendem, sobre qualquer coisa, pois devem corresponder aos anseios e às expectativas do povo no seu ofício, além de estarem submetidos à Constituição Federal, o que é uma forma de limitação à discricionariedade clássica. Prova disso é o *impeachment*, mediante o qual a população pode investir contra um determinado parlamentar que tenha agido de maneira contrária aos interesses do povo, ainda que em caráter excepcional.

[74] "A *coerência* implica compreender da mesma forma problemas semelhantes e, ao mesmo tempo, compreender de modo diferente problemas diferentes, o que torna os problemas condição de possibilidade para a coerência. A *integridade*, por sua vez, implica 'quebrar' a coerência em nome de uma necessária mudança no *status quo* das decisões, o que exige diferenciá-la das hipóteses em que o *dispositivo* da decisão muda em nome da própria *coerência*, bem como identificar no problema qual o elemento que demanda um novo sentido" (CARNEIRO,

construir a ideia de que o ordenamento jurídico deve ser encarado como um todo uniformizado - o que não quer dizer imutável, contudo.

Com o objetivo primordial de combater decisões arbitrárias, calcadas em subjetivismos que fogem à noção anteriormente trabalhada de que, em um Estado Democrático de Direito, o julgador não está investido em um cargo decorrente de um direito particular, mas em uma função pública, defende-se a assertiva de que o julgador (ou o tribunal), no momento da tomada de sua decisão, deve levar em consideração uma "herança histórica normativa" que o antecede, sem a qual a sua decisão seria ilegítima.

No ato de decidir, que deve sempre ser fundamentado (art. 93, IX, da CF), o julgador deve levar em consideração o Direito construído pela prática democrática da sociedade da qual faz parte, à qual deve observância obrigatória, para que não incorra em subjetivismo.

Nessa senda, o respeito aos precedentes judiciais é crucial para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Se for lícito ao julgador, injustificadamente, desrespeitar a posição dos tribunais superiores, ou, até mesmo, o seu próprio entendimento reiterado (Art. 285-A do CPC), cada vez que se deparasse com um caso semelhante a outro caso já enfrentado anteriormente, corre-se o risco de que o ordenamento jurídico adquira a forma de uma "colcha de retalhos", recheado de posições díspares capazes de afetar a sua integridade simbólica.

Ronald Dworkin[75] demonstra uma preocupação especial com a questão da integridade do ordenamento jurídico. Para o autor, o Direito deve ser compreendido e interpretado como um todo coerente e estruturado, que irá pautar a atividade do intérprete judicial. Não é por outro motivo que Dworkin compara o Direito à literatura para desenvolver a ideia de que aquele pode ser entendido como uma espécie de "romance em cadeia":

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado do que recebe o romancista seguinte; e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade[76].

Para o autor, as decisões devem ser, de certa forma, previsíveis. Tendo em vista que o ordenamento é integrado e coerente, um magistrado ou um tribunal não poderá se

---

Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.238).

[75] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.477.

[76] *Ibidem*, p.276.

manifestar sobre uma causa de uma forma totalmente nova e discrepante do que venha sido decidido até o momento, sob pena de quebrar tal coerência e integridade[77].

Nas palavras do filósofo, um juiz "tentará sempre associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado"[78], bem como "os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito"[79].

Como forma de ilustrar a sua ideia, Dworkin cita o exemplo do planeta Netuno, o qual teve a sua existência postulada antes mesmo de ser descoberto. Os astrônomos, ao observar a órbita dos planetas até então conhecidos, concluíram que deveria existir outro planeta próximo, o qual estava afetando as órbitas dos demais. Ou seja, a existência de Netuno, um novo planeta, foi **inferida**, a partir da análise do movimento dos demais planetas conhecidos, à luz da constatação, pelos astrônomos, de que os entes planetários moviam-se no universo de maneira integrada[80].

Marília Muricy, ao contrapor as visões de Hans Kelsen e Niklas Luhmann sobre o ordenamento jurídico, inclusive no que tange à coerência, afirmará que "a tarefa dos tribunais, observando a consistência de decisões anteriores que, por sua vez, também se incumbiram de observar o direito, é o que se deve entender por interpretação"[81].

Norberto Bobbio[82], por sua vez, também defende que o ordenamento jurídico é dotado de unidade, coerência e completude, o que o levará a afirmar que:

> Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível esta relação.

---

[77] Para defender o Direito como integridade, o pensador cria um juiz fictício, de "capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.165), a quem chamou de Hércules, o qual, em suas próprias palavras, seria o "paladino do Direito como integridade" (*Idem. O império do direito.* 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.453).

[78] *Idem. Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.175.

[79] *Idem. O império do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.488.

[80] *Ibidem*, p.222. Maurice Merleau-Ponty também tece um comentário semelhante, ao afirmar que muitas vezes chegamos a uma conclusão por inferência, sem que tenhamos a nosso dispor informações concretas o suficiente. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem: "os homens que vejo de uma janela estão escondidos por seus chapéus e por seus casacos, e sua imagem não pode fixar-se em minha retina. Portanto, eu não os vejo, eu julgo que eles estão ali" (MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.61).

[81] PINTO, Marília Muricy Machado. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.122.

[82] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.*Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 2005, p.71.

A ideia de coerência e integridade do ordenamento jurídico também é trabalhada por Niklas Luhmann, muito embora de um ponto de partida diverso. Para o autor, que prefere utilizar a palavra "*unidad*"[83], e que procurou desenvolver um entendimento sistemático do Direito, visto como um sistema comunicacional e simbólico, as normas jurídicas devem sempre assumir uma relação de tal forma entre si que estejam concatenadas em uma rede de sentido, não podendo haver uma interpretação teratológica não condizente com a unidade do todo.

Em consonância com tal entendimento, o autor desenvolve a sua ideia de "fórmula de contingência", a qual irá nortear a tarefa de cumprimento dos valores eleitos pelo próprio sistema jurídico, mediante a observância do código binário lícito/ilícito.

Em outras palavras, a "fórmula de contingência" possui o papel de dar consistência às decisões proferidas, rumo a um desiderato de justiça. Nas palavras do autor, "*la idea de justicia se puede entender como fórmula de contingencia del sistema jurídico*"[84].

Para Luhmann, o Direito é uma "*historia sin fin*"[85], ou seja, um sistema que é capaz de se autorreproduzir indefinidamente, sem o auxílio direto de nenhum outro sistema, muito embora não esteja totalmente isolado dos demais, sendo, inclusive, um subsistema da sociedade[86], "*un mecanismo regulativo al servicio de la adaptación de la sociedad a su entorno*"[87], o que o levará a afirmar que:

> *Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad. El sistema jurídico ratifica la sociedad en cuenta se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad*[88]

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido da manutenção da coerência do ordenamento jurídico e da necessidade de respeito aos precedentes. Confira-se a ementa do seguinte julgado:

> PROCESSUAL - STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.
>
> O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, **é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente.** Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém

---

[83] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p. 129.
[84] *Ibidem*, p.280.
[85] *Ibidem*, p. 238.
[86] *Ibidem*, p.48.
[87] *Ibidem*, p. 626.
[88] *Ibidem*, p. 89.

> sagrado compromisso com a justiça e a segurança. **Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la**[89] (grifos nossos)

Neil MacCormick, por sua vez, representante da teoria da argumentação jurídica, afirma que a argumentação a partir da coerência busca evitar "incompatibilidades ou contradições categóricas", de maneira que o ordenamento jurídico faça sentido como um todo estruturado[90]. Nessa senda, conclui o autor que o respeito aos precedentes é crucial para conferir tal coerência:

> Sustento que os elementos inter-relacionados da argumentação conseqüencialista, da argumentação a partir da coerência e da argumentação a partir da coesão **estão visíveis por toda a parte nas coletâneas de jurisprudência,** fornecendo forte comprovação de que elas realmente são requisitos de justificação implicitamente observados e aceitos pelos juízes; e, por minha própria conta, sustento que esses são bons cânones de argumentação a adotar porque eles garantem o que considero uma concepção bem fundamentada do "Estado de Direito"[91] (grifos nossos)

Também Emilio Betti[92] desenvolve um entendimento a favor da coerência do ordenamento jurídico, ao propor os seus cânones de interpretação, dentre os quais estão o cânone da totalidade e da coerência da consideração hermenêutica e o cânone da adequação do entendimento ou da correspondência hermenêutica.

Para Betti, a lei precisa de uma série de operações que, continuamente renovadas, fazem com que a norma não permaneça letra morta, mas se mantenha viva e vigente na órbita da ordem jurídica à qual pertence[93], ao passo que conclui no sentido da manutenção da coerência do ordenamento jurídico.

Nas palavras do autor[94]:

> [...] a ordem jurídica constitui uma unidade orgânica, uma totalidade coerente em si mesma, e de que seja tarefa da jurisprudência (no sentido mais lato, ou seja, teórica e prática) reconstruir seu sistema com os meios de pesquisa sugeridos pela experiência jurídica e com os instrumentos conceituais da dogmática.

Na mesma esteira, Tércio Sampaio Ferraz Jr.[95] desenvolve o entendimento de que:

---

[89] STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 228.432/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 1º de fevereiro de 2002.
[90] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.346-347.
[91] *Ibidem*, p.327.
[92] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.23.
[93] *Ibidem*, p.10.
[94] *Ibidem*, p.89-90.
[95] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.82.

> [...] a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em duas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.

Umberto Eco[96], por sua vez, assevera que o texto deve ser interpretado como um "todo coerente", devendo ser feitas as ligações de seus pontos para que ele possa fazer sentido, de forma que o intérprete não se atenha a pontos desconexos da totalidade.

Note-se, portanto, que o respeito aos precedentes judiciais é crucial para que seja mantida a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, não podendo o julgador invocar fundamentos próprios, com o objetivo de julgar a causa de acordo com os seus próprios interesses.

Dessa forma, pode-se concluir que o juiz, ao julgar uma causa, deve observar aquilo que os outros juízes, que o antecederam, já entenderam sobre o assunto, ainda que desenvolva um entendimento que aponte a sua discordância. Esta, no entanto, deve ser devidamente justificada, além de que a justificação deve ocorrer dentro do próprio ordenamento jurídico[97].

Para melhor esclarecer esse ponto, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a noção de plenitude do ordenamento jurídico, como será visto a seguir.

3.4 DA PLENITUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A defesa de que o ordenamento jurídico seria pleno se aproxima da ideia de integridade e de coerência. Com efeito, ao defender a plenitude, está-se tentando superar a clássica noção das famosas lacunas que estariam presentes no ordenamento jurídico, as quais deveriam ser colmatadas pelo intérprete.

Os defensores da existência das lacunas parecem aceitar o fato de que o ordenamento jurídico poderia ser incompleto normativamente, restando ao intérprete, diante da ausência de previsão normativa em relação a alguma situação particular, seja por que motivo for (insuficiência legislativa, hipótese fática não prevista na época da promulgação da lei etc.), integrar (ou colmatar) as lacunas que porventura encontrasse.

---

[96] ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.112-113.

[97] O que não significa que o juiz está adstrito à lei. Ordenamento jurídico, aqui, é entendido em sentido amplo, englobando-se os princípios, a jurisprudência, a doutrina, os costumes e as demais fontes normativas, sobretudo a Constituição.

Em outras palavras, a teoria das lacunas admite que o ordenamento jurídico é falho, incompleto, sendo necessário que o intérprete efetivamente crie uma nova solução, a qual não pôde ser dada pelo ordenamento jurídico diretamente.

Karl Engisch[98], por exemplo, afirmará que "uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo", sendo que, no caso do Direito, o todo é o todo jurídico, ao passo que chama atenção ao papel do juiz como elemento-chave na tarefa hermenêutica de "fechamento do ordenamento jurídico":

> Como o Direito dá sempre uma resposta através do juiz, sobretudo porque este, por força da "proibição da denegação de justiça", é de todo o modo obrigado a decidir todo e qualquer litígio jurídico, e como, além disso, esta decisão do juiz se apoia sempre em quaisquer ideias jurídicas, daí resulta que o Direito no seu todo nunca falha, que o ordenamento jurídico é "fechado" ("completo") e, portanto, não conhece quaisquer "lacunas". Não será assim atingido na própria raiz o conceito de "lacuna jurídica" como incompletude no todo do Direito?[99]

Hans Kelsen[100], por sua vez, desenvolve o entendimento no sentido de que a ausência de uma previsão legal, que regule uma determinada conduta, não significa que a resposta para o problema não possa ser encontrada no ordenamento jurídico como um todo[101]:

> [...] quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica - e isso também é aplicação do Direito.

Ao se defender a integridade e a coerência do ordenamento jurídico (e do Direito), defende-se, também, que não há que se falar na existência de lacunas normativas, de "buracos esquecidos de regulação"[102] que porventura pudessem ser encontrados e que deveriam ser "tapados" pelo intérprete.

---

[98] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.276.

[99] *Ibidem*, p.278.

[100] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1998, p.172.

[101] Muito embora o autor afirme que, caso a aplicação da ordem jurídica seja insatisfatória para resolver um caso particular, sendo hipótese, portanto, de lacuna no Direito (e não apenas de lacuna em uma determinada lei), o juiz poderia, excepcionalmente, assumir o lugar do legislador e efetivamente criar Direito. Nas palavras do jurista: "Com efeito, o juiz - e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de um tribunal superior -, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador" (*Ibidem*, p.173). Também Ronald Dworkin irá afirmar que "os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.128-129).

[102] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.526.

Para o Direito visto de maneira plena, não existem lacunas, pois todo e qualquer caso pode ser resolvido pelo intérprete mediante uma análise do ordenamento jurídico e do Direito em sentido amplo[103].

Se uma determinada hipótese fática não foi prevista em nenhum texto de lei, por exemplo, isso não quer dizer que não exista uma resposta para ela, pois esta pode ser encontrada por meio de outras formas que não a simples aplicação subsuntiva da lei. Nessa senda, defenderá Castanheira Neves[104] a "impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo".

É por isso que Carlos Cossio, por exemplo, irá afirmar que: "*la tesis realista-ingenua de que hay lagunas en el ordenamento jurídico, llega a inconsecuencias y contradicciones que el pensamiento científico no puede aceptar sin destruir la unidad y la coherencia que le son inmanentes"*[105], bem como que *"cuando se afirma que no hay lagunas, se dice ya, entre otras cosas, que no las hay porque hay interpretación; o más exactamente, que no hay lagunas porque lo que hay és interpretación*"[106], pois, para ele, o Direito possui uma "*plenitud hermética*"[107].

Karl Larenz[108], por sua vez, defende a existência de lacunas na lei, as quais deveriam ser colmatadas à luz das técnicas de interpretação sugeridas em sua obra, a exemplo da intenção reguladora, dos fins do legislador e dos critérios teleológico-objetivos, bem como mediante o recurso ao sentido geral da lei e à teleologia imanente do ordenamento jurídico, por meio, sobretudo, da analogia e da correção teleológica (redução e extensão teleológicas)[109].

---

[103] É por entender que o Direito é muito mais amplo do que a lei que, no âmbito do Direito Administrativo, por exemplo, defende-se a superação da interpretação clássica do princípio da legalidade, em prol de um entendimento mais amplo, que englobe não apenas a alusão à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo: o chamado princípio da juridicidade. Veja-se, por exemplo, a lição de Marília Muricy: "Vê-se, portanto, que o princípio da legalidade e todas as consequências deles derivadas, longe de funcionar como interdito ao exercício, pelo intérprete, de sua capacidade inovadora do Direito, orientada por critérios valorativos, a ele apela, quase sempre inexoravelmente" (PINTO, Marília Muricy Machado. O controle da administração - notas de hermenêutica jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, v.20, Salvador: jan./dez. 1994, p.83).

[104] NEVES, António Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, p. 1-44, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p.4.

[105] COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento* jurídico. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005, p.25.

[106] *Ibidem*, p.62.

[107] *Idem*. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.129.

[108] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.521.

[109] *Ibidem*, p.606-607.

Já no que diz respeito ao Direito visto como um todo, e não apenas reduzido à lei, o autor assume que não se pode falar, nesse caso, de uma lacuna por não conformação com um plano geral normativo, pois o ordenamento jurídico é assaz ramificado e complexo para que exista um plano geral uniforme a ser seguido.

Assim, dirá Larenz que a ideia de um sistema aberto não se ajusta à ideia de lacuna do Direito, no sentido de uma imperfeição por contrariedade a um plano geral de regulação da ordem jurídica, razão pela qual o autor prefere empregar o termo "lacuna da lei", e não "lacuna do Direito"[110].

Também Friedrich Müller[111] partilha de um entendimento semelhante àquele que prega pela inexistência de lacunas, ao afirmar que o conceito de sistema, no positivismo, não é mais compreendido como o desenvolvimento de normas jurídicas por meio de definições e distinções redutíveis a elas mesmas, "mas como uma preexistência coerente e sem lacunas de caráter também abstratamente reificado, da qual ele pode ser deduzido sem problemas por via da lógica".

Ricardo Maurício Soares[112], ao abordar a questão do Direito na época moderna, para, posteriormente, defender o colapso da modernidade jurídica, também trata do assunto das lacunas normativas e da plenitude do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor:

> [...] a teorização jurídica da era moderna concebia o Direito como um ordenamento dessacralizado e racional. O sistema jurídico passou a ser entendido como um sistema fechado, axiomatizado e hierarquizado de normas. **Desta concepção moderna defluiram as exigências de acabamento, plenitude, unicidade e coesão do Direito. Nesta perspectiva sistêmica, são negadas as existências de lacunas e de antinomias normativas** (grifos nossos).

Veja-se, portanto, que a ideia de que o ordenamento jurídico possuiria uma plenitude normativa está intimamente ligada à noção de integridade e coerência. Uma vez assumido que o Direito não é apenas o que está previsto na lei, como pregava a Escola de Exegese, por suas razões históricas que não vêm ao caso enfrentar[113], supera-se o

---

[110] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.534-535.

[111] MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito.* 2. ed. Capítulos I a V. São Paulo: RT, 2009, p.23.

[112] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.43.

[113] O principal objetivo da Escola de Exegese foi a de manter a nova ordem jurídica instaurada na França. Com receio de que os juízes interpretassem o novo ordenamento de maneira diversa, e, com isso, tornassem sem efeito as conquistas que resultaram na adoção do novo regime de governo, a Escola pregava a impossibilidade de o intérprete entender de maneira diversa daquilo que estava literalmente escrito. Da mesma maneira foi pensado o Código Prussiano de 1793, que continha mais de 17.000 artigos, com o objetivo de regular todas as situações fáticas possíveis, além do Código de Napoleão. A intenção era a de "fazer um direito à prova de juízes", aos quais era **proibido interpretar**, sob pena de cair na "grande ira" do soberano e sofrer severo castigo (MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.59-60). Veja-se o relato de Marcelo Alves Dias de Souza, segundo o qual Napoleão Bonaparte, ao saber que um

entendimento de que existiriam lacunas, entendimento esse que advém da noção de que o Direito é algo rígido, fechado, o que não se coaduna com a visão aqui defendida, sobretudo em virtude da crescente valorização dos princípios – e dos precedentes – no processo interpretativo.

3.5 O PAPEL DO PRECEDENTE NA MANUTENÇÃO DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como visto nos tópicos anteriores, a manutenção da completude do ordenamento jurídico depende da superação do paradigma que busca entender o Direito como um objeto estanque, não passível de flexibilização.

Nessa senda, para manter a completude do ordenamento jurídico, o intérprete deve levar em consideração não apenas o sentido literal do texto[114], que é apenas o primeiro passo na interpretação[115], mas diversos outros fatores: os princípios gerais de Direito, a *ratio legis*, os costumes, os precedentes etc.

Como essa obra foca na questão dos precedentes, faz-se imperioso, para poder tratar mais adiante da súmula vinculante, abordar o papel destes últimos na manutenção dessa integridade, coerência e plenitude que foram tratadas anteriormente.

Os precedentes judiciais desempenham um papel da mais alta relevância para manter a unidade normativa do ordenamento jurídico e do Direito em geral. Sem que seja dado o devido respeito aos precedentes, corre-se o risco de se verificar uma verdadeira balbúrdia normativa, com decisões discrepantes proferidas pelos mais diversos órgãos, o que certamente contribuiria para a ausência da coesão do sistema.

A observância aos precedentes, portanto, os quais possuem efetivamente valor normativo e são fontes do Direito[116], é imperiosa na tarefa de manutenção da completude do ordenamento jurídico.

---

professor de Direito se "atrevia" a comentar o seu Código, teria afirmado que este estaria "perdido" (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p.311).

[114] Entendido aqui em sentido amplo, ou seja, não apenas em relação à linguagem escrita, mas, também, às diversas outras manifestações da linguagem: falada, visual, sonora etc. (ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto*: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p.21). Nas palavras de Hans-Georg Gadamer, "na história tudo é compreensível. E isso porque tudo é texto" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.367).

[115] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.450-451.

[116] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

Dessa forma, não é lícito ao magistrado ou ao tribunal afastar-se, **injustificadamente**, de seus próprios precedentes ou de precedentes de tribunal superior, pois a observância a eles decorre da própria lógica do sistema, o qual visa impedir que existam posicionamentos completamente dissonantes.

Embora essa constatação possua mais força nos sistemas do *common law*, nos quais o Direito é eminentemente um Direito jurisprudencial, apesar de também estar presente neles a legislação[117], a força dos precedentes tem adquirido cada vez mais respaldo também nos sistemas com características de *civil law*, sobretudo em virtude da aproximação entre ambos[118].

Dessa forma, o respeito aos precedentes é algo que deve ser disseminado também no Brasil, o qual, apesar de não partilhar da tradição do *common law*, tem experimentado um processo de incorporação, *mutatis mutandis*, de institutos classicamente atribuídos a este, como é o caso da eficácia vinculante das decisões judiciais.

Ocorre que, no caso brasileiro, o que se verifica é exatamente o contrário: apesar de os institutos classicamente atribuídos ao *common law* estarem cada vez mais presentes no ordenamento pátrio, não se dá o devido respeito à fundamentação que integra os precedentes, mas tão somente à conclusão, à parte dispositiva, a qual, no caso da súmula, é resumida em seu enunciado.

Com isso em mente, verifica-se, no Brasil, sobretudo com a súmula vinculante, uma deturpação do instituto dos precedentes e de sua força normativa, os quais não são observados adequadamente pelos julgadores, que se limitam a consultar tão somente o enunciado da súmula, fechando os olhos para a sua *ratio decidendi*, ou seja, para as razões que fundamentam a existência da súmula em questão.

É importante deixar registrado que não se nega, neste trabalho, que os precedentes judiciais possuem (e devem possuir) eficácia vinculante. Segundo Luiz Guilherme Marinoni[119], o ordenamento jurídico sequer precisava dizer isso, pois a eficácia vinculante dos precedentes decorre da própria lógica do sistema. J. J. Calmon de Passos[120],

---

[117] Segundo Luiz Guilherme Marinoni, "no *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário" (MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.37).
[118] *Ibidem*, p.24.
[119] *Ibidem*, p.489.
[120] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012a, p.9.

por sua vez, também já se manifestou no sentido de que "falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta"[121].

O que se procurará demonstrar é que a aplicação da força vinculante dos precedentes, no Brasil, em especial da súmula vinculante, não raras vezes é feita de forma inadequada, o que deturpa o instituto.

Como dito, a manutenção da completude do ordenamento jurídico é crucial para que este consiga assumir a forma de um todo coeso. Nessa senda, a eficácia vinculante dos precedentes possui um papel fundamental para tanto.

Dessa forma, o que se buscará combater não é a possibilidade de existência das súmulas vinculantes, ou de precedentes vinculantes em geral. O que será enfrentado, neste trabalho, é a maneira inadequada por meio da qual se tem aplicado a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, concentrando-se a análise na súmula vinculante, a qual, acredita-se, representa o exemplo maior dessa prática.

O respeito aos precedentes judiciais depende sempre da força de suas razões. Não é por outro motivo que o precedente (ou a súmula) pode e deve ser revogado sempre que as suas razões não mais se coadunarem com a realidade social, exatamente com vista à manutenção da integridade e da coerência do ordenamento jurídico, o qual deve ter o seu sentido sempre atualizado, de forma a acompanhar as mudanças sociais. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni[122]:

> Respeitar precedentes não significa torná-los imutáveis. Ao contrário, a ideia de respeito aos precedentes traz em si a possibilidade da sua revogação. O precedente deve ser modificado diante de alteração de valores e de circunstâncias, derivadas da evolução da sociedade e do avanço da tecnologia, assim como quando se constata, a partir de robusta fundamentação, que ele se fundamentou em equívoco.

Como será defendido, o precedente não pode ser aplicado, ou sequer mesmo compreendido, fora do seu contexto, ou seja, fora das razões que fundamentam a sua existência e que autorizam a sua invocação para decidir algum caso.

Nessa linha, pode-se concluir que a invocação do precedente contribui de maneira decisiva para a manutenção da unidade do Direito. O que não pode acontecer é a invocação do precedente de maneira totalmente descontextualizada, mediante a aplicação

---

[121] Emilio Betti também reconhece a possibilidade de existência do efeito vinculante das decisões, ao afirmar que "a sentença, provimento de um órgão do poder jurisdicional, pode, em determinadas hipóteses, constituir objeto de interpretação vinculante por obra de órgãos do mesmo poder" (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.148).

[122] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.185-186.

"seca', subsuntiva, de seu enunciado, sem que se faça o devido cotejo entre as suas razões (*ratio decidendi*) e a particularidade do caso que se está a decidir.

A aplicação do precedente nesses termos, ou seja, sem a devida contextualização fática, contribui não para a manutenção da unidade do sistema; pelo contrário, cria um ruído comunicacional, uma interpretação equivocada, por não condizer com a verdade hermenêutica do caso analisado, o que acaba por atentar contra a coerência simbólica do ordenamento como um todo.

Para tratar desse assunto, há de se mencionar o instituto que fundamenta a eficácia vinculante das decisões: o *stare decisis*.

3.6 DO *STARE DECISIS*

O *stare decisis*, abreviação da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido"[123], origina-se no *common law*, mas com ele não se confunde.

Com efeito, o *common law* existe muito antes do *stare decisis*[124], uma vez que a regulação do uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade "são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda"[125].

A teoria do *stare decisis* visa fundamentar a obrigatoriedade de que as cortes e os juízes observem os precedentes oriundos das cortes superiores (dimensão vertical), ou os precedentes oriundos da própria corte que irá tomar a decisão (dimensão horizontal).

Interessa, aqui, abordar o *stare decisis* em sua dimensão vertical, tendo em vista que a súmula vinculante visa principalmente vincular os tribunais e os juízes de 1º grau ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como a Administração Pública, muito embora deva ele mesmo, STF, observar os seus próprios precedentes, malgrado possa revê-los e, se for o caso, negar-lhes aplicação.

Dentro da dimensão vertical do *stare decisis*, existe o chamado efeito vinculante (*binding effect*), o qual, como o próprio nome diz, estabelece que os tribunais e

---

[123] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.385 (nota de rodapé nº. 16).

[124] Rosmar Cavalcanti de Alencar explica que o efeito vinculante das decisões judiciais, como decorrência do *stare decisis*, começou a surgir a partir das reuniões de juízes integrantes das Cortes de Justiça do reinado inglês, que ocorreram aproximadamente no século XV. Cf. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Efeito vinculante e concretização do direito*. 2008. 217f. Dissertação de mestrado (Direito) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2008, p.17

[125] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.33.

juízos inferiores ao tribunal do qual se origina o precedente estão vinculados à decisão proferida por este, não podendo negar-lhes aplicação, à primeira vista.

O efeito vinculante, portanto, visa conferir uniformidade à aplicação do Direito sobre um determinado assunto, para que se evitem teratologias ou discrepâncias, mediante a constatação de que cada tribunal possuiria o seu próprio entendimento específico sobre uma determinada matéria, o qual muitas vezes poderia ser diametralmente oposto ao de outro, fato esse que poderia resultar na ausência de coesão entre as decisões, pois, muito embora os tribunais sejam diversos, o ordenamento jurídico é o mesmo[126].

Pode-se verificar que a súmula vinculante foi pensada a partir dessa ideia de *binding effect*, originária do *stare decisis*, pois o seu objetivo é exatamente vincular os tribunais e juízos ditos inferiores, bem como a Administração Pública, às conclusões do Supremo Tribunal Federal, muito embora a eficácia vinculante já tenha surgido muito antes no ordenamento jurídico brasileiro, como foi exposto no capítulo anterior[127].

Com isso em mente, a instituição da súmula vinculante, no Brasil, é mais um exemplo de que o ordenamento jurídico pátrio cada vez mais valoriza a força normativa dos precedentes, aproximando-se, com isso, do sistema do *common law*.

Como o objetivo da súmula vinculante é exatamente instituir uma observância obrigatória da conclusão chegada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal aos demais tribunais e juízes de 1º grau, bem como à Administração Pública, não há dúvida de que tal instituto guarda uma íntima relação com a doutrina do *stare decisis*.

Ao buscar a vinculação do Poder Judiciário (e do Poder Executivo) aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, cristalizados em forma de enunciados de súmula vinculante, o ordenamento jurídico está conferindo aplicação à teoria do *stare decisis*, a qual fundamenta exatamente essa vinculação, por meio do *binding effect*.

Ocorre que a aplicação do *stare decisis* e do efeito vinculante, no caso brasileiro, não tem ocorrido da maneira adequada. O que se tem observado é o desrespeito aos precedentes como um todo. Observa-se tão somente os seus enunciados, as suas conclusões, a sua parte dispositiva, sem que seja investigada, a fundo, a *ratio decidendi* que os fundamenta.

Toda decisão judicial é munida de *ratio decidendi*, a qual não necessariamente é única, podendo existir uma decisão que possua diversas *rationes decidendi*[128]. É a *ratio*

---

[126] Salvo a existência de algumas exceções atinentes à legislação local, a qual, contudo, não pode ir de encontro à diretriz maior estabelecida pelos princípios jurídicos e pela Constituição.

[127] *Vide* tópico 2.1.2

[128] Por exemplo, quando a corte aponta mais de uma razão como fundamento de sua decisão, ou quando, em uma corte, apesar de se chegar a um determinado resultado, juízes diversos dão razões diversas para os seus

decidendi (ou as *rationes decidendi*) de determinada decisão que irá fundamentar a parte dispositiva, integrando o comando normativo. Ela é, nas palavras de José Rogério Tucci[129], "a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto".

Dessa forma, a *ratio decidendi* é de observância obrigatória: é ela quem confere o comando jurisdicional e, por consequência, se for o caso, o efeito vinculante da decisão.

Por outro lado, caso o fundamento invocado na decisão não seja relevante para a conclusão almejada, tendo sido aduzido "de passagem", ele não faz parte da *ratio decidendi*, não sendo, consequentemente, de observância obrigatória: é o caso do chamado *obiter dictum*, ou, simplesmente, *dictum*.

No Brasil, os precedentes judiciais tem sido aplicados pelos julgadores sem ser levada em consideração a *ratio decidendi*. Ou seja, consulta-se o dispositivo do precedente (geralmente a ementa do acórdão ou o enunciado de súmula, apenas) e simplesmente o subsume ao caso a ser resolvido, sem investigar a fundo os fundamentos que levaram o tribunal a decidir de tal forma, como se a *ratio decidendi* não interessasse, como se ela fosse uma *obiter dicta* de observância não obrigatória, quando, em verdade, é a *ratio* que possibilita a própria existência do precedente.

Assim, como é da *ratio decidendi* constante em um determinado precedente que é extraída uma regra que se pretende universalizante, passível de ser aplicada a situações ditas semelhantes àquela que envolveu o caso que foi decidido, é inadequado aplicar tão somente a parte dispositiva, o enunciado da súmula, sem, antes, consultar a *ratio decidendi*.

É por isso, aliás, que a *ratio decidendi* possui um conteúdo flexível, pois a validade de um precedente tem "condicionada a sua adequação à situação política, econômica e social presente"[130]. Nessa senda, o tribunal ou o juiz de 1º grau pode e deve negar aplicação ao precedente, se verificar que ele não se conforma ao fato a ser decidido, ou se ele não mais reflete a realidade social, por exemplo.

De acordo com Zuenir Neves[131]:

> Acontece que, na contramão dos fatos de nossa alçada, verifica-se uma tendência progressiva, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, rumo a uma flexibilização ainda maior na aplicação do stare decisis (rule of precedent). Os juízes

---

julgamentos (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p.137-138).

[129] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

[130] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. cit.*, p.90.

[131] NEVES, Zuenir de Oliveira. *A sumarização do processo: o advento da súmula de efeito vinculante em face das garantias constitucionais processuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1084, 20 jun. 2006. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/8552/a-sumarizacao-do-processo >. Acesso em: 12 jan. 2012, p.1.

> do sistema anglo-americano examinam um grande número de precedentes, valendo-se de um ou outro dos diversos métodos de hermenêutica (gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc) para formar sua convicção de quais precedentes ou pontos relevantes dos mesmos deverão ser aplicados na espécie. Além disso, o magistrado poderá deixar de obedecer ao precedente quando este incorrer em erro manifesto, contrariando expressa disposição de lei [...]A rigidez na utilização do precedente normativo, bem como a atenuação da independência funcional do magistrado, podem comprometer a necessária mobilidade do Sistema Jurídico, na medida em que se retira deste, as condições de suportar as intensas modificações sociais, através das quais, muitas vezes, por simples processo de integração, pode o juiz adaptar a norma positivada ao caso concreto.

A previsão de que os precedentes possuem efeito vinculante, no *common law*, é acompanhada da possibilidade de sua não aplicação em determinadas situações. No Brasil, entretanto, ao que parece, retirou-se essa possibilidade e ficou-se apenas com o efeito vinculante, como se tivesse sido extraído o sumo de um fruto e dispensada a sua casca. Ocorre que o fruto, sem a casca, não é mais fruto, e sim coisa diversa: suco, polpa, extrato, geleia etc.

O mesmo ocorre com o *stare decisis*: na tentativa de implantar, no Brasil, esse instituto, por meio da atribuição de eficácia vinculante aos precedentes, acabou-se por criar, cirurgicamente, algo totalmente novo e teratológico, desproporcional, uma vez que destituído de seu contrapeso: a possibilidade de afastamento do efeito vinculante em algumas situações.

Insta registrar que a possibilidade de afastar o precedente, no sistema do *common law*, é uma necessidade. Ora, se nenhum caso é igual a outro, por uma impossibilidade ontológica de sê-lo, e se o ser hermenêutico somente pode ser desvelado na concretude do fenômeno levado em questão, como será abordado mais adiante, é óbvio que o precedente somente pode existir em função de seu contexto, em função de um caso em específico.

Dessa forma, defender que o intérprete, ao se deparar com uma situação a ser solucionada, possa não se submeter à eficácia vinculante dos precedentes (da súmula vinculante), é possibilitar que ele possa, de fato, solucionar o caso de maneira adequada, pois isso jamais seria possível de ser realizado mediante a aplicação, a um determinado problema, da conclusão atingida por ocasião do julgamento de outro caso diverso, o qual é, sempre, ontologicamente e hermeneuticamente diverso de qualquer outro.

Se a observância ao quanto aduzido em uma súmula vinculante for vista como algo obrigatório e inafastável, inflexível, ocorrerá a deturpação do instituto do *stare decisis*, que fundamenta a eficácia vinculante dos precedentes, pois retirar-se-á a possibilidade de oxigenação do Direito, o qual restaria petrificado na forma de decisões tomadas pelo STF, as quais somente seriam passíveis de revisão por meio de um procedimento específico, conduzido pelo próprio Tribunal, inclusive, como visto quando se tratou da PSV.

Note-se, então, que a não aplicação da súmula vinculante, ou dos precedentes judiciais como um todo, quando for o caso, é um fator importante para a manutenção da integridade e da coerência do ordenamento jurídico.

Para ilustrar o quanto dito, será feita uma breve análise sobre as principais técnicas desenvolvidas pelo *common law* para fundamentar a não aplicação de precedentes: o *distinguishing*, o *overruling*, o *overriding*, a *transformation* e a técnica de sinalização (*technique of signaling*).

3.6.1 *Distinguishing*

A técnica do *distinguishing* é utilizada sempre que determinado juízo se depara com um caso que, à primeira vista, se enquadra na aplicação do precedente. Contudo, em uma análise mais apurada, verifica-se que não é o caso de sua aplicação, por não compartilhar o caso a ser decidido da mesma hipótese fática constante na *ratio decidendi* do precedente que seria invocado.

Por meio do *distinguishing*, portanto, o julgador faz a devida distinção entre a situação que envolveu o precedente e a situação dos autos, de maneira a concluir pela não aplicação do comando jurisprudencial porque ele não se adequa à situação em questão.

Veja-se, portanto, que, na técnica aqui explanada, o precedente permanece intocado. O julgador não nega vigência nem procura fundamentar pela revogação do precedente, mas, simplesmente, decide que não é o caso de sua aplicação, por não se tratar da mesma situação discutida no caso posto a seu crivo.

3.6.2 *Overruling*

A técnica do *overruling* busca fundamentar a revogação do precedente quando o juízo verificar que este não mais corresponde aos padrões de congruência social e de coesão do próprio ordenamento jurídico.

Pelo *overruling*, a corte julgadora: a) reconhece a existência do precedente e sua eficácia vinculante, b) confirma que seria o caso de aplicá-lo ao caso em questão, por se tratar de hipótese fática semelhante, mas c) nega aplicação ao comando, por entender que este estaria “obsoleto”, ou seja, que este não mais consegue resolver, adequadamente, os casos novos que surgem na sociedade.

Dessa forma, o julgador, muito embora esteja submetido à eficácia vinculante do precedente, decide por não observá-la, construindo uma nova *ratio decidendi*, a qual termina por revogar aquela constante do precedente que seria invocado, realizando, assim, uma sobreposição normativa.

3.6.3 *Overriding*

O *overriding* é uma técnica utilizada quando se deseja limitar ou restringir a incidência de um determinado precedente, aproximando-se de uma espécie de revogação parcial, muito embora não se trate de uma revogação propriamente dita.

Com base nessa técnica, o resultado da decisão tomada pela corte julgadora é compatível com apenas uma parte do precedente, em virtude de mudanças no entendimento jurisprudencial no decorrer dos tempos.

Assim, apesar de o *overriding* tratar da mesma situação que envolve o precedente, ele não o revoga, mas, apenas, adequa-o a um novo entendimento firmado, muito embora dessa adequação possa resultar, excepcionalmente, a revogação implícita do precedente, em sua totalidade, ao que se chama *implied overruling*[132].

3.6.4 *Transformation*

A *transformation* consiste na técnica adotada pelos tribunais de transformar, de reconfigurar o precedente, sem que isso importe em sua revogação explícita. Por meio dela, a corte nega a aplicação do precedente, mas sem anunciar, expressamente, a sua revogação, como ocorre no *overruling*. Em outras palavras, a *transformation* resulta na revogação substantiva do precedente, e não formal.

A utilização dessa técnica ocorre, por exemplo, quando a corte verificar que alguns fatos materialmente relevantes, que envolveram o caso discutido no âmbito do precedente, não tiveram a devida importância atribuída pelo julgador, à época.

Dessa forma, mediante uma reinterpretação da situação que deu origem ao precedente, o tribunal procede a uma nova valoração fática e atribui a devida importância àquilo que não tenha sido levado em consideração na época apropriada, importância essa

---

[132] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.350.

capaz de reconfigurar todo o precedente, mudando-se, assim, o entendimento do tribunal sobre aquela questão.

3.6.5 Técnica de sinalização (*technique of signaling*)

A técnica de sinalização preza pela manutenção da segurança jurídica e da estabilidade das relações. Por meio dela, o julgador reconhece a existência do precedente, conclui que ele não mais se adequa aos novos casos que surgem na sociedade (e que deveria, portanto, ser revogado), mas decide aplicá-lo assim mesmo.

Nessa senda, a corte julgadora deixa de revogar o precedente, ou de não aplicá-lo, para preservar a segurança das relações jurídicas, ou seja, para que a sociedade não seja surpreendida por uma repentina mudança no entendimento jurisprudencial, o que poderia acarretar prejuízos de diversos tipos.

A *technique of signaling*, dessa forma, apenas sinaliza que o precedente está prestes a ser modificado ou revogado, para que a sociedade comece a se preparar para esse momento - algo parecido com a lógica existente por trás da *vacatio legis*. Seria uma espécie de "revogação com efeitos diferidos", pois a iminência da revogação do precedente é anunciada com certa antecedência pelo tribunal.

3.7 CONCLUSÃO

Vimos, neste capítulo, a importância do papel desempenhado pelos precedentes judiciais para a manutenção da completude do ordenamento jurídico.

Tendo em vista que o Direito brasileiro tem cada vez mais adotado institutos típicos do *common law*, a exemplo da eficácia vinculante das decisões judiciais, fundada no *stare decisis*, o estudo dos precedentes deve levar em conta a sua função, dentre outras, de conferir integridade e coerência ao ordenamento jurídico.

É por meio do respeito aos precedentes (mas não apenas) que o ordenamento jurídico é capaz de formar um todo coeso, de adquirir uma unidade simbólica normativa, de maneira a evitar situações em que um mesmo ordenamento seja capaz de conferir respostas das mais variadas para a mesma situação fática, muitas vezes diametralmente opostas.

Contudo, o respeito aos precedentes não deve significar que estes não possam ser afastados – ou até mesmo revogados – quando for verificado que o caso não comporta a sua aplicação.

Como ilustração, foram apresentadas algumas técnicas utilizadas pelas cortes integrantes dos sistemas de *common law* com o fito de fundamentar a não aplicação, o afastamento ou a revogação do precedente, o que, longe de implicar na quebra de coesão do ordenamento jurídico, em verdade a mantém, posto que o Direito deve estar sempre em um constante processo de renovação, atento às mudanças sociais e, sobretudo, à concretude de cada caso a ser julgado.

Não obstante esse fato, a ideia do Direito como completude também busca defender a inexistência de lacunas jurídicas, pois, por mais que uma determinada lei não tenha previsto uma solução para um determinado caso, isso não significa que existam lacunas no ordenamento, caso este seja encarado sob a óptica da completude, da plenitude hermética de que fala Carlos Cossio[133], como visto.

Ademais, a ideia de que o ordenamento jurídico seria completo tem como um de seus principais objetivos evitar o aparecimento dos juízos arbitrários, como ocorreu em tempos remotos, quando o magistrado apenas fazia cumprir os interesses daquele (ou daqueles) que detinha o poder.

Como foi enfrentado, a figura do magistrado, em um Estado Democrático de Direito, não mais pode ser vista como a *longa manus* do soberano, como asseverou Marília Muricy[134]. Tão pouco o cargo de juiz pode ser encarado como um direito individual, de titularidade de determinadas pessoas, mas, sim, como uma função pública, que deve servir aos interesses da coletividade.

Com isso em mente, o Direito como completude, ao buscar fundamentar a ideia de que os julgadores devem respeito aos precedentes, não sendo lícito que profiram decisões de acordo com o seu bel prazer, buscará combater exatamente a figura do juiz despótico e do juiz solipsista.

Para que se possa dar seguimento ao raciocínio, algumas considerações merecem ser tecidas sobre a intersubjetividade da interpretação, de maneira que seja feito um contraponto com a noção de arbitrariedade das decisões, bem como sobre o que se entende por verdade hermenêutica, de forma a pavimentar o caminho para a realização de uma análise hermenêutica da súmula vinculante mais adiante.

---

[133] COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.129.

[134] PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito-UFBA*, v. 37. Salvador: 1997/1998, p.70.

4 DA INTERSUBJETIVIDADE E DA VERDADE HERMENÊUTICA

A preocupação pela manutenção da completude do ordenamento jurídico, bem como a transformação do papel dos magistrados, que deixaram de dispor de poderes praticamente ilimitados, por meios dos quais satisfaziam os interesses do suserano, do grupo dominante ou os seus próprios, e passaram a exercer uma função democrática, tem como um dos seus principais objetivos o combate ao proferimento de decisões arbitrárias.

Tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, toda e qualquer função estatal deve estar a serviço do interesse maior, que é o interesse coletivo, também a função de julgar deve ser encarada sob esse prisma.

Nessa senda, a figura do magistrado assume uma importância crucial na manutenção da própria ordem democrática, pois é principalmente por meio do Poder Judiciário que o Estado impõe respeito às suas diretrizes e princípios basilares.

Com base nessa constatação, a decisão não pode ser construída segundo o livre arbítrio do julgador, de maneira solipsista, uma vez que ele, investido em uma função social que está, deve respeito ao que está previsto no ordenamento jurídico, o qual existe em prol dos interesses da sociedade em questão.

Veja-se, portanto, que o julgador, em um Estado Democrático de Direito, muito embora possua liberdade para julgar (desde que fundamente a sua decisão de maneira adequada), está condicionado ao princípio democrático, não sendo lícito que decida segundo a sua própria consciência, mas, sim, segundo a consciência coletiva, intersubjetiva, que fundamenta o próprio ordenamento jurídico, e, inclusive, possibilita a sua própria compreensão, como ser humano.

Antes de começar a tratar da intersubjetividade da interpretação, é necessário abordar a relação entre o Direito e a Modernidade, de maneira a demonstrar que o paradigma moderno, que buscou conferir às ciências sociais (dentre as quais o Direito) a mesma abordagem objetiva dirigida às ciências da natureza, é inadequado.

Tais considerações são importantes, pois, como será defendido no decorrer deste trabalho, a aplicação da súmula vinculante é feita de maneira inadequada por inúmeros intérpretes sobretudo porque estes ainda estão reféns do pensamento paradigmático moderno.

4.1 DO DIREITO NA MODERNIDADE

No meio científico não é estranha a noção de que toda ciência, de maneira a se afirmar como tal, deve explorar um objeto mediante a utilização de um método.

Com o desenvolvimento das ciências naturais e de sua abordagem lógico-dedutiva do objeto de estudo, ocorre a maturação da ideia de que o pensamento e a busca pelo conhecimento se dariam por intermédio da razão, a qual possibilitaria a compreensão do mundo pelo ser humano mediante um processo de abstração pautado em uma abordagem também lógico-dedutiva.

Surge, assim, em breve síntese, o racionalismo, que teve em René Descartes um de seus principais representantes, sobretudo quando este defende que a filosofia especulativa, que não dispunha de nenhum método bem delineado, deveria ceder lugar a uma filosofia prática, baseada em métodos objetivos e matemáticos, que poderiam ser empregados com a mesma utilidade a outras ciências[135].

Nas palavras do autor[136]:

> [...] em lugar dessa filosofia especulativa que se ensina nas escolas, é possível encontrar-se uma outra prática mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão claramente como conhecemos os vários ofícios de nossos artífices, poderíamos utilizá-los da mesma forma em todos os usos para os quais são próprios, e assim nos tornar como senhores e possuidores da natureza.

Com base no advento da razão como o novo condutor epistemológico da produção do conhecimento, surge, também, em aliança com o racionalismo, a era moderna (Modernidade), a qual irá propor, como o seu principal projeto e objetivo, a reestruturação do saber humano, que antes decorria sobretudo do chamado “poder mágico”, ou seja, de uma visão teológica do mundo.

O projeto da Modernidade remonta ao século XVI e teve como principal precursor o processo de resgate da cultura clássica, sobretudo a helênica, processo esse chamado de Renascentismo, Renascença ou Classicismo.

Os gregos desenvolveram a sua filosofia sobre um forte pilar antropocêntrico, sobretudo com o advento da era socrática, a qual se tornou um divisor de águas na filosofia, tendo em vista que, antes de Sócrates, os pensadores gregos buscavam compreender o mundo pela análise da natureza - daí as diversas associações entre deuses e elementos naturais, a

---

[135] DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Versão eletrônica. Acropolis: 2010, p.12.
[136] *Ibidem*, p.35.

exemplo de Zeus (trovão), Poseidon (água), Hefesto (fogo) e Apolo (sol) – e não mediante a análise do próprio homem como ser pensante.

De acordo com Thomas Hobbes[137]:

> Segundo aquela parte da religião que consiste nas opiniões relativas à natureza dos poderes invisíveis, quase nada há com um nome que não tenha sido considerado entre os gentios, em um ou outro lugar, como um deus ou um demônio, ou imaginado pelos poetas como animado, habitado ou possuído por um ou outro espírito. Um deus com o nome de Caos simbolizava a matéria informe do mundo. O céu, o oceano, os planetas, o fogo, a terra, os ventos, representavam outros tantos deuses. Os homens, as mulheres, um pássaro, um crocodilo, uma vaca, um cão, uma cobra, uma cebola, um alho-porro todos foram divinizados [...] Igualmente atribuíram divindade e dedicaram templos a meros acidentes e qualidades, como o tempo, a noite, o dia, a paz, a concórdia, o amor, o ódio, a virtude, a honra, a saúde, a corrupção, a febre e outros semelhantes. Em suas preces, a favor ou contra, a eles oravam, como se houvesse fantasmas com esses nomes pairando sobre suas cabeças...

Com base no antropocentrismo grego, o Renascentismo rejeitou a visão teocêntrica do mundo pregada pela Igreja, cujo poder influenciou praticamente toda a Idade Média. Ao pregar que o conhecimento não advém de Deus, do divino, mas do uso da razão, das faculdades mentais do próprio ser humano, os renascentistas quebram com o medievo modelo epistemológico de produção do conhecimento, na tentativa de resgatar o antigo modelo grego, chegando-se ao ponto de se referir à Idade Média como a Idade das Trevas, tendo em vista que o real saber – produzido pela razão – foi ofuscado pelo falso poder mágico, teocentrista.

Nos moldes do quanto pregado pelo Renascimento, surge a Modernidade e seu projeto também antropocentrista de produção do conhecimento. Ao negar que o saber humano advém do divino, mas sim do uso da razão, a Modernidade rompe com o paradigma medieval de forma definitiva, de maneira a marcar o início de uma nova era: a era moderna, que firmará seu início no século XVI e, para muitos, perdura até os dias atuais.

Mediante a assertiva de que o saber é fundado na razão humana, a Modernidade irá construir um projeto sociocultural com o qual pretenderá encontrar a melhor maneira pela qual os seres humanos seriam capazes de se relacionar pacificamente entre si, mediante a presença de um Estado forte, centralizado e capaz de conferir eficácia normativa às leis - ao contrário do Estado medieval, descentralizado e marcado pela existência de inúmeros feudos que competiam entre si, diante da ausência da figura de um soberano forte, capaz de unificá-los de maneira efetiva.

---

[137] HOBBES, Thomas. *O leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil***.** São Paulo: Martin Claret, 2004, p.88-89.

Dessa forma, o Direito adquire uma importância fundamental na concretização do projeto moderno, tendo em vista que as conclusões advindas do uso da razão passam a adotar cada vez mais a forma de legislação positiva, à qual os habitantes do Estado deviam respeito e obediência como forma de conseguir conviver em harmonia com os seus semelhantes.

Assim, o Direito se torna o mecanismo principal de controle coletivo da Modernidade, mediante o qual ela irá buscar desenvolver o seu projeto de uma sociedade pacífica, capaz de resolver os seus próprios conflitos mediante a aplicação da lei de maneira racional e objetiva, com o intuito de minimizar os conflitos e maximizar a ordem e o progresso[138] sociais.

Há de se notar, no entanto, que essa visão de que o homem utilizaria a razão para alcançar a iluminação foi erigida segundo a tendência de cientificização do conhecimento, tendência essa que surge na seara das ciências naturais e termina por se expandir, e de certa forma dominar, as outras formas de conhecimento, dentre elas as ciências humanas e sociais.

Em outras palavras, a crescente onda de monopolização do conhecimento pelo método científico natural acabou por abarcar, também, as ciências do espírito, que se viram influenciadas a adotar o paradigma científico racional para ser "levadas a sério" e assumir o status de ciência, o que acabou por afastá-las de procedimentos taxados de não científicos e não metódicos.

Nessa senda, começou-se a defender que os métodos pensados para as ciências naturais não deveriam ser os mesmos pensados para os demais saberes científicos, pois estes possuíam peculiaridades e perguntas próprias, que não podiam ser respondidas mediante a adoção dos métodos objetivos e universais utilizados pelas ciências naturais.

Esse movimento acabou por dar ensejo à ruptura com o paradigma moderno, como será abordado a seguir.

---

[138] Note-se que a expressão "Ordem e Progresso", presente na bandeira brasileira, parece advir desse pensamento moderno.

4.2 DA RUPTURA COM O PARADIGMA DA MODERNIDADE

Com o passar dos anos, começa-se a afirmar que as chamadas ciências do espírito[139] acabaram por incorporar o modelo das ciências naturais, o que não era adequado, posto que aquelas, em virtude da especificidade de seu objeto, deveriam possuir um método próprio, ou, até mesmo, um não-método.

Nessa senda, começa a ser rejeitada a ideia de que o método matemático também serviria para abordar o objeto das ciências do espírito, diante da singularidade e especificidade destas, as quais, por tratar essencialmente do ser humano, de suas instituições e de suas relações sociais, não poderiam ser equiparadas às ciências naturais, que tratariam da natureza bruta[140].

Boaventura de Sousa Santos[141], ao abordar o modelo racional e o seu consequente declínio, afirma que:

> O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global (isto é, ocidental) de racionalidade científica [...] Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.

Já Chaïm Perelman[142], em moldes semelhantes, aduz que:

> A concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como busca da sabedoria.

Como pode ser observado, essa visão moderna, calcada em um método racional que visa abordar a produção do saber de maneira universal e abstrata, decorre de uma

---

[139] DILTHEY, Wilhelm. *Introdução às ciências humanas*: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p.20.

[140] Na visão de Zygmunt Bauman, "a ciência moderna nasceu da esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas" (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.48).

[141] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.60-61.

[142] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.136.

abordagem utilizada pelas ciências naturais, as quais seriam regidas pelas leis da física e, portanto, imutáveis[143].

Na seara das ciências do espírito, a exemplo do Direito, todavia, a produção do saber não deve ser abordada da mesma maneira, tendo em vista que o ser humano é mutável e inconstante, o que requer um saber não universal, mas, sim, flexível.

Nas palavras de Luiz Rohden[144]:

> O homem que vive em sociedade e discute com seus semelhantes sabe que o mais das vezes não se usam provas demonstrativas para resolver seus problemas. Todos experienciamos que as provas utilizadas em moral, direito, debates políticos, não são de caráter lógico-matemático, apodítico. É justamente por isso que filosofamos.

Hans-Georg Gadamer tece uma crítica à chamada obsessão metodológica das ciências, as quais acabaram por abandonar a sua tradição humanística e de formação cultural do conhecimento, na qual ainda podiam se reconhecer, de maneira a se enquadrar no pensamento metódico e objetificante do cientificismo.

Nessa senda, o autor conclui que "o fenômeno da compreensão perpassa não somente tudo que diz respeito ao mundo do ser humano. Tem vitalidade independente também no terreno da ciência e resiste à tentativa de deixar-se ser reinterpretado como um método da ciência"[145], bem como que "a certeza científica sempre tem uma feição cartesiana. É o resultado de uma metodologia crítica, que procura somente deixar valer o que for indubitável"[146].

Martin Heidegger[147] também afirma, por exemplo, que a filosofia é perseguida pelo temor de perder em prestígio e importância, se não for ciência, ou, mais expressamente, que "filosofia não tem nada a ver com ciência"[148]. Pode-se citar, ainda, Julius von

---

[143] Malgrado essa visão seja passível de objurgação, a exemplo do que já foi dito por Ilya Prigogine de que as leis físicas "estão associadas à instabilidade e, quer no nível microscópico, quer no macroscópico, descrevem os eventos enquanto possíveis, sem reduzi-los a consequências dedutíveis ou previsíveis de leis deterministas" (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p.203). Boaventura de Sousa Santos também concluirá, em sua obra, que "a distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido e utilidade" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2001, p.36), diante dos avanços da física e da biologia, que puseram em cheque a distinção entre o orgânico e o inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte, entre o humano e o não humano.

[144] ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.54.

[145] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.30.

[146] *Ibidem*, p.361.

[147] HEIDEGGER, Martin. Carta sobre o Humanismo. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.150.

[148] *Idem*. *Ser e Verdade*: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p.190.

Kirchmann[149], quando defende que "*la jurisprudencia no tiene carácter científico*", bem como A. L. Machado Neto[150], quando aduz que:

> Sobre a natureza da ciência jurídica e, mesmo, seu caráter científico não há unanimidade doutrinária. O predomínio da ideologia positivista no século XIX, e a consequente redução de todo saber válido ao esquema da ciência natural de tipo física, resultou, na mente do jurista, numa espécie de má consciência quanto aos títulos de cientificidade da velha jurisprudência, pois é óbvio que ela não se ajusta ao padrão experimental e generalizador das ciências de laboratório.

Veja-se, portanto, que a ideia de que o método racional, calcado na regra natural da causalidade, seria o divisor entre saber válido e saber inválido, entre ciência e não-ciência, não é aceita pelos adeptos de que as ciências do espírito não podem compartilhar da mesma abordagem epistemológica que as ciências naturais.

Esse método naturalístico objetivo e bem delineado, que visa atingir a perfeição, destarte, não deve ser visto como a única forma de saber possível. Deve-se abrir espaço para outras formas de conhecimento, as quais, muito embora não se proponham a ser tão bem delineadas assim, também possuem a sua relevância científica, na esteira do debate travado entre o apolíneo e o dionisíaco proposto por Friedrich Nietzsche[151].

Assim, na medida em que a Modernidade projeta o seu atuar com base em uma abordagem racional e metafísica da sociedade e dos fenômenos que nela se apresentam, o Direito, como principal instrumento de concretização e unificação social, acabou por se erigir com base nos mesmos ideais racionais e no mesmo paradigma moderno que objetifica o problema, para que este pudesse ser resolvido de maneira objetiva e rápida, com base em um método de abordagem que servirá para todo e qualquer tipo de conflito que surja no seio social, como se os seres humanos e os fenômenos sociais fossem todos uniformes e imutáveis, a exemplo da lei da gravidade e das fórmulas matemáticas.

Na medida em que o Direito lida com conflitos interindividuais e sociais imprevisíveis de antemão, todavia, e não com leis da natureza e objetos imutáveis, como a velocidade da luz e a órbita planetária, por exemplo, as quais podem ser calculadas em laboratório com certa precisão, a noção de que todo saber, para que seja tido como ciência, deva seguir o modelo racional de produção do conhecimento (universal, geral, neutro, causal, objetivo) acaba por não se prestar ao saber jurídico, tendo em vista o alto teor dialógico deste.

---

[149] KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de estudios politicos, 1949, p.30.

[150] MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p14.

[151] NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia*: proveniente do espírito da música. s/n: eBooksBrasil, 2006, p.34.

Veja-se, nessa esteira, o ensinamento de Karl Popper[152], ao abordar a questão da tentativa de metodização da Filosofia: "eu não considero a Filosofia como um estudo visando expressar as coisas com mais precisão ou exatidão. Precisão e exatidão não são valores intelectuais por si mesmos e nunca devemos tentar ser mais precisos ou exatos do que o exigido pelo problema que temos em mãos".

Já Boaventura de Sousa Santos[153] defende que o modelo de racionalidade científica atravessa uma profunda crise, tendo em vista que não consegue solucionar os problemas da contemporaneidade de maneira efetiva.

Ernildo Stein[154], por sua vez, entende que:

> Há uma tendência das ciências humanas em geral de naturalizar tudo, porque então ficamos livres da imprecisão das ciências humanas. Basta que as naturalizemos. Esta é uma tendência contemporânea na medida em que temos mais instrumentos de investigação, medição, quantificação. Com isso podemos fazer um discurso sobre as ciências humanas em que o sujeito e o objeto se separam inteiramente. Por aí ganhamos em exatidão. Talvez seja o nosso destino fazermos isso. Mas assim perdemos em atualidade e em respostas urgentes às questões humanas...

Com base no quanto exposto, é possível observar que a onda de cientificização da produção do conhecimento, influenciada, sobretudo, pelo racionalismo, acabou por conferir ao Direito o "status" de ciência.

Esse "status" alcançado, contudo, muito embora tenha conferido ao Direito um método bem delineado - o método subsuntivo – para a solução dos chamados "casos fáceis", e, mais recentemente, a técnica (metodizada pela doutrina) da ponderação de valores para a solução dos chamados "casos difíceis", acabou por retirar do foco do conhecimento jurídico uma constatação que lhe é intrínseca e essencial: a de que o Direito está inserido em um mundo composto por signos e atribuições valorativas - o mundo da linguagem -, no qual a hermenêutica desempenha uma função imprescindível em sua abordagem e em sua análise da estrutura e do movimento da compreensão e da interpretação humana, dentre as quais a interpretação do ordenamento jurídico.

A hermenêutica filosófica de Gadamer, ao denunciar esse processo de cientificização e de metodização da produção do conhecimento, nos moldes do quanto ocorrido com as ciências naturais, as quais, como se demonstrou, são diferentes das ciências do espírito, que possuem como característica uma "mistura criativa entre método e não-

---

[152] POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais.* 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.92.
[153] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2001, p.23.
[154] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.35.

método”[155], acabou por desenvolver uma abordagem específica do processo compreensivo e interpretativo realizado pelo ser humano.

Nessa linha de raciocínio de ruptura com o paradigma moderno, em direção a um novo paradigma, nos moldes do que Thomas Kuhn[156] chamou de “revolução científica”, ocorre a percepção do fenômeno da virada ontológica (ou giro linguístico), o qual irá defender a superação do entendimento de que a interpretação se daria de acordo com um esquema sujeito-objeto, para que se tenha em mente a relação de um processo calcado em um esquema sujeito-sujeito[157].

Resta dizer: a norma não é mais vista como algo suspenso em um mundo em si, à parte do intérprete, que teria como objetivo desvendar um suposto significado a ela inerente; pelo contrário, a norma é construída pelo próprio intérprete, que, longe de retirar-lhe um suposto significado oculto, a ela atribui, em um processo de compreensão e significação, um sentido próprio, processo esse pautado pelos seus pré-juízos e bagagem histórico-cultural, inerentes e indissociáveis de seu ser.

Emilio Betti[158], por exemplo, muito embora adote um entendimento que não se coaduna com o entendimento da hermenêutica filosófica, afirma que:

> O que se exige do intérprete jurista não são operações silogísticas ou lógicas de caráter quase aritmético, mas sim apreciações interpretativas, nas quais entram em vibração a sua sensibilidade em relação aos valores jurídicos na percepção dos interesses protegidos pelo direito, o seu olho clínico e diagnóstico, a sua experiência de jurista.

Veja-se, também, a lição de Juarez Tavares[159], o qual parece adotar a postura aqui defendida, ao estabelecer que o injusto (a norma) não deve ser visto como um objeto em si, e, logo, à parte do sujeito (intérprete), mas como resultante de um processo próprio de construção de sentido realizado por este. Nas palavras do jurista:

> Aplicável ao injusto, o uso do recurso da linguagem implica que a constituição do ato ilícito ou antijurídico depende de como se interpretam os signos que determinam o que é proibido, imposto ou autorizado. A conduta injusta, assim, não será entendida como produto de uma pessoa, mas simplesmente um acontecimento simbolicamente reproduzido por meio da linguagem. **Quem faz o injusto, no fundo, é o interprete, com base na norma ou com base na compreensão de seu sentido** [...] De todas as argumentações que se poderiam tecer acerca de como se alcançar verdadeiramente um conceito de injusto, resulta uma conclusão inafastável de que, em qualquer caso, **o injusto é um produto do sujeito situado em seu**

---

[155] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.105.
[156] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* São Paulo: Perspectiva, 2006, p.122.
[157] Note-se que não se trata de um processo de redução do objeto ao sujeito, “mas sim à linguagem, que o sujeito não domina, pois mesmo seu pensamento individual é constituído no controle público da linguagem” (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p.152).
[158] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.55.
[159] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.99-100.

> **contexto social,** e sua fixação só terá validade se efetuada de tal forma que não torne duvidosa a orientação que esse mesmo sujeito possa receber do quadro de valores sob os quais atua (grifos nossos).

A virada ontológica acaba por denunciar que a produção do conhecimento se pautava e era influenciada pelo cientificismo e pelo racionalismo, os quais tinham como base a formulação de paradigmas e métodos calcados em um esquema sujeito-objeto[160], ou seja, em um esquema que distancia o pensador, o intérprete, do objeto a ser analisado e compreendido, como prega o método matemático, por exemplo, como se aquele estivesse em um mundo idealizado e extrínseco ao sujeito.

O giro linguístico, assim, irá desenvolver a tese de que a produção do conhecimento, nas ciências do espírito, não mais deve ser encarada sob a luz do paradigma moderno e racional (sujeito-objeto), e sim pela constatação de que o objeto a ser compreendido não se encontra em um local à parte, metafísico; a compreensão advém da linguagem, a qual é a sua condição de possibilidade.

Destarte, com a noção de que o processo compreensivo ocorre na linguagem, bem como que a norma é construída pelo próprio intérprete, surge a ideia de que as ciências do espírito, dentre as quais está inserido o Direito, devem ser analisadas não mais sob o prisma de um esquema sujeito-objeto, mas sim de um esquema sujeito-sujeito, o que é exatamente no que a hermenêutica filosófica se baseia quando aborda a questão da virada ontológica.

4.3 DA INTERSUBJETIVIDADE E DA VERDADE HERMENÊUTICA

A intersubjetividade da interpretação coaduna-se com a ideia de crise do pensamento moderno, anteriormente apresentada. Como visto, com o giro linguístico, o foco da compreensão desloca-se do objeto para o sujeito. Dessa forma, o papel do diálogo humano no processo hermenêutico torna-se elemento-chave para que possa ser entendida a maneira pela qual o Direito é construído, e, consequentemente, a maneira pela qual os magistrados decidem e os precedentes são criados.

Para o paradigma intersubjetivo, o Direito é linguagem. Sendo linguagem, ele é construído por meio do diálogo entre seres humanos, ou seja, por meio da interação linguística entre as pessoas, as quais compartilham significados sobre o que é lícito ou ilícito, sobre o que deve ser ou não deve ser. É somente na linguagem, portanto, que se dá o sentido,

---

[160] Segundo Adeodato, a dicotomia sujeito-objeto surgiu muito antes da época de Descartes (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p.148).

e não na consciência de cada um, uma vez que a busca da verdade possui uma dimensão intersubjetiva[161]. É por esse motivo que João Maurício Adeodato, por exemplo, afirmará que "não existe um mundo exterior independente da **linguagem**"[162], até porque o ser humano "é porque se comunica"[163], bem como que "nada se pode conhecer por fora da linguagem"[164].

Nessa senda, como o Direito é construído na intersubjetividade, nenhum comando poderá ser proferido sem que seja levada em consideração essa prática dialógica. Em outras palavras, quando o magistrado toma a sua decisão, ele não poderá assim fazê-lo sem se dar conta de que a decisão que ele toma não é sua, ou seja, não é fruto de sua própria consciência, pois ele somente compreende o mundo porque está desde sempre imerso na linguagem, desde o momento de sua concepção. Não é por outro motivo que Jean-Paul Sartre[165] afirma que "não é a linguagem nem a cultura que está no indivíduo como uma marca registrada pelo seu sistema nervoso; é o indivíduo que está na cultura e na linguagem".

Nas palavras de Wálber Carneiro[166], "a condição de possibilidade para a compreensão é o estar com o *outro* nessa casa chamada linguagem. Aquilo que se projeta na compreensão já é um sentido construído intersubjetivamente, razão pela qual não podemos falar em compreensões arbitrárias".

Luiz Rohden[167], por sua vez, defende que a linguagem só existe no "um-com-o-outro do diálogo". Dessa forma, a compreensão é construída a partir da interação dialógica dos intérpretes **na comunidade**, sem a qual sequer seria possível compreender. Para o autor citado, "na hermenêutica filosófica a relação com o outro precede em ordem de importância a experimentação realizada pelo eu, porque este se encontra desde sempre situado no seio de uma comunidade"[168].

Nessa senda, veja-se o escólio de Alexandre Pasqualini[169]:

> Queiram ou não, na esfera da linguagem e da hermenêutica, todos os discursos já vêm ao mundo socializados. Em cada ato interpretativo, está presente, consciente ou inconscientemente, a tradição histórica, cultural e sociológica com base na qual o

---

[161] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.382.
[162] ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.* São Paulo: Noeses, 2011, p.36.
[163] *Ibidem*, p.37.
[164] *Ibidem*, p.151.
[165] SARTRE, Jean-Paul. *Questão de método*. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1979, p.161.
[166] CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.262.
[167] ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.21.
[168] *Ibidem*, 2005, p.201.
[169] PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Op. cit.*, p.173.

> intérprete faz os significados, significarem [...] Assim como toda embarcação que chega ao Brasil em parte deve a Cabral o mapa da viagem, da mesma maneira todos os intérpretes e todas as interpretações são, em alguma medida, tributários do aço elástico das tradições em que foram gestados.

É somente no diálogo travado no seio comunitário, na presença do outro, portanto, que a compreensão poderá ocorrer, uma vez que é por meio da linguagem (e na linguagem) que o sentido das disposições jurídicas é construído.

Nesse sentido, oportuna é a lição de José Rodriguez[170], segundo o qual "o juiz, assim como o poeta e o filósofo, é um habitante do mundo das palavras. Como seus companheiros de cidade, ele precisa aprender a lidar com a profusão de significados que nascem dessa convivência com seus companheiros no processo de comunicação".

Note-se, portanto, que a decisão proferida por um tribunal ou por um magistrado, por exemplo, é, antes de tudo, uma decisão proferida pela própria comunidade. Como a decisão proferida não é de autoria hermenêutica exclusiva do julgador, posto que a compreensão deste sobre o que é o Direito advém de sua inserção na linguagem que permeia o seio comunitário, pode-se concluir que a decisão não poderá jamais ser solipsista, advinda da consciência pura do sujeito, mas, sim, construída intersubjetivamente, por todos os membros da comunidade, os quais, linguisticamente, atingem um consenso sobre o que é lícito ou não, em um acordo atingido por meio da conversação[171], acordo esse que "envolve partes, advogados, doutrinas, opiniões da mídia, acordo sobre a economia, sobre o momento histórico e um sem-número de fatores"[172].

Manfredo Araújo de Oliveira[173], por exemplo, ao abordar alguns aspectos da teoria habermasiana do discurso, assevera que:

> A meta da compreensão é a produção de um consenso que culmina na unidade intersubjetiva da compreensão recíproca, do saber participado, da confiança mútua e do acordo recíproco. Consenso se fundamenta na base do reconhecimento das quatro pretensões de validade correspondentes: compreensibilidade, verdade, veracidade e justeza.

A noção de que o Direito deve possuir integridade, coerência e unidade sistemática, como visto anteriormente, visa combater exatamente a figura do julgador arbitrário, que decide os casos de acordo com a sua própria consciência.

---

[170] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.277.

[171] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.561.

[172] ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.* São Paulo: Noeses, 2011, p.352.

[173] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia contemporânea.* 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p.322.

Para tanto, o juiz ou o tribunal deve, necessariamente, pautar-se em conformidade com o Direito como completude, de maneira que a sua decisão faça parte de um todo coerente e com unidade de sentido, não podendo jamais proferir um comando que rompa com a tradição jurídica da comunidade em questão.

Como afirma Ronald Dworkin[174], "o juiz deve fazer o melhor pela comunidade como um todo, franca e honestamente, sem fingir 'descobrir' algum direito por sob a superfície de leis ou precedentes que só ele pode ver". Niklas Luhmann[175], por sua vez, aduz que "*todo mundo sabe que el derecho no puede nunca decidir de manera arbitraria*".

Martin Heidegger[176], ao tecer algumas considerações sobre o que entende por "verdade", no sentido de descobrimento do ser hermenêutico, defende que "o modo e a maneira da verdade depende do modo e da maneira do homem".

A essência da verdade hermenêutica, para o autor supracitado, é entendida como descobrimento; acontece como um "processo de um acontecimento, no sentido de se retirar algo do encobrimento, no sentido, portanto, de *desencobrimento*, no sentido de se retirar alguma coisa do encobrimento como *descobrimento*"[177].

Nessa senda, Heidegger afirmará que não se pode atingir a verdade em si e por si, mas que toda verdade "acontece no íntimo debate com o encobrimento, no sentido de *deslocar* e *encobrir*", razão pela qual o homem existe simultaneamente na verdade e na não-verdade, no encobrimento e no desencobrimento[178]. É função do intérprete, portanto, desencobrir (= descobrir) o ser, pois, enquanto este está encoberto, escondido, está na condição que o autor chama de "mistério", de mera aparência, de velamento.

Encobrimento, portanto, não significa falsidade, mas, sim, uma verdade que está oculta à primeira vista, que deve ser descoberta pelo intérprete, ao qual cabe levantar o véu para que possa enxergar o que está por trás (ou embaixo) dele[179], percebendo, no processo, os seus pré-conceitos e afastando qualquer tipo de "ruído" capaz de viciar o seu entendimento e perturbar a sua compreensão[180]. É por esse motivo que Marília Muricy[181], por

---

[174] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.172.
[175] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p.94.
[176] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p.153.
[177] *Ibidem*, p.187-188.
[178] *Ibidem*, p.193.
[179] *Ibidem*, p.197.
[180] Essa atitude do intérprete de se dar conta de seus pré-conceitos e de afastar os ruídos capazes de obnubilar a sua mente e de impedir que atinja o conhecimento de maneira efetiva pode ser associada com a ideia de ídolos desenvolvida por Francis Bacon, na medida em que o autor afirma que o ser humano muitas vezes está contaminado por falsas noções, capazes de impedir o manifestar da compreensão de maneira clara, razão pela

exemplo, irá dizer que "a verdade de conduta é a verdade do *dasein*, como ser que se auto revela".

Para que o intérprete consiga levantar o véu que encobre a verdade hermenêutica, ele deverá ater-se à questão de que, como a verdade é atingida na intersubjetividade, qualquer interpretação que não se atenha às práticas comunitárias falhará na tarefa de descobrimento da verdade.

Em outras palavras, qualquer interpretação ou decisão que não leve em conta o diálogo travado na comunidade sobre o assunto em voga, sobre o fato de a conduta que será interpretada ser considerada lícita ou ilícita pela comunidade, está fadada a não conseguir levantar o véu que encobre a verdade hermenêutica, posto que, com o perdão pela ilustração, o véu que encobre o ser é feito de um material por demais pesado para que possa ser levantado por apenas um intérprete, no caso do julgador singular, ou por um pequeno grupo de intérpretes, no caso de tribunais, mas somente pela sociedade como um todo, **por intermédio** (e não diretamente) do julgador (ou dos julgadores).

Nessa esteira, Heidegger[182] chamará atenção para o fato de que a verdade não é algo subjetivo, que dependa do arbítrio do homem; pelo contrário, a verdade é alcançada somente por meio da intersubjetividade, atingida por meio da compreensão advinda no seio comunitário:

> O homem está na verdade na medida em que a verdade é este acontecimento de desencobrir as cosas com base no esboço criativo, não que cada um cumpra individual e conscientemente, mas cada um já nasceu e se acha dentro de uma *comunidade*; ele já cresce e se desenvolve numa verdade muito *bem determinada*, com a qual ele, mais ou menos, se debate e discute. O homem é o sendo cuja *história* apresenta e expõe o *acontecimento da verdade* [...] Deve-se sempre perguntar primeiro: *quem somos nós*?

É a intersubjetividade ocorrida na comunidade, portanto, que será responsável por construir a verdade hermenêutica, e não o próprio intérprete isolado. Dessa forma, para que a verdade possa existir, é necessário que ela seja uma verdade compartilhada[183], uma verdade para todos[184].

---

qual deve sempre estar atento a esse fato (à existência de ídolos que bloqueiam a inteligência humana) para que a sua compreensão não seja viciada (BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Pará de Minas: Virtual Books, 2010, p.14).

[181] PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito-UFBA*, v. 37. Salvador: 1997/1998, p.83.

[182] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p.184-185.

[183] Esse entendimento de que a verdade é compartilhada é semelhante ao esposado por Richard Posner, por exemplo, quando afirma que "se você perguntar como sabemos que Vênus exerce atração gravitacional sobre Marte, a resposta é que as pessoas que estudam essas coisas concordam que assim é" (POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.111). O que o autor citado quer dizer é

Dessa forma, o juiz, ao proferir a sua decisão, deve estar sempre atento ao fato de que a decisão não poderá jamais refletir os seus anseios particulares, pois deverá sempre "*captar las variaciones vigentes en la sociedad de la que él es órgano*"[185].

Hans-Georg Gadamer[186] irá afirmar que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a 1ei em cada caso, isto é, em sua aplicação, razão pela qual a complementação produtiva do Direito estaria nas mãos do juiz. Todavia, comenta o autor que a decisão do órgão julgador não pode surgir de "arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto", posto que o magistrado encontra-se sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica.

Nessa senda, pode-se afirmar que a decisão judicial não pode ser vista como algo arbitrário, pois a afirmativa de que seria possível existir arbitrariedade nas decisões é fruto do pensamento moderno[187], mediante o qual foi possível fundamentar a existência de um Direito sob uma óptica solipsista, capaz de ser atingido pela consciência individual do intérprete.

Para o Direito visto como prática intersubjetiva, que busca superar o paradigma moderno individualizante, a decisão não pertence ao intérprete, mas, sim, à linguagem. Dessa forma, no ato de decidir, o julgador está sempre orientado pelas práticas compartilhadas da comunidade da qual faz parte. Nas palavras de Gadamer[188]:

> [...] este trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, mas está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto [...] Teremos de afirmar, em primeiro lugar, que a linguagem, na qual algo vem à fala, não é possessão disponível de um ou outro dos interlocutores. Toda conversação pressupõe uma linguagem comum ou, melhor dito, constitui, a partir de si, uma linguagem comum. Há, ali, algo postado no meio, como dizem os gregos, onde participam os interlocutores e sobre o que eles criam um intercâmbio mútuo. O acordo sobre o assunto, que deve surgir na conversação, significa necessariamente que se elabora uma linguagem comum apenas na conversação. Este não é um processo externo de ajustamento de ferramentas, e nem sequer é correto dizer que os companheiros de diálogo se adaptam uns aos outros, mas que ambos vão entrando, à

---

que, por meio do compartilhamento da informação sobre o fato de que Vênus exerce atração gravitacional sobre Marte, conhecimento esse que parte de um diálogo travado entre especialistas que entendem do assunto e que chegaram a um consenso, o restante da comunidade passou, também, em virtude da prática dialógica, a aceitar tal fato como verdadeiro. Essa aceitação de um conhecimento que parte de um grupo de cientistas determinados pode ser associada com a noção de capital simbólico desenvolvida por Pierre Bourdieu (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989, p.11), ou, ainda, com a ideia de argumento de autoridade, desenvolvida por Chaïm Perelman (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.347), na medida em que o prestígio daqueles que emitem a mensagem é uma condição determinante para que o seu argumento seja aceito como verdadeiro pelos demais interlocutores.

[184] COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007, p.242.

[185] *Ibidem*, p.182.

[186] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.489.

[187] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.37.

[188] GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p.555-556.

> medida que se estabelece a conversação, sob a verdade da própria coisa, e é esta a que os reúne numa nova comunidade.

Marília Muricy[189], ao abordar a questão da verdade como um consenso atingido na intersubjetividade, a qual seria alcançada pelo intérprete a partir de toda uma gama de experiências conceituais e valorativas anteriores ao momento da aplicação normativa, também desenvolve um entendimento semelhante, ao analisar a estrutura da compreensão sob as perspectivas da teoria egológica e da hermenêutica filosófica.

Para tanto, explica a autora que o pensamento normativo expressado na decisão judicial é a revelação apropriada do entendimento normativo que ocorre no seio da própria sociedade, consumado nas "instâncias intersubjetivas de valoração", nas quais o julgador irá encontrar os fundamentos para decidir:

> Ao conhecer, o juiz reconhece-se como parte integrante do objeto; é protagonista e não espectador. De sua vinculação sócio-cultural com o objeto, não resulta, todavia, o comprometimento da objetividade, vez que o sentido normativo que projeta racionalmente é parte da conduta mesma (em sua dimensão social) realidade que resiste à oposição ser/dever ser, apontada pela tradição kantiana. É, exatamente, porque "a conduta se interliga com o conhecimento de si mesma", que descabe, sob a visão egológica, espaço para a subjetividade judicial[190].

Também Rudolf Stammler[191] afirma que "e*l quebrantamiento del Derecho vigente será arbitrariedad si en vez de imponer la transformación del Derecho avasallador, lo deja subsistir para hallarlo en unos casos y otros según el capricho subjetivo de quien disponga del poder*", estando o juiz e os demais integrantes do Estado institucionalizado sujeitos aos preceitos e às diretrizes presentes no ordenamento jurídico[192], os quais irão nortear a sua conduta.

Dessa forma, como o significado do ordenamento jurídico é construído mediante a prática dialógica ocorrida na comunidade, ou seja, na intersubjetividade, conclui-se que a decisão judicial não pode, portanto, refletir o arbítrio do julgador, pois, como dito, a decisão não é fruto do pensamento individual deste, mas sim da compreensão intersubjetiva que ocorre na linguagem e no seio social. Afinal, para utilizar as palavras de Eduardo Bittar, "onde há arbítrio, não mora a hermenêutica".[193]

---

[189] PINTO, Marília Muricy Machado. O controle da administração - notas de hermenêutica jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, v.20, Salvador: jan./dez. 1994, p.80.
[190] *Idem*. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito-UFBA*, v. 37. Salvador: 1997/1998, p.81.
[191] STAMMLER, Rudolf. *Tratato de Filosofía del Derecho*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán 2008, p.112.
[192] *Ibidem*, p.110.
[193] BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.195.

Sem que o julgador esteja atento ao diálogo travado na comunidade, à intersubjetividade, ele não será capaz de atingir a verdade hermenêutica, de desvelar o que será interpretado, portanto – estará refém do pensamento moderno, segundo o qual é possível construir a ideia de que a decisão seria capaz de ser tomada solipsisticamente. Qualquer decisão que não se atenha à prática intersubjetiva será, assim, inadequada, pois não será capaz de analisar, de maneira verdadeira, o caso a ser interpretado.

Há de se comentar, ainda, que o chamado poder discricionário[194], conferido à Administração Pública em alguns casos, por motivos de conveniência e oportunidade, também não foge ao entendimento aqui esposado.

Com efeito, o ato discricionário também deve ser analisado à luz da completude do ordenamento jurídico – não pode ser proferido de qualquer jeito, "*de ninguna manera por capricho singular, antes bien, ateniéndose a directrices y a criterios objetivos, que son los mismos que deberán ser aplicados a todos los demás casos análogos que se presenten*[195].

Por esse motivo, explica Luis Recaséns Siches[196] que existe, em sistemas jurídicos aos quais chama de "mais adiantados", a previsão de interposição de recurso administrativo por desvio de poder, ou, ainda, o chamado "recurso de amparo", previsto no Direito mexicano, exatamente para combater atos discricionários praticados em desconformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, atos que, sob a roupagem da discricionariedade, em verdade se tratam de atos arbitrários.

No Direito brasileiro, tem se tornado cada vez mais aceita a possibilidade de que o Poder Judiciário anule atos administrativos discricionários (e não apenas vinculados) que sejam proferidos contra o chamado princípio do devido processo legal em sentido substancial.

Dessa forma, atos administrativos irrazoáveis e/ou desproporcionais, proferidos em dissonância com a unidade simbólica do ordenamento, podem e devem ser passíveis de controle judicial, não sendo hipótese de interferência de um Poder em outro.

---

[194] Para alguns autores, não há uma fronteira clara entre arbitrariedade e discricionariedade, razão pela qual ambas deveriam ser reprimidas por serem práticas típicas de um "*racionalismo que teima em sobreviver em outro paradigma*" (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.66).

[195] SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de Filosofía del derecho*. 20. ed. México (DF): Editorial Porrúa, 2010, p.216-217.

[196] *Idem*. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México (DF): Editorial Porrúa, 2009, p.110.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho extraído da ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça[197]:

> Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, Art. 2º). **Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional**. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. **Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados** (grifos nossos).

Assim, também decisões administrativas devem observar a completude do ordenamento jurídico, de maneira a ser levado em conta o diálogo travado na comunidade para que um ato, ainda que discricionário, seja proferido, uma vez que o administrador público exerce uma função pública e deve sempre observar os interesses da coletividade em seu atuar.

4.4 DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Para concluir o capítulo, é necessário tecer alguns comentários sobre a questão do protagonismo judicial.

A ideia de que o intérprete possui um papel ativo na interpretação, como visto quando se tratou da virada ontológica, que fundamenta a ruptura com o paradigma sujeito-objeto rumo ao paradigma sujeito-sujeito, não deve ser confundida com a afirmação de que o juiz deva ser um ativista.

O fato de o magistrado desempenhar um papel fundamental na interpretação, não podendo mais ser encarado como um espelho inerte da legislação, como a “boca da lei” de que falou Charles de Montesquieu[198], não significa que ele deva assumir uma postura militante.

Quando se defende que o julgador deva participar ativamente do processo de interpretação, o que se quer dizer é que ele não pode mais ser visto como um instrumento apático, como alguém que adota uma postura distante do caso a ser analisado e limita-se a analisar os autos e a proferir a sua decisão. O julgador efetivamente participa, tanto quanto as

---

[197] STJ, Mandado de Segurança 6166 – DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgado em 13/08/1999. No mesmo sentido: STJ, Recurso Ordinário em Mandado De Segurança 15018, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgado em 22/10/2002.

[198] MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.157.

partes de um processo, do diálogo travado. Ele não é um mero espectador, que observa os fatos que lhe são narrados e toma a sua decisão.

O juiz ou o administrador público, ao tomar a sua decisão, constroi o sentido da norma no momento de sua aplicação, a partir da análise das circunstâncias do caso em cotejo com o ordenamento jurídico. A sua interpretação, portanto, integra o próprio Direito – não se resume a um simples ato de subsunção neutra e automática, como se fosse uma máquina, ou, para utilizar o termo preferido pelos juristas, como se fosse um "operador do Direito", cuja tarefa seria, simplesmente, manusear um maquinário já previamente posto à sua frente, como se estivesse no filme "Tempos Modernos" de Charles Chaplin[199]. Afinal, como já disse Chaïm Perelman[200], o juiz "não é uma simples máquina de calcular".

É por esse motivo que Carlos Cossio[201], por exemplo, afirma que:

> [...] *la afirmación de que el juez re-crea el sentido de los casos en el momento en que refiere la ley a ellos, y la afirmación más inesperada de que el juez conoce al comportarse en cuanto que este comportamiento se integraria con el pensamiento normativo de sí mesmo, nos llevan a la Idea de que el conocimiento jurídico es un conocimiento de protagonista.*

O julgador, assim, possui uma tarefa criadora, reflexiva, no processo hermenêutico, e não apenas reprodutiva[202]. Sua tarefa não é resgatar um sentido normativo que estaria já previamente fixado, cabendo a ele tão somente reproduzi-lo, sem qualquer tipo de contribuição.

Pelo contrário, o julgador, protagonista que é no processo hermenêutico, cria o sentido normativo no momento da sua aplicação, pois a compreensão (e a interpretação) de qualquer caso só ocorre no exato momento da aplicação, e não em momentos diversos, em etapas distintas, como defende Emilio Betti[203], por exemplo.

Isso ocorre porque a interpretação depende, para que possa ocorrer, da análise de um caso determinado, de uma conduta concreta. Dessa forma, se, para interpretar, o julgador necessita da existência de uma conduta, a interpretação, como também a compreensão do caso, somente ocorre no momento da aplicação da norma construída pelo intérprete no processo hermenêutico, pois não existe aplicação sem que exista, também, um caso "concreto" a ser resolvido, uma situação jurídica real a ser solucionada.

É por isso que Carlos Cossio defende que o objeto do Direito é a conduta,

---

[199] CHAPLIN, Charles. *Tempos modernos*. Estados Unidos da América: 1936. 1 fita de vídeo (87 min.).
[200] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.490.
[201] COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007, p.183.
[202] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.521.
[203] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.150.

"*porque él es conducta*"[204], pois, segundo o autor, o que se interpreta não é a lei, mas "*la conducta humana mediante la ley*"[205], razão pela qual conclui que o objeto do conhecimento jurídico é exatamente a conduta humana - em sua interferência intersubjetiva –, e não a lei em si, isoladamente.

Dessa forma, não há que se falar em ativismo judicial quando se defende que o julgador possui um papel ativo na interpretação, mas, sim, em protagonismo, posto que ele é, efetivamente, um personagem no processo hermenêutico, um protagonista, e não um mero espectador.

Na condição de protagonista, portanto, o intérprete irá construir o sentido da norma, e não retirá-lo, pronto e embalado, do *habitus dogmaticus*[206] de que fala Luiz Alberto Warat[207], como se o sentido já estivesse à sua disposição, desde antes, na gaveta normativa da subsunção, restando a ele simplesmente reproduzi-lo.

Afinal, para utilizar as palavras de António Machado[208], que podem ser invocadas para ilustrar o fato de que o processo hermenêutico ocorre somente no momento de um atuar concreto, na existência de uma conduta real, atual, inexistindo, portanto, compreensões e interpretações previamente esgotadas, "*caminante, no hay camino; se hace camino al andar*".

Impende salientar que a acepção de Cossio de que Direito é conduta pode ser inserida dentro da noção de que Direito e moral estão entrelaçados (o que não quer dizer

---

[204] COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007, 2007, p.69.

[205] *Idem*. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.115.

[206] A ideia do *habitus dogmaticus* é a de que existiria no discurso jurídico, sobretudo na doutrina e na jurisprudência, um "sentido comum teórico" que acaba por nortear a conduta dos intérpretes ao fazer com que estes aceitem a dogmática jurídica como um complexo de saberes acumulados, o qual acaba por construir o entendimento deles em prol de um determinado caminho já percorrido por outros intérpretes. Ocorre que os juristas parecem não se dar conta de que, em cada interpretação anteriormente feita sobre um determinado fato, já há uma significação, uma valoração, uma carga de sentido atribuída, que longe de dever ser encarada como "a verdadeira", a "mais correta" ou a "mais segura", deve ser vista como produto de uma alienação que ocorre já no *habitus dogmaticus* – no senso comum teórico -, ou seja, como produto da interpretação realizada por outros intérpretes, que construíram o sentido que eles entenderam correto para solucionar o caso posto sob o seu crivo à época, mas que não necessariamente deva ser a mesma solução para o caso que se está a interpretar.

[207] Nas palavras do autor: "os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto" (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito* I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p.15). E complementa, no segundo volume de sua obra: "De um modo geral poderia dizer que os juristas contam com um arsenal de sintagmas prontos, pequenas condensações de saber, fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso produzido pelo 'Outro' cultural, fluxo de significações que formam uma memória do direito a serviço do poder. Estamos na presença de uma mentalidade difusa, um conjunto de crenças e ficções que os juristas manifestam como ilusão epistêmica, como um sentido comum científico" (*Idem*. *Introdução Geral ao Direito* II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p.97).

[208] MACHADO, António. *Antología poética*. Colección Poesía. Libros en red: 2004, p.12.

inseparáveis), entrelaçamento esse que é negado pelo positivismo jurídico, ao tentar fundamentar a ideia de que o Direito disporia de uma racionalidade própria, independente da moral[209].

Ora, afastada a discussão sobre a imperatividade de obediência ao comando jurídico e a facultatividade de obediência ao comando moral[210], ou, ainda sobre o suposto caráter instrumental das normas jurídicas e o suposto caráter autônomo das normas morais, as quais possuiriam um fim em si mesmas[211], tanto no âmbito jurídico, quanto no âmbito moral, o que se analisa é a conduta humana – no primeiro caso, sob a óptica do ordenamento jurídico, no segundo caso, sob a óptica dos valores éticos e morais de uma determinada sociedade.

Nessa senda, é necessário observar que o ordenamento jurídico não deve ser pensado em um plano à parte do plano moral. Com efeito, as normas jurídicas em muito se aproximam das normas morais (veja-se, por exemplo, a proibição à prática do homicídio, tanto juridicamente quanto moralmente condenável, no Brasil), o que registra uma **aproximação** - e não confusão, repise-se - entre os dois campos. Afinal, "se confiança e diálogo são as margens do rio hermenêutico, a moral, por sua vez, constitui o seu leito"[212].

Como visto quando se tratou do papel do magistrado no Estado Democrático de Direito, o Direito não deve ser encarado como um conhecimento autônomo, mas, sim, em associação com outros ramos do saber. Direito e moral, assim, estão entrelaçados entre si, bem como com outros tipos de conhecimento, como a economia e a política, por exemplo.

Não é por outro motivo que Luiz Rohden[213] defende que "a hermenêutica filosófica não se justifica como um conhecimento puro, asséptico, mas encontra-se vinculada à ética, à política. Ao evitar construir um conhecimento desvinculado da realidade, assume uma postura responsável com relação aos rumos da sociedade".

Jürgen Habermas[214], por sua vez, afirma que "a moral não paira mais sobre o direito, como uma proposição suprapositiva de normas, tal como *sugere* a construção do direito racional; ela introduz-se no direito positivo, sem, contudo, ficar aí absorvida".

---

[209] HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral.* Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992, p.14.
[210] Muito embora seja muito difícil que alguém opte por desobedecer a diretrizes morais, diante da sanção simbólica que sofrerá pela comunidade, a qual muitas vezes é pior do que uma pena imposta pelo Poder Judiciário.
[211] HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p.62.
[212] PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.175.
[213] ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.244.
[214] HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p.63.

Já Wálber Carneiro[215] aduz que, sob a perspectiva do fenômeno compreensivo, Direito e moral buscam respostas para o mesmo problema, razão pela qual são "hermeneuticamente co-originários, cindindo-se artificialmente no plano apofântico [...] sua distinção só é possível *reflexivamente*".

Dessa forma, pode-se concluir que a visão do Direito como conduta se aproxima da associação entre Direito e moral, posto que, como dito, em ambos os casos o que se analisa é a conduta humana, ainda que sob ópticas diferentes.

4.5 DA HISTORICIDADE E DA CONCRETUDE

Com o fito de reforçar o entendimento de que o Direito não pode jamais ser encarado em dissociação com a conduta (até porque, como foi visto no tópico anterior, Direito **é** conduta), faz-se necessário abrir um parêntese para tratar da historicidade e da concretude no processo de interpretação.

Foi defendido que o modo de pensar o Direito sob a óptica do paradigma moderno se baseia em uma abordagem que distancia o intérprete do objeto (sujeito-objeto). Essa abordagem, no entanto, não consegue atingir a verdade hermenêutica de cada caso, pois parte da abstração para a aplicação, quando deveria, em verdade, partir da faticidade e da historicidade, da concretude e da individualidade de cada caso que será interpretado.

Quando o legislador promulga as suas leis, a doutrina veicula os seus conceitos e a jurisprudência publica as suas súmulas e ementas, por exemplo, o que se objetiva é abarcar condutas abstratamente previstas e prontamente estabelecer soluções, métodos e caminhos pré-definidos a serem seguidos pelo intérprete.

As normas jurídicas, contudo, jamais serão capazes de prever todas as hipóteses de aplicação, tendo em vista a enorme gama de nuances e especificidades que podem ser encontradas em cada caso. Nas palavras de Klaus Günther[216], "somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber".

---

[215] CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.290.

[216] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação.* São Paulo: Landy, 2004, p.65.

Ao afirmar que a assertiva acima está pautada em um pensamento lógico-dedutivo, Lenio Streck[217], explica que devemos inverter o que denomina de "fórmula Günther". Para o autor, a questão de não podermos abranger, faticamente, todos os casos de aplicação (abstrata) de uma norma não resulta na impossibilidade de fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação, mas sim o contrário: é por ser impossível fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação que não podemos abarcar todas as condutas abstratamente previstas na norma.

Dessa forma, a impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas possíveis de aferição no "mundo concreto" não decorre de uma impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber. A impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas humanas decorre, isso sim, de elementos ontológicos, históricos, fáticos, e socioculturais que individualizam cada conduta humana no tempo e no espaço.

Cada caso é diferente do outro por uma impossibilidade material de sê-lo igual. Assim, por exemplo, ainda que tenham ocorrido duas colisões entre veículos da mesma marca e modelo, na mesma rua, no mesmo dia, em condições semelhantes e dentro das mesmas circunstâncias ambientais, esses dois casos jamais serão iguais e, portanto, o intérprete jamais poderá utilizar uma das fórmulas padrões de solução de casos para "derrubar dois coelhos com uma cajadada só".

Essas duas situações não são iguais porque cada caso possui a sua peculiaridade, a sua singularidade, decorrente da faticidade e da historicidade do ser que o acompanha desde sempre. A concretude[218] de cada caso, portanto, o individualiza e o torna único, o que requer, da mesma maneira, um tratamento único, e não industrializado e massificado, como geralmente se faz, por parte do intérprete.

Já disse Heráclito[219], aliás, que o mundo é um eterno fluir, como um rio; assim como o mesmo homem não pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois no segundo banho homem e rio já não seriam mais os mesmos, também dois casos não são iguais, eis que cada qual possuiria sua própria individualidade, seus próprios fatores e circunstâncias; em outras

---

[217] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.58.

[218] Para o pensamento desenvolvido nesta obra, todos os casos são concretos, razão pela qual a doutrina incorre em pleonasmo ao utilizar a tão comum expressão "caso concreto". Isso é mais uma constatação de que o pensamento jurídico ainda é fortemente influenciado pelo esquema sujeito-objeto, pois se há um "caso concreto" para a doutrina majoritária, é porque haveria um "caso abstrato", oriundo de um mundo metafísico o qual irá fundamentar a subsunção, a acoplação desse caso "abstrato" a outro dito "concreto".

[219] HERÁCLITO. *Fragmentos contextualizados*. Tradução de Alexandre Costa. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2005, p.147 (fragmento L).

palavras, cada qual possuiria sua própria **historicidade**. Não é por outro motivo que António Castanheira Neves afirma que "o homem só o é na sua existência, no ser e na história"[220].

Karl Larenz[221] concorda com a possibilidade de existência de casos ditos idênticos, para os quais seria possível a adoção de soluções idênticas, muito embora faça a ressalva no sentido de que sempre haverá casos que necessitam de decisões individualizadas:

> quando se trate de fenómenos massivos, que se apresentam sempre de maneira idêntica e onde as circunstâncias particulares do caso, as matizes, as transições graduais e as constelações de casos não previstas não desempenham qualquer papel, o juiz que decide o caso concreto pode ser substituído pelo computador, previamente instruído para todos os casos. Mas junto ao âmbito desses fenómenos, que a si próprio se vai ampliando, haverá sempre um grande número de outros que reclamam um julgamento não só generalizador, mas também individualizante e tipificador (grifos nossos)

Ao adotar métodos abstratamente previstos para a solução de casos "concretos", partindo de casos "abstratos", o Direito acaba por cindir interpretação de aplicação, pois já é dada ao profissional do Direito uma interpretação pré-fabricada pelo *habitus*, cujo produto é a norma jurídica a ser subsumida, a ser acoplada ao caso ("concreto"), restando ao intérprete a única tarefa de aplicar essa norma, fazê-la incidir em uma situação fática, como se houvesse dois momentos: o momento da construção do sentido, resultante da interpretação da norma jurídica pelo legislador, doutrina ou jurisprudência, e o momento da aplicação desta norma (já significada) pelo intérprete ou, como muitos preferem, pelo "operador do Direito" [222].

É necessário perceber, contudo, que conceitos prévios, habitantes do *habitus dogmaticus*, impedem a manifestação da singularidade de cada caso. Uma resposta em uma prova de faculdade, por exemplo, é especificamente formulada para responder a uma específica pergunta, cuja elaboração e complexidade dependem da compreensão e conhecimento de cada professor (e de cada aluno, no caso da resposta).

---

[220] NEVES, António Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidade. *In:* DIAS, Augusto Silva et al. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, p.9.

[221] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.332-333.

[222] Um exemplo que pode ilustrar essa visão do Direito como um enorme mecanismo, um objeto que se encontra distante do intérprete, e não dentro da própria compreensão deste, é a não rara e insistente afirmação pelos professores universitários e pela doutrina, desde o primeiro contato do estudante com a matéria, de que a função do bacharel é se tornar um "operador do Direito". Não é difícil notar que essa expressão, "operador do Direito", já carrega consigo a noção embutida - a qual muitas vezes passa despercebida - de que o Direito é um objeto, um mecanismo que deve ser operado pelo sujeito, em uma clara alusão ao esquema sujeito-objeto de se pensar a ciência jurídica.

É por isso que Martin Heidegger[223] afirma que "a resposta depende do modo de questionar e da espécie do próprio questionamento. Toda *resposta* corresponde sempre à envergadura e à profundidade do *questionamento*", ao passo que concluirá que a envergadura depende da originalidade e da essencialidade do próprio povo que a põe e coloca.

Cada intérprete possui as suas próprias limitações, pois, como já disse Ludwig Wittgeinstein[224], "que o mundo é o *meu* mundo, isto se mostra porque os limites *da* linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites de *meu* mundo. O mundo e a vida são um só. Sou meu mundo".

E, se cada intérprete possui as suas próprias limitações, também a solução para um determinado conflito é imbuída de especificidade em cada caso que se apresente, razão pela qual o esquema sujeito-objeto, calcado nas metafísicas fórmulas prontas oriundas do *habitus*, não consegue solucionar os problemas da sociedade de maneira eficaz.

Nessa senda, como ilustração de como o mundo apreensível pelo ser humano é condicionado, "hermeneuticamente filtrado", pela linguagem, pode-se dar o seguinte exemplo: todos os seres mitológicos que o homem imaginou, como serpentes marinhas, dragões, grifos, mantícoras, minotauros ou medusas, por exemplo, foram construídos a partir de animais ou partes de seres que o homem já conhecia previamente.

O dragão, por exemplo, foi imaginado a partir de um lagarto, que se torna gigante e cospe fogo. Já o grifo possui um corpo de leão em conjunto com asas, face, bico e garras de uma águia.

Mesmo aqueles seres mais disformes possuem características conhecidas, sejam estas órgãos ou tecidos do corpo, objetos conhecidos ou um estado da matéria de que são feitos, como os elementais do ar, água, terra ou fogo. Até os alienígenas e o perispírito kardeciano são retratados com base no ser humano, em formas humanoides.

Faça-se um teste e tente-se imaginar algum ser ou objeto feito de uma matéria, forma, cor ou qualquer atributo de que nunca se teve conhecimento antes; é impossível. Na Grécia antiga, Xenófanes de Cólofon, reproduzido no Stromata, V, de Clemente de Alexandria[225], parece ter desenvolvido entendimento semelhante, ao afirmar que:

> Mas se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões, e se pudessem com as mãos pintar ou produzir obras de arte, como se fossem homens, pintariam as figuras dos

---

[223] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Verdade*: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p.240.

[224] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p.111.

[225] ALEXANDRIA, Clemente de. *Stromata*. V, [s. d.], p.110.

> deuses, os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois; esculpiriam os corpos deles, respectivamente, de acordo com o próprio aspecto.

A virada ontológica, assim, como visto, ao afirmar que o lugar da compreensão ocorre no modo-de-ser e na faticidade, rompe, destarte, com o modelo metodológico cientificista e seus procedimentos pré-definidos. Compreender não é mais um agir do sujeito, mas um modo-de-ser que se dá, intersubjetivamente, no mundo empírico, na faticidade e na historicidade do ser, de maneira que a concretude do caso deve sempre ser levada em consideração para que a compreensão possa ocorrer.

4.5.1 Do círculo hermenêutico

Em aliança com a noção de virada ontológica e com a ideia de historicidade e concretude da compreensão e da interpretação, também há de se fazer menção ao chamado círculo hermenêutico.

O termo círculo hermenêutico surge com base na constatação de que o processo compreensivo se dá de forma circular, no qual compreensão, interpretação e aplicação partilham do mesmo momento, são "faces da mesma moeda", ao contrário do que até então se pregava pela hermenêutica clássica de que haveria momentos distintos para cada ato, ou seja, de que haveria a etapa da compreensão, seguida pela etapa da interpretação para que, somente então, pudesse ocorrer a aplicação da norma ao caso a ser solucionado.

Com a virada ontológica, como visto, rejeita-se a ideia de que a compreensão se daria de acordo com um processo de "resgate" do sentido do objeto a ser analisado, como um texto ou um dispositivo, por exemplo, habitante de um mundo ideal e longínquo no qual deva ser visitado e do qual deva ter seu sentido retirado por intermédio da razão, com o intuito de defender a ideia de que a compreensão se dá, na linguagem, pelo próprio intérprete, pelo próprio ser humano, em uma estrutura de compreensão e interpretação em movimento circular que acabou por ser batizada de círculo hermenêutico.

No intelecto de Martin Heidegger[226]:

> Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo?

Em âmbito Penal, Paulo Queiroz[227] tece as seguintes considerações sobre a circularidade do processo compreensivo:

---

[226] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.209.

> [...] a compreensão do sentido lingüístico não constitui um fenômeno puramente receptivo, pois implica, inevitavelmente, a autocompreensão do próprio sujeito que realiza a compreensão, fazendo surgir o direito histórico, concreto. Assim, a interpretação do direito realiza-se por meio de um processo circular de compreensão, em que entre o texto e o intérprete se estabelece uma mútua referência, pois, como diz *Saavedra*, o leitor entende o texto a partir da posição de parcialidade que decorre de sua relação com o objeto mencionado no texto [...] o que parece evidente é que não há nenhuma leitura ingênua, senão que o intérprete sempre leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender quando empreende a leitura do texto.

Esse processo circular de compreensão está vinculado a um projeto de um todo – não pode ser realizada isoladamente, por partes. Para que seja possível compreender, é necessário que sejam levadas em consideração todas as circunstâncias do fenômeno a ser compreendido e interpretado, e não apenas algumas características destacáveis de uma parte, o que geralmente é feito por conveniência do intérprete, quando, por exemplo, são omitidos parágrafos do acórdão colacionado na peça processual porque não se prestam ao que se pretende defender.

A referência de que o ser humano sempre traz dentro de si um projeto a partir do qual encara o texto traz à baila a noção da dialética da pergunta e da resposta aduzida por Hans-Georg Gadamer, quando este afirma que, ao se aproximar de um texto, o intérprete formula interrogações que vão nortear a sua interpretação de forma a responder a essas perguntas por ele já previamente formuladas.

Disso decorre a noção de que, desde o primeiro momento em que ele pousa o olhar sobre um caso que lhe seja apresentado enquanto "operador do Direito", por exemplo, o intérprete já tem um convencimento, uma opinião acerca do assunto, como a convicção de quem está certo e quem está errado na lide.

Assim, no momento em que prossegue com a leitura das páginas dos autos, o intérprete formula indagações às quais procura responder de acordo com o que desde antes já estava convencido, pois compreender é antecipar-se, ao passo que interpretar é verificar esse projeto já pressuposto, já delineado, já esboçado na mente humana desde o primeiro contato com o texto.

Ao ser escrito este trabalho, por exemplo, foram folheadas e relidas as obras que serviram de subsídio para a sua confecção, a fim de se procurar exatamente os pontos e passagens que se coadunam com a ideia aqui apresentada. A mesma coisa acontece com o juiz que lê os autos de um processo: longe de começar a sua prestação jurisdicional de um grau zero de compreensão, como se a sua mente fosse vazia antes da leitura da inicial, o juiz, em

---

[227] QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.51-52.

um momento inicial, busca nos autos aquilo que corrobora a tese a qual já carrega consigo desde antes, enquanto ser humano e jurista.

Isso não quer dizer que o projeto de compreensão seja impassível de modificação. Pelo contrário, ele é constantemente atualizado e revisado. Contudo, é muito mais difícil e trabalhoso convencer alguém que partilha de uma opinião diametralmente oposta da nossa, por exemplo, do que alguém que parte de um entendimento semelhante ao nosso, pois aquele geralmente possui um projeto muito diferente: as suas expectativas são outras, diversas, o que irá demandar um tempo e esforço maior para convencê-lo de nossa opinião, principalmente se possuir uma não rara resistência ao diálogo[228] e à crítica.

Segundo Hans-Georg Gadamer[229]:

> Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.

É necessário entender que a linguagem, antes de ser um mero instrumento que possa ser utilizado ao bel prazer do intérprete, é condição de possibilidade para a compreensão do mundo, sem a qual é impossível compreender e interpretar[230], quanto mais solucionar um caso jurídico.

Nessa senda, Friedrich Schleiermacher[231] afirma que "quanto mais difícil é de apreender a articulação do todo, tanto mais se deve procurar seus traços a partir do particular; quanto mais o singular é denso e significativo, tanto mais se deve procurar apreendê-lo em todas as suas relações por meio do todo".

Hans-Georg Gadamer[232], por sua vez, na esteira do pensamento de Schleiermacher, também afirma que a regra hermenêutica é aquela "segundo a qual tem-se de compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo".

Nos mesmos parâmetros do quando acima aduzido, registre-se, também, o pensamento do saudoso J. J. Calmon de Passos[233]:

---

[228] Dialogar, debater, conversar, não implica necessariamente fazer remissão ao agir comunicativo. Nessa passagem, dialogar faz remissão aos "instrumentos" que o ser humano possui (os sentidos, a leitura, a fala, dentre outros) e mediante os quais é capaz de maturar o seu pensamento, de conhecer mais e de aprender com os outros, o que pode resultar na revisão de seu projeto interpretativo e na mudança de sua postura.
[229] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II.* Petrópolis: Vozes, 2002, p.75.
[230] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.566.
[231] SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica:* arte e técnica da interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.52.
[232] GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit*., p.436.

> Sempre que o objeto da análise é a parte de um todo, o que é necessário para se ampliar seu conhecimento, faz-se indispensável, subseqüentemente, seja ela reintegrada ao todo de que foi isolada, para que haja sua compreensão. Tenho afirmado em várias oportunidades, e insistentemente, que nada é sozinho, bem como nada é para sempre. Faz-se imperativo não esquecermos a interdependência de quanto existe, incapaz de ser e funcionar solitariamente. Como se impõe termos sempre em mente a precariedade e transitoriedade de todo conhecimento.

Veja-se, portanto, que o processo hermenêutico de compreensão deve sempre estar atento ao todo, ou seja, a todos os detalhes que integram a singularidade e a historicidade da conduta a ser interpretada, até porque, como já disse Eros Roberto Grau[234], o Direito deve ser interpretado como um todo, e não em tiras, aos pedaços.

4.5.2 Da finitude humana

Ao ser afastada a noção metafísica de um mundo ideal e abstrato, ao qual a consciência deve ser erigida de forma a resgatar as ideias ditas puras, verdadeiras e perfeitas, como propõe o idealismo, ao contrário de se obter uma perda no processo de compreensão, ocorre um ganho, pois, na medida em que o homem se dá conta de sua condição limitada na contemplação filosófica, em razão de sua existência enquanto ser imperfeito, enquanto ser humano, ele se dá conta, também, que a sua compreensão sempre parte de pré-juízos (pré-conceitos) os quais já carrega consigo desde sempre, moldados e construídos por sua vivência e formação histórico-sociocultural.

Essa é, em suma, a ideia de finitude da compreensão humana: a noção de que o ser humano, antes de possuir um defeito ou uma fraqueza ao ser finito, limitado, imperfeito, deve assumir, reconhecer e levar em consideração esse aspecto de sua existência, de modo a produzir um conhecimento que se coadune com o mundo em que vive e com a sua própria condição humana, com a sua própria imperfeição, de maneira a se desvencilhar da abordagem metafísica da produção científica que acaba por resultar em uma visão do objeto a ser estudado como algo à parte do sujeito, suspenso em um mundo idealizado.

A conscientização de que existe uma finitude no viver humano e a presença de pré-conceitos que influenciam a sua compreensão e a sua interpretação do mundo possibilitam uma abordagem mais clara, real e madura por parte do intérprete, o qual deve, antes de tudo, compreender a si mesmo e identificar os seus pré-juízos, as suas influências, de forma a

---

[233] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2009. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012a, p.1.

[234] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do* Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.131.

desvelar e desocultar o ser para atingir uma interpretação mais próxima da realidade e mais atenta às peculiaridades de cada caso.

Ernildo Stein[235], seguindo Martin Heidegger, formula uma crítica ao método cartesiano, trazendo à tona a necessidade de conscientização da limitação humana e da superação da metafísica, o que denomina de encurtamento hermenêutico, como condição importante para que possa ser desenvolvida uma abordagem adequada das ciências do espírito e da compreensão humana.

Entende o autor retro mencionado que a historicidade que norteia a produção do conhecimento não implica em uma limitação, mas sim já em um princípio de compreensão.

Da análise do quanto exposto, é possível afirmar que é na linguagem, portanto, que se dá a compreensão humana, a qual é caracterizada por ser imbuída de finitude e limitação, em razão de aspectos fáticos e histórico-socioculturais (faticidade e historicidade), os quais moldam e constroem o pensar do intérprete, este sempre inserido em um determinado contexto, em uma determinada sociedade e em uma determinada época.

Nessa senda, António Castanheira Neves[236] afirma que:

> [...] o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível, não necessária e histórico-culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e a condicionalidade de toda a cultura.

Veja-se, também, a lição de Luiz Rohden[237], quando afirma que "do ponto de vista do círculo hermenêutico temos como implicação o fato de que não existe uma interpretação única, última e definitiva de um texto, como também não há um ponto final no filosofar, porque somos finitos e com desejo infinito pela sofia que possuímos".

Emilio Lledó[238] traz uma ilustração interessante, com o fito de explicar a função da linguagem, ao afirmar que "a ligeira pomba que em fácil vôo corta o ar, sentindo ao mesmo tempo a resistência que este lhe oferece, poderia pensar que em um espaço sem ar voaria melhor". Todavia, conclui o autor que "esse ar é, precisamente, o que permite o vôo. Pois bem, o ar do pensamento é a linguagem"

---

[235] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.32.
[236] NEVES, António Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, p. 1-44, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p.35-36.
[237] ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.166.
[238] *Apud* ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.236.

A alegoria da pomba mencionada pretende demonstrar que a linguagem, longe de ser um mero instrumento facilitador da compreensão, é condição *sine qua non* para que esta se dê. Da mesma forma que, sem a resistência do ar, é impossível levantar voo, sem a linguagem, é impossível compreender e interpretar.

Nessa linha, Eros Roberto Grau[239] afirma que:

> [...] no que tange aos fatos não existe, no direito, o *verdadeiro*. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são *aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete autêntico* – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma.

Na visão de Jean Grondin[240], ao interpretar a obra de Santo Agostinho, a exteriorização do compreender humano jamais se dá de forma plena, integral. A comunicação humana seria "ruidosa", falha, de forma que ninguém nunca consegue expressar exatamente o que compreende ou pensa. É o que chama de *verbum interius* agostiniano, a palavra interior que buscamos externar, mas que sempre perde parte do que realmente pensamos quando adentra o meio linguístico.

Não é incomum que alguns profissionais do Direito, por exemplo, formulem afirmações – principalmente em suas peças, em audiência ou sustentação oral - do tipo: "isto é um fato e, enquanto tal, é inquestionável!".

Ora, quem proclama uma frase dessas desconhece totalmente o processo hermenêutico e o esquema sujeito-sujeito de se compreender o Direito, pois "fatos inquestionáveis" não existem – existem, sim, interpretações, eis que cada qual compreende e percebe uma determinada situação da vida de maneira diferente de outrem, de modo que jamais existirá uma situação inquestionável, pois cada qual vê, ouve e percebe o mundo de maneira específica[241]. Nas palavras de Eduardo Bittar[242]:

---

[239] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do* Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.100.

[240] GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p.70.

[241] Segundo Immanuel Kant, o princípio de toda compreensão parte da nossa experiência sensível como seres humanos (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* Tradução de Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.59-60), inclusive a noção de temporalidade, o que o levará a afirmar que "o tempo, pois, não é inerente aos próprios objetos, mas unicamente ao sujeito que os intui" (*Ibidem*, p.54). Carlos Batalha Costa, por sua vez, ao afirmar que as línguas naturais criam a ilusão de que a realidade é algo previamente dado, defende que "a realidade não tem uma estrutura própria, independente da linguagem e exterior a esta [...] **A realidade é uma *língua* e o mundo não é senão o que dele *podemos* dizer**". Cf. COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva. A hermenêutica como dogmática: anotações sobre a Hermenêutica Jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.252 (grifos nossos). Também Paul Feyerabend irá afirmar algo semelhante, quando diz que "análise mais profunda mostra que a ciência não conhece 'fatos nus', pois os fatos de que tomamos conhecimento já são vistos sob certo ângulo, sendo, em conseqüência, essencialmente ideativos" (FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977, p.20). João Maurício Adeodato, por sua vez, afirma que a "veracidade" dos "fatos" vai depender de

> Fatos não são propriamente fatos, mas 'fatos contados pela vítima', 'fatos contestados pelo réu', 'fatos não negados pelo autor', 'fatos argumentados como inexistentes pelo advogado de defesa', 'fatos julgados pelo juiz'. A recomposição, sobretudo processual, de fatos e acontecimentos de relevância jurídica é sempre levada a efeito pela linguagem, veículo de aproximação do passado às necessidades imediatas e consequenciais do presente.

Perceba-se, portanto, que, como a interpretação do mundo depende da maneira pela qual o sujeito percebe a realidade, maneira essa que é peculiar a cada pessoa, não se pode falar, também, na existência de uma única solução ou uma única interpretação correta para um determinado caso, uma vez que cada intérprete irá desenvolver um processo (circular) de compreensão diferente do outro.

O exemplo trazido por Eros Roberto Grau[243] das esculturas de Vênus de Milo é elucidativo quanto a esse ponto:

> Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se a eles três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três *Vênus de Milo*, perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definidamente, três *Vênus de Milo* – nenhuma *Vitória de Samotrácia* [...] O que pretendo também, além de sustentar o caráter *alográfico* da interpretação do direito, é afirmar que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores *produzem* distintas *Vênus de Milo – produzem*, a partir do mesmo *texto, enunciado* ou *preceito*, distintas *normas jurídicas*.

Na mesma linha de raciocínio, o autor também traz um exemplo relacionado à interpretação musical, ao afirmar que:

> Não há uma única interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas[244].

Mauro Cappelletti[245], por sua vez, complementa o quanto suscitado por Eros Grau, ao explicar que:

> É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou

---

acordos construídos retoricamente, e não a partir da experiência sensível de cada um, como aduziria Kant (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p.34-35).

[242] BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Op.cit.*, 2005, p.199.

[243] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do* Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.87-88.

[244] *Ibidem*, p.40.

[245] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*? Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.21-22.

> Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou político, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço Cf.para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.

J.J. Calmon de Passos[246] também compara o Direito à música, quando afirma que:

> Cada vez que se reproduz a melodia, esta reprodução será de algum modo também um ato de *criação*, porque marcado pela personalidade e pela técnica do intérprete. Algo, sem dúvida, semelhante ao que já foi, antes, como produto, não igual, contudo, inclusive passível até mesmo de desfigurada pela incompetência do executor. Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O Direito somente **é** enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.

Carlos Cossio[247], por sua vez, também utiliza a mesma comparação, ao afirmar que a interpretação judicial não se parece em nada com o método silogístico, mas sim com a interpretação de uma partitura musical:

> *[...]el problema de la interpretación judicial de la ley, que implica un conocimiento por compreensión de los sentidos jurídicos (por ejemplo del sentido da la justicia), no se parece en nada a la famosa teoría del silogismo judicial* [...] *En realidad, la interpretación de la ley, si se quiere buscar un símil, se parece mucho más a la interpretación de una partitura musical, dentro de la cual caben lógicamente diferentes interpretaciones.*

Veja-se, assim, que um mesmo fato, um mesmo fenômeno, pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender do intérprete e das condições nas quais este se encontra inserido.

Nessa senda, a historicidade e a tradição nas quais está imerso o intérprete são fatores cruciais para que a compreensão possa ocorrer de maneira verdadeira, no sentido de não velamento, como visto quando se tratou acerca da verdade hermenêutica.

A finitude do ser humano, longe de ser um empecilho para que se possa alcançar uma interpretação "perfeita", atingível somente pelo juiz mitológico de Ronald Dworkin, "uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules"[248] é condição imprescindível para que possa ocorrer a compreensão e a

---

[246] PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.23.
[247] COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.43.
[248] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.266.

interpretação do mundo, pois o ser humano é e sempre será finito, imperfeito, incapaz de alcançar o todo, até porque "o todo é demais para nós"[249].

Afinal, "a verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude"[250]. É por isso que Maurice Merleau-Ponty[251], por exemplo, afirma que "nenhuma filosofia pode ignorar o problema da finitude, sob pena de ignorar-se a si mesma enquanto filosofia".

O intérprete, portanto, deve sempre levar em conta a historicidade, a tradição e a singularidade do caso que será por ele interpretado. Não poderá jamais aplicar, subsuntivamente, interpretações previamente ocorridas no *habitus*, que deram ensejo a um dispositivo normativo (um enunciado de súmula vinculante, por exemplo), sem, antes, enfrentar, individualmente, o caso a ser interpretado.

Nas palavras de Augusto César Leite de Carvalho, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho[252]:

> [...] fere o princípio democrático a conduta do juiz que é amante do silogismo fácil, preocupado sempre em encontrar a premissa maior e desencadear, vigoroso, o raciocínio dedutivo que ignora os sujeitos e sua vida singular. Igual reflexão se pode levar a efeito quando se inaugura, em alguns países (como o Brasil) e por aparente influência do sistema de precedentes comum aos anglo-saxões, a sugestão de que se editem, com efeito vinculante para instâncias inferiores, enunciados de súmula de jurisprudência.

A prática corriqueira de resolver casos jurídicos mediante a simples menção a acórdãos, súmulas etc. não é adequada, posto que estes somente podem ser utilizados como reforço na fundamentação, para que o raciocínio consiga ser realizado pelo próprio intérprete, e não como a **própria** fundamentação, posto que os acórdãos e/ou súmulas invocados disseram respeito a outros casos, em outras circunstâncias, que não partilham da mesma historicidade do caso em questão que deverá ser resolvido.

O tempo, a historicidade do acontecer, portanto, é condição imprescindível para a compreensão, não sendo possível haver uma compreensão verdadeira se o intérprete não levá-lo em consideração.

Na esteira do que aqui foi dito, veja-se a lição de Martin Heidegger[253]:

> Porque o ser só pode ser compreendido, sempre e cada vez, na perspectiva e com

---

[249] LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.215.
[250] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.527.
[251] MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.68.
[252] CARVALHO, Augusto César Leite de. A atuação do direito no Estado democrático. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.450.
[253] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.46.

> referência ao tempo, **também a resposta à questão do ser não pode ser dada numa sentença isolada e cega. A resposta não será apreendida nem compreendida se não se fizer mais do que repetir sua formulação sentencial e, sobretudo, se ficar circulando de mão em mão como um resultado solto no ar** de que se toma conhecimento como um ponto de vista e uma posição, talvez divergente da maneira tradicional de tratar (grifos nossos).

Também Gadamer irá dizer que "a tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico"[254]. Nas palavras do autor:

> O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância de tempo não é, por conseguinte, algo que tenha de ser superado [...] Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Não será exagerado, se falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer[255].

É somente pela análise da singularidade do caso a ser interpretado, que faz parte de um horizonte histórico inafastável, portanto, que será possível atingir uma interpretação verdadeira, desvelada, livre de ocultamentos, até mesmo porque, "enquanto as ciências explicativas buscam determinar as condições causais de um fenômeno através da observação e da quantificação, as ciências compreensivas visam a apreensão das significações intencionais das atividades históricas concretas do homem"[256].

É por isso que, para Gadamer, não poderá haver uma interpretação correta "em si", posto que cada caso demanda a sua própria interpretação[257], a sua análise pormenorizada, não podendo ser resolvido mediante aplicações silogísticas[258] puras, que simplesmente afirmam ser o caso igual a centenas de outros já anteriormente enfrentados e resolvidos e, metafisicamente, o "compreende" e o resolve.

Para Carlos Cossio[259], a lei (ou qualquer outro tipo de texto) não é nada sem a figura do intérprete, ao passo que conclui que o juiz faz parte do próprio Direito e integra o ordenamento jurídico:

> *En forma tradicional se ha presentado al juiz como un ente externo al Derecho; el Derecho sería una cosa concluída que el juez aplica como quien aplica una etiqueta a una botella. Pero si con esta investigación de la Lógica jurídica resulta que todo el proceso del ordenamiento jurídico tiene por sentido llegar a lo individual, nos*

---

[254] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.452.
[255] *Ibidem*, p.445.
[256] SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica:* arte e técnica da interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.8.
[257] GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p.578.
[258] Na visão de João Maurício Adeodato, o método silogístico clássico, fundado em normas gerais prévias, "não é o meio retórico, e menos ainda o meio lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão no processo estatal". Cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.329.
[259] COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p.54-55.

> *encontramos con que el juez está integrando el ordenamiento jurídico; con que el juez es parte del Derecho mismo* [...] *El derecho, entonces, no es algo hecho y concluido, sino algo que se está haciendo siempre, y quien lo tiene que hacer en sus términos más inmediatos es principalmente el juez cuyos actos de voluntad integran la sustancia misma del Derecho.*

Com supedâneo no quanto exposto, é necessário notar que a compreensão nunca se dá a partir de um grau zero. A ideia aqui defendida é de que o ser humano jamais inicia seu processo hermenêutico de um nada, de um vazio cognitivo, de um marco zero a partir do qual vai desenvolver as suas considerações de forma a chegar a uma conclusão. A noção de pré-compreensão e de círculo hermenêutico busca chamar a atenção para o fato de que o intérprete já se depara com o objeto, como um texto, por exemplo, munido desde antes e sempre de um projeto de compreensão já previamente delineado e esboçado.

É a partir dessa constatação que Ernildo Stein[260] irá afirmar que "nunca somos transparência, sempre somos um projeto já projetado, somos um jogo que já sempre foi jogado", e que já sempre "chegamos tarde" na interpretação, já depois de acontecido[261], ou seja, só depois que somos fato concreto no mundo, histórico-socioculturalmente determinados, é que podemos compreender, visto que a compreensão é sempre limitada por algo que vem de outro lugar, que determina o nosso ser e limita o nosso compreender – o que Gadamer[262] irá chamar de "consciência histórica efeitual" -, e que é condição essencial para que o pesquisador possa atingir a chamada situação hermenêutica aduzida por Ernildo Stein[263].

Na lição de Luiz Rohden[264]:

> Desde sempre fomos e somos afetados pela história, pela tradição; por isso podemos dizer que sempre chegamos tarde demais quando pensamos que estamos começando a compreender, assim como a coruja de minerva só pode levantar vôo ao entardecer do dia. Mas, como o galo que aguarda ansiosamente o amanhecer do novo dia, a hermenêutica assume a atitude de abertura ao que está por vir.

Nessa linha de raciocínio, o método tópico, ou, simplesmente, tópica, de autoria intelectual atribuída a Theodor Viehweg, que se baseou no pensamento tópico aristotélico (e ciceroniano) para aplicá-lo à seara jurídica[265], parece ser um meio passível de utilização para a resolução dos casos jurídicos, razão pela qual algumas considerações merecem ser tecidas sobre ele.

---

[260] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.69.
[261] Gadamer também afirmará algo semelhante, ao aduzir que "aquele que compreende já está sempre incluído num acontecimento, em virtude do qual se faz valer o que tem sentido" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.708).
[262] *Ibidem*, p.554.
[263] STEIN, Ernildo. *Op. cit.*, p.57-58.
[264] ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.101.
[265] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70-71.

4.5.3 Da tópica

A ideia principal da tópica é a de que a interpretação deve ser realizada a partir da consideração de cada caso, e não a partir da previsão abstrata contida no ordenamento jurídico, como faz a subsunção. Na tópica, o ordenamento jurídico possui um caráter auxiliar para a interpretação; o elemento mais importante é o caso a ser discutido, com todas as suas peculiaridades e nuances.

Na lição de Paulo Bonavides[266]:

> Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa. Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa.

Paulo Mendonça[267], por sua vez, afirma que:

> Obviamente, a lei é um ponto de partida importante no processo de aplicação do direito, mas este é muito mais amplo do que um procedimento silogístico de adequação entre o fato e a norma abstrata. Em verdade, as decisões dos tribunais dão sentido histórico aos conceitos jurídicos, contidos no direito positivado, o que torna indispensável o conhecimento da jurisprudência, para que se tenha precisão quanto ao conteúdo normativo do ordenamento jurídico.

Dessa forma, a tópica insere a visão do Direito dentro da linguagem, dentro de um processo que ocorre em uma determinada situação comunicativa, tendo em vista que o Direito está muito mais voltado para uma abordagem dialógica de seu objeto do que para uma abordagem lógico-dedutiva, como pregou o racionalismo.

Com efeito, nas palavras de Chaïm Perelman[268], “a concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão”.

De acordo com Karl Larenz[269]:

> A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também

---

[266] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.495.
[267] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.375.
[268] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.136.
[269] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Parte I, Capítulo V. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.211-212.

> da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.

Destarte, observe-se que a tópica se aproxima de uma crítica ao modelo racional, tendo em vista que prega a interpretação a partir do problema que ocorre na sociedade, e não no sentido inverso: a partir do ordenamento jurídico, pura e simplesmente.

Destarte, a tópica possui uma proposta diferente, pois, por meio dela, nega-se a existência de juízos apodíticos, universais, mas, apenas, de juízos de verossimilhança, os quais podem ser modificados a qualquer tempo, uma vez que são apenas probabilidades aplicáveis a um determinado momento, como também podem ser confirmadas ou não[270], a depender do desenrolar do discurso e da obtenção de novas informações.

Nas palavras de Olivier Reboul[271]:

> O silogismo demonstrativo parte de premissas evidentes, necessárias, que provam sua conclusão explicando-a de modo indubitável. O silogismo dialético parte de premissas simplesmente prováveis, os *endoxa,* aquilo que parece verdadeiro a todo o mundo, ou à maioria das pessoas, ou ainda aos indivíduos competentes. O *endoxon* opõe-se, pois, ao *paradoxon* (o paradoxo pode ser verdadeiro, mas contradiz a opinião aceita). São assim, hoje em dia, os conceitos de "normal" ou de "maturidade": não possuem nenhum rigor científico, mas são úteis para que as pessoas se entendam, tanto nas ciências humanas quanto na vida social; seriam bons exemplos de *endoxa.* Portanto, a dialética renuncia à verdade das coisas em benefício da opinião aceita. Substitui a pergunta científica: "o que é?" por esta outra: "o que lhe parece?"

Confira-se, também, a posição de Víctor Gabriel Rodríguez[272]:

> Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de *verdadeiro/falso, sim/não*. Quem argumenta trabalha com o *aparentemente verdadeiro*, com o *talvez seja assim*, com aquilo que é *provável*. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja *certa* ou *errada*, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos *convincente*.

Nessa senda, pode-se afirmar que o Direito pode ser visto como um processo comunicativo, no qual a prática dialógica possui um papel crucial para a formação da norma jurídica, mediante a obtenção de um consenso democrático sobre o que é lícito ou ilícito, consenso esse havido no diálogo travado no seio da sociedade.

Na medida em que os juízes, para formular a sua decisão, se utilizam de argumentos com vista à solução do caso "concreto", eles estão travando um diálogo com a sociedade para criar a norma jurídica a ser aplicada na situação posta a seu crivo.

Isso ocorre porque o magistrado, enquanto órgão institucionalizado que é, deve satisfação à sociedade que o instituiu, o que faz por meio da motivação de suas decisões (art.

---

[270] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.21-22.
[271] REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.28.
[272] RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.21.

93, IX, da Constituição Federal), sob pena de incorrer em uma decisão arbitrária e, portanto, não legitimada.

Dessa forma, também o julgador utiliza-se de argumentos em prol dessa justificação de suas decisões perante a sociedade, de maneira que não se deve confundir a figura do juiz imparcial com a de um juiz que apenas "ouve" o que as partes têm a dizer para convencê-lo e escolhe um ou outro argumento, sem que tenha qualquer participação ativa no processo[273].

Nas palavras de Neil MacCormick[274]:

> Da prática de permitir que cada juiz declare publicamente seu parecer, deriva o fato de os juízes realmente se engajarem numa discussão pública entre si. Num caso difícil, cada juiz expõe aquelas que lhe parecem ser as melhores razões para uma contrária. Um forte motivo para a clara exposição desses contra-argumentos é que um juiz discordante pode ter articulado de modo convincente as próprias razões que precisam ser atacadas para que a justificação da opinião da maioria se sustente.

Os argumentos utilizados no discurso, os quais, segundo Chaïm Perelman[275], podem ser elencados em quatro categorias gerais (quase-lógicos, baseados na estrutura do real, fundantes da estrutura do real e dissociativos), sendo que cada uma das categorias abarca inúmeros outros argumentos específicos, a exemplo da metáfora, do argumento de autoridade, do ridículo, do modelo, antimodelo, analogia, desperdício etc., não são senão pontos de partida (*topoi*), mediante os quais o interlocutor irá tentar convencer um auditório (o juiz, as partes, a tribuna etc.) da sua posição.

Nas palavras do autor supracitado:

> [...] em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos[276].

Veja-se, também, a lição de Ricardo Maurício Soares[277]:

> Ao sublinhar o conteúdo axiológico das formações discursivas, inclusive no Direito, Perelman lança as bases para o exercício de uma racionalidade dialógica e processual. Os discursos humanos, mormente no campo jurídico, adquirem uma natureza argumentativa, sendo endereçados à persuasão de um auditório universal.

---

[273] RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.40. João Maurício Adeodato também afirma ser o magistrado um participante do discurso (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p.121).

[274] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.12-13.

[275] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.216-217.

[276] *Ibidem*, p.22.

[277] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.85.

Destarte, a tópica se aproxima do quanto aduzido no presente capítulo, uma vez que ela valoriza a concretude dos casos jurídicos com vista a solucioná-los mediante a utilização, pelo interlocutor, de argumentos verossímeis, uma vez que, como visto, uma das características da tópica é exatamente rejeitar a existência de juízos apodíticos, verdades universais, que é aquilo que a onda de cientificização moderna buscou realizar.

Note-se, portanto, a importância da conduta para o Direito, tendo em vista que a argumentação sempre está voltada a uma situação específica, à resolução de um determinado problema, por meio da utilização de argumentos em prol de uma ou de outra forma de solução.

É somente por meio da concretude do caso, portanto, que o processo de criação normativa pode acontecer[278], uma vez que a conduta, o caso prático, é crucial para que a interpretação ocorra, por meio da linguagem[279].

A valorização do sujeito e da conduta, portanto, é condição *sine qua non* para que qualquer situação seja verdadeiramente solucionada, uma vez que é somente levando-se em consideração a temporalidade, a historicidade e as circunstâncias do caso que o intérprete pode, antes de interpretar e solucionar qualquer coisa, reconhecer-se como ser humano finito e imbuído de pré-juízos, os quais são condições de possibilidade para que possa compreender o mundo e compreender-se a si mesmo como parte do mundo.

O paradigma moderno, portanto, por trabalhar com juízos apodíticos, sacrifica a singularidade do caso em prol de uma estandardização do saber jurídico, em prol da universalização das soluções judiciais, em uma espécie de "adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito"[280].

Dessa forma, é necessário, para que a norma jurídica seja construída pelos participantes do discurso, levar-se em conta o caso em sua concretude, em sua temporalidade, em sua historicidade.

Para Miguel Reale[281], por exemplo, o ordenamento jurídico não é composto apenas de um conjunto normativo - ele se revela como um processo que se desenvolve na

---

[278] Muito embora Luis Roberto Barroso tenha afirmado que, para assegurar a racionalidade e legitimidade de sua interpretação, deve o intérprete "utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas". Cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE).* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012, p.11.

[279] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.16.

[280] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.143.

[281] REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1999, p.41.

dimensão da historicidade, o que enseja a íntima relação entre fato, valor e norma que dá azo à sua Teoria Tridimensional do Direito.

Para o autor supracitado, para que seja realizado o ideal de justiça concreta, é necessário que as individualidades não sejam concebidas *in abstracto*, mas que as pessoas sejam consideradas em suas concretas circunstâncias, ao que chama de Direito como concreção ou Direito como experiência.

O próprio "pai" do positivismo jurídico, Hans Kelsen[282], já afirmou que não existe uma única solução correta. Confira-se:

> A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no acto do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente.

Não é concebível, portanto, que possa haver criação normativa sem levar em consideração as peculiaridades do caso. Assim já se pronunciou Konrad Hesse[283], ao afirmar que "não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos", além de Friedrich Müller[284], quando escreveu que:

> Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida em que ela não é "unívoca", "evidente", porque e à medida que ela é "destituída de clareza" – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer "clara" ou mesmo "unívoca" no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente "destituída de clareza". Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se "aplica" algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas "a" norma jurídica não está pronta nem "substancialmente concluída".

Pode-se afirmar, assim, que é somente na concretude do caso, mediante a interpretação havida na linguagem, em uma prática dialógica intersubjetiva, que a norma adquire substância, que o Direito é construído, que o intérprete, protagonista que é do processo hermenêutico, desvelando o ser, para que possa alcançar a verdade hermenêutica encoberta por trás do *habitus*, da metafísica, pode, enfim, aplicar o comando normativo adequado a cada situação particular e realizar a tão aclamada justiça, tendo em vista que "as *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando

---

[282] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1998, p.247.
[283] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.62.
[284] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.61-62.

efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando - através e mediante a *interpretação* - são transformados em *normas*)"[285].

4.6 CONCLUSÃO

Foi defendido que o Direito não deve mais ser visto sob a égide do paradigma moderno, que afastava objeto de sujeito, mas, sim, à luz de um novo paradigma (sujeito-sujeito), que valoriza o papel do intérprete no processo hermenêutico, retirando-o da figura de um mero espectador para considerá-lo como um verdadeiro protagonista.

Na condição de protagonista, o intérprete assume uma posição ativa na interpretação, mediante a qual irá construir (e não reproduzir) o sentido da norma que será aplicada na resolução de um determinado caso que ocorra na sociedade.

Para tanto, o intérprete necessita, sempre, de um caso para poder interpretar, não sendo possível se falar em interpretação dissociada de uma determinada conduta real, posto que, como visto, a interpretação (e a compreensão) somente ocorre no momento da aplicação da norma ao caso – nunca antes. É por isso que Hans-Georg Gadamer[286] afirma que "a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*".

Nessa linha, a concretude e a historicidade da conduta a ser interpretada são condições que jamais poderão ser desconsideradas pelo intérprete, posto que, como a interpretação somente ocorre no momento da aplicação da norma (construída pelo intérprete) a um determinado caso, é impossível realizar o processo hermenêutico sem que se disponha, para tanto, de um caso real, de uma conduta materialmente existente.

Dessa forma, a atitude muitas vezes assumida pelos profissionais do Direito de simplesmente subsumir enunciados normativos (ex: enunciados de súmula vinculante) previamente prontos a casos novos que lhe são apresentados, sem investigar a fundo a conduta que dá ensejo ao problema, e, principalmente, sem verificar qual a razão de existência do enunciado, ou seja, qual foi a conduta (ou quais foram as condutas) enfrentada(s) pelo intérprete de então que deram ensejo à conclusão exposta no enunciado – a sua *ratio decidendi* –, atenta contra a ideia aqui desenvolvida de que a interpretação não pode existir em dissociação com a conduta a ser interpretada.

---

[285] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do* Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.86.
[286] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.489.

Com base em tudo o que foi exposto, procurar-se-á, no capítulo que segue, defender que a súmula vinculante, não raras vezes, tem sido aplicada de maneira inadequada pelos profissionais do Direito, os quais não atentam à concretude e à historicidade do processo de interpretação e simplesmente subsumem o dispositivo da súmula vinculante a inúmeros casos ditos iguais, atitude essa que não deve ser estimulada.

5 DA SÚMULA VINCULADA

Foi visto que a súmula vinculante decorre de uma reunião de precedentes que versem sobre matéria constitucional, a teor do art.103-A da Constituição Federal.

Em virtude de tal fato, a observância ao quanto aduzido em uma súmula vinculante é obrigatória para que se possa manter a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, sob pena de existência de uma verdadeira balbúrdia normativa.

A atribuição de eficácia vinculante à súmula do art. 103-A da CF não impede, contudo, que o julgador possa negar-lhe aplicação, sem atrair, com isso, a possibilidade de reclamação ao STF para que a súmula seja observada (art. 103-A, § 3º da CF).

Em outras palavras, é legítimo que os tribunais ditos inferiores, os juízes de 1º grau e a Administração Pública, se for o caso, efetivamente não sigam a orientação constante em um enunciado de súmula vinculante, ou seja, que não a apliquem, que lhe neguem a eficácia vinculante, quando forem verificadas situações que demandem tal negativa.

Isso se deve ao fato de que é tarefa dos julgadores e dos intérpretes em geral manter a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, o que somente pode ser feito mediante um atuar constante, condizente com a evolução do Direito em uma determinada sociedade.

É tarefa dos intérpretes, portanto, proceder à atualização do sentido do Direito, à sua oxigenação perene, não podendo ficar de mãos atadas em virtude da existência de enunciados de súmula vinculante os quais, em uma análise adequada dos casos que pretendem regular, não deveriam ser aplicados.

É por tal motivo que Emilio Betti[287] irá dizer que o ordenamento jurídico "se faz em concordância com o ambiente social historicamente condicionado, justamente por obra assídua da interpretação", bem como que:

> [...] o ordenamento jurídico é um organismo em perene movimento, em contínua transformação, que segue e reflete de perto o movimento e as transformações da vida político-social [...] O texto literal do código funciona como uma estrutura ou base, uma ossatura, enfim, que só se articula ou se reanima em contato com a vida da sociedade nacional[288].

Tal preocupação parece um pouco óbvia, mas resulta da verificação de que, no Brasil, tem-se observado a glorificação normativa dos instrumentos de resolução em massa de conflitos.

---

[287] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.45.
[288] *Ibidem*, p.32-33.

Ao que parece, o legislador, preocupado com a expansão desenfreada do número de processos, aliada à falta de estrutura do Poder Judiciário, que não tem condições de lidar com tamanha carga em suas atuais condições, tem procurado diminuir ao máximo a litigância, por meio, por exemplo, da limitação da possibilidade de interposição de recursos (Art. 518, § 1º do CPC), da atribuição de poderes ao relator monocrático (Art. 557 do CPC), da instituição da possibilidade de julgamento em massa de casos (Art. 543-C do CPC) e da valorização do efeito vinculante das decisões, como é o caso da súmula vinculante (Art. 103-A da CF).

Em vez de aumentar o número de juízes, desembargadores e ministros e de investir na contratação de mais serventuários e na compra de mais equipamentos, por exemplo, opta-se pela inserção, no ordenamento jurídico, de institutos cujo objetivo é impedir a atuação do intérprete no caso "concreto", mediante a previsão de inúmeras possibilidades para que o processo seja encerrado sem ser efetivamente analisado.

Ocorre que essa prática de simplesmente aplicar um enunciado de súmula vinculante a *n* casos ditos idênticos, para que se possa extinguir o máximo número de processos possível, não se coaduna com o quanto foi dito, nos capítulos anteriores, sobre a ruptura com o paradigma moderno, a intersubjetividade do processo compreensivo e a manutenção da unidade do ordenamento jurídico.

Na medida em que um enunciado normativo é criado para que seja aplicado a todo e qualquer caso tido como "igual" àquele que fundamentou a sua criação, nota-se que a súmula vinculante é um bom exemplo de que a solução para os problemas da sociedade se daria a partir de um mundo idealizado, à parte do intérprete, que forneceria, de antemão, a resposta já pronta, empacotada, para que seja simplesmente aplicada, sem questionamento, pelo profissional do Direito.

Essas fórmulas prontas, pré-fabricadas, no entanto, jamais irão conseguir fornecer uma resposta hermeneuticamente verdadeira e adequada para nenhum caso, pelo simples fato de que, por serem produto de uma construção metafísica que encobre e vela o ser, desconsiderando-o em sua historicidade e em sua concretude, não são capazes de solucionar os problemas sociais que acontecem *in concreto* no mundo.

Em outras palavras, não é possível solucionar nenhum caso jurídico sem que se leve em consideração todas as suas circunstâncias históricas, sociais, valorativas, culturais e ontológicas, pois estes são elementos indissociáveis do processo de compreensão, sem os quais o intérprete não pode sequer interpretar, quanto mais solucionar o problema posto sob o seu crivo.

Na medida em que a súmula vinculante é erigida sob um patamar de cientificidade que busca impor a sua aplicação a centenas ou milhares de casos ditos idênticos, ela segue o modelo racional moderno anteriormente mencionado, o qual, conforme já exposto, não seria aplicável ao Direito.

Ora, os enunciados de súmula vinculante, ao prever condutas aprioristicamente formuladas para que possam resolver tantos problemas quanto apareçam na sociedade, sem que se indague o porquê de terem surgido, claramente segue o paradigma moderno calcado no esquema sujeito-objeto, tendo em vista que distancia o intérprete da realidade, do saber prático encontrado no mundo.

Na visão de Eduardo Cabette[289]:

> O Direito, despido de uma abordagem filosófica que o ponha constantemente em xeque em seus fundamentos, torna-se uma atividade repetitiva, mecânica e divorciada da dinâmica e diversidade da vida. Os chamados "juristas" transformam-se em obtusos compiladores, incapazes de um ato criativo sequer. E o pior, o Direito e seus míopes (ou cegos) operadores passam a simplesmente reforçar e reproduzir uma realidade social opressora e injusta [...] Andrei Zenkner Schmidt, ao tratar da repetição automática dos precedentes jurisprudenciais que se cristalizam e passam a ser razões de decisões sem maiores indagações, chama a atenção para "*uma doença crônica que impregna os tribunais nacionais*" e, por que não dizer, o ambiente jurídico como um todo. Essa doença, lançando mão de uma irônica expressão cunhada pelo desembargador Amilton Bueno de Carvalho, poderia ser denominada de "teletubismo jurídico". Segundo Schmidt, "*trata-se de um transtorno de personalidade argumentativa neutra que, em termos semelhantes àqueles ETs. Gordinhos do programa infantil, leva o doente ao método do de — novo — dedutivo*".

Em um país imenso como o Brasil, com todos os seus detalhes políticos, geológicos, econômicos etc., os problemas que surgem em cada canto do território jamais serão solucionados, em efetivo, por decisões abstratamente confeccionadas no *habitus dogmaticus*, mas tão somente pela análise pormenorizada de cada caso.

Confira-se, por oportuno, a visão de Miguel Reale[290] sobre o que aqui é discutido:

> A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de "racionalidade abstrata", no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao "homo-juridicius". A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros "atos de razão". Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias,

---

[289] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Em tempos de súmula vinculante, um apelo a um Direito dinâmico e crítico.* Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1403, 5 maio 2007. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/9822/em-tempos-de-sumula-vinculante-um-apelo-a-um-direito-dinamico-e-critico>. Acesso em: 12 jan. 2012, p.1.

[290] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.136.

> numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e objetividade.

Veja-se, também, a lição de Regis de Oliveira[291], quando afirma que:

> Deve o juiz transformar-se, porque transformada está a realidade e, quanto mais alterada, mais se altera a posição do magistrado. Ele não pode deixar de acompanhá-la, sob pena de ficar afastado da realidade que o cerca. Infeliz o juiz que não percebe que há vida além do processo.

É necessário, portanto, estar sempre atento ao caso "concreto" em todos os momentos, posto que, como dito, somente pode existir interpretação no momento da aplicação da norma, construída pelo intérprete, ao caso real a ser resolvido.

Ao contrário do quanto afirmado por Geraldo Ataliba[292] de que "não incumbe ao aplicador da lei reformular juízos de mérito ou apreciações substantivas já desenvolvidas pelo legislador constituinte e trazidas na Constituição", por exemplo, ou por Celso Antônio Bandeira de Mello[293], quando afirma que o estudioso não age como jurista, mas como sociólogo, moralista ou político, ao investigar o embasamento do sistema normativo, é o intérprete, como protagonista do processo hermenêutico, quem constroi o significado da norma.

O intérprete, portanto, não retira sentidos prontos de qualquer lugar – é ele mesmo quem constroi o sentido da norma, mediante uma prática intersubjetiva travada no diálogo com a comunidade da qual faz parte, por meio da análise pormenorizada do fenômeno jurídico posto em discussão.

Daí a constatação de que o Direito, como um saber prático, não existe sem o seu ente – o caso "concreto". Ora, se o Direito não existe sem o caso "concreto", como pode um instituto como a súmula vinculante solucionar problemas jurídicos sem levar a historicidade do caso em consideração, mediante a aplicação pura e simples de enunciados normativos universais que buscam abarcar toda e qualquer hipótese de aplicação?

Tendo em vista que ente e ser não existem autonomamente, mas estão inseridos no mundo, em um determinado contexto, a interpretação nunca se dá de maneira objetiva e neutra, como pretende crer a metafísica. Isso acontece porque o intérprete carrega consigo os seus pré-conceitos, os quais são indissociáveis de seu ser, e sem os quais não seria capaz de entender nenhum caso, tendo em vista que fazem parte de sua construção como ser humano cognoscente.

---

[291] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O Juiz na Sociedade Moderna*. São Paulo: FTD, 1997, p.82.
[292] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.153.
[293] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.166.

Nessa senda, é necessário compreender que o intérprete está, a todo o momento, sempre influenciado por juízos valorativos, não lhe sendo possível tolher, controlar nem muito menos anular o ser hermenêutico, como pretende fazer a metafísica. Os pré-conceitos, antes de se constituir em um "perigoso subjetivismo", estão intimamente e indissociavelmente ligados ao ser humano, sem os quais não seria sequer possível formular uma sentença ou decidir; sem os quais seria impossível compreender.

Nenhum caso é igual a outro. Casos são ontologicamente diferentes entre si, irrepetíveis, razão pela qual fornecer a eles uma única resposta é sagrar de morte o próprio cerne condutor do Direito, uma vez que, sem a presença do ente (conduta), não há processo compreensivo, e se não há processo compreensivo, não há, por consequência, solução ao problema.

Dessa forma, no momento em que retiramos do Direito o seu ente respectivo (o caso prático, a conduta), como se fosse possível solucionar as questões jurídicas sem analisar detalhadamente os casos "concretos", eis aí a objetificação científica, eis aí o esquema sujeito-objeto abarcando o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, em uma abordagem hermenêutica, não se separa ente de ser, tendo em vista que todo ser é ser de um ente e todo ente só existe no seu ser[294].

Na visão de Wálber Carneiro[295]:

> Em sendo assim, o ser não pode ser transformado em ente, nem o ente em ser, ou seja, não podemos *entificar* a linguagem nem acreditar que o ente pode transcender à linguagem sem a ação hermenêutica. Justamente por isso é que não podemos tratar o direito como um objeto isolado e tentar compreendê-lo sem o seu ente respectivo. O direito é um dizer sobre um ente, mas esse ente não é um texto. Nós só compreendemos o texto porque esse texto diz respeito a um ente que se coloca dia a dia em nossa frente: a conduta. Sendo assim, não é possível acessar o direito sem que a conduta se mostre. Seria o mesmo que se emocionar com uma canção sem nunca ter ouvido a sua melodia. De igual modo, não é possível examinar a conduta sem, com isso, ter o direito revelado. É a diferença ontológica, portanto, que impede a validade das teorias tradicionais do fato jurídico e da subsunção.

O Direito, portanto, não é lei, muito menos súmula - é conduta. Lei e súmula são simplesmente textos que auxiliam na interpretação; não existem por si só e nem possuem o condão de fundamentar, sozinhos, qualquer decisão, quanto menos solucionar qualquer litígio.

Ora, se Direito é conduta, caso prático, "concreto", na medida em que os juízes e administradores públicos começassem a resolver demandas mediante a mera aplicação de

---

[294] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.34.

[295] CARNEIRO, Wálber Araujo. Súmula vinculante e a Emenda 45: Uma análise sob a luz da hermenêutica jurídico-filosófica. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, n.71, abr.2006. Disponível em: < http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2006/docente/doc2.doc>. Acesso em: 12 jan.2012, p.8-9.

enunciados de súmula vinculante, sem analisar de perto o caso em questão, ignorando-o, aí está a crítica hermenêutica a este instituto, que termina por afastar o ente do processo compreensivo, o que é inconcebível.

Destarte, a aplicação pura e simples de enunciados de súmula vinculante, ao responder à conduta sem sequer considerá-la, não oferece resposta alguma, uma vez que ignora a existência do ente, ocultando, assim, a verdade hermenêutica e impedindo que uma interpretação adequada possa ocorrer, que leve em conta todas as circunstâncias do caso, em sua temporalidade, historicidade e contexto específicos.

A súmula vinculante, assim, não pode ser aplicada sem que o intérprete investigue, a fundo, se os precedentes que deram ensejo a ela de fato trataram de casos semelhantes ao caso que se irá resolver.

Para tanto, é imperioso que se faça uma análise minuciosa das *rationes decidendi* constantes dos precedentes judiciais que embasaram a conclusão esposada em um enunciado de súmula vinculante, e não que simplesmente se aplique, subsuntivamente, este enunciado a *n* casos ditos iguais.

Não é isso o que tem ocorrido no Brasil, entretanto. A título de exemplo, veja-se o relato proferido por Renato Becho[296], livre-docente pela Universidade de São Paulo e Juiz Federal em São Paulo.

Segundo o magistrado, o Conselho Nacional de Justiça orientou que fosse reduzido em 20% o número de execuções fiscais em trâmite na Vara na qual trabalhava. Em virtude de tal fato, ele reuniu 2.500 (dois mil e quinhentos) processos, que tinham o valor da causa inferior a R$ 1.000,00, e, à luz de precedentes dominantes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o qual, inclusive, tinha entendimento pela aplicação de multa por litigância de má-fé ao ente público que executasse dívidas nesse patamar, extinguiu, de ofício, todas as execuções fiscais, em virtude do baixo valor.

Momentos depois de tal ato, foi publicada a súmula nº. 452 do STJ, a qual estabelece que "a extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício", o que resultou na reforma de todas as 2.500 sentenças proferidas pelo magistrado.

Pela simples leitura do enunciado da súmula citada, as sentenças de fato deveriam ser reformadas. Contudo, ao investigar os precedentes que deram origem à súmula,

---

[296] BECHO, Renato Lopes. *Recursos repetitivos em matéria tributária: análise de casos concretos*. São Paulo: IBET, 2011. Palestra proferida no VIII Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, na cidade de São Paulo, em 15 de dezembro de 2011.

sobretudo as suas *rationes decidendi*, o magistrado verificou que **todos** eles diziam respeito à **execução de honorários advocatícios**, que versam sobre um crédito particular do advogado, hipótese totalmente diversa de execuções fiscais, que versam sobre créditos públicos.

Na execução de honorários, como se trata de um direito individual do advogado, entenderam os precedentes que não poderia o juiz extinguir o processo de ofício, pois, por mais diminuto que fosse o valor executado, o Poder Judiciário não poderia negar o crédito ao particular.

Já na execução fiscal, movida por entes públicos, necessariamente, estão envolvidas outras questões, sobretudo de caráter orçamentário, razão pela qual o STJ e o STF tinham fortes precedentes no sentido de que era possível a extinção de ofício em caso de execução de dívidas de pequeno valor, pois a busca de créditos tão diminutos não compensava o custo da manutenção dos processos[297], precedentes os quais foram seguidos pelo magistrado citado, além da Lei nº. 11.941/2009, que autoriza, em seus artigos 14 e 31, a não propositura de execuções fiscais em caso de dívidas inferiores a R$ 10.000,00.

Note-se, portanto, que, mediante a análise crua do enunciado da súmula nº. 452 do STJ, foram reformadas nada menos do que 2.500 sentenças, proferidas em consonância com os precedentes dominantes do próprio STJ e também do STF, o que contribuiu para o aumento do número de processos e da carga de trabalho dos magistrados de maneira absolutamente injustificável, na contramão da diretriz do próprio CNJ e do objetivo do legislador de diminuir o número de processos e de aumentar a celeridade na condução dos processos existentes.

Outro exemplo que pode ser utilizado é a aprovação, no Supremo Tribunal Federal, do enunciado da súmula vinculante nº. 2, a qual dispõe que "é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

Durante os debates ocorridos entre os Ministros daquela Casa, ocorridos no bojo do Processo nº. 327.880/2007[298], o Ministro Marco Aurélio realizou a ponderação de que, nos precedentes que foram utilizados para a confecção da súmula vinculante então em votação, não houve a apreciação de qualquer lei que houvesse disposto sobre consórcios e sorteios - os precedentes versavam sobre questões de competência da União.

---

[297] Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, cada processo de execução fiscal custa, em média, R$ 4,3 mil para os cofres da Justiça Federal, sem contar com eventuais embargos e/ou recursos (CARVALHO, Luiza de. Processo de execução fiscal custa em média R$ 4,3 mil. *Agência CNJ de Notícias*, 21/03/2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13612-processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil>. Acesso em 27 jan. 2012).

[298] DJe 78/2007, 10/08/2007, p.36.

Dessa forma, segundo o Ministro, como os precedentes não versaram sobre sistemas de consórcios e sorteios, o enunciado da súmula vinculante nº. 2 não poderia conter referência a tais sistemas; caso contrário, o enunciado aprovado seria discrepante dos precedentes que deram ensejo à súmula. Contudo, malgrado a ponderação, o Ministro Marco Aurélio foi vencido.

Em outra ocasião, mais recente, o Ministro Marco Aurélio também procedeu de uma maneira semelhante.

Em um julgamento no qual o STF decidiu que é possível haver prisão por motivo de prática de crime tributário antes do encerramento do processo administrativo, em sentido contrário ao enunciado expresso da súmula vinculante nº. 24[299], o magistrado mencionado afirmou o seguinte[300]:

> Se você pegar os precedentes desse verbete [da Súmula 24], todos foram formalizados a partir da necessidade da apuração do débito [...] Não se pode sair batendo carimbo e entendendo que todo caso em que a base da persecução seja tributo ou transgressão da norma tributária há necessidade de esgotar-se antes a esfera administrativa. A regra é a independência das instâncias administrativa, cível e penal

Veja-se, portanto, que, ao realizar o *distinguishing*, ou seja, ao observar que o caso dos autos não se coadunava com a realidade dos precedentes que deram ensejo à promulgação da súmula vinculante nº. 24, o entendimento foi diverso daquele sumulado.

São situações como essa que devem ser combatidas pelos intérpretes. Com esse objetivo, a súmula vinculante, expressão maior da eficácia vinculante dos precedentes no Direito brasileiro, deve ser encarada com olhos atentos, de maneira que não se deturpe o instituto do *stare decisis*, base que a fundamenta, mediante silogísticos processos de subsunção pura e simples dos enunciados a casos ditos idênticos, para que se resolva, metafisicamente, centenas, senão milhares de processos, de uma só vez, sem se levar em conta as peculiaridades de cada caso e sem cotejá-lo com a *ratio decidendi* dos precedentes que deram origem aos enunciados – estes também inseridos em sua própria historicidade -, tudo em prol de uma pretensa isonomia e celeridade processuais.

Nessa senda, faz-se menção à previsão constante do art. 208, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o qual dispõe que "constitui

---

[299] Súmula Vinculante nº. 24 – "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

[300] MAGRO, Maíra. STF admite prisão antes de processo administrativo. *Valor Online*, São Paulo, 23 fev. 2012, p.2. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2538358/stf-admite-prisao-antes-de-processo-administrativo>. Acesso em 23 fev. 2012.

parte integrante do acórdão a respectiva ementa, na qual será indicada a *ratio decidendi* em que se fundou a decisão".

A previsão de que o dispositivo mencione a *ratio decidendi* é uma medida importante para que a ementa do acórdão reflita, verdadeiramente, os fundamentos que deram origem à decisão, de maneira que o real debate havido no precedente não seja ocultado, não seja hermeneuticamente velado: ou seja, que o precedente seja verdadeiro, e não uma não-verdade, no sentido de encobrimento.

Como visto, a manutenção da integridade, da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico não significa cristalizar a jurisprudência, impedindo-se a sua constante renovação e, se for o caso, a negativa de aplicação dos precedentes, ainda que providos de eficácia vinculante.

Afinal, longe de retirar a estabilidade do sistema, tais técnicas de revogação e de não aplicação das decisões, em verdade, garantem a estabilidade[301], pois, para que o ordenamento jurídico consiga ser coeso em si mesmo, faz-se necessário que ele "caminhe" em conjunto com o seu entorno, qual seja, com o sistema social, como procura defender Niklas Luhmann[302], ao tratar da questão da contingência. Nas palavras do autor:

> *Sólo si el caso es igual (y sólo entonces) se puede "subsumir". Si es desigual, se deberá desarrollar una nueva regla, partiendo del caso. Esta praxis es la que da motivo para que se conciba la justicia no simplemente como idea de igualdad, sino como la forma normativa de la igualdad. Es decir: como precepto que distingue lo igual de lo desigual y que trata lo igual como igual y lo desigual como desigual. Dependiendo de cómo se tome esta decisión (y exactamente ésta), la evolución del derecho se orienta cibernéticamente hacia un feedback negativo o positivo. O el sistema se mantiene estable en virtud de las reglas existentes que siempre, de nuevo, se pueden aplicar - aunque se produzcan tensiones; o el sistema del derecho se desvía del punto de partida existente y construye más complejidad mediante nuevos distinguishing y overruling - para decirlo en la terminología de la Common Law*[303].

Não é por outro movido que Ronald Dworkin afirma, em sua obra "Levando os Direitos a Sério", que o juiz deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma "justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro"[304], ou quando afirma, em sua obra "O Império do Direito", que "o direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões

---

[301] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.347.
[302] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p.280.
[303] *Ibidem*, p 334.
[304] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.182.

políticas do passado"[305], de maneira a oferecer a melhor interpretação construtiva da **prática jurídica da comunidade**[306].

A construção dessa prática jurídica comunitária está intimamente ligada à noção de que a interpretação ocorre de maneira intersubjetiva, como visto - ou seja, a interpretação não é obra do intérprete isoladamente, mas decorre de sua inserção na comunicação lingüística, na linguagem.

Nessa senda, o julgador deverá sempre investigar os precedentes judiciais que embasam uma determinada súmula vinculante que queira aplicar a um determinado caso, ou seja, deverá investigar aquilo que outros julgadores entenderam ser cabível em outros casos semelhantes ao que se está a analisar.

Tal diretriz, no entanto, não tem sido seguida. O que se observa é a invocação simples e crua do enunciado de súmula vinculante (ou de súmulas comuns) para extinguir um infindável número de processos, sem que seja feita uma análise adequada do caso "concreto" e dos precedentes judiciais que a originaram, deturpando-se o instituto e atribuindo-se uma força descomunal ao efeito vinculante das decisões, efeito esse que somente pode ser aplicado no cotejo com a realidade concreta e histórica do caso a ser solucionado e dos precedentes judiciais que embasam a súmula.

É por esse motivo que Luiz Guilherme Marinoni[307], por exemplo, afirma que "o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes".

Esse poder criativo atribuído aos juízes, no entanto, deve ser visto com a máxima cautela, sob pena de que decisões arbitrárias sejam proferidas. Com efeito, o fato de que o magistrado constroi a norma não significa que ele possa assim fazê-lo da maneira que bem entender.

Como foi visto quando se tratou da intersubjetividade da interpretação, o julgador deve, sempre, levar em consideração o consenso existente na sociedade sobre o que se entende por Direito, e não concluir, solipsisticamente, pela aplicação ou pela não aplicação de um enunciado de súmula vinculante.

Dessa forma, é somente por meio do respeito aos precedentes que embasam a súmula vinculante, às suas *rationes decidendi*, bem como por meio da análise detalhada da

---

[305] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.164.
[306] *Ibidem*, p.272.
[307] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.40-41.

conduta a ser interpretada, em toda a sua historicidade e concretude, que a decisão judicial será verdadeira e adequada.

Malgrado os apontamentos aqui aduzidos, o que ainda ocorre, em boa parte do Brasil, é o proferimento de decisões que não se coadunam com a intersubjetividade da interpretação – decisões que são tomadas pelo magistrado segundo a sua própria consciência, e não segundo o consenso dialógico travado na comunidade.

Observe-se, por exemplo, o que já foi dito pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de exortação de autoria do Ministro Humberto Gomes de Barros[308]:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência**. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições**. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (grifos nossos).

Como se não bastasse a retro mencionada aberração, veja-se outro acórdão do STJ, dessa vez em relatório de autoria do Ministro Teori Albino Zavascki[309]:

> Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

Se alguns membros de um Tribunal Superior, no exercício de sua função de julgadores, já ignoram completamente o caráter intersubjetivo da interpretação, rejeitando a contribuição dada pelos demais juristas na construção da norma (como se isso fosse possível), como pode ser notado da leitura dos trechos supracitados, imagine-se o que pode acontecer com a súmula vinculante, a qual, nas mãos de pessoas com atitudes semelhantes, pode assumir a feição de um verdadeiro instrumento de repressão hermenêutica.

---

[308] STJ, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 279.889 – AL, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 14/08/2002, p.12

[309] STJ, Recurso Especial nº. 928.155 – RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 11/12/2007, p.6.

Essa questão, contudo, não é novidade no Direito brasileiro. Desde a época de Ruy Barbosa, o país já presenciou um fato semelhante, quando este, ao representar um juiz que, ao divergir do entendimento do tribunal ao qual estava vinculado, por entender que o caso merecia uma solução diferente, de acordo com as suas peculiaridades, foi acusado de ter cometido os crimes de desobediência, falta de exação no cumprimento dos deveres do cargo, abuso de autoridade e prevaricação, deu a essa atitude do tribunal o nome de "crime de hermenêutica", por violar a autonomia intelectual do magistrado.

Veja-se o relato de Evandro Lins e Silva[310], ex-ministro do Supremo Tribunal Federal:

> Nos albores da República, um Juiz de Direito do Rio Grande do Sul considerou inconstitucional e negou aplicação a uma lei estadual, que abolira certas características essenciais à instituição do júri, como o voto secreto e as recusas peremptórias, sem justificação das partes. Os desembargadores do Tribunal de Justiça pensavam de modo contrário, entendiam que a lei era constitucional e resolveram processar o juiz por crime de prevaricação, condenando-o à pena de nove meses de suspensão do emprego. Rui Barbosa, autor que parece não ser muito lido ou do agrado dos nossos neoliberais, tomou a causa do magistrado [...] À segunda parte da defesa, Rui, com sutil ironia, deu o título de "novum crimen e o crime de hermenêutica", sustentando a tese da autonomia intelectual do juiz, para que não se converta "em espelho inerte dos tribunais superiores", quando a sua existência seria "um curso intolerável de humilhações" [...] Esse episódio revela que a tentativa de submeter os juízes à obediência, à submissão, às decisões dos tribunais superiores, não é nova. Vem de longe, é um resíduo castilhista dos começos da República. Que são as "súmulas vinculantes" senão uma repetição dessa força obrigatória que se quer dar às decisões sumuladas pelos tribunais superiores?

Destarte, faz-se imperioso que a súmula vinculante seja abordada com cautela, tendo em vista que, sob o discurso que busca afirmar que ela seria um instrumento em prol de uma justiça mais célere, mais segura e mais isonômica, em verdade carrega uma perigosa possibilidade de vir a se tornar não um instrumento em prol da democracia, mas, sim, em uma arma simbólica que, se utilizada por pessoas não tão democráticas assim, pode vir a instaurar um disfarçado regime de "ditadura interpretativa", reprimindo todos aqueles que ousem discordar daquilo que o Supremo Tribunal Federal entendeu como correto na data da aprovação da súmula vinculante.

5.1 A SÚMULA VINCULANTE É INTERPRETÁVEL?

É necessário observar que o enunciado de súmula vinculante, como qualquer outro enunciado, é um texto, que necessita ser interpretado. Em razão desse fato, a atuação do

---

[310] SILVA, Evandro Lins e. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *In: Revista Jurídica Consulex*, ano I, n.5, 31 maio 1997, p.43.

intérprete, do protagonista, é fundamental para que a aplicação da súmula vinculante possa ocorrer, para que ela possa adquirir sentido no mundo jurídico.

Nas palavras de João Maurício Adeodato[311]:

> Não se quer aqui dizer, contudo, que os textos, mídias para comunicação de normas, não têm qualquer força vinculante (*Verbindungskraft*) e que podem ser entendidos de qualquer maneira. Porém a relação entre a expressão simbólica prévia e a decisão, essa força e conexão só é resolvida no momento da decisão, pelos próprios envolvidos na comunicação. O texto prévio impõe constrangimentos, sim, sintáticos, semânticos, mas dentro dessa "moldura" permanece possível uma infinidade de significados que precisam ser tratados e decididos a partir de **fatores que não estão no texto**.

Sem a atuação do intérprete, a súmula vinculante não possui qualquer sentido, pois, como dito quando se afirmou que o Direito não pode ser compreendido em dissociação com a conduta, não existem sentidos prévios, que habitam o mundo metafísico e que estariam à disposição dos julgadores em uma "gaveta normativa".

É somente no ato de aplicação da súmula vinculante, portanto, no momento da decisão, em cotejo com a concretude e com a historicidade do caso a ser interpretado, dentro da tradição da linguagem, que a súmula vinculante (ou qualquer outro texto) poderá adquirir algum significado – nunca antes.

Tal assertiva é necessária porque já foi dito pela então Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, por exemplo, por ocasião da apreciação da proposta que resultou na súmula vinculante nº. 14[312], que "uma súmula não pode ser submetida a interpretações de todas as autoridades policiais, ou então, não é uma súmula vinculante"[313].

Essa possibilidade de interpretação da súmula vinculante, para utilizar as palavras da autora citada, não seria um bom sinal, pois, para ela, "a súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação"[314].

Essa afirmação não merece prosperar, uma vez que nenhum texto possui um sentido em si mesmo. Afirmar isso é o mesmo que dizer que a função do intérprete é

---

[311] ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p.208-209. Veja-se, ainda, a afirmação do autor de que "o ordenamento jurídico compõe-se de significantes normativos que buscam exprimir significados ideais, os quais somente serão definidos diante do caso concreto" (*Ibidem*, p.274).

[312] Eis o teor do enunciado da súmula vinculante nº. 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

[313] STF, Tribunal Pleno, Proposta de Súmula Vinculante 1-6 Distrito Federal, Relator Ministro Menezes Direito, DJ 02/02/2009, p.29.

[314] *Ibidem*, p.34.

simplesmente reproduzir o sentido pré-existente do texto, em aproximação ao brocardo *in claris cessat interpretatio*.

Ocorre que, para o paradigma calcado na virada ontológica, que fundamenta a figura do intérprete protagonista (e não espectador), não há que se falar em uma suposta "clareza na interpretação", pelo simples fato de que não existe interpretação sem a figura do intérprete.

Nas palavras de José Ricardo Cunha[315]:

> O sentido da norma jurídica nunca é um dado em si mesmo, como se resultasse de um apriorismo metafísico, mas somente pode ser entendido em correspondência com as outras normas do ordenamento, com os valores históricos do tempo presente e do próprio ordenamento jurídico e, por fim, com as exigências da realidade social e do caso concreto. Tudo isso confere constante variabilidade semântica às proposições normativas e, por isso, ao próprio direito, mantendo-o em contínuo devir, aberto ao mundo da vida. Daí ser questionável a afirmação contida no brocardo *in claris cessat interpretatio.*

É o intérprete, portanto, um ser humano concreto e real, histórico e finito, quem irá atribuir significado ao texto, quem irá traduzi-lo em uma norma jurídica, razão pela qual não existe nenhuma súmula, vinculante ou não vinculante, sem a atuação concreta do intérprete para transformá-la em uma norma no momento da aplicação.

A "clareza" ou não da interpretação depende da atuação do intérprete, e não de uma condição inerente ao próprio texto. Nessa senda, oportunas são as palavras de Chaïm Perelman[316], quando afirma que "na tradição da escola da exegese as noções de 'clareza e interpretação' são antitéticas. De fato, diz-se *interpretatio cessat in claris*, não cabe interpretar um texto claro. Mas quando se dirá de um texto que é claro?".

Destarte, indagar se a súmula vinculante é interpretável é o mesmo que indagar acerca de sua própria existência. Para nós, a súmula vinculante não só é interpretável - ela sequer existe, como uma norma jurídica, sem o processo de interpretação.

5.2 SÚMULA VINCULANTE OU SÚMULA VINCULADA?

Da leitura de tudo o que foi dito até aqui, verifica-se que a ideia central deste trabalho é a de que o Direito, enquanto um saber prático que não pode ser encarado em dissociação com a conduta humana, não deve ser analisado com base no esquema sujeito-objeto, que distancia o intérprete do fenômeno jurídico.

---

[315] CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.336.

[316] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.50.

É somente por meio da concretude do caso que o processo compreensivo pode acontecer, uma vez que, como visto anteriormente, a conduta, o caso prático, é uma condição inafastável para que a interpretação possa ocorrer.

Esse processo hermenêutico, circular, é condição *sine qua non* para que qualquer caso seja verdadeiramente solucionado, uma vez que é somente levando-se em consideração a temporalidade, a historicidade e as circunstâncias do caso "concreto" que o intérprete pode, de fato, solucioná-lo, construindo a norma jurídica no momento da aplicação.

Nessa senda, a simples subsunção do enunciado de uma súmula vinculante, sem que seja investigado a fundo o caso a ser solucionado, em cotejo com as *rationes decidendi* dos precedentes judiciais que embasam a conclusão constante do enunciado, sob a alegação de que existiriam situações idênticas, que mereceriam respostas igualmente idênticas, com o fito de "desafogar" o Poder Judiciário, revela ser uma atitude que ainda está refém do pensamento racional, baseado no paradigma lógico-dedutivo que busca cientificizar todos os ramos do saber nos moldes das ciências naturais.

Assim, sacrifica-se a singularidade do caso em prol de uma estandardização do saber jurídico, em prol da universalização das soluções judiciais, em uma espécie de "adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito"[317].

De acordo com o Ministro Marco Aurélio Mello[318]:

> Tenho sustentado que a súmula vinculante apresenta mais aspectos negativos do que positivos, podendo levar ao engessamento do Direito. A tendência humana é a acomodação, a autodefesa, e a quadra vivida pelos magistrados, com número ímpar de processos, conduzirá fatalmente à generalização dos casos em prejuízo da realização da almejada justiça. Fala-se muito em processos repetidos, mas não se procura perceber a razão desse fenômeno. Os tribunais situados em Brasília, especialmente o Supremo Tribunal Federal, custam muito a defrontar-se com a controvérsia. Quando isso ocorre, conta-se com milhares de casos já sentenciados. Indaga-se: julgar-se-á um deles determinando-se a baixa dos autos à origem para adaptação, simples adaptação e não julgamento dos demais à orientação sumulada? Vê-se, portanto, a insubsistência da óptica segundo a qual a súmula vinculante solucionará a problemática com que hoje nos deparamos

Dalmo de Abreu Dallari[319] narrou um caso em que atuou como advogado. Ele foi procurado por uma mulher que conviveu com um homem por mais de 30 anos, tendo construído todo o seu patrimônio juntos – uma casa modesta - até que o marido faleceu.

Eis que, de repente, surge outra mulher que tinha efetivamente casado com o falecido e convivido com ele por menos de dois anos, tendo se separado depois disso. Na

---

[317] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.143.
[318] MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A quem interessa enfraquecer o Judiciário? *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano III, n.28, 30 abr. 1999, p.3-4.
[319] DALLARI, Dalmo de Abreu. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997, p.18.

época, não se aceitava a figura da companheira, a qual era comparada à concubina, razão pela qual o julgador de 1º grau de jurisdição reconheceu o direito de propriedade do imóvel à ex-esposa, que não teve qualquer participação na construção do patrimônio, e não à companheira de mais de 30 anos.

Por meio da obtenção de votos divergentes nos tribunais, entretanto, foi possível solucionar de uma forma diferente o caso. Ou seja, por meio da deliberação, da interpretação do caso em específico, com todas as suas peculiaridades, a resposta, que já estava previamente dada pela jurisprudência, foi outra, graças à atuação retórica dos profissionais do Direito da época.

Mudou-se a jurisprudência, mudou-se a Constituição Federal, mudou-se o Código Civil, e hoje a união estável é equiparável ao casamento. Por essa razão o autor citado[320] afirma que a súmula vinculante é altamente maléfica – "é uma fonte de injustiças e de retardamento da evolução do Direito".

Nem todos padecem dessa visão, contudo. O então presidente da República Fernando Henrique Cardoso[321] foi um ferrenho defensor da instituição da súmula vinculante, sob a alegação de que esta trazia uma "justiça pronta", o que, de acordo com seu critério, é algo positivo. Confira-se a declaração do sociólogo:

> Ao contrário do que se afirma, o efeito vinculante pode se constituir em grande instrumento de democratização de Justiça à medida que permite a equalização de situações jurídicas independentemente da qualidade de defesa ou da situação peculiar de um outro litigante. Basta pensar na recente extensão dos 28% de reajuste a todo o funcionalismo federal, feita pelo Governo com base em decisão do Supremo Tribunal Federal. Quantos teriam que aguardar anos a fio para receber a vantagem, sujeitos a inúmeros percalços que poderiam inclusive comprometer o sucesso da demanda, e, **com o efeito vinculante, já conseguem uma justiça pronta!** Por isso, o Governo apoia a Proposta de Emenda Constitucional que está atualmente sendo apreciada pela Câmara dos Deputados, que atribui efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (grifos nossos).

É necessário abordar com outros olhos essa tal "justiça pronta" que seria possibilitada pela súmula vinculante, no entanto. Primeiro, porque o Direito, como não prescinde do caso "concreto", não pode ser pensado com base em fórmulas mágicas, formas de bolo prontas para que o "operador" efetue a silogística operação de subsunção da qual tanto se fala nos manuais jurídicos.

---

[320] DALLARI, Dalmo de Abreu. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997, p.18.

[321] CARDOSO, Fernando Henrique. Entrevista com o Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso sobre a Reforma do Judiciário (concedida em 30.09.1998). *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1, n.1, maio/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/fhc.htm> Acesso em 13 jan. 2012, p.1.

Segundo, porque, sem a análise do caso particular, com todas as suas circunstâncias peculiares que o tornam ontologicamente único no mundo, não há que se falar sequer em justiça, quanto mais em uma temerosa "justiça pronta", que já decide de antemão todos os problemas sociais, sem a necessidade de que a deusa da Justiça desça do seu pedestal de mármore[322].

Ao que parece, prefere-se, no Brasil, uma "justiça pronta" a uma **justiça**, pura e simplesmente. Nessa senda, a aplicação em massa de uma única conclusão, constante de um enunciado de súmula vinculante, a milhares de casos ditos "iguais" (para uma sociedade de massa, uma solução de massa), não atinge a verdade hermenêutica, tendo em vista que, como já apontado, afasta o sujeito do processo compreensivo e aborda o caso de uma posição distante, atemporal, descompromissada[323].

Ora, em sua grande parte, são os juízes singulares, em exercício em 1º grau de jurisdição, que ajudam a oxigenar o Direito. São eles que estão mais perto da população, que têm contato com a causa de forma mais íntima, mediante a participação na produção probatória ou até mesmo em conversas informais com as partes. Destarte, é imprescindível a atuação concreta do intérprete para que qualquer caso possa ser, de fato, solucionado.

Existe um conto que retrata com jocosidade como ocorre a fixação de um paradigma. Era uma vez três macacos que viviam enjaulados. Certo dia, um cacho de bananas foi colocado em um ponto da jaula no qual somente um macaco de cada vez conseguia entrar. Se algum macaco tentasse segurar o cacho de bananas, um choque elétrico era imediatamente descarregado em toda a jaula, atingindo todos os macacos lá presentes[324].

A experiência foi repetida diariamente, até que todos os três macacos aprenderam que a tentativa de pegar o cacho de bananas importava em uma descarga elétrica, e pararam de tentar obter o alimento.

De repente, um dos macacos foi substituído por outro. Este, ao notar a presença do tentador cacho de bananas, imediatamente tentou tocá-lo. Contudo, antes que pudesse

---

[322] A retratação da deusa da Justiça com uma venda nos olhos assume uma conotação contraditória se vista sob a óptica da concretude do caso, uma vez que, para que se faça justiça, é necessário, antes de julgar, observar, "olhar" para o que se irá resolver. Nessa senda, é curioso notar que a representação da deusa *Diké* (mitologia grega), tal qual a da deusa *Justitia* (mitologia romana), era feita com uma balança em uma das mãos e uma espada na outra. Contudo, aquela era retratada sem vendas, de olhos bem abertos, para que simbolizasse a sua "busca pela verdade" (!) (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.32).

[323] Nas palavras de Hilton Japiassu: "Quanto àqueles que se escudam na neutralidade ética e ideológica ou se refugiam na segurança protetora da 'ciência pura', têm, nessa 'consciência tranqüila', um álibi para seu descompromisso social, pois pretendem isentar-se por completo de qualquer responsabilidade quanto à utilização de seus conhecimentos" (JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1975, p.114).

[324] Em outras versões do conto, substitui-se o choque elétrico por um forte jato de água.

chegar no local onde se encontrava o fruto, os outros macacos o impediram de atingir o seu desiderato, com receio de receberem um novo choque.

E, assim, foram sido substituídos os restantes dos macacos, até que na jaula somente existiam habitantes que jamais souberam o porquê de não se poder pegar o cacho de bananas: eles apenas não o faziam, pois assim lhes foi passado pelos demais símios, ainda que não tivessem recebido um único choque elétrico sequer na vida.

Esse conto ilustra o que pode ocorrer no Direito mediante a aplicação reiterada de verdades pré-fabricadas, sem que sejam questionadas as suas razões, sem que seja investigada a sua verdade histórica. Os "operadores do Direito" poderiam terminar como os macacos enjaulados. No caso do Direito, contudo, não seriam macacos, mas sim seres humanos.

Nessa senda, oportuna se faz a invocação do pensamento de Hannah Arendt[325], quando afirma que "a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de 'verdades' que se tornaram triviais e vazias parece ser uma das principais características do nosso tempo".

Ocorre que essas "verdades" que se repetem, por velarem o ser hermenêutico em um mundo metafísico, verdades nunca foram, tendo em vista que toda verdade não pode ser dissociada da historicidade ontológica. Na visão de Martin Heidegger[326]:

> Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de pre-sença. Será que essa relatividade significa que toda verdade é subjetiva? Caso se interprete "subjetivo" como o que "está no arbítrio do sujeito", certamente não. Pois, em seu sentido mais próximo, o descobrimento retira a proposição do arbítrio "subjetivo" e leva a pré-sença descobridora para o próprio ente. E apenas porque "verdade" como descobrimento é um modo de ser da pré-sença é que ela se acha subtraída do arbítrio da presença. [...] Será que a verdade, compreendida do modo adequado, se vê lesada pelo fato de, onticamente, só ser possível no "sujeito", e de depender do ser do sujeito? [...] Nós pressupomos verdade porque 'nós', sendo no modo de ser da pre-sença, somos e estamos 'na verdade'. Nós não a pressupomos como algo 'fora' ou 'sobre' nós, frente à qual nos comportamos junto com outros 'valores'. Não somos nós que pressupomos a 'verdade', mas é ela que torna ontologicamente possível que nós sejamos de modo a 'pressupor' alguma coisa. A verdade possibilita pressuposições.

Dessa forma, o afastamento do ser do processo interpretativo, mediante a simples aplicação desenfreada de enunciados de súmula vinculante, sem que sejam investigadas, a fundo, as *rationes decidendi* dos precedentes judiciais que deram ensejo à súmula, bem como a peculiaridade do caso que será analisado, acaba por desvirtuar o instituto.

---

[325] ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.13.
[326] HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo.* Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.296-297.

Nessa senda, pode-se afirmar que a súmula vinculante é, antes de tudo, uma **súmula vinculada:** vinculada aos precedentes que fundamentam a sua existência e à historicidade da conduta a ser interpretada, elementos que devem ser essencialmente levados em consideração pelo intérprete para a solução de qualquer caso no qual se queira aplicar algum enunciado de súmula vinculante.

É somente na concretude do caso e mediante a interpretação havida na linguagem, portanto, que a norma adquire substância, que o Direito é construído, que o intérprete, desvelando o ser, pode, enfim, aplicar o comando normativo adequado a cada situação particular.

É preciso que os "operadores" do Direito abram os olhos e notem que, por trás das pretensas maravilhas trazidas com a súmula vinculante, existe um discurso ainda calcado no paradigma moderno que busca objetivizar ao máximo qualquer ramo do saber, sob o manto de uma pretensa cientificidade.

A época da lei como verdade incontestável do ordenamento jurídico, contudo, da *dura lex sed lex*, já atinge o seu ponto final. Não é mais possível negar que o Direito está diante de uma verdadeira ruptura paradigmática com o paradigma normativo-dogmático, rumo a um paradigma calcado no esquema sujeito-sujeito que não afasta o intérprete do mundo da linguagem, a qual, como visto, é condição de possibilidade para que a compreensão se desenvolva.

Ora, não se pode olvidar que, ainda que se diga que o Direito é ciência, seja ou não em moldes racionais, é característica de todo saber científico superar-se com o tempo, mediante a descoberta de novas técnicas, de novos métodos, de novas abordagens de seu objeto e da maturação do pensar dos cientistas.

É a dinamicidade que oxigena a produção do conhecimento, o qual jamais alcançará a perfeição, uma vez que onde existe perfeição, não existe ciência, pois não haveria mais espaço para a criação intelectual. Afinal, nas palavras de Fernando Pessoa[327], "adoramos a perfeição, porque não a podemos ter; repugná-la-íamos, se a tivéssemos. O perfeito é o desumano, porque o humano é imperfeito".

É preciso entender que um país não é feito de números. Ele é feito de homens, mulheres, crianças, adolescentes, idosos, gestantes, deficientes, heterossexuais, homossexuais, bissexuais, grupos étnicos, religiosos etc., os quais diariamente lidam com uma grande variedade de anseios, desejos, vontades, inquietações, paixões, sentimentos e pretensões.

---

[327] PESSOA, Fernando. *O livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros, na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.276.

Dessa forma, como é função precípua do Direito servir aos seres humanos, no momento em que este passa a responder os problemas da sociedade por meio de instrumentos de massa, por meio de respostas descontextualizadas e robotizadas, o que ocorre é a matematização do ser humano.

Assim, o caso de João e José passa a ser apenas mais um processo a ser resolvido, liminarmente, por meio de súmula vinculante. Peculiaridades do caso? Verdade hermenêutica? Justiça concreta? Não interessa.

O que interessa é aplicar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na distante Capital da República, para que depois, em seu *website*, divulgue as estatísticas de que esse ano foram julgados *n* processos em tempo recorde[328], para que divulgue a notícia de que foram aprovadas 5 (cinco) novas súmulas vinculantes ao lado de uma foto de fogos de artifício[329], como se a comunidade jurídica fizesse festa a esse acontecimento, tudo em nome da segurança jurídica, da celeridade, da isonomia das decisões e, é claro, não se pode esquecer, da chamada "justiça pronta".

Oportuno citar, nessa senda, as considerações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[330] sobre o futuro do Direito:

> O futuro do estudo do Direito é, sem dúvida nenhuma, não a preparação mais do bacharel leguleio, do bacharel das leis do artigo tal, do parágrafo tal, mas do que vê o princípio, **do que vê aquela coisa que está por trás das leis, que é o Direito** [...] É preciso chegar à conclusão de que a formação do profissional do Direito não pode se cingir simplesmente a uma técnica jurídica. Nós temos que voltar a ser cientistas, e até mesmo, filósofos [...] **O futuro não está para os técnicos - no Direito, não. O futuro está para os humanistas** (grifos nossos).

Destarte, com base na ideia de que o Direito é um saber prático, é conduta, a qual somente pode se verificar a partir de e em função do caso "concreto", a aplicação inadequada da súmula vinculante atende a um crescente movimento de estandardização do Direito, movimentado, sobretudo, por uma política populista que se fia em números de processos julgados do que na busca de uma verdadeira justiça, capaz de solucionar de maneira eficaz e adequada os casos da sociedade.

---

[328] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão Geral em números*: aumento de casos suscitados e redução de processos distribuídos. Brasília, 14 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111751>. Acesso em: 16 jan. 2012b.

[329] *Idem*. *Supremo aprova cinco novas súmulas vinculantes sobre temas diversos*. Brasília, 29 out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115482>. Acesso em: 16 jan. 2012c.

[330] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro*. Vídeo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=16>. Acesso em 16 jan. 2012.

Como foi dito no decorrer do texto, esta obra não tem o objetivo de atacar o instituto da súmula vinculante. Afinal, nos dizeres de Sepúlveda Pertence a ausência de eficácia vinculante seria o mesmo que um "sino sem badalo"[331].

O que se buscou atacar, aqui, foi a má aplicação da súmula vinculante, por meio da simples subsunção dos enunciados sem que se dê a devida atenção à concretude dos precedentes e à historicidade do caso que será interpretado, o que viola a noção de Direito como conduta.

É preciso tomar cuidado para que um instituto de tamanho poder persuasivo e institucional como é o caso da súmula vinculante não se torne uma aberração jurídica, a qual, em vez de conferir integridade e coerência ao ordenamento jurídico, assumiria a forma de um instrumento de violência hermenêutica.

Veja-se, por exemplo, a lição de J. J. Calmon de Passos[332], que, ao discorrer sobre a figura dos magistrados de 1º grau, denominados por ele de "fetos de magistrado", chama atenção para o fato de que, no Brasil, os tribunais ainda exercem um enorme poder sobre os juízes singulares, os quais não raras vezes preferem adotar o entendimento da corte à qual estão vinculados, ainda que discordem dele, para que não sejam mal vistos, o que levará o autor a afirmar que "a carreira de um juiz depende de sua subserviência aos tribunais e qualquer manifestação de independência soa como rebeldia".

Eugen Ehrlich[333], por sua vez, ao tratar do *stare decisis*, afirma que uma das maiores funções deste instituto é a de poupar tempo, dificuldade e responsabilidade ao magistrado, pois se baseia "numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. O **gasto de trabalho intelectual** que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada".

Observe-se, assim, que, diante da deficiência de estrutura encontrada no Poder Judiciário brasileiro, que não tem juízes, serventuários e equipamentos em número suficiente para atender a alta demanda de processos, a solução encontrada foi a de resolver inúmeros casos ditos iguais de uma só vez, mediante a simples aplicação silogística de enunciados de súmulas vinculantes sem que seja feito o necessário cotejo com a concretude da interpretação.

---

[331] Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento da ADC nº. 04/DF. STF – Pleno - Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11/02/98, p.59.
[332] PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.110.
[333] EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. *In:* MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do* direito. Tradução de Reinaldo Guanary. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.459 (grifos nossos).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni[334]:

> Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero "guia de interpretação", sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num "guia de interpretação estático" e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos.

Como foi defendido, por se tratar o Direito de uma produção intelectual e cultural humana, na esteira do egologismo, e se o ser humano é dependente da linguagem para que possa compreender o mundo, não é possível distanciar o Direito do processo comunicativo, da intersubjetividade que constroi o pensar e a noção do que é lícito ou ilícito.

A unidade do ordenamento jurídico, assim, depende dessa prática dialógica travada na comunidade para ser mantida, posto que é somente na intersubjetividade do processo compreensivo que se constroi, no momento da aplicação, o Direito adequado para se resolver um determinado caso, mediante a análise pormenorizada de cada conduta, até porque, relembre-se, o que se interpreta não é a lei, mas a conduta por intermédio da lei.

E se o processo compreensivo ocorre de maneira intersubjetiva, não se pode jamais invocar súmulas vinculantes para resolver qualquer caso que seja sem a investigação profunda dos diálogos que ocorreram na realidade dos precedentes que deram ensejo a elas, sob pena de se cristalizar a interpretação em um mundo metafísico à parte do intérprete, que oferece significações prontas e descontextualizadas da realidade fática e da verdade hermenêutica, esta sempre atrelada à tradição histórica e à concretude de cada caso a ser resolvido.

---

[334] MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.485.

6 CONCLUSÃO

A súmula vinculante foi instituída com o objetivo principal de conferir uma maior segurança jurídica, pois, mediante a sua aplicação, seria possível solucionar casos ditos iguais por meio de decisões também ditas iguais, com o fim de evitar a existência de entendimentos discrepantes daquele entendimento atingido pelo Supremo Tribunal Federal, em prol da isonomia.

Não obstante esse fato, outro objetivo que fundamenta a existência da súmula vinculante é o de combater a morosidade processual, tendo em vista que a possibilidade de julgamento em massa de casos "idênticos" evitaria um acúmulo desnecessário de processos, o que ajudaria a "desafogar" o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Em uma abordagem dogmática, foi visto que a súmula vinculante, malgrado a existência de um discurso favorável a ela, que prega pela celeridade, pela isonomia e pela segurança jurídica, também possui pontos negativos, a exemplo da violação ao princípio da legalidade, à independência funcional dos magistrados e ao direito à prestação jurisdicional, dentre outros.

Como o objetivo principal deste trabalho foi o de propor uma abordagem hermenêutica da súmula vinculante, passou-se a analisar esse instituto sob um olhar zetético, à luz de entendimentos como a intersubjetividade do processo hermenêutico, a busca pela verdade hermenêutica, a noção do Direito como conduta, aliada à concretude e à historicidade do ser hermenêutico, a tarefa dos precedentes na manutenção da completude do ordenamento jurídico e a função do magistrado-protagonista, intérprete finito, no Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, foi defendido que, para que se possa compreender e interpretar, é imprescindível que a conduta, existente no mundo real, seja analisada de maneira detalhada pelo intérprete, pois, sem ela, o ser humano não consegue sequer compreender o mundo.

É por meio da compreensão do fenômeno hermenêutico havida na linguagem, portanto, que o intérprete será capaz de entender e interpretar o caso jurídico (a conduta), para que crie a norma jurídica que será aplicada para solucionar uma questão. Compreensão, interpretação e aplicação, assim, andam de mãos dadas no processo hermenêutico – não são etapas que podem ser cindidas.

Essa criação normativa feita pelo intérprete, no entanto, não significa que este julgue de maneira solipsista ou que adote uma postura ativista, posto que ele deve observância aos elementos que conferem integridade e coerência ao ordenamento jurídico e que norteiam

o seu atuar, dentre os quais estão os precedentes judiciais, uma vez que faz parte de uma espécie de “romance coletivo” da interpretação, razão pela qual deve necessariamente consultar o que foi dito anteriormente por outras pessoas para que possa construir o seu capítulo do romance, o que registra o caráter intersubjetivo da compreensão.

A visão do julgador solipsista advém do pensamento moderno racional, o qual, como visto, possibilitou a existência de um paradigma que distancia o sujeito do objeto a ser compreendido (o esquema sujeito-objeto), com o intuito de conferir às ciências do espírito o mesmo grau de respeitabilidade que à época possuíam as ciências naturais.

Ocorre que a maneira de abordar os objetos de estudo adotada pelas ciências naturais não se presta às ciências do espírito (e, consequentemente, ao Direito), uma vez que, na seara destas, não há que se falar na adoção de métodos universalizantes, apodíticos, capazes de conferir uma resposta padronizada e única para os fenômenos naturais.

Como o Direito é um saber prático e dialógico, seria mais adequado afirmar que ele não possui verdades apodíticas, mas, sim, juízos de verossimilhança, uma vez que, por tratar do ser humano, essa criatura mutável e inconstante, o seu método (ou não-método) deve possuir características próprias e diversas do método naturalístico que vingou na Modernidade.

Nessa linha, a ruptura com o paradigma moderno deu ensejo à valorização do sujeito no processo compreensivo. Com as noções de virada ontológica, círculo hermenêutico e finitude humana, buscou-se demonstrar que o esquema sujeito-objeto deveria ceder o seu lugar para um esquema sujeito-sujeito, o qual defende que o intérprete possui um papel ativo e imprescindível na interpretação, pois a compreensão não ocorre sem a sua participação.

Dessa forma, o intérprete-protagonista é o responsável por entender, no processo hermenêutico, o que é lícito ou o que é ilícito, qual é a solução que o caso jurídico comporta, uma vez que é ele quem cria a norma que será aplicada na solução da questão. Veja-se, portanto, que é a partir do caso, da conduta, que o intérprete pode compreender o Direito, razão pela qual aquela assume um papel imprescindível na interpretação.

Essa compreensão, no entanto, não é uma obra isolada do intérprete, uma vez que este está inserido no mundo da linguagem e em práticas dialógicas compartilhadas, intersubjetivas, que ocorrem no seio da comunidade da qual faz parte.

E como o intérprete está inserido nesse diálogo intersubjetivo comunitário, ele jamais poderá fechar os olhos para o que a comunidade entende acerca do Direito, até porque não é uma opção dele assim proceder, como se fosse possível tapar os olhos e os ouvidos para a linguagem que o circunda e o permite compreender.

A linguagem, portanto, não é um acessório no processo hermenêutico, nem pode ser afastada por quem quer que seja, posto que, sem ela, nenhum ser humano conseguiria compreender, quanto mais solucionar casos jurídicos.

Com base no quanto exposto, a súmula vinculante, que representa a coletânea de precedentes em um determinado sentido sobre matéria constitucional, ou seja, que representa o diálogo intersubjetivo que ocorreu em processos que trataram de um determinado assunto previsto na Constituição Federal, jamais pode ser aplicada sem que o intérprete analise, pormenorizadamente, se a conduta posta sob o seu crivo coaduna-se ou não com o debate travado nos precedentes.

Em outras palavras, não pode o intérprete-julgador jamais aplicar, subsuntivamente, enunciados de súmula vinculante, que são meros resumos da história que envolveu os precedentes que embasaram a confecção da súmula, para resolver inúmeros casos jurídicos que reputou serem "idênticos".

Deve o intérprete, necessariamente, investigar a fundo a concretude e a historicidade dos precedentes que embasam a súmula vinculante que deseja invocar, bem como a historicidade e a concretude do próprio caso que irá decidir, para que possa verificar se é hipótese, de fato, de aplicação ou não da súmula vinculante.

Caso não proceda dessa forma, o julgador estará fadado a não alcançar a verdade hermenêutica, uma vez que a sua compreensão será "misteriosa" – não conseguirá levantar o véu hermenêutico e não resolverá o caso, o que resultará, consequentemente, em um Direito ineficaz do ponto de vista da busca por uma justiça real e concreta, na contramão de uma Constituição que se pretende cidadã, social e dirigente.

A observância às súmulas vinculantes, portanto, não é obrigatória quando o intérprete verificar que, malgrado, à primeira vista, se tratasse de aplicação imediata da conclusão atingida pelo Supremo Tribunal Federal, em uma análise adequada verificou-se que o caso comporta outra solução.

Negar aplicação às súmulas vinculantes, portanto, quando se verificar ser o caso para tanto, não é uma atitude de desrespeito ao instituto; pelo contrário, é uma atitude necessária para que o ordenamento jurídico como um todo não perca a sua coesão e a sua integridade, respeitando-se os precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal que porventura não tenham sido notados quando da apreciação rasteira de meros enunciados de súmula. É uma atitude necessária para que se possa oxigenar o Direito e proceder à atualização de seu sentido normativo.

Nessa senda, o papel do intérprete, protagonista que é no processo hermenêutico, é crucial para que a verdade hermenêutica seja alcançada, para que a norma adequada à solução do caso seja criada, intersubjetivamente, na linguagem, no diálogo travado com os demais participantes do discurso jurídico, com o fito de que o ordenamento jurídico se atenha à sua completude e possa ser capaz de atingir a segurança jurídica tão buscada pela própria súmula vinculante.

É nesse sentido, portanto, que se defende que a súmula vinculante, antes de ser vinculante, é uma súmula vinculada: vinculada à tradição histórica e à concretude da conduta que se irá interpretar e à tradição e realidade históricas dos precedentes que fundamentam a sua existência.

A falta de estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública, carente de recursos e de pessoal em número suficiente para atender à alta demanda processual da população brasileira, não pode resultar no tolhimento da atividade do intérprete, no engessamento da hermenêutica, por meio de práticas que visam "resolver" o maior número de processos possíveis, mediante a simples aplicação subsuntiva de textos sem que se analise os pormenores da conduta, como se todos os casos fossem iguais e merecessem, portanto, soluções iguais, "interpretações iguais" (para uma sociedade de massa, uma justiça em massa).

A solução para um caso não advém do ordenamento jurídico em si, como se o intérprete fosse capaz de retirar a significação já previamente dada pelo *habitus* para simplesmente aplicá-la a inúmeras situações "idênticas". A solução de uma questão jurídica somente ocorre a partir de cada caso específico, a partir de cada conduta, e não a partir de simples enunciados de súmulas, meros textos que pretendem assumir a forma de comandos gerais e abstratos que visam solucionar casos que nem sequer aconteceram no mundo real, e que são apresentados "empacotados" e prontinhos para que o "operador do Direito" simples e comodamente os subsuma.

Assim, não é por meio do tolhimento da liberdade do intérprete que os problemas sociais serão resolvidos. Se, por um lado, com a súmula vinculante, ganha-se (pouco) em termos de celeridade processual, perde-se (muito) em termos de justiça material, pois de nada adianta resolver roboticamente um, dois ou mil casos, quando o Direito (ainda) lida com seres humanos, cada qual com a complexidade e a peculiaridade de sua questão jurídica, de sua conduta a ser interpretada.

Muito embora a melhoria da estrutura do Estado, mediante a contratação de mais servidores (em sentido lato) e a compra de mais equipamentos, seja um fator necessário

para que os casos possam ser analisados adequadamente, o processo eletrônico pode assumir o papel de um importante aliado na busca desse objetivo, na medida em que facilita a atividade do julgador, que será capaz de consultar todo o debate ocorrido sobre a questão que irá decidir de uma forma prática e célere.

Além disso, como visto quando se abordou o instituto do *stare decisis*, que embasa a eficácia vinculante das decisões, existem técnicas processuais, a exemplo do *distinguishing*, por meio das quais o intérprete pode efetivamente afastar o precedente judicial em razão de uma peculiaridade do caso, uma vez que, naquela situação específica, a aplicação do precedente, ainda que vinculante, não deve prevalecer, por não condizer com a realidade concreta da conduta em discussão.

Essas técnicas do *common law* também podem se tornar importantes aliadas do intérprete, para que este seja capaz de afastar a aplicação da súmula vinculante de acordo com as circunstâncias de cada caso, o que representa um avanço em termos hermenêuticos, pois, no momento em que é possibilitado ao intérprete afastar o efeito vinculante em determinados casos, o que se está possibilitando é que ele de fato solucione o caso, e não simplesmente curve a cabeça e aplique, subsuntivamente, sem maiores esforços mentais, a conclusão cristalizada no enunciado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

É necessário que a súmula vinculante seja vista com cautela, muito embora seja louvável o seu propósito de "desafogar" o Poder Judiciário e a Administração Pública para que as atenções dos julgadores se voltem para casos tidos como mais importantes, mais sensíveis e mais urgentes, uma vez que a sua utilização inadequada pode resultar em um instrumento capaz de proporcionar uma verdadeira "ditadura interpretativa", que parece se preocupar mais com o número de ações julgadas por ano do que com a busca por soluções verdadeiras e adequadas a cada caso – soluções justas, portanto.

A busca pela celeridade processual e pela segurança jurídica que tanto é aplaudida pela mídia e pelos julgadores, essas tantas Metas do CNJ e esses tantos objetivos a cumprir, inclusive com a veiculação em massa de propaganda, para que o brasileiro fique maravilhado com o aumento do número de casos julgados, não pode se transformar em uma política populista, que transforma e deturpa o instituto do *stare decisis* para possibilitar a existência de uma linha de produção em massa de decisões que não resolve, de maneira efetiva e verdadeira, os casos jurídicos, por não dar a devida importância à concretude e à historicidade da conduta a ser interpretada.

Dessa forma, caso seja utilizada de maneira descontextualizada, a súmula vinculante, longe de conferir segurança jurídica e de ser capaz de permitir que os intérpretes

facilmente resolvam vários casos de uma só vez, em verdade ocasionará a quebra na integridade e na coerência do ordenamento jurídico, além de não permitir que os protagonistas solucionem questão alguma de maneira adequada, real e justa, caso permaneçam alheios à realidade histórica e concreta da conduta a ser interpretada e dos precedentes que fundamentam a existência da própria súmula vinculante.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Efeito vinculante e concretização do direito*. 2008. 217f. Dissertação de mestrado (Direito) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2008.

ALEXANDRIA, Clemente de. *Stromata*. V, [s. d.].

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Pará de Minas: Virtual Books, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência.* Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE).* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BASILE, Juliano. STF tem ativismo sem paralelo, diz jurista. *Valor Online*, São Paulo, 4 nov. 2009. Disponível em: < http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=6499>. Acesso em 12 jan. 2012.

BECHO, Renato Lopes. *Recursos repetitivos em matéria tributária: análise de casos concretos*. São Paulo: IBET, 2011. Palestra proferida no VIII Congresso Nacional de Estudos Tributários, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, na cidade de São Paulo, em 15 de dezembro de 2011.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.*Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRITO, Edvaldo. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro.* Vídeo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=12>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Em tempos de súmula vinculante, um apelo a um Direito dinâmico e crítico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1403, 5 maio 2007. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/9822/em-tempos-de-sumula-vinculante-um-apelo-a-um-direito-dinamico-e-critico>. Acesso em: 12 jan. 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*? Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Fernando Henrique. Entrevista com o Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso sobre a Reforma do Judiciário (concedida em 30.09.1998). *In: Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol.1, n.1, maio/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/fhc.htm> Acesso em 13 jan. 2012.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Súmula vinculante e a Emenda 45: Uma análise sob a luz da hermenêutica jurídico-filosófica. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, n.71, abr.2006. Disponível em: < http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2006/docente/doc2.doc>. Acesso em: 12 jan.2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de. A atuação do direito no Estado democrático. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CARVALHO, Luiza de. Processo de execução fiscal custa em média R$ 4,3 mil. *Agência CNJ de Notícias*, 21/03/2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13612-processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil>. Acesso em 27 jan. 2012.

CHAPLIN, Charles. *Tempos modernos*. Estados Unidos da América: 1936. 1 fita de vídeo (87 min.).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual do CNJ – 2008*. Brasília, 4 fev. 2009. Disponível em: < www.cnj.jus.br/58cc>. Acesso em: 19 jan. 2012.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

_____. *La plenitud del ordenamiento* jurídico. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005.

_____. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007.

COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva. A hermenêutica como dogmática: anotações sobre a Hermenêutica Jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.252 (grifos nossos).

CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Versão eletrônica. Acropolis: 2010.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil:* Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DILTHEY, Wilhelm. *Introdução às ciências humanas*: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. *In:* MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do* direito. Tradução de Reinaldo Guanary. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. *Cultura do litígio prejudica a efetivação da súmula vinculante*. 13 fev. 2008. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/?p=189>. Acesso em 19 jan. 2012.

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal. 2. ed*, v.I. Barcelona: Editorial Labor, 1952.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito e desenvolvimento*. Publicações da Universidade da Bahia, série II, 24, Brasil, 1961.

GOZETTO, Andréa Oliveira. O instituto da súmula vinculante e a teoria da separação dos poderes. *In: Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 7, n.2, p.383-400, jul./dez.2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do* Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992.

_____. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ser e Verdade*: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

_____. Carta sobre o Humanismo. *In: Conferências e escritos filosóficos.* São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HERÁCLITO. *Fragmentos contextualizados*. Tradução de Alexandre Costa. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2005.

HERZOG, Werner. *O enigma de Kaspar Hauser*. Alemanha: 1974. 1 fita de vídeo (109 min.), son., color.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

HOBBES, Thomas. *O leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil***.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1998.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de estudios politicos, 1949.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, António. *Antología poética*. Colección Poesía. Libros en red: 2004.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGRO, Maíra. STF admite prisão antes de processo administrativo. *Valor Online*, São Paulo, 23 fev. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2538358/stf-admite-prisao-antes-de-processo-administrativo>. Acesso em 23 fev. 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Súmulas com efeito vinculante. Fasc. 3. ed. *Decisório Trabalhista*: maio/1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A quem interessa enfraquecer o Judiciário? *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano III, n.28, 30 abr. 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista Direito Público*, n.27. São Paulo: IOB, maio/jun. 2009.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro*. Vídeo. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=17>. Acesso em 19 jan. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Depoimentos Magistrais: visão de futuro*. Vídeo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=16>. Acesso em 16 jan. 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Teoria estruturante do Direito*. 2. ed. Capítulos I a V. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, António Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidade. *In:* DIAS, Augusto Silva et al. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário - Estudos de Direito e Filosofia,* Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, p. 1-44, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

NEVES, Zuenir de Oliveira. *A sumarização do processo: o advento da súmula de efeito vinculante em face das garantias constitucionais processuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1084, 20 jun. 2006. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/8552/a-sumarizacao-do-processo >. Acesso em: 12 jan. 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia*: proveniente do espírito da música. s/n: eBooksBrasil, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O Juiz na Sociedade Moderna*. São Paulo: FTD, 1997.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.10, jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012a.

_____. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ética nesses 500 anos de Brasil. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, v.101, nov.2008. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/436>. Acesso em: 12 jan. 2012b.

PEIXOTO, Geovane de Mori. Súmula Vinculante. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Salvador, n.34, mar.2003. Disponível em: < http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2003/convidados/doc-02.doc>. Acesso em: 12 jan. 2012.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Reforma do Judiciário: A Polêmica em Torno da Adoção das Súmulas Vinculantes e a Solução Oferecida Pelas Súmulas Impeditivas de Recursos*. Páginas de Direito - tex.pro.br, v.1, 2004. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/244-artigos-abr-2004/4885-reforma-do-judiciario-a-polemica-em-torno-da-adocao-das-sumulas-vinculantes-e-a-solucao-oferecida-pelas-sumulas-impeditivas-de-recursos>. Acesso em 26 jan. 2012.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESSOA, Fernando. *O livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros, na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na lei nº. 11.417/2006. *Revista do CEPEJ*, n.8, Salvador: jul./dez. 2007.

PINTO, Marília Muricy Machado. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. O controle da administração - notas de hermenêutica jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, v.20, Salvador: jan./dez. 1994.

_____. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. *Revista da Faculdade de Direito-UFBA*,v. 37. Salvador: 1997/1998.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORFÍRIO, Fernando. Repercussão Geral e Súmula construíram nova Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, 19 jun. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-19/repercussao-geral-sumula-construiram-justica>. Acesso em 12 jan. 2012.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O Projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Costa Leite quer súmula vinculante contra excessos no STJ e STF*. 22 out. 2001. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-out-22/costa_leite_defende_sumula_vinculante_stf_stj>. Acesso em: 19 jan. 2012.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. A súmula vinculante e a independência jurídica do juiz. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE*, v.2, n.6, out./dez. 1997.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto*: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.34, n.133, jan./mar. 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica Plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

_____. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. *Questão de método*. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1979.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica:* arte e técnica da interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de Filosofía del derecho*. 20. ed. México (DF): Editorial Porrúa, 2010.

_____. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México (DF): Editorial Porrúa, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Evandro Lins e. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. *In: Revista Jurídica Consulex*, ano I, n.5, 31 maio 1997.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STAMMLER, Rudolf. *Tratato de Filosofía del Derecho*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán 2008.

SULZBACH, Maria Helena. Reforma do Judiciário: críticas e propostas para solucionar a crise que assola esse Poder. *In: Revista Jurídica Consulex* (versão eletrônica), ano I, n.3, 31 mar. 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *124 temas aguardam decisões para orientar a Justiça em todo o país*. Brasília, 08 nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93097>. Acesso em: 16 jan. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Levantamento mostra que mais de 106 mil processos tramitam no Supremo*. Brasília, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109811&caixaBusca=N>. Acesso em: 16 jan. 2012a.

_____. *Repercussão Geral em números*: aumento de casos suscitados e redução de processos distribuídos. Brasília, 14 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111751>. Acesso em: 16 jan. 2012b.

_____. *Supremo aprova cinco novas súmulas vinculantes sobre temas diversos*. Brasília, 29 out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115482>. Acesso em: 16 jan. 2012c.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça.* Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito* I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p.15

_____. *Introdução Geral ao Direito* II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.