



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

JOSÉ ANDRADE SOARES NETO

**A SÚMULA VINCULANTE COMO ELEMENTO LIMITADOR DO
DISCURSO JURÍDICO: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

**Salvador / BA
2012**

JOSÉ ANDRADE SOARES NETO

A SÚMULA VINCULANTE COMO ELEMENTO LIMITADOR DO DISCURSO JURÍDICO: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

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)

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares

**Salvador / BA
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ ANDRADE SOARES NETO

A SÚMULA VINCULANTE COMO ELEMENTO LIMITADOR DO DISCURSO JURÍDICO: UM ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

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

Salvador / BA, de de 2012.

*Aos meus queridos pais, Jailton Ribeiro Soares e
Sandra Regina Carvalho Soares. Sem o
apoio deles nada disso seria possível.*

AGRADECIMENTOS

Esta obra não seria possível sem o auxílio de inúmeras pessoas que conheci durante a minha trajetória e que contribuíram de alguma forma para a elaboração deste trabalho.

Primeiramente, gostaria de registrar o prazer de ter sido orientando do Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, de uma inteligência e sensibilidade únicas, que hoje considero um grande amigo que tem contribuído de forma imensurável à minha formação acadêmica.

Agradeço, também, ao Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr., com quem tive o prazer de estudar a disciplina Direitos Humanos e Fundamentais e que, muito gentilmente participou do exame de qualificação, aceitando, inclusive, compor a banca de defesa.

Agradeço aos Profs. Drs. Heron Gordilho, Marília Muricy, Nelson Cerqueira, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo Casali, com os quais convivi e apreendi grandes lições durante as aulas do mestrado e, sem dúvida, tiveram grande contribuição na concretização do presente trabalho.

A Profa. Msc. Renata Torres, Coordenadora do curso de direito da Faculdade da Cidade do Salvador, pela eterna compreensão, amizade e por estar sempre me conduzindo a bons caminhos.

Aos meus amigos e sócios Emanuel Faro e Marcus Brito, a toda equipe do Faro, Brito e Soares Neto advogados associados, bem como aos amigos da Procuradoria Geral do Município do Salvador, pelo apoio permanente.

A Daniela Bomfim, pelo apoio e carinho em todos os momentos.

As minhas irmãs de alma Patrícia Pitanga, Thassila Pitanga e Ana Luiza Paraguassu; e a minha irmã de alma e de sangue Patrícia Soares Stifelman, pela amizade eterna e pelo apoio nos momentos fáceis e difíceis.

Aos amigos eternos Dmitri Cosma, Marcos Mezenga, Rodrigo Francco e Thiago Leão pela compreensão e conselhos em todas as searas da vida.

Aos Tios Jurandir Almeida Santos, Maria Isabel Carvalho Santos, Benedito Sena Braga Filho e Suzete Soares Braga, aos primos queridos Rodrigo Carvalho Santos, Tiago Carvalho Santos, Mariana Soares Braga e Priscila Soares Braga, por me apoiarem em todos os momentos. Aos demais familiares e amigos queridos, pela compreensão e tolerância durante os dias de tormenta.

Aos amigos e colegas do Mestrado, que contribuíram para a maturação do meu pensamento sobre o assunto, e com os quais convivi durante esta trajetória acadêmica.

A todos vocês, o meu muito obrigado!

*“Amo a liberdade, por isso deixo as coisas que amo livres.
Se elas voltarem é porque as conquistei.
Se não voltarem é porque nunca as possuí.”*

*“Quando fizeres algo nobre e belo e ninguém notar, não
fique triste, pois o sol toda manhã faz um lindo espetáculo
e, no entanto, a maioria da platéia ainda dorme” [...]*

*“A vida é aquilo que acontece enquanto
você está planejando o futuro.”*

(John Winston Lennon)

*“Sempre que me perguntavam como eu gostaria
de ser lembrado, respondia: com um sorriso.”*

(James Paul McCartney)

“Tudo pode esperar, menos a busca de Deus.”

(George Harold Harrison)

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o método de interpretação e aplicação da súmula vinculante à luz da teoria da argumentação jurídica, por entendê-lo como adequado para lidar com a construção da norma de decisão decorrente do texto sumulado, diante de tão extrema limitação a que está submetido o discurso jurídico produzido nestas condições. Para tanto, foi realizado um breve estudo acerca da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, demonstrando os seus principais elementos teóricos; depois foi procedida a análise do instituto da súmula vinculante, delineando-se as suas principais características dogmáticas; foram demonstrados os aspectos positivos e negativos da súmula vinculante e realizou-se uma análise zetética pura acerca do instituto, concluindo-se que o mesmo não se coaduna aos paradigmas da pós-modernidade e que se faz necessária a existência de um método adequado para viabilizar a aplicação do instituto na atualidade. Para tanto, faz-se necessária a sua identificação como texto normativo, passível de interpretação, servindo de base à (re) construção da norma de decisão, para aplicação a um caso concreto. Através da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, inserida no paradigma comunicativo-discursivo pós-moderno, pretende-se demonstrar a adequação do método argumentativo para a construção da norma de decisão que decorrerá do texto sumulado, de modo que atenda às necessidades da sociedade atual.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Teoria da argumentação jurídica. Pós-modernidade. Texto e norma jurídica. Interpretação e norma de decisão.

ABSTRACT

This article intend to analyze the method of interpretation and application of the binding precedent by the legal argumentation theory, understanding it as appropriate to deal with the construction of the binding precedent in practice, before such extreme restrictions that it submitted the legal discourse in these conditions. For this, we conducted a brief study of the legal argument theory by Robert Alexy, showing its main theoretical elements; after that we have to do the analysis was performed the binding precedent, outlining its main dogmatic features; we demonstrated the positive and negative aspects about binding precedent and conducted a philosophical analysis, concluding that it don't fit the paradigms of postmodernity; for this it is necessary the existence of an appropriate method to enable the application of the institute actually. Therefore, we have to do its identification as a normative text, opened to interpretation, the make possible the rule of decision (re)construction for application to a real case. We believe that The Robert Alexy's Legal Theory Argumentation, can insert the binding precedents into the postmodern communicative paradigm. With this, we intended to demonstrate the suitability of the argumentative method to build the rule of decision extracted by the binding precedent text, solving the needs of current society.

Keywords: Binding precedent. Legal argumentation theory. Postmodernity. Text and rule of law. Interpretation and legal reasoning. Rule of decision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

F- Fato

F¹- Fato interpretado

ND- Norma de decisão

N- Texto normativo

N¹- Texto normativo interpretativo

Nº. - Número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY	14
2.1 Aspectos preliminares	14
2.2 Regras do discurso prático racional geral	17
2.2.1 Regras fundamentais.....	18
2.2.2 Regras da razão	19
2.2.3 Regras de carga da argumentação	20
2.2.4 Regras de fundamentação	21
2.2.5 Regras de transição.....	21
2.3 O discurso jurídico como um caso especial do discurso geral	22
2.3.1 Regras de justificação interna	23
2.3.2 Regras de justificação externa.....	23
2.3.2.1 A argumentação empírica.....	25
2.3.2.2 Os cânones de interpretação	26
2.3.2.3 A argumentação dogmática	30
2.3.2.4 O uso dos precedentes e a limitação do discurso jurídico.....	35
2.4 Espécies de precedentes judiciais	36
2.5 Os precedentes judiciais e as tradições jurídicas	38
2.5.1 A tradição da <i>civil law</i>	39
2.5.2 A tradição da <i>common law</i>	46
2.5.3 A tradição brasileira e a aproximação entre a <i>civil law</i> e a <i>common law</i>	49
2.6 Eficácia dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro	50
3 SÚMULA VINCULANTE: ASPECTOS DOGMÁTICOS E ZETÉTICOS	55
3.1 A súmula vinculante e a reforma do Poder Judiciário: aspectos históricos	55
3.2 Aspectos dogmáticos da súmula vinculante	57
3.2.1 Conceito e classificação da súmula vinculante	58
3.2.2 Previsão constitucional e legal	59
3.2.3 Aspectos gerais da súmula vinculante na Lei 11.417/2006	60
3.2.4 <i>Quorum</i> e legitimidade ativa.....	61
3.2.5 Requisitos e procedimento de edição revisão e cancelamento	63
3.2.6 Descumprimento e reclamação constitucional.....	64
3.3 Finalidades e principais aspectos positivos da súmula vinculante.....	68
3.3.1 Celeridade processual	69
3.3.2 Uniformização da jurisprudência e segurança jurídica.....	69
3.4 Principais aspectos negativos da súmula vinculante.....	71
3.4.1 Mitigação à separação dos poderes	71
3.4.2 Violação à independência e o livre convencimento do magistrado	73
3.4.3 Violação ao duplo grau de jurisdição	75
3.5 Aspectos zetéticos da súmula vinculante	76
3.5.1 A súmula vinculante e a pós-modernidade	77

3.5.1.1 A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas.....	78
3.5.1.2 A pós-modernidade jurídica	83
3.5.1.3 A súmula vinculante e o seu (des)contexto na pós modernidade jurídica	88

4 A SÚMULA VINCULANTE COMO TEXTO NORMATIVO E A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO SUMULADO.....	93
4.1 Distinção entre texto normativo e norma jurídica.....	93
4.2 A hermenêutica e a interpretação do direito. Prenúncio à criação da norma de decisão....	96
4.2.1 A contribuição de Schleiermacher.....	96
4.2.2 A contribuição de Dilthey	98
4.2.3 A contribuição de Heidegger.....	99
4.2.4 A contribuição de Gadamer.....	100
4.2.5 Da modernidade à pós-modernidade hermenêutica	102
4.3 A norma de decisão e a sua abordagem hermenêutica	104
4.4 O círculo hermenêutico e a norma de decisão	105
4.5 A súmula vinculante como texto normativo	106

5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY COMO MÉTODO (RE)CONSTRUTIVO DA NORMA DE DECISÃO DECORRENTE DO TEXTO SUMULADO COM EFEITOS VINCULANTES.....	109
5.1 A importância da teoria da argumentação jurídica para a confecção da norma de decisão.....	109
5.2 Fundamentação e argumentação jurídica	111
5.3 Aplicação da teoria da argumentação jurídica na concretização da norma de decisão	113
5.3.1 Aplicabilidade das regras do discurso geral prático	114
5.3.2 Aplicabilidade das regras de justificação interna e externa.....	119
5.3.2.1 Aplicabilidade da argumentação empírica	120
5.3.2.2 Aplicabilidade dos cânones da interpretação	121
5.3.2.3 Aplicabilidade da argumentação dogmática.....	128
5.3.2.4 Uso dos precedentes.....	130

CONCLUSÕES.....	132
------------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	138
-------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

As súmulas com efeito vinculante têm sido consideradas por parte dos estudiosos como um instrumento que representa um significativo avanço à solução de lides através do Poder Jurisdicional do Estado e ao pronto atendimento dos seus preceitos por parte da Administração Pública.

Há quem, por outro lado, dispense críticas ao instituto, indigitando-o como responsável pela mitigação do princípio do livre convencimento do magistrado ou ainda como uma excessiva limitação à construção do discurso jurídico.

Objetiva-se, no presente trabalho, uma investigação acerca do contexto geral do instituto da súmula vinculante à luz da teoria da argumentação jurídica de modo a se verificar a extensão dos limites impostos pelo referido instituto à construção do discurso jurídico.

Pretende-se analisar e medir a extensão das possibilidades argumentativas cabíveis dentro de um discurso jurídico construído a partir das limitações impostas pelas súmulas de efeitos vinculantes, bem como verificar as possibilidades de fundamentação racional que resta aos atores de tal discurso (sejam operadores do direito ou agentes públicos no exercício de atribuições do poder público) quando da elaboração de normas de decisão, nos casos em que se verifique a incidência de tais precedentes vinculantes.

A delimitação do tema traz como um dos principais recortes, que servirá de guia ao presente trabalho acerca dos limites impostos pelas súmulas vinculantes ao discurso jurídico, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, explanada em sua obra que tem como título “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”.¹

Alexy pretende, com a sua teoria da argumentação, demonstrar a possibilidade da formulação de um discurso jurídico prático capaz de atingir a pretensão de correção calcado numa fundamentação racional. Para tanto, após uma acurada análise crítica acerca dos pensamentos dos principais filósofos da linguagem contemporâneos², desenvolve uma teoria

¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

² Ao desenvolver a sua teoria da argumentação racional geral prática, Alexy se vale da contribuição de Stevenson (1944), Wittgenstein (2002), Austin (1962), Hare (1952), Toulmin (1958), Baier (1958), Habermas (2003) e Perelman (2005)

da argumentação geral prática fundada em formas e regras que lastreiam a construção dos discursos em geral.

Ao observar tais regras, como as da razão, cargas da argumentação, formas de argumentos, fundamentação e as regras de transição, tornar-se-ia possível a elaboração de uma teoria da argumentação geral prática calcada em critérios de racionalidade capaz de atingir a pretensão de correção, que significa, em sua linguagem, um discurso verdadeiro – não substancialmente em termos axiológicos – mas um discurso formalmente e materialmente possível, viável, embasado em suas premissas e fiel aos seus propósitos dentro da perspectiva comunicativo-discursiva.

Da teoria da argumentação geral parte o autor a uma teoria da argumentação jurídica. Como elemento distintivo e até mesmo justificador da necessidade da criação de uma teoria da argumentação específica para tratar do discurso jurídico, Alexy aponta o denominado “caso especial” que acomete o discurso jurídico. O discurso jurídico seria, então, um “caso especial” na teoria do discurso geral, sobretudo em razão da atuação de elementos limitadores específicos que não se vislumbram no discurso prático racional geral.

Refere-se, pois, aos limites impostos pela lei, pela dogmática jurídica e pelos precedentes ao discurso jurídico que, por assim dizer, é desenvolvido com uma moldura muito mais estreita e específica do que um discurso prático racional geral.

No presente estudo, pretende-se, valendo-se, sobretudo, da teoria da argumentação jurídica de Alexy, verificar como se dá e até onde se estende a limitação ao discurso jurídico através dos precedentes, mais especificamente através das súmulas vinculantes que apontam para uma forma de limitação extremada, que contradiz os paradigmas hermenêuticos vigentes na pós-modernidade, ao reduzir demasiadamente as possibilidades interpretativas dos produtores do discurso jurídico, seja na argumentação dos interessados, seja no próprio processo decisório.

Pretende-se demonstrar que, embora seja a súmula vinculante uma redução hermenêutica do texto constitucional, que limita o discurso jurídico argumentativo em torno de determinada posição jurídica, esta é também texto normativo, que deve ser interpretado para a construção de nova norma jurídica que será aplicada ao caso concreto pelos operadores do direito.

Assim, verifica-se que há dois momentos hermenêuticos distintos: um concretizado pelo Supremo Tribunal Federal ao elaborar o texto da súmula vinculante enquanto norma jurídica decorrente da redução hermenêutica do texto constitucional e outro, posterior, que será exercido pelos operadores do direito, responsáveis pela construção da norma jurídica diante da tensão existente entre o texto sumulado e o novo caso concreto que se apresenta.

Pretende-se demonstrar - teoricamente e através de exemplos - como se dá o exercício desta atividade, utilizando como principal referencial, a teoria da argumentação jurídica de Alexy - por ser uma teoria elaborada em conformidade com o paradigma discursivo, afeito à pós-modernidade – sobretudo na configuração dos precedentes vinculantes como elemento limitador do discurso jurídico e da utilização da interpretação como regra de justificação externa, além das demais regras que balizam a construção do discurso jurídico, voltado ao alcance de uma pretensão de correção.

Para tanto, iniciamos o trabalho com a apresentação da Teoria da Argumentação de Alexy, demonstrando o caminho percorrido desde a construção da Teoria da Argumentação Racional Prática Geral à Teoria da Argumentação Jurídica propriamente, destacando os precedentes como elemento limitador do discurso jurídico, oportunidade em que será realizada uma análise das espécies de precedentes, bem como da sua utilização dentro das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* e a eficácia dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Passamos, em seguida, a uma análise dogmática da súmula vinculante como espécie de precedente que traz limitação extremada ao discurso jurídico, tratando do seu conceito, classificação, previsão constitucional e legal, aspectos gerais da súmula vinculante na Lei 11.417/2006, quorum e legitimidade ativa, requisitos e procedimento de edição revisão e cancelamento, descumprimento e reclamação constitucional. Ao final do referido capítulo, ficam pontuados os aspectos favoráveis e desfavoráveis a respeito da súmula vinculante, sendo esta objeto de análise zetética à luz dos paradigmas da pós-modernidade.

Posteriormente, é feita a identificação do enunciado da súmula vinculante como texto normativo, passível de interpretação, após o que se faz possível a criação da norma de decisão, é o texto da súmula aplicado a um caso concreto.

E, no último capítulo, afirmado o descontexto da súmula vinculante com a pós-modernidade, mas reconhecendo-se a necessidade de lidar com o instituto, já que vigente no ordenamento brasileiro, apresentamos a teoria da argumentação jurídica de Alexy como método (re)construtivo da norma vinculante, com a produção de um discurso jurídico que atenda aos anseios atuais da multiplicidade contextual em que vivemos, com a devida atenção às formas e regras estabelecidas pela referida teoria, para viabilizar o alcance de uma norma individual pretensamente correta, diante da incidência de uma súmula com efeitos vinculantes em caso concreto.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

2.1 Aspectos preliminares

A teoria da argumentação jurídica guarda relação com a teoria do discurso. Procura demonstrar a viabilidade de uma fundamentação racional do discurso jurídico, fundada em uma série de regras.

A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão relevante para a cientificidade do fenômeno jurídico e fundamental à sedimentação de um Estado Democrático de Direito. Neste senda, caracterizam-se, como consensos racionais, aqueles passíveis de uma justificação discursiva de acordo com as regras de argumentação.

Assim, tem-se as normas de decisão, decorrentes do processo discursivo, expressam o acordo que melhor satisfaz racionalmente os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos.

A racionalidade, que nas ciências naturais apresenta-se através da verdade de suas proposições, tal como pretendia Descartes³, é no direito, como ciência normativa, evidenciada pela correção de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na teoria quanto na prática jurídica. E, para ultrapassar o estágio de mera opinião de senso comum, necessita da demonstração racional de suas afirmações.⁴

É neste contexto que Alexy, na tradição da filosofia neokantiana alemã, continua as pesquisas desenvolvidas⁵ sobre o emotivismo por Stevenson⁶; dos jogos de linguagem por

³ Descartes revelou no seu discurso sobre o método se intrigar com o fato de vários eruditos propalarem opiniões distintas sobre um mesmo tema, sendo que deveria haver apenas uma verdade. O problema estaria, para ele, no caminho percorrido, ou seja, no método utilizado. (DESCARTES, René. Discurso do método. Texto integral. Editora Martin Claret: São Paulo – SP. 2001, p. 20)

⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, pág. 28.

⁵ Excluímos propositalmente da presente pesquisa uma análise crítica acerca da contribuição dos referidos autores à teoria da argumentação de Alexy, uma vez que o recorte epistemológico aqui delineado, não abarca a pretensão de criticar ou aprimorar a sua teoria, mas tão somente demonstrá-la, servindo de referencial teórico à solução proposta ao problema de pesquisa enfrentado, no que atine ao método capaz viabilizar a construção da norma de decisão mediante a utilização do discurso jurídico, diante da incidência da súmula vinculante a um caso concreto.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 62/70.

Wittgenstein⁷; atos de fala por Austin⁸; a teoria sobre a argumentação moral de Hare⁹, a teoria da argumentação de Toulmin¹⁰, a teoria da argumentação de Baier¹¹, a teoria consensual da verdade de Habermas¹² e a teoria da argumentação de Perelman¹³, no intuito de aprimorar os estudos acerca da fundamentação racional da conduta humana, mas com a modificação dos pressupostos kantianos de racionalidade transcendental, fugindo a utilização moralista e abstrativista-deontológica da razão como proposto por Habermas.¹⁴

Alexy, influenciado pela Escola de Erlangen e pela filosofia analítica inglesa de Hare, opta, para o desenvolvimento de uma teoria do discurso moral, por um modelo construtivista de racionalidade pragmática, fundada na justificação das assertivas.

Assim, uma proposição moral bem justificada, dentro de uma visão racionalista pragmática, significa pressupor fundamentos de natureza linguística em um 'mundo da vida'¹⁵ partilhado entre os falantes, por consequência, gerador de consenso sobre certas verdades consensuais obtidas em decorrência de um processo dialético.

Verifica-se, na teoria de Alexy, que a construção da racionalidade prática se dá pela estruturação discursiva em torno da pragmaticidade. Assim, a linguagem deve possuir um fim pragmático.

Para tanto, o referido autor desenvolve a teoria do discurso geral racional prático, que consiste na estruturação de uma série de regras, que serve de baliza à construção de um

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 70/76.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 76/80.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 81/99.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 99/110.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 111/118.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 118/150.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 163/179.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 71.

¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3a. ed. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 110 ss.

discurso moral racional, capaz de atingir à pretensão de correção¹⁶, sendo aceito como válido perante um auditório universal.¹⁷ A partir desta teoria geral do discurso moral, irá desenvolver a sua teoria da argumentação jurídica, como um caso especial deste, limitado pela lei, dogmática e precedentes, onde incluímos as súmulas vinculantes.

Importante mencionar que a escolha da teoria da argumentação como método adequado para desenvolver a (re)construção da norma de decisão decorrente do texto sumulado não é aleatória, mas se justifica por ser um jogo de linguagem adaptado aos paradigmas pós-modernos, capaz suprir as carências apresentadas pelo instituto das súmulas vinculantes para lidar com o fenômeno jurídico na atualidade cambiante que vivemos. A escolha da teoria proposta por Alexy se dá por ser uma das mais atuais, que congloera e aprimora as demais já existentes, trazendo, ainda, em seu modelo, um detalhamento específico, como já dito, acerca da limitação do discurso jurídico através dos precedentes.

No presente capítulo pretende-se demonstrar o conjunto das regras desenvolvidas por Alexy, a partir do estudo analítico das mais diversas teorias da argumentação já desenvolvidas, para a elaboração da sua teoria da argumentação geral e jurídica, uma vez que serão apontadas como viáveis à (re)construção do discurso jurídico proposto à uma aplicação adequada das súmulas vinculantes em acordo com os paradigmas pós-modernos, em capítulo posterior.

2.2 Regras do discurso prático racional geral

Alexy denomina de discurso prático racional geral o conjunto de proposições normativas, submetidas a uma pretensão de correção no âmbito de um discurso moral (não jurídico), uma vez que vai tratar do discurso jurídico como caso especial da argumentação

¹⁶ Alexy denomina de pretensão de correção, a possibilidade de se atingir um discurso aceito como formalmente e substancialmente válido, com base em uma justificação racional que se formula a partir do respeito às regras e formas que balizam a construção das proposições utilizadas pelo falante na produção de um discurso perante um auditório.

¹⁷ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.

geral, agregando às regras do discurso prático geral aspectos limitadores específicos do discurso jurídico.¹⁸

As regras do discurso prático racional geral estão partilhadas dentre as regras fundamentais; regras de razão; regras sobre a carga da argumentação; regras de fundamentação e as regras de transição.¹⁹

2.2.1 Regras Fundamentais

Alexy denomina de regras fundamentais as que definem as condições básicas necessárias à viabilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate de verdade ou correção.²⁰ Como trata do discurso prático normativo, o foco de aplicação de tais regras se volta, primordialmente, à reunião de condições favoráveis ao alcance da pretensão de correção, que revela o campo do discursivamente possível, onde não adentra o campo da verdade ou falsidade absoluta.

A primeira regra fundamental apresentada remete às regras da lógica. Trata-se do preceito da não contradição (1.1). Afirma que nenhum falante pode contradizer-se²¹, quando da elaboração de uma proposição normativa. Com tal preceito, Alexy pretende aplicar as regras da lógica às proposições normativas, o que, apesar de parecer contraditório, em razão de a lógica clássica trabalhar com conceitos de falsidade e verdade, revela-se possível na medida em que propõe a utilização da lógica deôntica, substituindo valores absolutos como estes por noções de válido/inválido ou lícito ou ilícito, o que elimina a contradição e viabiliza a construção do discurso racional.²²

Outra regra trazida dentre as fundamentais é a da sinceridade (1.2), extraída da análise da teoria dos atos de fala de Austin²³, segundo a qual todo falante só pode afirmar aquilo em que acredita. Não significa que o falante deve ser o detentor da verdade universal,

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 23.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 190/208.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 191.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 191.

²² Faz referência ao dilema de Jorgensen, que evidenciou esta aparente contradição.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., pp. 78 e 192.

mas que acredita na proposição por ele propalada, sob pena de se perder o referencial do que é dito com sinceridade ou não no discurso. O referencial está justamente na constatação de erros nos atos de fala, como a falta de sinceridade no discurso produzido.

Alexy invoca, ainda, como regra fundamental o princípio da universalidade trazido por Hare²⁴ (1.3), segundo o qual, todo falante que aplicar um predicado a um objeto tem de estar preparado para aplicar o mesmo predicado a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes. Diz respeito à coerência no uso de expressões por um mesmo falante, quando tratar de objetos semelhantes. Cita como exemplo a afirmação de que o objeto “A” é bom. Qualquer outro objeto que tenha propriedades relevantes como as de “A” também deve ser classificado como bom.

Agrega ao elenco de regras fundamentais do discurso racional prático geral a de que oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. Tal regra é decorrente do princípio da comunidade de Perelman²⁵ e visa a uniformidade e a compreensão do discurso por diversos falantes.

2.2.2 Regras da razão

Além das enunciadas regras elementares que servem de fundamento básico para guiar um discurso prático racional geral, Alexy apresenta também as regras da razão, que reúnem as condições da pretensão de fundamentabilidade no discurso. Ou seja, para que o discurso seja passível de uma justificação racional, algumas situações relativas ao orador devem estar asseguradas.

De acordo com Alexy:

A pretensão da fundamentabilidade não tem como conteúdo que o próprio falante seja capaz de dar uma fundamentação. É suficiente que se refira à capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis. A referência à capacidade de fundamentação de outros é, como qualquer outro argumento, discutível. Assim pode questionar-se se a autoridade invocada pelo falante garante realmente a correção da sua tese.²⁶

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 87.

²⁵ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19 ss.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit. p.194.

Alexy caracteriza a primeira regra de razão apresentada como uma regra geral de fundamentação, segundo a qual “todo falante precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem negar uma justificação (2).”²⁷

Compõem também as regras da razão as condições denominadas por Habermas²⁸ de situações ideais de fala, que visam assegurar uma participação democrática no discurso.

Segundo as referidas regras, qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (2.1); toda pessoa pode problematizar qualquer asserção (2.2); toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso (2.3); toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades (2.4); nenhum falante pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item (2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso (2.5).²⁹

Alexy afirma que o item (2.5) pode não ser necessariamente uma regra do discurso, mas uma condição para a efetividade das regras descritas no item (2), que podem ser atendidas de forma aproximada, inclusive, sem que se comprometa a correção do discurso. Trata-se das condições mais importantes para a racionalidade do discurso, por isso são denominadas “regras de razão”.³⁰

2.2.3 Regras de carga da argumentação

Há, também, as regras de carga da argumentação (3) que levantam questões relevantes para o discurso com relação à distribuição das cargas da argumentação.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit. p.195.

²⁸ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a, p.110.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p.195.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p.196.

Necessárias, porque, diante das regras da razão, poderia o falante realizar questionamentos infinitos, apenas repetindo a pergunta “por que?”, como uma criança.³¹

As regras relativas às cargas da argumentação, na medida em que distribuem o ônus da argumentação no discurso, dão certos limites necessários à manutenção da coerência e da racionalidade no discurso.

São as seguintes regras relativas às cargas da argumentação trazidas por Alexy: quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente está obrigado a justificar (3.1); quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso (3.2); quem apresentar um argumento está obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários (3.3); quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, precisa justificar tal intervenção quando lhe for pedido (3.4).³²

Uma importante referência às regras das cargas de argumentação é o princípio da inércia de Perelman³³, segundo o qual “uma regra que seja presumida como verdadeira ou válida na comunidade dos falantes, mas não afirmada ou discutida expressamente, pode, segundo este princípio, ser questionada apenas se se indica uma razão para isso.”³⁴

Ou seja, aquele que pretende, no discurso, levantar questionamento ou de alguma forma se insurgir contra alguma regra ou argumento consolidado traz o ônus da argumentação para si, devendo indicar as razões para tanto.

2.2.4 Regras de fundamentação

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 196.

³² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 196-198.

³³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221-223.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 197.

Alexy desenvolveu ainda as regras de fundamentação (4), por derivação do princípio da generalizabilidade nas conotações dadas por Hare, Habermas e Baier, obtendo os seguintes resultados, muito úteis a uma fundamentação racional.³⁵

De Baier, extrai a regra segundo a qual “toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas (4.1)”. Do princípio da generalizabilidade de Habermas, constroi a regra segundo a qual “as conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo tem de ser aceitas por todos” (4.2). Dos ensinamentos de Baier, formula que “toda regra tem de ser clara e poder ser ensinada de forma aberta e geral” (4.3).³⁶

Alexy compõe o que denomina de argumento genético que dará balizas morais ao discurso que levará a um acordo racional de vontades. Afirma que as regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de aguentar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode aguentar esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou, b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim (4.4). As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização (4.5). Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta (4.6).³⁷

2.2.5 Regras de transição

Por fim, no que diz respeito às regras de transição (5), através das quais se pretende regular a passagem da argumentação prática para a argumentação analítica, discutindo-se os fatos que dão ensejo à incidência normativa, Alexy descreve da seguinte

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 204.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 204.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 205.

maneira: “É possível para cada orador a qualquer tempo fazer transição para o discurso empírico” (5.1); “É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso lingüístico analítico”; “É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso prático sob o qual está operando”.³⁸

Estas regras foram (re) formuladas por Alexy com o intuito de construir um caminho através do qual se possa transitar com segurança na busca da pretensão de correção por meio de uma construção argumentativa do discurso prático racional geral. Tais regras, entretanto, são plenamente aplicáveis, ainda que por aproximação, ao discurso jurídico, com o suplemento, entretanto, de outras específicas como as de justificação interna e externa, formuladas para adequar a sistemática argumentativa especial do discurso jurídico.

2.3 O discurso jurídico como um caso especial do discurso geral

De acordo com a teoria de Alexy, o discurso jurídico apresenta algumas particularidades, podendo ser considerado como um “caso especial” do discurso prático racional geral, uma vez que sofre limitações específicas impostas pela lei, dogmática e precedentes.

Para Atienza³⁹, as particularidades observadas por Alexy com relação ao discurso jurídico consistem no fato de que neste se discutem questões práticas; erige-se também uma pretensão de correção (a pretensão de justiça seria um caso de pretensão da correção) dentro de determinadas condições de limitação. Por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática.

As regras específicas do discurso jurídico são as de justificação interna e externa.

2.3.1 Regras de justificação interna

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 206.

³⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, p. 172.

As regras de justificação interna propostas por Alexy, servem à certificação da estruturação formal das proposições jurídicas formuladas. É uma forma de se assegurar a correção da formulação lógica dos argumentos jurídicos. São as seguintes:

Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal (1); A decisão jurídica deve ser amparada logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições (2). Decorrem do princípio da universalidade, através do qual se exige o tratamento igualitário a pessoas que estejam na mesma situação. Como regra universal podemos exemplificar a de que todo magistrado deve ser imparcial no julgamento das lides. Se determinada pessoa “A” é um magistrado, deve ser imparcial nos seus julgamentos.⁴⁰

As referidas regras de justificação interna servem de base à realização da justiça formal, uma vez que exige tratamento equivalente a todos que pertençam a uma mesma categoria.

Por fim, estabelece que são necessárias etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível (3) e que se deve articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento (4).⁴¹

2.3.2 Regras de justificação externa

Já a justificação externa se refere à justificação das premissas. Estas, para Alexy, podem ser de 3 tipos: regras de direito positivo (cuja justificação consiste em mostrar a sua validade de acordo com os métodos das ciências empíricas); as máximas da presunção racional e as regras processuais; e um terceiro tipo de enunciados (que seriam basicamente reformulações de normas), para cuja fundamentação é preciso recorrer à argumentação jurídica.

Alexy distingue seis grupos de regras de justificação externa: interpretação; argumentação dogmática; uso dos precedentes; argumentação prática geral; argumentação empírica (discussão acerca dos fatos) e formas especiais de argumentos jurídicos.⁴²

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 218.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 218.

A argumentação jurídica apóia-se nas referidas regras, devendo trabalhar com, ao menos, uma norma universal enquanto justificação de um julgamento, podendo ser combinada com outras afirmações. Os cânones tradicionais de interpretação devem ser estruturados linguística e logicamente, sendo admitidos cânones semânticos, genéticos, comparativos, históricos, teleológicos e sistemáticos.

Argumentos jurídicos devem ser saturados (plenificar ao máximo suas razões de justificação); devem pertencer a algum cânone de interpretação; devem ser privilegiados os cânones semânticos literais-genéticos (sentido originário das palavras da lei) e os cânones de aferição histórica da vontade do legislador. Os demais cânones somente os superam, se razões adicionais assim o justificarem.

Determinações sobre o peso dos argumentos devem se confrontar às regras de transição. Pode haver argumentos que não se enquadrem nos cânones de interpretação. Nesse caso, Alexy oferta uma exceção à sua própria regra de pertencimento aos cânones acima mencionados, o que pode indicar a inserção de discursos não práticos ou empíricos na argumentação jurídica.

No presente estudo, após fincarmos posicionamento acerca da incompatibilidade da súmula vinculante com os paradigmas da pós-modernidade⁴³, pretendemos demonstrar a viabilidade da (re)construção do discurso jurídico produzido pelos operadores do direito, diante da incidência do referido instituto, através da teoria da argumentação, valendo-se das regras da teoria da argumentação racional prática geral, bem como das principais normas de justificação interna e externa para balizar a elaboração da norma de decisão decorrente da interpretação do texto sumulado e dos fatos que circundam o caso concreto.

2.3.2.1 A argumentação empírica

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 226.

⁴³ Tema a ser desenvolvido no tópico 3.5.1.

A argumentação empírica tem alta relevância na teoria da argumentação jurídica, uma vez que, em diversas circunstâncias, em quase toda forma de argumentação, verificam-se enunciados empíricos. Algumas formas de argumentação pressupõem enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estado de coisas.⁴⁴

Estes enunciados podem tratar, inclusive, de diversas áreas da ciência, como a economia, sociologia, psicologia, medicina, etc.

Tal circunstância evidencia que uma teoria que leve em conta a argumentação empírica necessária nas fundamentações jurídicas tem de se ocupar de quase todos os problemas do conhecimento empírico.⁴⁵

É através do discurso empírico que se faz possível a concretização acerca da interpretação dos fatos numa lide processual, tão importante para a produção do discurso jurídico que irá viabilizar a elaboração da norma de decisão judicial que soluciona um caso concreto, por exemplo.

Afirma Alexy que tanto no discurso prático geral como no discurso jurídico surge o problema de que frequentemente não se pode obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável. Nesta situação são necessárias regras de presunção racional. Ao mesmo tempo, a relevância do conhecimento empírico para as argumentações jurídicas dificilmente pode ser subestimada.⁴⁶

Ou seja, o conhecimento e a interpretação dos fatos no discurso jurídico se faz necessária através da argumentação empírica, sendo que a sua implementação se faz possível neste caso, por meio da utilização das regras de transição. Com estas se faz possível a passagem do discurso teórico (normativo) ao discurso empírico (fático), durante a produção do discurso jurídico.

A argumentação empírica, como regra de justificação externa será de grande relevância para o presente trabalho, no que tange à interpretação e aplicação das súmulas vinculantes, uma vez que a interpretação dos fatos para uma adequada subsunção à norma

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 228.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 228.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 229.

jurídica obtida a partir do texto sumulado é de fundamental importância para que se viabilize a aplicação do instituto em harmonia com os paradigmas da pós-modernidade.

2.3.2.2 Os cânones de interpretação

Muito se discute acerca da divisão das funções atribuídas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. A postura clássica costumava pregar que o primeiro seria o criador da lei enquanto ao Poder Judiciário restaria o mero papel de aplicador do direito, repetindo normas editadas, sem qualquer poder de criação.

Os grandes codificadores sempre trataram de proibir, evitar ou limitar a obra interpretativa dos juristas. A questão vem sendo discutida no meio jurídico e filosófico há mais de meio século.

A questão se concentra nos limites da atividade judicial, que, particularmente, no sistema romano-germânico, segundo Mônica Sifuentes⁴⁷, tende à aplicação das normas jurídicas contemporâneas à decisão, sem que seja concedida a prerrogativa de criar novas normas.

Entretanto, a hermenêutica atual, como veremos em capítulo posterior, tende a fomentar uma postura mais participativa do intérprete na construção da norma jurídica, tendo em vista a complexidade das relações sociais, sendo inaceitável a crença fantasiosa de que o legislador é capaz de prever cada conduta necessária à regulação harmônica da sociedade.

É a típica dicotomia hermenêutica que ora tende ao objetivismo (crença de que todo o conteúdo é intrínseco à norma e cabe ao intérprete apenas desvendar), ora tende ao subjetivismo (onde se crê que todo conteúdo da norma é criado pelo sujeito).

Atualmente, segundo afirma Ricardo Maurício Freire Soares:

Há um redimensionamento do modelo objetivista podendo-se afirmar que o significado jurídico não está à espera do intérprete, como se o objeto estivesse desvinculado do sujeito cognoscente. Isto porque o conhecimento é um fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, em si e por si, mas do objeto enquanto objeto de conhecimento. O objeto de conhecimento, portanto, é, de certo modo, uma criação do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido. Nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas em si

⁴⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105

mesmas, mas apenas de um conhecimento de fenômenos, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas que são condições de possibilidade de todo conhecimento.⁴⁸

Assim, em razão da função constitutiva do sujeito no âmbito da relação ontognoseológica, não se poderá isolar o intérprete do objeto hermenêutico.

Inegável é, portanto, que o juiz disponha de um “poder criativo” no exercício de sua função decisória. Mônica Sifuentes aduz ser inquestionável o fato de os juízes criarem um novo direito toda vez que decidem um caso importante, pois sempre anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, que não haviam sido ainda oficialmente declarados.⁴⁹ No entanto, essas novas formulações jurídicas nada mais são do que o próprio direito, se devidamente compreendido.

Ainda segundo Mônica Sifuentes, toda interpretação é criativa, e toda interpretação judiciária é “*law making*”.⁵⁰

Miguel Reale ensina que "o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criativa do juiz...⁵¹ Ainda segundo Miguel Reale, a aplicação do direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova.⁵²

A textura aberta do direito significa, na verdade, que há áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para ser desenvolvidas pelos tribunais, os quais determinam o equilíbrio entre interesses conflitantes, que variam em peso, de caso para caso.

O juiz se torna o porta voz de um sistema aberto, do qual a própria apreciação ou criatividade judiciária faz parte integrante. Assim, a interpretação judicial apresenta-se como força criadora e instrumento de mutação adquirindo suma relevância, para a interpretação das leis.

⁴⁸ SOARES, R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

⁴⁹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.124.

⁵⁰ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.124.

⁵¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 100-101.

⁵² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 297-298.

Segundo Antonio Silveira Neto, a atividade jurisdicional dos magistrados consiste em aplicar o direito, interpretando as normas, integrando-as e preenchendo as lacunas no ordenamento estatal.⁵³ A jurisprudência é um reflexo dessa atividade, em que o magistrado revela a sua interpretação sobre a norma, segundo o seu conteúdo significativo, o que tecnicamente se denomina de variações semânticas da norma. Desta forma, o magistrado estaria sempre atuando de maneira progressiva e dinâmica quando aplica o direito como base nos fatos sociais de determinado momento histórico.

Acerca da atuação dos magistrados na aplicação do direito, Carlos Maximiliano afirma que quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará pôr em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada.⁵⁴

Os cânones da interpretação trazidos por Alexy, dentre as regras de justificação externa são de fundamental importância para a construção do discurso jurídico racional, uma vez que, as técnicas interpretativas desenvolvidas servem de norte para a interpretação dos textos normativos, como veremos mais adiante.

Alexy apresenta, na sua teoria, seis grupos de cânones interpretativos: a interpretação semântica; genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica.

Na interpretação semântica (gramatical ou literal), busca-se a verificação do significado das palavras contidas no texto normativo. O significado gramatical das palavras funciona como ponto de partida para a atividade de interpretação. Leva-se em consideração a questão léxica. Tal interpretação vai estar adstrita apenas ao real significado das palavras, considerando apenas o sentido normativo da lei com o uso lingüístico das palavras, buscando-se o sentido gramatical dos termos da norma. Pode-se afirmar ser o sentido dicionarizado das palavras dentro da norma e a relação entre elas.

Muller refere-se aos métodos de interpretação, enquanto forem indicadas como “métodos” da práxis e da ciência jurídica somente regras da interpretação, a estrutura da

⁵³SILVEIRA NETO, Antônio. Súmula de Efeito Vinculante. Disponível em <http://http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art64.html>, acessado em 02 de Agosto de 2012.

⁵⁴MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 73.

realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada.⁵⁵ A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento.

Já na interpretação genética, busca-se averiguar a vontade do legislador para que se possa saber qual a verdadeira intenção deste ao criar o texto normativo em análise e, com base nisso, estabelecer os ditames mais apropriados à sua interpretação ao caso concreto, dentro das balizas existentes.

A interpretação histórica vem a ser um método que recorre ao momento histórico da criação da lei. As condições sociais da época que influenciaram a edição das mesmas, em um dado momento histórico. Surge a partir da idéia de que a lei é uma realidade cultural ou da evolução da mesma, pois a lei nasce correspondendo a um momento histórico, momento que define as relações sociais naquela circunstância. Tal interpretação vai acompanhar a evolução humana, pois cada momento social vai exigir norma para atender aos novos anseios sociais.

Segundo Alexy, fala-se de argumento histórico quando se expõem fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como razões a favor ou contra uma interpretação. Consiste em demonstrar (1) se já houve, alguma vez determinada solução para o problema discutido; (2) esta conduziu à consequência F; (3) F é indesejável; (4) as situações não são entre si tão diferentes para que F não ocorra hoje; (5) portanto, a solução em questão não é aceitável hoje. Trata-se aqui de um caso de aprendizado na história.⁵⁶

Os argumentos comparativos em que se toma como referência não um estado de coisas jurídicas anteriores, mas o de outra sociedade⁵⁷, ou seja, trata-se da comparação entre as legislações estrangeiras na tentativa de se localizar a semelhança de institutos ou de casos em ordenamentos distintos na intenção de concretizar a interpretação em determinado ordenamento, ou mesmo de integrar o direito lacunoso.

A interpretação lógico-sistemática faz uma análise de um mesmo sistema (e não de sistemas distintos, no que difere da interpretação comparativa) em sua plenitude, confrontando o dispositivo a ser interpretado, com os demais textos correlatos contidos na

⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 234-235.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 235.

legislação. Pressupondo o ordenamento jurídico como um todo, faz-se a análise de normas jurídicas entre si, escolhendo o significado na norma que se encontre mais coeso. Com esse método de interpretação, fica afastada a interpretação isolada de uma norma, considerando um conjunto de normas para interpretação de qualquer texto normativo.

Há, por fim, a interpretação teleológica, pois, muitas vezes, não é possível atingir o verdadeiro alcance da norma com a simples análise gramatical, por não serem as suas palavras suficientes para construção da norma jurídica concreta. Deve-se verificar o propósito, a finalidade da norma, naquele caso concreto. Concomitantemente a interpretação literal, faz-se necessário revelar o objetivo mais pertinente ao qual norma deve ser concretizada.

Um esclarecimento completo do conceito de argumento teleológico pressupõe uma análise detalhada dos conceitos vinculados aos de vontade, intenção, necessidade, prática e fim.⁵⁸

No que diz respeito aos precedentes judiciais, Miguel Reale⁵⁹ já alertava para uma importância crescente dos precedentes judiciais “como decorrência da pletera legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (standards) às peculiaridades das relações sociais”.

2.3.2.3 A argumentação dogmática

De acordo com Alexy⁶⁰, a dogmática jurídica compõe um dos elementos limitadores do discurso jurídico que o transforma em um caso especial em relação ao discurso geral prático.

Afirma que normalmente se verificam duas formas de compreender a dogmática jurídica: uma que a considera em toda sua amplitude e outra através de uma concepção mais estrita.

Em um conceito mais amplo, por dogmática jurídica ou dogmática do direito pode-se entender a Ciência do Direito em sentido mais estrito, tal como é elaborada realmente

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 235.

⁵⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 210.

pelos juristas.⁶¹ E neste sentido mais estrito seria uma mescla de ao menos três elementos: (1) descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico problemáticos.⁶²

A análise dogmática do direito, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., significa que:

Os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis.⁶³

Percebe-se que a dogmática jurídica, em correlação a estes três elementos, pode-se distinguir em três dimensões, quais sejam: empírico-descritiva; outra analítico-lógica e outra prático-normativa. Na dimensão empírico-descritiva é possível distinguir a descrição da praxis dos tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador, por exemplo. A dimensão analítico-lógica inclui tanto a análise dos conceitos jurídicos como também a investigação das relações entre as diferentes normas e princípios. E já a dimensão prático-normativa propõe e fundamenta a interpretação de uma norma, uma nova instituição, ou quem critica uma decisão judicial quanto a seus defeitos práticos, elaborando recurso.⁶⁴

A interação entre essas dimensões é comum e vai depender do interesse prático do jurista que vai se utilizar da aplicação dogmática do direito. Exemplifica Alexy:

Assim, um dogmático que escreve para práticos aborda, sobretudo, a descrição da prática dos tribunais, ao passo que quem empreende uma investigação sobre o conceito de declaração de vontade dá especial ênfase a considerações analíticas. Para quem entende que só é Direito no sentido estrito a vontade legislador, os argumentos práticos de tipo geral desempenham um papel completamente diferente do que para quem concebe o direito sobretudo como um ordenamento racional da vida em comum dos homens.⁶⁵

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 244.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 245.

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 02. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 48.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 245.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 246.

Numa concepção mais estrita a dogmática jurídica tende a uma matemática social da dogmática jurídica ou a um instrumento argumentativo considerado como absoluta lógica. Nesta ótica, afirma Alexy⁶⁶ que a nova Ciência do Direito tem a tendência de ir o mais longe possível na decomposição dos conceitos. E nisso consiste seu mérito. Pois, de fato, da exaustiva compreensão do conteúdo dos conceitos contidos nas proposições jurídicas depende não só a total compreensão do direito, mas também a segurança na sua aplicação. A decisão final é resultado de um cálculo, cujos fatores são os conceitos jurídicos.

Nesta ótica, verifica-se, então, que a dogmática possui três tarefas básicas: a análise lógica dos conceitos jurídicos, a recondução desta análise a um sistema e a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas.

Alexy, entretanto, afirma não adotar em sua obra, para fundamentar a argumentação dogmática, nem o conceito amplo nem o estrito de dogmática jurídica. Se utilizasse o conceito amplo que inclui tanto atividades de descrever normas como de analisar e propor normas, então todo argumento que surgisse no discurso jurídico seria dogmático.⁶⁷ Por outro lado, seria exagerado conceber como dogmáticos só os resultados da análise lógica das normas jurídicas. Nesse caso, os argumentos dogmáticos poderiam contribuir pouco para a fundamentação de enunciados normativos.⁶⁸

Propõe, então, um conceito intermediário que atenda às seguintes condições: 1) a dogmática deve ser compreendida não como um conjunto de atividades, mas sim como um conjunto de enunciados; 2) estes enunciados estão relacionados à legislação e à jurisprudência, mas não se identificam com a sua mera descrição; 3) os enunciados de uma dogmática formam um todo coerente, devendo seguir os princípios da não contradição, comunidade e universalidade, aplicados no discurso geral prático; 4) os enunciados de uma dogmática se formam, fundamentam e comprovam em uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente; 5) a dogmática tem conteúdo normativo, sendo que seus enunciados

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 246-247.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 247.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 248.

podem ser expostos como argumentos para a decisão de questões que não se poderiam resolver unicamente com argumentos empíricos.⁶⁹

Da síntese das referidas condições resulta a seguinte definição de dogmática jurídica trazida por Alexy, como (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.⁷⁰

Com relação ao uso dos enunciados dogmáticos para prover a argumentação dogmática, destacam-se algumas funções desempenhadas por este elemento limitador do discurso jurídico.

A primeira delas seria a função de estabilização que se cumpre na medida em que, através da dogmática é possível se obter a fixação provisória de alguns resultados práticos em relação ao entendimento das leis e do julgamento de casos concretos. Tal limitação, desde que moderada, é de suma importância para a manutenção da segurança jurídica na sociedade, uma vez que evita discussão elementar dos enunciados normativos quando da elaboração das proposições jurídicas. Seria inviável ter de construir, do início, a cada discussão o conceito dogmático da posse, a cada reintegração ajuizada. São enunciados dogmáticos que já estão arraigados no meio jurídico, cuja variação é periférica para adequação ao caso concreto.

Além do que, afirma Alexy que se tivéssemos de discutir novamente, tais conceitos, a cada vez surgiria a possibilidade de – sem que se violassem as regras do discurso jurídico e do discurso prático geral – alcançarem resultados diferentes. Seria uma forte contradição ao princípio da universalidade, aspecto elementar do princípio da justiça.⁷¹

Há também a função de progresso que se atinge através da argumentação dogmática. Através desta é possível alavancar o progresso na Ciência do Direito, mediante o consenso entre os juristas acerca dos conceitos, métodos e pressupostos utilizados. Pontua Alexy que o progresso na ciência do direito é mais complexo do que nas ciências empíricas,

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 248-249.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 249.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 258.

uma vez que não depende unicamente da atividade do cientista do direito, mas sujeito à atividade do legislador e das mudanças das idéias valorativas da sociedade.⁷²

Destaca-se, ainda, a função de descarga⁷³, uma vez que firmada uma argumentação dogmática não é necessária uma nova comprovação a cada utilização, ficando o posicionamento no senso comum dos juristas, até que seja objeto de impugnação.

Alexy menciona, ainda, a função técnica da dogmática. É necessária a construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, intuições jurídicas, etc. Dessa maneira, a dogmática desenvolve uma função de informação, promovendo o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica.⁷⁴

Merece destaque também a função de controle, uma vez que a dogmática permite decidir casos não de maneira isolada, mas relacionados com uma série de casos já decididos e ainda por decidir. Aumenta, por isso, o grau de eficácia do princípio da universalidade serve, nesta medida, à justiça.⁷⁵

Assim, verifica-se que com a dogmática jurídica é possível produzir resultados que não seriam possíveis, junto ao discurso jurídico, unicamente com os meios do discurso prático geral. A utilização das funções acima elencadas para balizar o discurso jurídico evidencia que a dogmática jurídica é racional, servindo, pois, à teoria da argumentação jurídica.

Extraí-se, pois, a regra de que os argumentos dogmáticos, se possível, devem ser utilizados⁷⁶, na construção do discurso jurídico⁷⁷.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 259-260.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 260.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 261.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 262.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 264.

⁷⁷ No item 5.3.2.3, será demonstrada a aplicação prática da argumentação dogmática na interpretação da súmula vinculante.

2.3.2.4 O uso dos precedentes e a limitação do discurso jurídico

Segundo leciona Fredie Didier Jr., precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.⁷⁸

Alexy ressalta a importância dos precedentes para a teoria da argumentação jurídica. Afirma que uma teoria da argumentação que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais.⁷⁹

O fundamento do uso dos precedentes na teoria da argumentação jurídica é constituído pelo princípio da universalidade perelmaniano⁸⁰, segundo exigência que é própria a toda concepção de justiça, enquanto concepção formal, de tratar igual o igual.

A criação dos precedentes teve grande relevância no sentido de se evitar a instabilidade do judiciário, já que cada juiz poderia julgar de maneira diferente, até mesmo em casos semelhantes, originando assim várias decisões contraditórias. Com a força normativa dos precedentes, os casos semelhantes passariam a ser decididos analogamente, impedindo controvérsias.

Os precedentes serviriam, pois, para assegurar a igualdade dos julgamentos em casos idênticos, valorizando-se a segurança jurídica.

Entretanto, Alexy sabiamente pontua a dificuldade da utilização dos precedentes com esta função, pois nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças.⁸¹

Se se fosse seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível modificar a força de um precedente, uma vez que a inércia tende à sua preservação.

Mas a exclusão de qualquer mudança seria incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Salvador: Podivm, 2008, p.347

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 264.

⁸⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

⁸¹ A relevância das diferenças dos casos concretos, ressaltada por Alexy, servirá ao mecanismo de adequação à aplicação súmulas vinculantes aos casos concretos.

correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio universalidade.⁸² Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo, em tal caso, a carga da argumentação a quem queira fazê-lo.

O uso dos precedentes segundo a regra da carga da argumentação, cumpre a uma série de regras valiosas, tal como a dogmática jurídica, contribui para estabilização, progresso e descarga, segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do direito.⁸³

Entretanto, a introdução da carga da argumentação a favor dos precedentes não pode, por outro lado, ser vista como uma contravenção das regras do discurso já que não exclui a possibilidade de não se seguir o precedente cuja máxima de decisão seja reconhecida como equivocada. A limitação da margem do discursivamente possível assim efetuada deve ser considerada, por isso, racional.⁸⁴

Conclui-se pela formulação das seguintes regras à teoria da argumentação jurídica: 1) quando se puder citar um precedente a favor ou contra um decisão, deve-se fazê-lo; 2) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.⁸⁵

2.4 Espécies de precedentes judiciais

Como visto, pode-se dizer que a decisão de um caso tomado anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial.⁸⁶ Assim, todos os ordenamentos em que haja a submissão de lides à apreciação do Poder Judiciário serão dotados de precedentes.

A força com que tais precedentes influenciam a construção da ciência do direito e os julgamentos posteriores varia a depender do sistema jurídico vigente.

Segundo preleciona Marcelo Alves Dias de Souza:

⁸² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 265.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 266.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 267.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 267.

⁸⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba. Juruá, 2006, p. 51.

O precedente judicial é encontrado, com os mais diversos matizes de forma e extensão, em todos os sistemas jurídicos. Todavia, a regra do seguimento obrigatório do precedente, quando ele é entendido *strictu sensu*, é encontrada, sobretudo, nos países filiados à tradição do *common law*, cujos exemplos mais significativos são a Inglaterra e os Estados Unidos...Trata-se da doutrina baseada na máxima latina do *stare decisis*⁸⁷.

Através do *stare decisis*, tem-se como regra a repetição da solução dada a determinado caso aos demais substancialmente similares que se seguirem. Entretanto, no sistema do *common law*, verifica-se que a identificação do tipo de precedente e a sua adequada interpretação são extremamente valorizadas pelos operadores do direito, sendo menores os riscos de repetições automáticas e inapropriadas de determinado precedente para um caso a que não se adequa do que no sistema do *civil law*, quando se arvora a adotar precedentes vinculantes.

Os precedentes judiciais, na classificação estabelecida por Marcelo Alves Dias de Souza, dividem-se basicamente em a) precedentes declarativos e criativos; b) precedentes persuasivos ou obrigatórios (absolutamente ou relativamente).⁸⁸

Os precedentes declarativos são aqueles que servem de base ao julgamento de casos similares, porém sem inovar na ordem jurídica. Apesar de se estar criando, a nosso ver, norma de decisão sempre diferenciada (individual e concreta), a situação jurídica já estava prevista de alguma forma no ordenamento, por meio de outra fonte normativa. Serve de exemplo, em nosso ordenamento, a jurisprudência que confirma a responsabilidade objetiva dos fornecedores nas relações de consumo, uma vez que já prevista em lei.⁸⁹

Já os precedentes criativos inovam no ordenamento jurídico ao criar norma de decisão inédita, no sentido de que a situação jurídica enfrentada, ainda não apresentava solução através de outras fontes. Há de se destacar o exemplo dos cheques pré-datados, instituto não previsto em lei, mas que se tornou uma prática comercial acolhida pela jurisprudência brasileira, ensejando, inclusive dano moral ao emitente do título creditício, se descontado antes do prazo, conforme estabelecido pela Súmula 370 do STJ.⁹⁰

⁸⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*,. Cit, p.57 .

⁸⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*,. Cit, p. 57.

⁸⁹ Vide art. 14 do CDC. Precedentes declarativos nesse sentido: Resp 442854/2004 –SP; APL 1346952200 (TJSP); APL 20030110439515 (TJDF).

⁹⁰ Súmula 370: Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

Os precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) e os obrigatórios (*binding precedents*) apresentam-se numa classificação quanto ao grau de autoridade, tendo aqueles menor grau e estes maior grau de autoridade.

Um precedente persuasivo não é obrigatório, ou seja, não vincula o magistrado. Se este o segue é porque acredita na sua correção.

De acordo com Marcelo Alves Dias de Souza, o grau de persuasão desta espécie de precedentes pode variar segundo uma série de fatores:

O grau de convencimento de um precedente persuasivo depende, além da correção em si da sua proposição, de vários outros fatores, tais como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do Juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a boa fundamentação, a existência de vários fundamentos etc.

Em relação aos precedentes obrigatórios, quais sejam, os que vinculam os demais magistrados, estes podem ser relativamente obrigatórios e absolutamente obrigatórios.

O precedente é relativamente obrigatório quando a Corte tem o poder de se afastar dele, desde que existam fundadas razões para tanto. A proposição prevista no precedente é tão incorreta que carece, no interesse da administração da justiça, ser afastada.⁹¹ Trata-se aqui de um precedente que é obrigatório, mas pode ser afastado por quem o aplica, pela clarividente incorreção do julgado obrigatório.

Já os precedentes absolutamente obrigatórios são aqueles que devem ser seguidos pelos juízes ou tribunais, ainda que entendidos como incorretos, no esteio da máxima *stare decisis et non quieta movere*.

2.5 Os precedentes judiciais e as tradições jurídicas

Há que distinguir primeiramente, a noção de sistema das tradições no direito. Segundo John Henry Merriman e Rogério Pérez-Perdomo, o sistema jurídico é composto pelo conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes⁹², já a tradição jurídica é, na

⁹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 54.

⁹² MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina* / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo; Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 21.

verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, como o direito deve ser produzido, aplicado, aperfeiçoado, estudado e ensinado.⁹³

Desta forma, afirma o mesmo autor, que há nos Estados Unidos um sistema jurídico federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais.⁹⁴ Entretanto, o país segue a tradição do *common law*.

Como se vê, a ideia de tradição jurídica está relacionada à noção de cultura. Em verdade, é um dos seus elementos, assim como o é a literatura, a língua e a política. Os sistemas jurídicos podem compartilhar uma mesma cultura jurídica (ou, ao menos, as suas principais características). Por isso, afirmam os mencionados autores que “a tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”⁹⁵

Poder-se-ia, então, falar em duas principais tradições jurídicas, quais sejam, a *civil law*(a mais antiga delas) e a *common law*.

Não há, pois, que se confundir, sistema jurídico e tradição jurídica. E sobre estas que iremos tratar nos tópicos seguintes.

2.5.1 A tradição da *civil law*

Como visto, as tradições jurídicas são cultura e, como tal, nada obstante reúnam traços persistentes no tempo, não são imutáveis. Ao contrário, cuida-se de fenômeno histórico. Sobre o conceito de cultura, afirma Oscar G. Chase: “adoto o conceito de cultura que envolve traços comuns persistentes no tempo, mas improvavelmente eternos, e partilhados no seio de um grupo, mas improvavelmente unânimes”.⁹⁶ Como elemento da cultura, as tradições jurídicas traduzem a convergência de dois elementos aparentemente

⁹³ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law:uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 23.

⁹⁴ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law:uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 21.

⁹⁵ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law:uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 21.

⁹⁶ CHASE, Oscar G. “A ‘excepcionalidade’ americana e o direito processual comparado”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, p. 117.

contraditórios, quais sejam, a permanência ou durabilidade (persistência no tempo) e a historicidade (evolução e mutabilidade no tempo).

A origem da *civil law*, está associada aos países de tradição romano-germânica em que se adota, normalmente, o reconhecido do legalismo, modelo codificado, tendo-se o direito construído através de premissas normativas, sendo a Lei considerada como a principal fonte do direito.

Embora tenha o direito romano antigo se pautado principalmente em bases jurisprudenciais, uma vez que constituído a partir das decisões dos pretores e pareceres dos jurisconsultos do que dos textos legais, tradição romano-germânica tende ao apego à Lei como principal fonte do direito. Isto porque, com o aumento da complexidade das relações sociais, sobretudo em decorrência da necessidade de manutenção da primazia sobre os povos conquistados, cresce o grau de legalismo, ganhando força a norma escrita, que tem sua referência maior no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Segundo Miguel Reale, ao fazer a sua análise acerca do instituto da lei como fonte primária do direito, anota que se caracteriza pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) teria se acentuado especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação.⁹⁷

Nesse contexto, a tradição jurídicas da *civil law*, tal como hoje é concebida, não é a mesma que se caracterizava na época do liberalismo iluminista, bem como não será a mesma que, certamente, será constatada em tempos futuros. Na perspectiva originária da tradição da *civil law*, esta seria composta por cinco subtradições, vale dizer, cinco principais fontes históricas dos conceitos, instituições e procedimentos que caracterizam, em diferentes graus, os sistemas jurídicos da família da tradição da *civil law*: *(i)* o direito civil romano; *(ii)* o direito canônico; *(iii)* o direito comercial; *(iv)* o legado da revolução intelectual; *(v)* a ciência jurídica, assim entendida como a criação de juristas acadêmicos alemães do século XX, capitaneados pelas ideias de Savigny.⁹⁸

O mais antigo dos elementos da tradição da *civil law* está relacionado ao direito civil romano, na forma em que foi compilado e codificado por Justiniano, por meio do *Corpus*

⁹⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág.141-142.

⁹⁸ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 27.

Juris Civilis. Com a renascença medieval, após o período das invasões bárbaras, verificou-se o “ressurgimento do direito romano”, notadamente por meio dos intelectuais de Bolonha, na Itália. Formaram-se escolas de pensamento para estudar o Corpus Juris Civilis, notadamente os grupos conhecidos como “Glosadores” ou “Comentaristas”, cuja influência logo ultrapassou os limites da Bolonha e da Itália. Assim, formou-se um direito comum europeu, cuja base foi constituída pelo direito civil romano e as obras dos acadêmicos italianos.

Durante a ascensão dos Estados-nação, muito em razão de serem os juristas considerados como instrumentos de poder das burocracias monárquicas, verificou-se, ainda mais, o desenvolvimento do direito romano e do *dojus commune*, que foram formalmente recepcionados em alguns dos Estados que se formavam, como a Alemanha, ou foram informalmente reconhecidos como “credenciados”. Dessa forma, quer formalmente, quer materialmente, houve a recepção do direito civil romano, comentado pelos intelectuais italianos, em grande parte da Europa ocidental, nos estados cujos sistemas jurídicos refletem, hoje, a tradição da civil law. O direito civil romano é, pois, o primeiro elemento caracterizador desta tradição.

O segundo componente seria o direito canônico da Igreja Católica Romana, assim entendido como “o corpo de leis e procedimentos desenvolvido pela Igreja para seu próprio governo e para regular os direitos e obrigações de seus fiéis”.⁹⁹ O direito canônico e o direito romano se influenciavam reciprocamente, de forma que, na prática, a distinção entre eles era menos evidente. Foi assim que também o direito canônico influenciou o direito comum posteriormente recepcionado pelos Estados europeus.

Vale dizer: nada obstante a preocupação nacionalista com a identificação e preservação as instituições jurídicas locais característica da época, é inegável que as instituições jurídicas nacionais foram harmonizadas com a forma e a substância do direito civil romano, sob a influência do *jus commune*”, o que muito explica características substanciais dos sistemas jurídicos que refletem a tradição da *civil law*.¹⁰⁰

O terceiro elemento, ou terceira subtradição, seria o direito comercial, cuja origem ocorreu por meio da criação pragmática dos comerciantes, que, após se tornar em um direito

⁹⁹ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 33-34.

¹⁰⁰ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 36.

comercial comum europeu, foi também recepcionado pelos Estados, inclusive expressamente por meio dos códigos comerciais adotados no mundo da civil law durante os séculos XVIII e XIX.

O quarto elemento histórico foi o período revolucionário, vale dizer, uma revolução intelectual que produziu uma nova forma de pensamento sobre o direito. Ou seja, este elemento histórico não se restringe a um evento específico, como a Revolução Francesa ou a Americana ou, ainda, a unificação alemã. Como afirmam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, todos estes eventos foram resultado de um movimento revolucionário nas formas de pensamento sobre a humanidade, o governo, os indivíduos e, inclusive e conseqüentemente, sobre o direito.¹⁰¹

Deve-se, aqui, pontuar as principais características desta nova forma de pensar o direito – que, então, se verificava –, que vão compor, profundamente, os traços marcantes da tradição da *civil law*, ainda no estágio que, hoje, se verifica.

Um, a consagração do direito natural secular: secular, pois o Estado e o direito libertam-se da Igreja; natural, porque tinha como fundamento a ideia de que todos os homens nascem iguais (a concepção da igualdade formal) e são titulares de direitos naturais à propriedade, à liberdade e à vida. Como se verá, nada obstante a ideia do direito natural secular tenha inspirado a revolução, o nacionalismo, dentre outros fatores, acabaria por conduzir à vitória definitiva dos juspositivistas em face dos jusnaturalistas.

Dois, a separação dos poderes governamentais de forma radical – marcada por uma supervalorização do Poder Legislativo – com o objetivo de prevenir a intromissão do poder judiciário nas áreas reservadas aos outros dois poderes. Explique-se. Antes da Revolução, os juízes compunham a aristocracia, vale dizer, apoiavam os aristocráticos fundiários contra as demais classes, camponeses, trabalhadores e classe média. Foram, assim, alvo da burguesia na revolução: “a aristocracia foi derrubada, e com ela caiu a aristocracia da toga”.¹⁰²

Como noticiam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo:

¹⁰¹ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina, cit., p. 39-40.

¹⁰² MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina, cit., p. 41.

Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculo à sua execução pelos funcionários da administração.¹⁰³

A ideia era, então, limitar o âmbito de atuação dos juízes para que eles ficassem restritos à aplicação da lei – não os caberia sequer interpretá-las –, não interferindo nas funções estatais legislativa e administrativa.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, não havia o temor do juiz legislador e do juiz que interferia nos assuntos da Administração. Não foram eles alvo da Revolução. Ao contrário, a sua imagem era relacionada à força progressiva contra o poder dos governantes (eles estavam ao lado dos revolucionários). Assim, “o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento da *common law* era familiar e bem-vindo”.¹⁰⁴

Três, o racionalismo e o antifeudalismo. No mundo da civil law, houve uma ênfase exagerada aos direitos individuais de liberdade (notadamente contratual) e de propriedade com um acento notadamente antifeudal.

Quatro, o nacionalismo foi outro aspecto da glorificação do Estado: “o objetivo era um sistema legal nacional que expressasse os ideais e a unidade cultural nacionais”.¹⁰⁵ O nacionalismo era a ideologia; a soberania (em suas facetas externa e interna), a sua premissa básica.

O nacionalismo e a ideia do Estado secular resultaram no movimento em direção ao positivismo estatal. Houve uma tendência de que o Estado seria a única fonte do direito, em uma concepção de soberania (interna e externa) absoluta. O direito originário de outras fontes, tal como o *jus commune*, poderia ser aplicado porque assim permitia o Estado. O ato legislativo era a maior expressão desta soberania absoluta: não estava sujeito a qualquer autoridade, nem estava sujeito a qualquer limitação interna.

¹⁰³ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 42.

¹⁰⁵ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 43.

Enquanto na Europa continental, a revolução evidenciava uma rejeição à antiga ordem legal, na Inglaterra, a revolução pretendia a sua aceitação e glorificação (a common law inglesa foi encarada como um elemento de identidade do Estado nação). Daí por que, no continente, em que se buscava rejeitar o direito então existente e impor um novo direito, viu-se o fenômeno da codificação, com pretensão de completude, para que não se deixasse, inclusive, aos juizes a possibilidade de criar o direito. Na Inglaterra, por sua vez, não se sentiu qualquer necessidade de codificação.

Nos Estados da civil law, lei só seria as normas aprovadas pelo poder legislativo. Admitia-se que o poder legislativo (supremo) delegasse alguns de seus poderes ao executivo e às agências administrativas, mas este poder delegado estaria limitado pelo ato de delegação. O fato de admitir estes Estados o costume como fonte de direito levou a muitos trabalhos doutrinários para justificar a sua força normativa. Estabelecia-se relação hierárquica e exclusiva entre as fontes do direito.

Nos Estados da tradição da common law, que foram menos influenciados pelos dogmas racionalistas da Revolução Francesa, não há uma teoria sistemática e hierárquica sobre as fontes do direito. Cuida-se de uma “reunião assistemática de estatutos normativos, decisões judiciais e práticas consuetudinárias”.¹⁰⁶

O quinto elemento que iria compor a tradição da civil law seria o que John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo chamam de ciência jurídica, assim entendida como a criação de juristas alemães capitaneados pelas ideias de Savigny, com o objetivo de estudar e reformular os princípios do direito civil romano e tal como teriam sido recepcionados e modificados na Alemanha. A ciência jurídica seria sistemática, e o seu material normativo poderia ser sistematizado tal como um fenômeno natural verificável, por meio dos métodos comuns às ciências naturais. Daí a utilização de conceitos, classes, definições, categorias incomunicáveis. Note-se, por exemplo, no mundo da civil law, defendeu-se durante muito tempo uma divisão estrita entre os campos do direito público e do direito privado.

A ciência jurídica, portanto, buscava a completude, a abstração e a pureza, vale dizer, a neutralidade axiológica. Nas palavras de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo: “as atitudes e pressupostos peculiares a respeito do direito que caracterizam o

¹⁰⁶ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 52.

trabalho dos pandectistas e que resultam no que aqui é chamado de ciência jurídica podem assim ser sistematizados nos seguintes termos: cientificismo, sistematização, conceitualismo, abstração, formalismo e purismo”.¹⁰⁷

É importante frisar que o reconhecimento da lei no sistema *civil law* não elimina, porém, a necessidade de interpretação dos textos normativos e da valorização dos precedentes. Diante de sociedades complexas, como as atuais, onde muitas vezes a lei não acompanha as constantes mutações sociais, verifica-se uma tendência crescente à jurisdicionalização de situações que antes não importavam para o direito, além das relações jurídicas não previstas no ordenamento positivo, sendo determinante que não se deve apenas reproduzir o texto legal, devendo ser realizadas diferentes interpretações para uma melhor adequação aos conflitos postos em análise.

Aos magistrados, sobretudo, incumbe o exercício de interpretar a lei para a produção da norma de decisão¹⁰⁸, dando o seu significado mais adequado para cada caso concreto. De acordo com Lenio Luiz Streck¹⁰⁹, o juiz é um engenheiro social convocado a construir um mundo melhor, mais solidário, mais justo, mais eficaz, com a ajuda dos instrumentos legislativos.

Vale aqui ressaltar que não há mais, nos sistemas jurídicos da *civil law*, a pretensão de completude e de ausência de contradição. Admite-se tratar-se de sistemas abertos, móveis, para que possa apreender a realidade de uma sociedade plural e multifacetada. Os conceitos abstratos e as classificações estanques daquela ciência jurídica de Savigny não mais encontram aceitação entre os juristas contemporâneos. Não mais se pretende negar, por exemplo, a relação de reciprocidade – e não de contrariedade – entre o público e o privado. Não mais se pretende um sistema neutro axiologicamente.

Também, em que pese o primado legalista com o qual se labora no sistema romanístico, não está excluída a relevante função da jurisprudência, eis que a lei precisa ser interpretada. Logicamente vagar a atividade interpretativa desenvolvida pelos juízes e tribunais.

¹⁰⁷ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 102.

¹⁰⁸ O conceito técnico da norma de decisão, adotado no presente trabalho está explicitado no item 4.3.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998, p.69

Assim, a concretização do direito não se limita a repetir as palavras da lei. Para alcançar o que Chiovenda denominou de manifestação da vontade concreta da lei¹¹⁰, mais do que interpretar, caberá ao juiz humanizar a lei, atualizar seu contexto de acordo com a evolução da sociedade. Cabe, assim, à atividade jurisdicional a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o preceito genérico e impessoal, uma vez que terá a sua incidência não em uma esfera abstrata, mas na vida de seres humanos com anseios e sentimentos reais.

Inegável, assim, que nos países em que vige o sistema romano-germânico a jurisprudência não perde a sua importância, uma vez que muito útil no campo da interpretação, atualização, humanização e concretização da lei.

2.5.2 A tradição da *common law*

A tradição jurídica do *common law*, que abarca, principalmente, o direito inglês e o norte-americano é de grande relevo ao presente trabalho, uma vez que o sistema de precedentes judiciais com força vinculante lhe é peculiar.

Inicialmente, vale destacar, que o direito inglês e o norte-americano, contrariando o pensamento de muitos, não se tratam atualmente de direitos costumeiros, mas sim jurisprudenciais. As decisões judiciais formam a *legal rule*, sendo a referida tradição calcada nos precedentes, onde “as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema jurídico inglês, das disposições que o legislador editou”.¹¹¹

Ou seja, na tradição da *common law*, verifica-se que os estatutos normativos lá são também fontes de direito – mas apenas uma dentre elas –, assim como também o são as decisões judiciais. A grande característica desta tradição jurídica é a aceitação histórica e cultural do desenvolvimento judicial do direito. Afirmam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo:

...nossa tradição jurídica foi criada, cresceu e desenvolveu-se nas mãos dos juízes, que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que

¹¹⁰ CHIOVENDA apud SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 2004.

¹¹¹ RENÉ DAVID apud TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.24.

vincula os juízes que se lhes seguirão, através da doutrina do *stare decisis*, para que decidam casos semelhantes.¹¹²

Como se vê, o papel dos juízes nas duas tradições assume diferentes posições, o que se justifica, como visto, historicamente. Na tradição da *civil law*, os juízes do período romano (*iudex*) não eram pessoas proeminentes do mundo jurídico e a eles era negada a função criativa. A eles também lhe foi negada esta função com a Revolução e a consagração do dogma da separação dos poderes. Nesse contexto, a doutrina do *stare decisis* foi rejeitada: os juízes poderiam decidir apenas com base na lei, sendo-lhes vedado fundamentar sua decisão com base em decisões precedentes. Era-lhes negado, inclusive, interpretar as normas: Chegou-se a determinar que, em caso de incompletude ou obscuridade – o que não deveria, em tese, ocorrer – deveriam os magistrados reportarem-se à legislatura.

Assim não foi nos Estados da tradição da *common law*: o papel criador e interpretativo não foi negado aos juízes: Não houve qualquer movimento buscando reduzir estes poderes. Ao contrário, a *common law* significava, historicamente, o direito moldado e construído pelos juízes, o que era sinônimo de identificação e até glorificação dos Estados formados. Característica é a doutrina do *stare decisis*, como o poder-dever dos órgãos judiciais de basear seus julgamentos em decisões anteriores.

Assim, no sistema jurídico anglo-americano, dada a valorização das decisões judiciais, segue-se a regra do precedente vinculante, onde, fixada a regra de direito aplicável ao caso, essa regra continuará a ser aplicada nos julgamentos subseqüentes de casos idênticos ou muito semelhantes.

De acordo com Marco Antônio Botto Muscari:

O sistema utilizado na esfera judiciária norte-americana, apresenta-se, na atualidade, sensivelmente diverso do sistema inglês, posto que o primeiro demonstra-se bem mais elástico, sobretudo na utilização de mecanismos denominados *stare decisis et non quieta movere* (apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos), sendo certo que a diferenciação entre os sistemas inglês e o norte-americano vislumbra-se pelo simples fato de se considerar que nos Estados Unidos, os precedentes do próprio tribunal jamais foram absolutos para ele. Na Inglaterra, durante mais de meio

¹¹² MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, cit., p. 63.

século o entendimento foi diverso: entre 1898 e 1996 a Câmara dos Lordes (House of Lords) considerou-se vinculada às suas decisões pretéritas.¹¹³

Como observa Marcelo Alves Dias¹¹⁴, todavia, no ano de 1996, a House of Lords (Corte Suprema da Grã-Bretanha), anunciou, em Practice Statement, que seus juízes (e por conseguinte, a corte como um todo) poderiam afastar-se das suas decisões anteriores quando assim achassem por bem.¹¹⁵

A força vinculante do precedente decorre da natureza jurídica outorgada ao mesmo pela tradição jurídica, onde se considera ter o precedente a mesma natureza jurídica da lei, eis que é o que a lei significa.

Deve-se observar que a força vinculante de uma decisão, estabelecendo o precedente que deve ser observado em decisões de casos futuros, decorre de um julgamento por maioria de votos de uma corte. Assim sendo, uma decisão de um órgão de primeiro grau não constitui precedente vinculante na tradição do *common law*.

A utilização do sistema dos precedentes vinculantes, aparentemente, não torna os juízes dos países da tradição *common law* aplicadores mecânicos dos precedentes previamente estabelecidos; cabe ao juiz do caso em apreciação verificar, da análise criteriosa das hipóteses anteriores e àquela posta em julgamento, tratar-se ou não da mesma situação fático-jurídica, separando a *ratio decidendi* do caso pretérito, e verificando se há guarida no caso atual, o que, evidentemente, demanda estudo pormenorizado da questão *sub judice*.

Tomada a decisão para aquele caso é que haverá uma irradiação para o futuro, na medida em que estabelecido um precedente.

Haverá, doravante, uma regra de direito preestabelecida, a nortear os julgamentos vindouros, com relação a mesma questão fático-jurídica. Esta regra de direito visa, pois, prioritariamente, dar solução a um processo, sem a preocupação com a edição de uma regra

¹¹³ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p.83.

¹¹⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba. Juruá, 2006, p. 63.

¹¹⁵ O texto traduzido constatante da ALL ER 77, fruto do entendimento compartilhado pelo Lord Chancellor (à época Lord Gardiner) e todos os Law Lords teve a seguinte redação: Suas Excelências consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é o Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporciona pelo menos algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais. Suas Excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastaram-se de uma decisão prévia quando assim arcer a coisa certa a se fazer.

geral de conduta para o futuro. A partir da solução dada para aquele caso concreto, estabelecer-se-á, assim, um precedente, que a partir de então será utilizado como norte e diretriz para apreciação dos casos que estão por vir. Isto irá constituir a pedra angular do sistema da *commom law*.

2.5.3 A tradição brasileira e a aproximação entre a *civil law* e a *common law*

A tradição brasileira é considerada como decorrente da *civil law*, uma vez que tem como sua principal fonte do direito a lei.

Verifica-se, entretanto, que o movimento de aproximação entre as duas tradições jurídicas da *commom law*, representado pelos países anglo-americanos, e da *civil law*, de tradição romanística, fomado pelas nações latinas e germânicas, fez com que se operasse um fenômeno paralelo e inevitável de aproximação dos dois paradigmas existentes. A estrutura que se vê, na atualidade, corresponde a essa junção: o juiz dos países da *civil law* construindo o direito pela jurisprudência; os juízes da *commom law* utilizando-se da lei para fundamentar as suas decisões.

No Brasil, como veremos, o referido fenômeno tem sido observado através da valorização dos precedentes judiciais, quando da solução dos casos concretos pelos magistrados, sobretudo através das súmulas vinculantes que obrigam todos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública a seguir a linha interpretativa eleita pela Suprema Corte, além de outros institutos de controle como as ações diretas de inconstitucionalidade, a sistemática dos recursos repetitivos, dentre outros.

Acerca da interconexão entre as tradições da *common law* e da *civil law*, afirmam John Henry Merryman e Rogelio Pérez – Perdomo:

O mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro. Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas. A Constituição dos Estados Unidos poderia ser parcialmente explicada pela influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme na América Latina e na Europa. O controle de constitucionalidade, por exemplo, está agora firmemente enraizado em ambas as tradições. O instituto jurídico do *condominium*, uma invenção da *civil law*, foi entusiasticamente recepcionado nos Estados Unidos,

enquanto que muitos sistemas da *civil law* incorporaram um instituto típico da *common law* como o *truste*.¹¹⁶

Assim, é possível constatar que os sistemas da *common law* e da *civil law* não são antagônicos, comunicam-se, completam-se. O movimento de aproximação entre as referidas tradições jurídicas da *common law*, representado pelos países anglo-americanos, e da *civil law*, de tradição romanística, formado pelas nações latinas e germânicas, fez com que se operasse um fenômeno paralelo e inevitável de aproximação dos dois paradigmas de juízes existentes. A estrutura que se vê, na atualidade, corresponde a essa junção: o juiz dos países da *civil law* construindo o direito pela jurisprudência; os juízes da *common law* utilizando-se da lei para fundamentar as suas decisões. O Brasil parece estar cada vez mais inserido nesta dicotomia, sobretudo após a adoção das súmulas vinculantes.

2.6 Eficácia dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

Diversas foram as alterações no Código de Processo Civil (CPC), implementando mecanismos tendentes à uniformização da jurisprudência e à conferência de eficácia “quase normativa”¹¹⁷ às súmulas e enunciados dos tribunais, assim como a sua jurisprudência dominante.

A começar pela Lei 9.139/95, que permitiu, através da redação que deu ao artigo 557 do CPC, que o relator negasse seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior; o mecanismo foi alargado pela Lei 9.756/98, que deu a atual redação do art. 557, permitindo que fosse negado seguimento não só ao recurso contrário à súmula, mas também à jurisprudência dominante do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou tribunal superior, e, ainda, fosse dado provimento ao recurso conforme súmula ou jurisprudência dominante. Nestas hipóteses não há a obrigatoriedade de o magistrado proceder desta forma, mas poderá utilizar tão somente este fundamento para julgar o recurso.

A Lei 9.756/98, ainda na direção da atribuição de eficácia quase normativa às súmulas e à jurisprudência dos tribunais, promoveu as seguintes alterações no CPC: (i) no

¹¹⁶ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina* / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo; Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 25-26.

¹¹⁷ JASEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. RT 838. Agosto de 2005. p.42

parágrafo único do artigo 102, atribuiu ao relator competência para decidir conflito de competência em que houvesse jurisprudência dominante sobre a questão suscitada; (ii) no parágrafo único do artigo 481, dispensou pronunciamento do plenário ou órgão especial em incidentes de arguição de inconstitucionalidade em que a matéria já tivesse sido decidida por tais órgãos ou pelo Supremo Tribunal Federal; (iii) no parágrafo 3º do artigo 544, permitiu aos relatores no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que dessem provimento ao recurso extraordinário ou especial, ou aos agravos contra sua respectiva inadmissão, quando fundamentados em súmulas ou jurisprudência dominante.

A última reforma do CPC, referente à uniformização de jurisprudência, se deu com a inserção do instituto da súmula impeditiva de recurso. O referido instituto foi introduzido no ordenamento jurídico, em fevereiro de 2006, através da lei 11.276. Tratava-se de mais uma reforma processual, com a finalidade de que as súmulas editadas pelas Cortes superiores fossem tornadas efetivas, evitando a admissão de recursos fadados aos insucesso.

De acordo com o art.518, § 1º do CPC, o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Assim, súmula impeditiva de recursos é um requisito de admissibilidade para o recurso de apelação, não sendo admissível recurso quando a sentença for prolatada em conformidade com tema sumulado no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Conforme preleciona o ilustre processualista Humberto Theodoro Jr.¹¹⁸, o raciocínio determinante da reforma foi no sentido de que a admissão que uma súmula vincule juizes e tribunais, impedindo-os de julgamento que a contrarie, válido é, também, impedir a parte de vedar contra sentença proferida em consonância com o assentado em jurisprudência sumulada pelos Tribunais superiores e pela Corte Suprema.

Nesse sentido o Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁹ assevera que se a sentença afirma o entendimento contido em súmula do STF ou do STJ, não há razão para admitir que a parte possa se limitar a interpor a apelação reiterando argumentos definidos na súmula e consolidados no tribunal a que recorre. Em tais circunstâncias, a abertura de uma livre

¹¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 660.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo do Conhecimento*. 4ª ed., Revista do Tribunais, São Paulo, 2006, p. 540.

oportunidade para a interposição da apelação, não só traria prejuízo ao direito fundamental à duração razoável do processo, como também ocasionaria um acúmulo despropositado de recursos e processos nos tribunais.

O instituto em comento não vai impedir o recurso contra decisão que for divergente das súmulas, vai impedir apenas recurso em face de decisão que se encontre de acordo com a súmula.

O objetivo encontra-se na celeridade processual, permitindo que a primeira instância detenha o poder de encerrar o caso, quando a matéria já for pacificada nas súmulas dos tribunais superiores.

Um dos requisitos para inadmissibilidade do recurso, com base na súmula impeditiva é que a sentença esteja de acordo com os fundamentos daquela utilizada como parâmetro. O juiz analisará se a demanda tem por único fundamento determinante seja uma súmula, ou ao menos, em caso de sentença que se desenvolva em capítulos distintos, tenha alguns capítulos em conformidade com a súmula, neste caso, haverá uma admissão parcial do recurso, ficando impedido de recorrer em relação ao que estiver em harmonia com sumulas do STF e STJ.

Conforme leciona Humberto Theodoro Jr., o trancamento da apelação nesta hipótese, pressupõe inteira fidelidade da sentença à súmula do STJ ou do STF. É preciso que a decisão seja ela toda assentada na súmula, e não apenas parte. Fora do tema da súmula, restariam questões passíveis de discussão recursal, sem risco de contradizer a matéria sumulada.¹²⁰

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, se a súmula é apenas um dos argumentos utilizados, não se estará diante de sentença em conformidade com súmula, como exigido pela norma. Assim, se diversas forem a fundamentação da decisão, não se pode impedir que tenha um recurso com base em uma súmula.¹²¹

Segundo J. E. Carreira Alvim, a medida é contraproducente, porquanto da decisão do magistrado que não recebe a apelação nos termos do art. 518, § 1º do CPC/73 cabe recurso de agravo de instrumento para o Tribunal local, e deste, recursos especial e

¹²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 660.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2: Processo de Conhecimento. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 524

extraordinário para os Tribunais Superiores, ao fim do que, se entendido que é mesmo o caso de recebimento da apelação, já se terá gastado enorme esforço processual, antes mesmo da discussão de seu mérito.¹²²

Ainda, se a parte litigante entender que não cabe a aplicação de súmula impeditiva de seu recurso, por não se adequar ao caso, por se encontrar o entendimento já superado ou mesmo por sê-lo inconstitucional, ainda é possível a interposição do recurso de agravo por instrumento, com fundamento no art. 522 do CPC, uma vez que, no sistema brasileiro, é cabível agravo por instrumento contra a decisão que não admite apelação e, de acordo com o art. 524, o agravo não será obstado na primeira instância, pois sua interposição ocorre diretamente no Tribunal.

Algumas críticas têm sido feitas por diversos doutrinadores por entenderem que o instituto em comento ofende os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da separação dos poderes.

As eventuais diferenças de cada caso concreto não estarão sendo respeitadas, pois estaria levando a uma abstração indevida dos mesmos, o impedimento de reconhecer o recurso, viola a garantia do duplo grau de jurisdição.

Apesar de as súmulas impeditivas apresentarem grave limitação ao discurso jurídico, não se confundem com a súmula vinculante.

As súmulas impeditivas de recurso referem-se a todas as súmulas criadas pelo STF ou pelo STJ, enquanto as vinculantes necessariamente serão emitidas pelo STF mediante o procedimento especial previsto no art. 103-A da Constituição Federal (CF). Desta forma, as súmulas vinculantes terão sua abrangência restrita, pois somente disporão acerca de matéria constitucional.

Segundo J. E. Carreira Alvim, existe nítida diferença entre a vinculação sumular e a súmula impeditiva de recurso, tanto em relação à coerção, quanto em relação ao alcance. Relativamente à coerção, a vinculação sumular obriga o juiz a decidir de acordo com a súmula, de modo que, se decidir de forma diferente, o STF, mediante reclamação, cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula

¹²² ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.p. 371

(CF, art. 103-A, §3º); a súmula impeditiva de recurso preserva a liberdade do juiz de decidir de conformidade ou contrariamente à súmula, sendo que, no primeiro caso, a parte prejudicada não poderá apelar, enquanto, no segundo, poderá interpor todos os recursos permitidos pelo ordenamento jurídico. Relativamente ao alcance, apenas as súmulas do STF têm efeito vinculante (CF, art. 103-A), enquanto tanto as súmulas do STF quanto as do STJ têm eficácia impeditiva de recurso.¹²³

3 SÚMULA VINCULANTE: ASPECTOS DOGMÁTICOS E ZETÉTICOS

3.1 A súmula vinculante e a reforma do Poder Judiciário: aspectos históricos

Ainda na fase do Brasil colônia, por meio das Ordenações Manoelinas, aperfeiçoadas pelas Ordenações Filipinas, foi criado o instituto dos assentos, com a finalidade de extinguir dúvidas jurídicas suscitadas em causas submetidas a julgamento. As conclusões acerca das dúvidas lançadas, ficavam registradas em assentos e eram convertidas em normas para serem utilizadas mais tarde em casos idênticos que gerasse conflitos. Se diante das dúvidas, os juizes não chegassem a uma conclusão, a discussão iria para o Rei, que então editaria uma lei sanando a dúvida.

A respeito do instituto dos assentos, afirma Jorge Amaury Maia Nunes que estes tiveram guarida no Brasil por força do Decreto n. 2684/1875, que acolheu os editados em Portugal após 1805 ao mesmo tempo que conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça o poder de lançar outros. Estes assentos foram a primeira modalidade de efeito vinculante que se conheceu no direito luso-brasileiro.

¹²³ ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 371.

Em 1769, por meio da Lei da Boa Razão, editada no Rio de Janeiro e na Bahia, os assentos se tornaram poribidos, porém em 1808, com o Alvará Régio, criado pelo Príncipe Regente, D. João, restabeleceu a prática dos assentos, ao instituir a Casa de Suplicação do Brasil.¹²⁴

Após a independência do Brasil, a Lei n.º 5 de 1823, manteve em vigor as Ordenções Filipinas, que instituiu os assentos, mas no ano de 1828, por meio da Lei n.º 18, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, estabelecendo-se a uniformização da jurisprudência.

No ano de 1875, os assentos foram reforçados da Casa de Suplicação, por meio do Decreto Legislativo n. 2.684 (regulamentado pelo Dec. 6.142 de 1876), transferindo a competência da edição dos mesmos para o Supremo Tribunal de Justiça, permitindo a este tribunal a criação de outros com força de lei, até que viessem a ser derogados pelo Poder Legislativo, ao editar lei sobre o tema resolvido pela Suprema Corte.

Somente em 1891, com a primeira Constituição da República, a prática dos assentos foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro.

No ano de 1963, por meio da emenda regimental de 28 de março de 1963, foi instituída a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal de Justiça, mecanismo de referência dos precedentes judiciais, que ainda não tinham qualquer caráter vinculante, apenas persuasivo.

Posteriormente veio a criação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pela atual Constituição Federal, possibilitado a essas máximas cortes do Poder Judiciário editar súmulas para guiar o entendimento dos tribunais acerca de determinado assunto, mas com caráter puramente persuasivo, sem impor qualquer obrigatoriedade.

O instituto da súmula com efeitos vinculantes foi (re) inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/2004, veiculada no bojo da reforma jurídica do Poder Judiciário.

As razões principais que levaram à aprovação deste conjunto de medidas, notadamente as súmulas vinculantes, estão intimamente relacionadas à “crise institucional” que atravessa a atividade de prestação jurisdicional pelo Estado Brasileiro nas últimas

¹²⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

décadas. Tais razões podem ser divididas em dois aspectos: necessidade de celeridade e segurança na atuação do Poder Judiciário.¹²⁵

Importante registrar que a ideia (re)surgiu no cenário jurídico brasileiro, através de projeto elaborado por Haroldo Valadão e encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros ao Constituinte de 1946, pretendendo-se que, da interpretação legal fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, fosse de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes pátrios. Ressurgiu, posteriormente, em 1963, no anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas, de autoria do mesmo professor, também sem êxito. O tema foi revisitado no anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, em 1964.

Posteriormente, por ocasião da revisão constitucional de 1993, pretendeu-se novamente conferir às súmulas tal caráter normativo com efeito vinculante aos Órgãos do Judiciário e à Administração Pública em geral. Mais uma vez, porém, sem sucesso, tendo sido a ideia, como dito acima, encampada apenas na Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a denominada reforma do Poder Judiciário.

Veja que com a Reforma do Judiciário, o efeito vinculante então previsto para as ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, foi estendido para determinadas súmulas, deixado estas de ter apenas caráter persuasivo, criando-se um novo instrumento para acelerar processos, tanto em âmbito judicial quanto administrativo, uniformizando a jurisprudência.

De acordo com Pedro Lenza a valorização substancial dos precedentes, em âmbito constitucional, decorre do efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública tendo em vista a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em razão do caráter dúplice ou ambivalente das ações constitucionais, proferida no controle concentrado.¹²⁶

Em 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou os primeiros enunciados de sua súmula vinculante, tornando realidade a previsão que foi inserida com o acréscimo do art. 103-A da Constituição da República de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), de 8 de dezembro de 2004.

¹²⁵ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico*. Revista Dialética de Direito Processual, v.17. São Paulo: Dialética, 2004.

¹²⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. Saraiva, 2012. pág. 802.

A dita reforma, segundo estudiosos no tema¹²⁷, teve como objetivos principais resolver problemas graves que afligem o Poder Judiciário, ligados à celeridade processual e à segurança jurídica. Problemas atuais que assolam a Justiça brasileira e que são frutos, respectivamente, do crescimento desenfreado das demandas judiciais e da complexidade dos temas jurídicos hodiernamente enfrentados. Problemas típicos do mundo pós-moderno que estão sendo combatidos através de instrumento que, conforme será demonstrado, não nos parece o mais adequado para tal desiderato.

3.2 Aspectos dogmáticos da súmula vinculante

Necessário se faz, nesta oportunidade, demonstrar alguns aspectos dogmáticos acerca das súmulas vinculantes. Apesar de o presente trabalho não ter o propósito de realizar uma exaustiva investigação dogmática a respeito do referido instituto, trata-se de objetivo específico da pesquisa o enfrentamento da sua classificação como precedente judicial; sua previsão no ordenamento legal e constitucional; conceito, finalidades, procedimento de elaboração, hipótese de descumprimento e possibilidade de revisão da súmula vinculante.

Assim, um estudo acerca dos aspectos dogmáticos torna-se fundamental a uma melhor compreensão da súmula vinculante como elemento limitador do discurso jurídico, bem assim de como a teoria da argumentação jurídica pode servir de método à sua interpretação e aplicação no contexto da pós-modernidade.

3.2.1 Conceito e classificação da súmula vinculante

As súmulas são compreendidas na sistemática brasileira como a sedimentação de orientações adotadas topicamente pelos Tribunais em decisões reiteradas (jurisprudência compendiada)¹²⁸. É o resumo do entendimento de determinado Tribunal acerca de uma questão específica, que servirá de parâmetro aos próximos julgamentos.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, v. V, 05. ed. Salvador: JusPodium, 2005, p. 38.

¹²⁸ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 26.

De acordo com a lição de José Tarcízio de Almeida Melo, a origem etimológica do termo súmula vinculante, significa que súmula decorre de “summula”, que expressa o diminutivo, o resumo, a menor parte de “summa”, que significa soma. A soma é a jurisprudência, precedentes reiterados de um tribunal para casos iguais.¹²⁹ A súmula vinculante é a mínima parte da jurisprudência dominante da Suprema Corte, que determina obediência dos juízes e tribunais. O termo vinculante provém da expressão latina que marca a Chiesa di San Pietro in Vincoli, mandada erigir por Leão I Magno, no século V, para abrigar parte das correntes que prendiam São Pedro na Prisão Mamertina.

O instituto da súmula (não vinculante) é adotado desde abril de 1964 pelo STF. A sua força persuasiva sempre foi reconhecida, mas, até então, não se havia, no Brasil, atribuído efeitos vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Conforme preleciona Dirley da Cunha Jr., a súmula vinculante tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.¹³⁰

Segundo definição dada por Maria Helena Diniz¹³¹, súmula vinculante é aquela que, emitida pelo Supremo Tribunal Federal após reiteradas decisões uniformes sobre um mesmo assunto, torna obrigatório seu cumprimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública.

Para Alexandre de Moraes:

As súmulas vinculantes nasceram a partir da necessidade de fortalecer a idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de modo a possibilitar que seja assegurada 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.¹³²

¹²⁹ MELO, José Tarcízio de Almeida. Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade. Disponível em <http://www.almeidamelo.com.br>, acesso em 27 de julho de 2012.

¹³⁰ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 957.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 4, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 567

¹³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª São Paulo: Atlas, 2005. p. 506.

Assim, o efeito vinculante vai exigir a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, aplicação obrigatória às interpretações do texto constitucional que forem aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, nestes termos, reduzindo as possibilidades discursivas nestas hipóteses.

Assim, a súmula vinculante pode ser classificada como precedente absolutamente obrigatório estabelecido pelo STF, de seguimento obrigatório pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis (Federal, Estadual e Municipal), editada para solucionar demandas idênticas, cuja controvérsia gere insegurança jurídica na sociedade.

3.2.2 Previsão constitucional e legal

A súmula vinculante está prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988. O artigo 103-A, inserido no bojo da Emenda Constitucional n. 45, em seu *caput*, atribui este efeito vinculante apenas às súmulas do Supremo Tribunal Federal, que tratem de matéria constitucional, desde que obedecido um processo formal específico para tanto, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Disciplina ainda, em seu § 1º, que a súmula deverá tratar de matéria específica, a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, sempre que estiverem identificados dois requisitos: a existência de controvérsia que provoque grave insegurança jurídica e a multiplicação de demandas idênticas sobre esta mesma controvérsia.

O artigo 103-A traz também a previsão da legitimação ativa para o propositura de adoção, modificação ou supressão de súmula vinculante (§ 2º), e, por fim, o instrumento a ser utilizado nos casos de “ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”, a reclamação ao Supremo Tribunal Federal (§ 3º), aspectos esses que merecerão destaque em tópico apartado.

Na legislação infraconstitucional, verifica-se a existência da Lei n. 11.417/2006, com vigência iniciada dois anos após a inserção do instituto da súmula vinculante na Constituição Federal.

A referida legislação regulamenta aspectos como o *quorum* para edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante (art. 2º, §3º); legitimidade ativa para a sua edição, revisão

ou cancelamento (art. 3º); legitimidade ativa dos municípios para proposta incidental (art. 3º, §1º); possibilidade de restrição dos efeitos da súmula vinculante pelo STF (art. 4º); aspectos relevantes do procedimento de edição, revisão e cancelamento (arts. 5º e 6º); possibilidade de reclamação constitucional ao STF na hipótese de contrariedade ao seu enunciado.

3.2.3 Aspectos gerais da súmula vinculante na Lei 11.417/2006

Com fidelidade ao texto constitucional o art. 2º da Lei 11.417/2006 estabelece que o STF poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, logo após a sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como da administração pública direta e indireta, nas esferas federal estadual e municipal.

O art. 2º, §1º denota, em alusão ao texto constitucional, que súmula se restringe ao âmbito da validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais quando houver controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Afirma André Ramos Tavares que diante da gravidade da sua repercussão, o conteúdo da súmula vinculante não pode representar apenas o conteúdo imediato e isolado do STF, devendo ter sido objeto de discussão e maturação ao longo do tempo, nas demais instâncias judiciais.¹³³

Assim, a discussão acerca do seu enunciado envolve também o Ministério Público que, nos termos do art. 2º, §2º, deve se pronunciar previamente à edição, revisão ou cancelamento, através do Procurador-Geral da República, nas propostas em que não houver formulado. Isto porque, obviamente, na medida em que propõe um enunciado de súmula vinculante, está de acordo com o seu conteúdo; mas poderá, a nosso ver, intervir a qualquer tempo, como fiscal da Lei, para alegar questão de ordem e solicitar correção em relação ao procedimento de elaboração da súmula vinculante.

¹³³ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 18.

Cumpra mencionar, ainda, a possibilidade de restrição dos efeitos da súmula vinculante, conforme disposto no art. 4º, onde se permite que a súmula deixe de ter eficácia imediata, viabilizando-se a restrição dos efeitos vinculantes e a restrição temporal da eficácia do seu enunciado para momento futuro. A referida modulação dos efeitos da súmula vinculante, como o próprio texto legal assevera, visa atender a razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, de modo a evitar graves prejuízos à sociedade.

3.2.4 *Quorum* e legitimidade ativa

O *quorum* para a edição, revisão e cancelamento do enunciado da súmula vinculante é de dois terços dos membros do STF (8 ministros), em votação plenária. Número elevado que revela o cuidado para a sua elaboração, mas, também, a dificuldade para a sua revisão ou cancelamento, uma vez que a maioria extrema dos membros da Suprema Corte deverá entrar em acordo quanto à inadequação do enunciado sumulado ao ordenamento.

O art. 3º estabelece basicamente os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para figurar como proponentes à edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante, quais sejam:

- 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 – o Partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII – a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX – a Mesa de Assembléia 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.

Verifica-se que a lei, entretanto, promoveu um alargamento em relação aos legitimados para propor ADI, na medida em que contemplou os Tribunais com a possibilidade de propor, de ofício, inclusive, a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Nada mais natural, tendo em vista que as súmulas, em geral, são criação genuína dos Tribunais, oriundas – ainda que por iniciativa de uma postulação em demanda judicial – de norma de decisão produzida em caso concreto.¹³⁴

Os municípios também foram legitimados a provocar a edição de súmula vinculante, mas através de incidente provocado no curso de processo judicial em trâmite, desde que atendidos os requisitos necessários para a sua edição.

Tal inclusão é de extrema relevância para a conformação da autonomia municipal, uma vez que o nosso sistema constitucional brasileiro não conferia aos Municípios a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade dos textos normativos municipais em face da constituição em caráter *erga omnes*, sendo possível agora, de certa forma, através da proposta de edição de súmula vinculante, ainda que incidentalmente, no bojo de uma demanda que tramite perante o Poder Judiciário.

Preleciona André Ramos Tavares, justamente que:

Doravante, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte o Município poderá provocar o processo de edição, cancelamento ou revisão da súmula vinculante. Logo, o Município poderá deflagrar processo se súmula vinculante relativamente a matéria de lei federal, estadual, ou municipal (própria ou não), porque o critério exclusivo adotado pela Lei é o da existência de um processo em andamento.¹³⁵

Entende o referido autor, não ser plausível exigir a pertinência temática do Município de maneira que só pudesse impugnar leis municipais, já que se submete plenamente às Leis federais e estaduais.¹³⁶

3.2.5 Requisitos e procedimento de edição, revisão e cancelamento

¹³⁴ Veremos mais adiante que a súmula vinculante, mesmo sendo oriunda de normas de decisão, aplicadas a um caso concreto, revela-se como texto normativo, passível de interpretação para aplicação aos fatos, que também serão objeto de interpretação, após o que consubstanciará nova norma de decisão aplicada ao caso concreto.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 60.

¹³⁶ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 60.

Em relação aos requisitos que viabilizam a edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante acerca de determinado caso concreto, da leitura do art. 2º da Lei 11.417/2006, verifica-se fundamentalmente: a) a necessidade de reiteradas decisões indênticas acerca de determinado caso; b) caso que verse sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários (não se incluindo aí a divergência interna no próprio STF), ou controvérsia entre os órgãos judiciários e a administração; c) a situação jurídica em questão deve acarretar grave insegurança jurídica na sociedade; d) sendo verificada, ainda, multiplicação de processos idênticos quanto à matéria, causando um aumento do volume de processos na justiça¹³⁷.

Verificados os referidos requisitos, torna-se viável a um dos legitimados a provocação do processo objetivo¹³⁸ de elaboração do enunciado da súmula vinculante, que, após a manifestação do Procurador Geral da República – repita-se, nos casos em que não for o autor da proposta –, terá vigência com a publicação do enunciado na imprensa oficial.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta, chama atenção para a existência de duas espécies de procedimento para a edição da súmula vinculante:

A Lei nº 11.417/06 prescreveu duas modalidades de procedimento destinados à elaboração da súmula com efeito vinculante, sendo irrelevante o escopo visado, ou seja, elaboração, revisão ou cancelamento deste ato normativo.

O primeiro consiste em procedimento *autônomo*, desvinculado, portanto, de qualquer processo jurisdicional. Tal procedimento de edição, cancelamento ou revisão é deflagrado de ofício ou por provocação dos sujeitos legitimados. Distribuído o feito para um Ministro Relator, este abrirá vista dos autos ao Procurador Geral da República, que atuará como *custos legis*. Após o que o processo poderá ser incluído na pauta de julgamento do Tribunal Pleno.

Já o segundo trata-se de um incidente, suscitado pelo ente municipal, no curso de processo, como lhe faculta o art. 3º, § 1º da Lei nº 11.417/2006: “o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.¹³⁹

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 33.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 31.

¹³⁹ PIMENTA, P. R. L. *Súmula com efeito vinculante*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 39, jun. 2006, p. 102.

Com relação à revisão e/ou cancelamento da súmula vinculante, tais procedimentos podem ser realizados, no dizer de Osmar Mendes Paixão Côrtes¹⁴⁰, apenas quando houver real necessidade em face de nova argumentação e de aspectos novos do problema. Para o mesmo autor:

Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seus recursos como quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento.¹⁴¹

É de se perceber que a realidade social, sobretudo atualmente, diante da imersão pós-moderna¹⁴² vivenciada, é altamente cambiante, sofrendo mutações cada vez mais radicais em curto espaço de tempo. Os mecanismos da revisão e cancelamento da súmula vinculante visam atender a tais circunstâncias, mas, como veremos mais adiante, a tendência à inércia do Poder Judiciário, que costuma demorar a rever um posicionamento jurisprudencial sedimentado, dificilmente acompanhará os anseios da comunidade jurídica e da própria sociedade.

3.2.6 Descumprimento e reclamação constitucional

A referida Lei em seu art. 7º considera como ato atentatório ao enunciado da súmula a ação ou omissão que a contrariar, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente.

O dispositivo em questão, além de demonstrar que o texto da súmula vinculante deve ser cumprido, revela a predisposição legislativa ao aprisionamento dos operadores do direito à uma espécie de aplicação literal do que fora posto pelo STF, quando da edição do seu enunciado.

Observa André Ramos Tavares ao interpretar o texto legal mencionado que:

[...] considera-se como descumprimento de súmula vinculante tanto as ações quanto as omissões que possam ser consideradas, de alguma forma, como contrariando,

¹⁴⁰ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Súmula vinculante e segurança jurídica; prefácio Luiz Rodrigues Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 207.

¹⁴¹ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Súmula vinculante e segurança jurídica, cit. p. 207.

¹⁴² Os aspectos relativos à pós-modernidade serão tratados em item posterior.

ignorando, negando vigência, aplicando ou interpretando indevidamente a súmula cuja incidência seja invocada. Trata-se, aqui, do descumprir como a violação (em sentido amplo) da súmula vinculante.¹⁴³

Ora, negar vigência ou contrariar o enunciado da súmula vinculante são atos que devem ser repreendidos dentro da sistemática atual. Porém, tolher a capacidade interpretativa do produtor do discurso jurídico trata-se de nítido direcionamento à busca do *volunta legislatoris*, já ultrapassado, em detrimento à capacidade interpretativa dos aplicadores do texto sumulado.¹⁴⁴

O mesmo autor ressalta a inexistência de “crime hermenêutico” e um absoluto contrasenso a sua instituição:

Evidentemente que o descumprimento de súmula vinculante por algum agente do próprio sistema jurídico oficial é um ato grave. Isso, contudo, jamais poderia justificar, como se chegou a cogitar em determinado momento, a criação de um “crime de hermenêutica”.

Criminoso seria o ato de aprovar um “crime de hermenêutica”, porque dilaceraria as bases da estrutura judiciária (de qualquer país), promovendo um inusitado retorno à concepção de que no enunciado de texto se encontram, necessariamente, todas soluções (Direito = lei + súmula) para os mais distintos casos concretos que se apresentem na realidade multifária da vida)¹⁴⁵.

Mas configurada, de fato, a violação à súmula vinculante, prevê o mesmo dispositivo legal o cabimento da reclamação constitucional ao STF.

Conforme preleciona o Ministro Gilmar Mendes¹⁴⁶, a reclamação constitucional vem prevista no art. 102, I, l, da Carta de 1988, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo constitucional adotado

¹⁴³ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 18.

¹⁴⁴ A indigitada restrição hermenêutica, revela-se como mais uma justificativa para a adoção da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy como método adequado à (re)construção da norma de decisão decorrente do texto normativo sumulado. Como será visto mais adiante, para a interpretação e aplicação da súmula vinculante no contexto da pós-modernidade, necessária se faz a adoção de um mecanismo que viabilize ao falante, a produção de proposições jurídicas capazes de formular um discurso argumentativo com base em justificações racionais, de modo a se alcançar a pretensão de correção, quando da criação da norma de decisão que decorre do texto normativo sumulado. Diante da ameaça de um “crime hermenêutico”, a teoria da argumentação se revela como um mecanismo seguro, uma vez que balizada por formas e regras que asseguram uma aproximação razoável da correção das norma de decisão a ser produzida.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 85-86.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 969.

consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula.

Leciona Dirley da Cunha Jr. que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso¹⁴⁷.

A responsabilidade civil da autoridade administrativa que negar aplicação à súmula vinculante, prevista no art. 64-B da lei nº 9.784/99, inserido pela Lei nº 11.417/2006, dependerá da certificação da responsabilidade do ente público em ação movida pelo interessado, consoante determina o art. 37, § 6º da Constituição Federal, sendo imprescindível o uso da ação regressiva para apurar o dolo ou a culpa do servidor.¹⁴⁸

Corroborando com este raciocínio, o STF bem desenvolveu a natureza jurídica da reclamação como sendo instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinada a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁹.

¹⁴⁷ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 957.

¹⁴⁸ PIMENTA, P. R. L. *Súmula com efeito vinculante*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 39, jun. 2006, p. 111.

¹⁴⁹ RECLAMAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - ALEGADO DESRESPEITO A AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF - INOCORRENCIA - IMPROCEDENCIA. - A reclamação, qualquer que SEJA a qualificação que se lhe DE - Ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, "A Correção Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcao, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "I") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f"). - Não constitui ato ofensivo a autoridade de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de várias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo "writ", deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por "habeas corpus" concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte. (RcL 336/DF Rel Min. Celso de Mello, j. 19.12.1990, Pleno, DJ de 15.03.1991, p. 2644, RTJ 134-03/1033).

Com a previsão no art. 103-A, §3º da CF e no 7º da Lei 11.417/2006, a reclamação constitucional passou a desempenhar um importante papel no cenário do controle de constitucionalidade brasileiro, na medida em que se revela como mecanismo hábil para a correção de ato administrativo ou judicial que viole o enunciado de súmula vinculante.

A legitimidade ativa para a propositura da reclamação constitucional, segundo entendimento do STF para o controle abstrato em relação ao controle concreto em curso, pode ser proposta por qualquer interessado (cf. Reclamação 1880, rel. Min. Marco Aurélio, vencido, j. 07.11.2002)¹⁵⁰, que se veja prejudicado por uma decisão judicial ou administrativa que viole enunciado de súmula vinculante, cabendo inclusive a adoção de medida cautelar para suspender o ato objurgado.¹⁵¹

3.3 Finalidades e principais aspectos positivos da súmula vinculante

A Emenda Constitucional n. 45, então conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, veio restabelecer o desempenho deste órgão, que tem como função precípua resolver os conflitos com justiça, o que significa julgamento eficaz, mediante uma maior agilidade nos julgamentos.

Há quem considere a súmula vinculante como uma das grandes inovações da referida emenda, a exemplo de Pedro Lenza¹⁵² que afirma, ao analisar os valores em conflito na questão, a prevalência da segurança jurídica e do princípio da igualdade substancial ou material, em vez da liberdade irrestrita do magistrado nas causas já decididas e pacificadas pelo STF, desafogando, por consequência, o Poder Judiciário das milhares de causas repetidas. Assim, a estabilidade das relações jurídicas estaria assegurada pela instituição da súmula vinculante, que, em consequência eliminaria as incertezas e a morosidade do processo judicial.

¹⁵⁰ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 78.

¹⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit, p. 79.

¹⁵² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 08. ed. São Paulo: Método, 2005, p.381.

Antes da grande Reforma do Poder Judiciário, as súmulas serviam para demonstrar como os tribunais decidiam certas questões que reiteradamente lhes eram apresentadas, tendo assim um caráter apenas persuasivo. A partir da EC 45, algumas súmulas, diante de certos requisitos, passaram a ter efeito vinculante, surgindo uma disciplina dos julgados no STF, e servindo como meio de informação para os demais tribunais, que teriam um acesso direto, rápido e sistematizado das decisões da Suprema Corte.

Assim, a utilização do instituto serviria à redução de números de processos que chegam a Corte Suprema, uma vez que assuntos para os quais já existe uma súmula vinculante seriam resolvidos em outras instâncias do judiciário, ou perante a própria administração pública (que também está vinculada aos efeitos do instituto).

Da mesma forma, espera-se que o número de demandas sobre as quais verse uma súmula vinculante sofra considerável redução, tendo em vista a mínima possibilidade de sucesso, salvo na hipótese de revisão/cancelamento ou mediante *distinguishing*¹⁵³ ou interpretação argumentativa da súmula.¹⁵⁴

3.3.1 Celeridade processual

Um dos graves problemas da Justiça brasileira é a demora na prestação jurisdicional, diante do excessivo número de processos que tramitam nos Tribunais. Acusa-se que há casos muitos semelhantes e que em razão do julgamento individual, leva-se um tempo considerável para dirimir os conflitos.

A Constituição Federal de 1988, previu expressamente a garantia Art. 5º, LXXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, positivando assim o princípio da razoável duração do processo, imposição constitucional da tramitação do processo em prazo razoável e eficaz.

O instituto em questão viria para resguardar os preceitos fundamentais constitucionais da celeridade, que significa a brevidade na duração dos processos, agilidade em

¹⁵³ Entende-se por *distinguishing* a recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes - *material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor ao caso atual.

¹⁵⁴ Os mecanismos de interpretação e aplicação da súmula vinculante serão demonstrados posteriormente.

sua tramitação, aplicando-se os direitos do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dentro de uma adequada duração do processo, de modo que esta duração seja eficaz para garantir o direito pleiteado, assegurando-se, assim, a segurança jurídica.

O instituto viria a corroborar com preceito já previsto no Pacto de San José da Costa Rica que dispunha, mesmo antes da Constituição Federal, acerca da celeridade processual em seu art. 8º¹⁵⁵.

Sob esta ótica, argumenta-se que o instituto da súmula vinculante se incubiu de fortalecer a aplicação do princípio da celeridade processual, racionalizado os julgamentos e trazendo uma maior agilidade aos mesmos, satisfazendo as demandas de forma eficaz em tempo célere.

3.3.2 Uniformização da jurisprudência e segurança jurídica

De acordo com Alexandre de Moraes, a súmula vinculante assegurará direitos idênticos a todos, mesmo àqueles que não tenham ingressado no Poder Judiciário, mas, eventualmente, pudessem ser lesados pela administração pública, em virtude de seus efeitos vinculantes.¹⁵⁶

Nesse escopo, a súmula vinculante permitiria a uniformização da jurisprudência. Perante casos semelhantes, seriam destinatários de soluções semelhantes e, assim, não haveria entendimentos diversos entre os magistrados ou tribunais, preservando-se, desta forma, o princípio da isonomia, na medida que eliminada a possibilidade da ocorrência de decisões distintas em casos idênticos, trazendo ao fim as contradições no julgamento dos processos.

A necessidade da aprovação para edição da súmula vinculante pela maioria dos membros do STF, além do aspecto material de abordar assuntos discutidos em reiteradas decisões, garantiria uma posição pacífica e democrática sobre determinado assunto.

Com a uniformização da jurisprudência, criando precedentes a serem utilizados pelos demais órgãos do Judiciário, haveria o desafogamento das instâncias superiores, pois

¹⁵⁵ Art. 8º Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 270

matérias já pacificadas não seriam mais objeto de exames, impedido o acúmulo de litígios sem a célere solução.

No que diz respeito à segurança jurídica, para a qual a uniformização da jurisprudência também contribui, trata-se de elemento fundamental à concretização regular do direito, viabilizando a vida pacífica e harmônica em sociedade. Um ordenamento inseguro, em que as pessoas não tenham um grau mínimo de previsibilidade de qual será o entendimento jurídico acerca das relações jurídicas pactuadas e de como será o deslinde das eventuais controvérsias decorrentes destas relações, quando submetidas à Jurisdição, é contrário à finalidade precípua do direito que consiste, sobretudo, como dito, em auxiliar na concretização de uma vida pacífica e harmônica em sociedade.

Acerca da segurança jurídica, Carmem Lúcia Antunes da Rocha afirma que:

É o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado.¹⁵⁷

A segurança jurídica, no que se refere à súmula vinculante, estaria justamente no fato de que a interpretação dada pela Suprema Corte será fielmente seguida por todos os órgãos do Poder Judiciário, aumentando, em princípio, a segurança jurídica, no que diz respeito à previsão da maneira que os casos concretos serão decididos.

Assinala Jorge Amaury Maia Nunes:

Um dos aspectos mais marcantes da segurança jurídica é a assecuração de acesso do cidadão a um juiz imparcial capaz de dar justa aplicação da norma jurídica que deve incidir sobre o caso posto ao exame do Estado. Deveras, o direito ao juiz é uma inerência do direito à defesa direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. O direito à jurisdição é a resposta de que necessita o cidadão para assegurar que o comportamento que adotou era o adequado para certa circunstância.¹⁵⁸

¹⁵⁷ ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (org.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 169-169.

¹⁵⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93-94.

Assim, na medida em que os ditames interpretativos acerca de determinado texto constitucional, envolvendo casos cuja divergência nos mais diversos Tribunais, ou entre estes e a administração pública gere insegurança jurídica e repetição de processos, são direcionados com força vinculante pela Suprema Corte, revela-se a sensação de segurança jurídica à sociedade que, malgrado tenha que se submeter a uma fôrma estreita, dentro da qual talvez não caibam todos os seus anseios, teriam maior grau de certeza acerca do seu destino jurídico.

3.4 Principais aspectos negativos da súmula vinculante

3.4.1 Mitigação à separação dos poderes

O alcance dos efeitos do instituto em comento atinge não só os demais órgãos do Poder Judiciário, mas também, toda a Administração Pública direta e Indireta, ficando todos os entes públicos atrelados ao que preceituar a súmula vinculante, não podendo decidir administrativamente de forma diferente.

A Constituição Federal de 1988 endossou o princípio da separação dos poderes no seu artigo 2º da Constituição atual, segundo o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim, a Constituição determinou o âmbito de competência de cada poder de modo que, até mesmo as atribuições atípicas de cada um, são expressões constitucionais.

Importante frisar, também, que a nossa Constituição Federal, destinou à categoria de cláusula pétrea a separação dos poderes, sendo tais cláusulas imodificáveis, considerado o núcleo “duro” da lei maior. Nesse diapasão, os três poderes são harmônicos, mas independentes, devendo cada um respeitar a esfera de atuação do outro.

Conforme assinala o doutrinador Pedro Lenza, são os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário.¹⁵⁹

Nesse raciocínio, Dirley da Cunha Jr. esclarece que não basta a divisão de funções do Poder, pois essas diferentes funções podem ser exercidas, de forma concentrada,

¹⁵⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.484.

por um único órgão. É necessário algo mais: que essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos.¹⁶⁰ Ou seja, que os Poderes legislativo, executivo e judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes.

Com a instituição da súmula vinculante, ressalta-se que caberá apenas ao STF dizer se o caso está ou não abarcado pelos efeitos de determinada súmula vinculante, não podendo, a princípio, nenhum outro órgão judicial ou a própria administração se posicionar de maneira contrária. O que demonstra um desequilíbrio na “força” dos poderes já que poder judiciário estaria invadindo a esfera de competência do legislativo, uma vez que da edição de tais súmulas, com verdadeira força de lei.

Assim, conferir ao Judiciário o poder de restringir as possibilidades interpretativas do texto constitucional ao ponto de criar novo texto normativo, função reservada ao Legislativo, em que se proclama a vontade popular, a adoção das súmulas com efeito vinculante conspiraria contra o princípio da separação dos poderes e permite que o Judiciário crie uma norma jurídica mais forte do que a lei, o que parece excessivo.

Nesta senda, muitas críticas têm sido apontadas, pois estaria ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes, em razão da autonomia que é inerente a cada esfera de poder, além de ferir a independência dos órgãos que compõem o poder judiciário, já que os demais tribunais e juizes estão absolutamente atrelados à decisão do STF, diante da obrigatoriedade da observância as súmula vinculante, usurpando a autonomia, independência de tais órgãos.

Sobre tal aspecto, afirma José dos Santos Carvalho Filho que o sistema de freios e contrapesos estabelece normas que inibem o crescimento de qualquer um dos poderes em detrimento de outro. Sendo assim permite-se a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixá-lo sucumbir à força de outro.¹⁶¹

3.4.2 Violação à independência e o livre convencimento do magistrado

¹⁶⁰ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 857.

¹⁶¹ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005, p. 753.

O princípio do livre convencimento do magistrado, confere ao julgador a liberdade de agir dada a possibilidade de interpretar as leis, apreciar as provas, tomando decisões da forma mais adequada ao seu sentir, fundamentando, livremente na doutrina, na lei e na jurisprudência, emitindo o seu juízo de valor. Assim, o juiz ao decidir conflitos, age dentro da autonomia que lhe é garantido pela Constituição Federal, sendo imprescindível para o livre exercício da função de julgar, que o magistrado se pautar pelo princípio do livre convencimento, essencial para a efetivação da justiça.

Outro questionamento importante, contrário à adoção da súmula vinculante, diz respeito ao fato de que os juízes são obrigados a manter as suas decisões em conformidade com o entendimento do STF, mitigando-se o princípio do livre convencimento, afastando a autonomia que é constitucionalmente dada ao magistrado, de decidir de acordo com a lei, interpretando o texto constitucional de acordo com a sua livre convicção, não podendo agir de forma livre e imparcial.

A aceitação desse instituto significaria mitigar a independência dos magistrados, golpeando o ordenamento jurídico por representar um retrocesso, transformando o juiz em um mero expectador, repetidor de súmulas. É essencial que o magistrado disponha de ampla liberdade para decidir a lide conforme seu convencimento e interpretação.

A esse propósito, importante trazer o posicionamento de João Carlos Pestana de Aguiar Silva, que assevera:

...que será a todo tempo por nós combatida como um temerário instrumento de retrocesso jurisprudencial, convertendo os Juízes monocráticos em medíocres amanuenses carimbadores, progressiva e preguiçosamente acomodados e despreparados para a sua assessoria jurisdicional aos tribunais ad quem e ascensão na carreira ao degrau destinado à formação das próprias súmulas. Mas se essa eficácia só se destina às súmulas dos Egrégios Tribunais Superiores de Brasília, teremos outro sério aspecto negativo daí decorrente, qual seja o domínio intelectual absoluto, rígido e imutável de menos de uma centena de Ministros que, por mais brilhantes que sejam, tornarão letra morta a atividade judicante nas hipóteses in concreto de cerca de dez mil Magistrados de todo o país, dentre o qual se incluem os Juízes monocráticos de 1º grau das Justiça federal, trabalhista, militar, eleitoral e estadual, a par com os Juízes dos tribunais colegiados federais ou da justiça estadual de 2º grau. Ademais, essa relação de dependência se torna manifesta, ocorrendo uma centralização de poder inédita em detrimento das Justças regionais e das unidades da federação, distanciando-se o jurisdicionado do Magistrado com poder de decisão.¹⁶²

¹⁶² SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. RT773/38. Março de 2000, p. 38.

Nesta senda, os magistrados apenas “copilam” os precedentes, por terem força obrigatória, abdicando da autonomia de suas decisões, impedidos de fazer análise de acordo com o seu entendimento ou mesmo se pautar em argumentos distintos.

A súmula vinculante impõe que a Administração Pública e os demais órgãos do poder judiciário fiquem submissos aos entendimentos da Suprema Corte, não podendo fazer uma análise, trazer uma compreensão divergente à estabelecidas nos precedentes.

Ainda é possível afirmar que o efeito vinculante do instituto em comento não obriga apenas os demais órgãos do poder judiciário e toda a administração direta e indireta, pois indiretamente atinge as relações jurídicas particulares, que se obriguem pela previsibilidade das decisões dos tribunais. Esse é o entendimento de Rodolfo Camargo Mancuso, ao afirmar que a súmula acaba por condicionar as relações entre a Administração e seus agentes, ou mesmo, em certos casos, entre elas e os cidadãos em geral.¹⁶³

O instituto da súmula vinculante, portanto, obriga que a decisão dos demais órgãos do Poder Judiciário sejam concretizadas de acordo com o entendimento da Suprema Corte, determinando a repetição dos seus precedentes, por terem os mesmos força vinculante. Os magistrados então são obrigados a seguir as decisões pacificadas pela instância superior, sendo mínimas as possibilidades de decidir de maneira diversa. Tal circunstância pode, não poucas vezes dar ensejo a uma rede de julgamentos em massa, onde as particularidades dos casos são esquecidas, ocasionando danos a substancialidade do procedimento e, conseqüentemente, lesão às partes submetidas a tal circunstância.

Oportuno o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco ao explicitar que:

...o direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados¹⁶⁴.

¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Dissídio jurisprudencial e súmula vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 337.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 798

Consoante se conclui no pensamento do ilustre professor Luiz Flávio Gomes ao perfilhar que o instituto da súmula vinculante pertence a velha (e ultrapassada) metodologia do direito, que era visto como um sistema jurídico coeso, compacto e seguro.¹⁶⁵

Nesse escopo, a sumula vinculante, por sua imperatividade, vai engessar a interpretação das leis, impedido o livre exercício do livre convencimento do juiz, ao obrigá-lo decidir de forma vinculada à vontade da Suprema Corte, que passa a ter concentrado em suas “mãos” o poder supremo de decidir.

3.4.3 Violação ao duplo grau de jurisdição

De acordo com o princípio do duplo grau de jurisdição, é possibilitado à parte insatisfeita com uma decisão proferida por um magistrado, submeta a apreciação de outra instância, permitindo-se assim um novo julgamento por um órgão hierarquicamente superior.

Toda decisão proferida por juiz possível de trazer dano a um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, permitindo-se uma revisão, por meio de recursos como instrumento para evitar e falhas que são inerentes a qualquer ser humano. Essa é a razão de existir do princípio do duplo grau de jurisdição, garantido que uma decisão possa ser reapreciada e até mesmo reformada, garantindo-se um direito pleiteado.

Com o precedente vinculativo, decisão da alta corte que será aplicada pelos tribunais inferiores, impede que haja recurso para outros órgãos do poder Judiciário, por já estar decidindo de acordo com o entendimento “supremo”, violando assim o direito ao duplo grau de jurisdição.

Regra geral, a parte tem direito que a sua pretensão seja conhecida e julgada por órgão jurisdicionais distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão. O duplo grau de jurisdição tem por função assegurar a maior correção e justiça das decisões, prevendo a possibilidade de reexames sucessivos da lide. Nesse sentido deve-se mencionar a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da ‘jurisdição superior’, ou de segundo grau.

¹⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio: *A Dimensão da Magistratura no Estado de Direito*. São Paulo: RT, 1997, p. 202.

Em princípio só se efetiva o duplo grau de jurisdição se e quando o vencido apresentar recurso contra a decisão de primeiro grau: ou seja, há necessidade de nova provocação do órgão jurisdicional, por parte de quem foi desfavorecido pela decisão.

Portanto, aponta a doutrina que a adoção do efeito vinculante viria a violar o sistema jurídico, neste particular. A tutela jurisdicional deve ser prestada de acordo com as normas processuais vigentes, proporcionando às partes a plena defesa de seus interesses, uma vez que elas visam garantir aos jurisdicionados o devido processo legal (artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI/ CF).

3.5 Aspectos zetéticos da súmula vinculante

A zetética é forma de investigação segundo a qual se priorizam os questionamentos às explicações; os dogmas são questionados e as premissas são substituíveis, predominando-se a função informativa da linguagem.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política, etc.¹⁶⁶

Assevera o referido autor que o ponto comum que distingue e agrupa essas investigações é o seu caráter zetético. A investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas)¹⁶⁷.

Nos itens anteriores, realizou-se uma abordagem dogmática acerca do instituto da súmula vinculante, a partir da qual foram reconhecidas as suas principais características, cujo conhecimento se faz necessário à aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Foram pontuados, também, os aspectos positivos e negativos do referido instituto, ainda, a nosso ver dentro de uma abordagem dogmática, seguindo a linha da maioria dos trabalhos produzidos acerca do tema.

¹⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo. Atlas, 1994, p. 43-44.

¹⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo. Atlas, 1994, p. 44.

Neste momento, pretende-se, entretanto, a realização de uma investigação zetética analítica pura através da filosofia do direito¹⁶⁸, sobretudo, de modo que, através de uma análise crítica, seja possível verificar se o instituto da súmula vinculante – a margem dos festejos ou repulsas dogmáticas já vistas – se adequa aos paradigmas da pós-modernidade, sendo viável ou não, à solução dos prolemas que se apresentam frente a esta nova realidade jurídica.

3.5.1 A súmula vinculante e a pós-modernidade

Deve-se ponderar que a súmula com efeitos vinculantes, ainda que se entenda ser instituto capaz de minorar o problema crônico da celeridade e da segurança, gera um outro, ainda mais grave a nosso ver, ao trazer uma limitação extremada ao texto constitucional na medida em que restringe a sua interpretação àquela que o Supremo Tribunal Federal entende como mais adequada naquele instante para dirimir conflitos em massa existentes na sociedade. A sistemática do aprisionamento legal não se coaduna com os novos paradigmas da pós-modernidade, conforme restará demonstrado a seguir.

3.5.1.1 A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas

De acordo com os ensinamentos de Antônio Carlos Wolkmer¹⁶⁹, a vivência liberal-individualista ocasionou uma justificação racional do novo mundo que nascia, diferente do sistema jurídico múltiplo e consuetudinário verificado na sociedade feudal. As distintas classes que coexistiam no feudalismo, reconhecidas pelo poder dos senhores feudais, acabavam sendo um impedimento ao desenvolvimetro da burguesia. Em razão da atividade principal a qual se dedicava, o comércio, fazia-se necessária a unificação do direito comercial para favorecer o crescimento, bem como para a afirmação da burguesia enquanto classe. A partir daí, observa-se uma transição hierárquica: inicia-se o trabalho assalariado, em

¹⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo. Atlas, 1994, p. 45.

¹⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001, p. 84.

detrimento do senhorio feudal. O *status* social passa da propriedade de terras à propriedade de bens.

Surge o estado moderno com inclinação a uma legitimidade racional-antropocêntrica, em detrimento ao teocentrismo. A burguesia mercantil, que detinha a força econômica, matinha a nobreza e o clero. Aquela, enquanto classe detentora dos meios de produção, buscava adequar seus interesses a uma ordem estatal fortalecida, o que passa necessariamente pelo plano jurídico.

O direito moderno, conforme Antônio Carlos Wolkmer¹⁷⁰, fundamenta-se na formação social e econômica, bem como na noção de legalidade estatal. O Estado de Direito, nesta concepção, é aquele Estado que, ao mesmo tempo, se subordina a suas próprias regras legais e respeita os direitos dos cidadãos.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares:

a modernidade caracterizava-se também pela forma participativa das tomadas de decisões na vida social, valorizando o método democrático e as liberdades individuais. O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um pudesse realizar a sua personalidade, abandonando as constrações de autoridades externas e ingressando na plenitude expressiva da própria subjetividade.¹⁷¹

Continua o mesmo autor ponderando, em conformidade com a doutrina de Boaventura Santos:

que a realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia, exercidas através do Estado de Direito. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.¹⁷²

O programa da modernidade fundar-se-ia, então, na estabilidade dos referidos pilares, que foram precocemente implodidos pela avalanche trazida pela vivência neo-liberal.

No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois,

¹⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, cit, p. 85.

¹⁷¹ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

¹⁷² SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 55.

expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas. A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta ¹⁷³.

Importante considerar que a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, verifica-se que:

“O apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social...”¹⁷⁴

Acerca do Direito Moderno, Antônio Carlos Wolkmer afirma que:

Pretendendo ser um direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal”. Entretanto, sua crise é tão evidente ao final do século XX que “todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados” sendo... tão evidente a crise do Estado moderno e de seu direito que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está.¹⁷⁵

Prossegue o mesmo autor afirmando que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade. Transformada a sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com toda sua força a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência.

A sociedade é um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em crise. Em suas palavras, o esgotamento do atual paradigma jurídico “descortina, lenta e progressivamente, o horizonte

¹⁷³ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 60.

¹⁷⁴ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 60.

¹⁷⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, cit., p. 86.

para a mudança e a reconstrução paradigmática” que se funda na experiência histórica e “na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.”¹⁷⁶

Assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade.

Arremata Ricardo Maurício Freire Soares afirmando que:

A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas da liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnica de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação).” Estes três elementos tornaram-se patologias de uma modernidade em colapso.¹⁷⁷

A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluída e incerta.

A crise da racionalidade científica moderna, com seus parâmetros certos e estanques, como a separação absoluta entre sujeito e objeto; crença na neutralidade axiológica do sujeito cognoscente, dentre outros, é uma forte evidência desta virada pós-moderna.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a crise da racionalidade científica moderna decorre uma pluralidade de condições, teóricas e sociais, decorrentes, inclusive, do próprio avanço que o conhecimento científico moderno propiciou.¹⁷⁸

Dentre as condições teóricas, primeiramente, tem-se a revolução nas concepções de tempo e espaço. Em não havendo a simultaneidade universal (ideia antes pretendida), não mais se sustentam as noções de tempo e espaço absolutas propostas por Newton. Afirma o autor: “dois acontecimentos simultâneos num sistema de referência não são simultâneos

¹⁷⁶ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 61.

¹⁷⁷ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 63.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*. 1988, v. 2, n. 2, p. 46-71.

noutro sistema de referência”. Assim, as medições assumem um caráter local, bem como o faz o rigor do conhecimento que lhes é decorrente.¹⁷⁹

Em segundo lugar, tem-se a noção da mecânica quântica. Heisenber e Bohr demonstram que não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar. Dessa forma, não se sustenta mais a ideia de neutralidade, já antecipando a superação da dicotomia sujeito/objeto. Tem-se a ideia de que não se conhece do objeto senão o que nele é introduzido pelo sujeito; cuida-se do princípio de demonstração da interferência estrutural do sujeito no objeto observado.¹⁸⁰

Afirma o autor que este princípio tem implicações de grande vulto. Primeiro, limita-se o rigor do conhecimento, de forma que só se pode aspirar a resultados aproximados, e as leis da física só seriam probabilísticas. Segundo, inviabiliza-se o determinismo mecanicista, característico do paradigma científico moderno, já que a totalidade do objeto não se reduz à soma das partes divididas para a observação. Terceiro, a distinção sujeito/objeto perde os seus contornos dicotômicos e assume o caráter de continuidade, vale dizer, o objeto como continuação do sujeito.¹⁸¹

Em terceiro lugar, tem-se não apenas o questionamento do rigor da medição (o que é feito pela mecânica quântica), mas também o questionamento do rigor do veículo formal em que a medição é expressa, vale dizer, a matemática.¹⁸²

Em quarto lugar, verificam-se os avanços do conhecimento nos domínios da microfísica, da química e da biologia. Por exemplo, a teoria das estruturas dissipativas e o princípio da “ordem através de flutuações” trazem as idéias de sistemas abertos como produto de suas histórias.¹⁸³

A crise do paradigma moderno, portanto, evidencia-se por meio da superação dos seus fundamentos principais, vale dizer, em vez de eternidade, a história; do determinismo, a imprevisibilidade; da reservibilidade, a irreversibilidade e a evolução; da ordem, a desordem;

¹⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

¹⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

¹⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

¹⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

¹⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

da necessidade, a criatividade e o acidente. A título exemplificativo, questionam-se os conceitos de lei e de causalidade que lhe é associado.¹⁸⁴

Aponta o autor que esta reflexão apresenta duas importantes facetas sociológicas. Primeiro, ela é feita principalmente pelos próprios cientistas. Segundo, ela abrange questões antes deixadas aos sociólogos.

Em “O mal estar da pós-modernidade”, Zygmunt Bauman destaca que a modernidade (para ele, sinônimo de “civilização”) foi caracterizada pelos valores de beleza, pureza e ordem. Afirma:

A civilização – a ordem imposta a uma humanidade naturalmente desordenada – é um compromisso, uma troca continuamente reclamada se para sempre instigada a se renegociar. O princípio do prazer está aí reduzido à medida do princípio de realidade e as normas compreendem essa análise que é a medida do realista.¹⁸⁵

Cuidava-se de uma civilização estruturada na ideia de segurança, vale dizer, “uma civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança.”¹⁸⁶ O prazer e a liberdade formavam o mal-estar da modernidade. Por isso, “mais ordem significava menos mal estar.”¹⁸⁷

3.5.1.2 A pós-modernidade jurídica

A pós-modernidade, por sua vez, caracteriza-se pela desregulamentação, pelo valor da liberdade na procura do prazer. “O princípio de realidade, hoje, tem de se defender no tribunal de justiça onde o princípio do prazer é o juiz que a está presidindo.”¹⁸⁸ Inverteram-se os papéis de vilão e vítima: na modernidade, a liberdade e o prazer são vítimas da segurança e da ordem; na pós-modernidade, é a segurança que é vítima da liberdade. Em uma sociedade em que “os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão se suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade”, os mal-estares “provêm de uma

¹⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit., p. 46/71.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 08.

¹⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 09.

¹⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 09.

¹⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 09.

espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais.”¹⁸⁹

O contexto pós-moderno é, assim, caracterizado pelo pluralismo, pela aceitação das diversas expressões de liberdade do indivíduo. As verdades – mesmo elas – são plurais. Fica superada a noção de verdade única, inclusive sobre a própria teoria da verdade. Fala-se em uma teoria das verdades. Nas palavras de Zygmunt Bauman:

[...] porque a pluralidade das verdades deixou de ser considerada um irritante temporário, logo destinado a ser deixado para trás, e porque a possibilidade de que diferentes opiniões podem ser não apenas simultaneamente *ulgadas* verdadeiras, mas ser de fato simultaneamente *verdadeiras* [...] (grifos originais)¹⁹⁰

Assim, a questão da distinção entre verdade e inverdade cede espaço ao diálogo entre verdades. “A tarefa da razão filosófica parece estar se deslocando de legislar acerca do modo correto de separar a verdade da inverdade para legislar acerca do modo correto de traduzir entre línguas distintas, cada uma gerando e sustentando suas próprias verdades.”¹⁹¹

A pós-modernidade, em verdade, não tem lugar para as dicotomias, tais como verdade/inverdade, ciências naturais/ciências sociais, sujeito/objeto etc.

Nesse sentido, afirma Boavenura de Souza Santos que, no emergente paradigma científico, carece de sentido a dicotomia ciências naturais e ciências sociais, bem assim outras dicotomias como natureza/cultura, mente/matéria, observador/observado, subjetivo/objetivo, dentre outras. Neste novo paradigma, não se tem um conhecimento dualista, considerando, inclusive, a relação estrutural recíproca entre o que antes era tido em polos opostos.¹⁹²

Por exemplo, o conceito de natureza depende daquele de cultura; não há natureza sem cultura, nem cultura sem natureza. São dois; é um. Daí a noção de ambiguidade. No âmbito do Direito, por exemplo, é o que ocorre com a superada dicotomia interesse público/interesse privado. É o que ocorre com as noções de sujeito e objeto.

A crise do paradigma moderno já apresentava, como uma de suas condições teóricas, a ideia de que não se conhece do objeto senão o que é nele introduzido pelo sujeito

¹⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 10.

¹⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 10.

¹⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 148.

¹⁹² SANTOS, Boavenura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit., p. 46/71.

(princípio da interferência estrutural entre sujeito e objeto). Supera-se a dicotomia sujeito/objeto para que esta relação assuma o caráter de continuidade estrutural. Por isso, afirma o autor que o objeto é continuação do sujeito, e todo conhecimento científico seria autoconhecimento.¹⁹³

O conhecimento científico não é descoberto, mas, sim, criado, por meio de um ato criativo protagonizado pelo sujeito.

Demais disso, segundo Boaventura de Sousa Santos, no paradigma emergente, método é linguagem. A realidade (o objeto) responde na língua em que é perguntada.

Linguagem é interpretação; nela, há o significante (objeto de interpretação) e significado (resultado da interpretação). A linguagem é o caminho percorrido entre significante e significado. Se método é linguagem, logo também é este caminho; também é interpretação.

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se, perderam gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia, da política, da sociologia, dentre outras esferas, desenvolve novas formas de relações jurídicas, como o caso das celebrações realizadas de forma eletrônica. Sendo assim, não é cedo alcançar a suficiência do ordenamento jurídico posto, devido à incerteza da incidência do mais ténue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

No que diz respeito a esta corrida tecnológica, a sociedade, hodiernamente, vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. O contato físico entre os interessados já não é mais necessário, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica, era fundamental, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aeroespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada a parca e insuficiente

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*, cit, p. 46/71.

normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução.

O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos que surgem a todo instante. Nada obstante a discussão de o ordenamento jurídico estar preparado ou não para tais relações, ainda que não contempladas, elas existem e, por conseguinte, devem ser tuteladas.

Preleciona Ricardo Maurício Freire Soares que os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos princípios e de formar de se produzir o direito.¹⁹⁴

Assevera, ainda, que é possível divisar os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna como sendo um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

É plural porque se manifesta na implosão dos sistemas normativos genéricos e o consequente surgimento dos microssistemas jurídicos, como o direito do consumidor. Tal fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais.

O pluralismo também se manifesta através do surgimento dos interesses difusos, que transcendem a esfera dos indivíduos para alcançar toda a comunidade jurídica. A pluralidade apresenta-se como solução à incapacidade do monismo legalista estatal em face da complexidade apresentada pela sociedade pós-moderna.

Ou seja, a legislação codificada que pretendia atender a todos os anseios da sociedade moderna, seja pela velocidade com que as estruturas sociais têm se modificado, seja pela complexidade das relações, não mais se revela como um instrumento hábil à regulação da sociedade.

¹⁹⁴ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 68.

Aponta ainda Ricardo Maurício Freire Soares que o fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno figurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social¹⁹⁵.

Já não se pode conceber o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico.

Valério de Oliveira Mazzuoli corrobora ao afirmar que o direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo¹⁹⁶. Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a lei e os valores em jogo em cada caso concreto.

Segundo o referido autor, o direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo). Ele se tornou muito mais complexo, mas nunca, como agora, reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da subsunção, passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto¹⁹⁷.

Continua Ricardo Maurício Freire Soares prelecionando que o direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositalmente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que possa adaptá-lo aos novos tempos¹⁹⁸.

Veremos mais adiante que, em face desta necessária característica prospectiva, que procura preservar a utilidade do texto normativo por algum tempo e viabilizar a aplicação do direito ao mundo de fatos complexos hoje existentes, a hermenêutica jurídica despontará

¹⁹⁵ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 69.

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características do Direito na Pós-Modernidade. *Revista de Direito*, vol. 13, n. 17, ano 2010, p. 04.

¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características do Direito na Pós-Modernidade, cit, p. 05.

¹⁹⁸ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*, cit, p. 69.

como uma ferramenta essencial à aplicação do direito justo na seara da vivência pós-moderna, sendo, pois, um contrasenso a limitação interpretativa de textos relevantes da Constituição Federal através de súmulas com efeito vinculante.

Destaca, ainda, o mesmo autor que o fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Entende-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se cada vez mais plausível o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do direito no contexto de interações comunicativas. Desse modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica.

Complementa afirmando que tanto a teoria quanto a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas.

O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a mera operação lógico-formal, mas concatenam fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial para a persuasão dentre argumentos igualmente válidos.

Por fim, assevera que o direito pós-moderno é relativo, uma vez que não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas dados relativos e provisórios.

É o que se verifica, sobretudo quando se lida com uma verdade construída argumentativamente. De acordo com os adeptos da teoria da argumentação, festejada no cenário jurídico pós-moderno, dentre eles, Habermas¹⁹⁹, Perelman²⁰⁰ e Alexy²⁰¹, o discurso jurídico deve ser construído argumentativamente no esteio de uma série de formas e regras que reste garantido o mínimo de legitimidade ao falante para com o seu auditório, de modo a se atingir, ao final, uma pretensão de correção, que não corresponde à verdade absoluta, mas a uma verdade consensual alcançada argumentativamente.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

²⁰⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

3.5.1.3 A súmula vinculante e o seu (des) contexto na pós-modernidade jurídica

É visível a problemática em que está inserido o Poder Judiciário, com milhares de demandas acumuladas, muitas delas repetidas, a exemplo de questões tributárias, consumeristas que envolvem planos de saúde ou empresas de telecomunicação, e o surgimento de demandas cada vez mais complexas, envolvendo muitas vezes problemas sociais.

Compreensível que se pretenda empregar meios capazes de solucionar (ou amenizar) de alguma forma tais situações.

Entretanto, a utilização da súmula com efeitos vinculantes como solução para tanto pode ocasionar problemas muito maiores e mais complexos, uma vez que se estará atuando em desconformidade com os paradigmas da pós-modernidade.

Em capítulos anteriores, alinhávamos que a modernidade jurídica foi um período em que os Estados modernos viviam uma transição do absolutismo monárquico para o capitalismo burguês, que necessitava institucionalizar a sua ideologia. O período das trevas deu lugar ao século das luzes, em que a ciência imperaria como única forma de saber segura digna de confiança num momento sério em que a segurança era buscada para o esquecimento das barbáries praticadas por ocasião da tomada da Bastilha.

Na seara jurídica, a segurança e a institucionalização necessárias à manutenção da euforia *Liberté, Igualité e Fraternité* foram obtidas através da positivação das normas jurídicas que eram impostas pelo novo Estado através de Leis que deveriam ser interpretadas segundo a doutrina Juspositivista que valorizava o interprete autêntico²⁰².

Havia a coincidência entre Lei e norma jurídica, uma vez que com fatos sociais não tão complexos era possível o exercício do direito através de mera subsunção entre norma (premissa maior) e fato (premissa menor).

Neste contexto da modernidade, a súmula vinculante parece se adequar perfeitamente. Na hipótese de haver dúvida interpretativa de uma norma a ser aplicada a um caso concreto, capaz de gerar insegurança, a Suprema Corte Judiciária afastaria o impasse, espancaria a dúvida, impondo a única interpretação cabível a todos os casos semelhantes.

²⁰² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 388.

Afirma Caimmy²⁰³ que o instituto das súmulas vinculantes, se realmente é mecanismo útil na consolidação da segurança nas relações jurídicas no Brasil, jamais pode ter a si atribuída a capacidade para, sozinho, propiciar esta segurança, com independência de outros fatores, salvo em um paradigma estritamente positivista, que identifica o direito com textos de lei ou normas jurídicas isoladamente consideradas, dissociadas de sua dimensão pragmática ou humana.

Esta visão, entretanto, é equivocada, porque prega uma solução exclusivamente normativa para um problema que é essencialmente humano. Inicialmente, percebe-se que a ideia de segurança “automática” pela adoção da súmula vinculante repousa em uma identidade entre texto de lei e norma jurídica e entre esta e o próprio fenômeno jurídico. Por esta identificação, seria reduzida a complexidade do jurídico até o ponto em que, efetivamente, uma determinação concreta, formulada em linguagem precisa pelo STF, a súmula vinculante, resolveria automaticamente os problemas, já que o texto da súmula seria uma norma jurídica aplicada “sobre todas as outras”, sem possibilidade de conflito real.

Levando-se em consideração o contexto da pós-modernidade em que se encara o fenômeno jurídico como plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, seria um absoluto contrasenso a adoção das súmulas vinculantes como uma solução viável ao combate de problemas pontuais que assolam o Poder Judiciário.

Isto porque o pluralismo que se evoca no mundo jurídico pós-moderno clama por uma multiplicidade de fontes para melhor gerir a aplicação do direito. Trocar a fonte legal – da qual se poderia arriscar uma interpretação razoável a cada caso concreto – para a fonte jurisprudencial sumulada com efeitos vinculantes de uma única interpretação válida acerca de uma norma constitucional, genérica para todos os casos ditos similares, não parece coadunar com o clamor pós-moderno de um direito plural, que admita fontes diversas capazes de regular com eficácia e justiça a complexidade factual hoje existente.

Da mesma forma, já não se pode conceber o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos de uma realidade mutante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico. Esta característica reflexiva em que o direito se estabelece neste novo momento não se

²⁰³ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico*, cit, p. 15.

coaduna com o aprisionamento proporcionado pelas súmulas vinculantes, que, ao eleger uma única direção como justa a uma série de casos concretos, se distancia desta realidade existente no direito pós-moderno.

O reconhecimento do fenômeno jurídico como prospectivo refere à dinamicidade do direito, exigindo do Poder Estatal a elaboração de diplomas legais marcados pela abertura textual. A reiterada utilização de textos normativos contendo cláusulas abertas revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade ao ordenamento jurídico, a fim de que seja possível adaptá-lo aos novos tempos.

As súmulas com efeitos vinculantes, ao revés, reduz a flexibilidade interpretativa preconizada pelo paradigma prospectivo, na medida em que aprisiona as possibilidades interpretativas do texto constitucional à admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que haja possibilidade de se revogar o texto sumulado, a inércia Perelmaniana²⁰⁴ tende à perpetuação do entendimento fixado que, sem dúvidas, perdurará para muito além da realidade social cambiante existente na sociedade pós-moderna.

O fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Tanto a teoria quanto a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. Assim, o raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não fica limitado ao formalismo, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. A retórica assume, nesta senda, papel fundamental à persuasão na concorrência entre argumentos igualmente válidos.

Entretanto, os limites discursivos impostos através das súmulas vinculantes não favorecem à realidade argumentativa verificada no direito pós-moderno.²⁰⁵

²⁰⁴ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁰⁵ Apesar de acreditarmos que esta realidade discursiva, representada aqui pela Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, não tem o seu desenvolvimento favorecido em um texto sintético e fechado como os que compõem os enunciados das súmulas vinculantes, defenderemos, no curso do presente trabalho, que uma possível solução para uma adequada aplicação do instituto da súmula vinculante, minorando-se as dificuldades ora apresentadas, seria justamente experimentar a sua aplicação sob os ditames argumentativos/discursivos, explorando a sua limitada moldura hermenêutica, de modo que se alcance uma norma de decisão adequada à efetiva realidade do caso concreto. Assim, não há que se falar em contradição, quando argumentamos que o instituto da súmula vinculante não favorece à atual realidade discursiva, mas, ao mesmo tempo, pretendemos, dentro dos limites encontrados - reconhecendo-a como texto interpretável - utilizar as regras (aplicáveis) fornecidas pela teoria da argumentação na tentativa de adequar o instituto à uma aplicação de razoável satisfação num sistema que sofre os efeitos da realidade pós-moderna.

Por fim, tem-se que o direito pós-moderno é relativo, uma vez que não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas dados relativos e provisórios.

As súmulas vinculantes, nos moldes em que pretendem a sua aplicação, limitam a interpretação de normas constitucionais relevantes, tendo-as como verdades absolutas para uma série de casos considerados, superficialmente similares. Ainda que haja possibilidade de alteração através de revisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou por provocação de alguns entes legitimados, sabe-se que o sentido comum teórico dos juristas, bem explanado por Lênio Streck²⁰⁶, quando fincado através dos precedentes – sobretudo os de caráter vinculante –, reduz ao extremo toda a capacidade argumentativa em sentido contrário à interpretação da norma sumulada, que passa, por período mais do que necessário, do caráter relativo a absoluto, prejudicando, com isso, a realização de um direito justo e adequado à complexidade mutante que realidade contemporânea.

A admissão das súmulas vinculantes como elemento válido ao balizamento da construção do discurso leva a uma sobrevalorização do uso do precedente, sobre os demais elementos de justificação externa, causando um desequilíbrio desvantajoso à harmonia da construção discursiva do ordenamento jurídico.

Isto porque reduz bastante as possibilidades interpretativas existentes diante da incidência de um texto jurídico sumulado com efeitos vinculantes, já que o Supremo Tribunal Federal, ao editar um ato desta natureza, nada mais faz do que escolher, dentre as argumentações dogmáticas existentes, a que melhor solucione, ao seu olhar político-jurídico momentâneo, uma espécie de lide recorrente no Poder Judiciário.

Fato é que tal forma de administrar a solução dos conflitos sociais auxilia a chamada “coisificação do direito”, inviabilizando uma construção democrática do discurso jurídico pelos seus principais atores, reduzindo esta tarefa a alguns poucos.

Diante do presente quadro, resta uma pergunta: como construir um discurso jurídico calcado numa pretensão de correção argumentativa diante da incidência de uma súmula vinculante?

Parece-nos que a teoria da argumentação através das suas formas e regras de compreensão e interpretação do fenômeno jurídico, revela-se como artifício eficaz ao

²⁰⁶ STREK, Lênio. *Hermenêutica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 1999, p. 51.

contorno de tal problemática, compatibilizando o instituto da súmula vinculante com os ditames da pós-modernidade, ou ao menos minorando os seus efeitos prejudiciais à busca na concretização de um direito justo, dentro dos padrões racionais de justiça.

4 A SÚMULA VINCULANTE COMO TEXTO NORMATIVO E A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO SUMULADO

4.1 Distinção entre texto normativo e norma jurídica

Primeiramente, cumpre fincar premissa básica que estabelece a distinção entre texto normativo e norma jurídica, bastante valorizada no âmbito da interpretação legal, mas que serve, do mesmo modo, como veremos, para distinguir o texto normativo sumulado da norma de decisão, que resulta da sua aplicação.

Preleciona Eros Roberto Grau²⁰⁷ que, em verdade, o objeto da interpretação são os textos contidos nos atos normativos e da interpretação dos textos resultam as normas jurídicas.

Tal compreensão é basilar aos adeptos à teoria comunicacional do direito, segundo a qual direito é texto, convertido em norma jurídica por quem o interpreta e o aplica.

Afirma Gregório Robles, estudioso da teoria comunicacional do direito:

“As decisões²⁰⁸ produzem texto verbalizado cujas unidades elementares chamamos normas jurídicas. Estas normas jurídicas não são proporcionadas diretamente pelas

²⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo: 2009, p. 28.

²⁰⁸ O autor denomina “decisões”, neste contexto, o resultado do ato de fala produzido pelos legisladores, dos quais resulta o texto contido nos atos normativos.

decisões, mas em verdade, constituem o resultado de uma reconstrução hermenêutica que opera sobre o material bruto do ordenamento.”²⁰⁹

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Eros Roberto Grau²¹⁰ complementa que o conjunto de textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.

Riccardo Guastini destaca a distinção entre texto e norma. Para o referido autor, norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.”²¹¹ O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “N” significa N¹, em que N equivale ao texto normativo e N¹ ao sentido que lhe é atribuído.

O texto “N” seria uma disposição que pode ser vista “qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes”. A variável “N¹” estaria para uma norma, assim entendida como “todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições).”²¹²

Riccardo Guastini destaca a ausência de identidade entre disposições e normas, enumerando as razões seguintes: Toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de forma que, dela, são possíveis diversas interpretações. A uma disposição não corresponde uma única norma, mas diversas normas dissociadas. Caracteriza-se, assim, a controvérsia interpretativa.²¹³ A uma disposição pode corresponder mais de uma norma associadamente. Aqui, as possíveis interpretações não se excluem.²¹⁴ Pode acontecer, ainda, que haja disposições sinônimas, da qual decorre uma única norma.²¹⁵ Pode-se, ainda, acrescentar a hipótese de uma norma decorrer da associação de mais de uma disposição, quando se

²⁰⁹ ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Baurueri, SP: Manole, 2005, p. 01.

²¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo: 2009, p. 27.

²¹¹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

²¹² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 25.

²¹³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 34.

²¹⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 35.

²¹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 35.

verificam as disposições incompletas. É o caso de uma disposição exprimir não uma norma acabada, mas um “fragmento de norma”²¹⁶.

Afirma, ainda, ser possível verificar disposição da qual não decorra norma, bem como norma que não seja decorrente de qualquer disposição. Poder-se-á falar em norma sem disposição em dois sentidos: sentido fraco, em que a norma decorre de muitas disposições combinadas entre si (não se trataria, efetivamente, de norma sem disposição) e sentido forte, “quando se trata de uma norma implícita ou não expressa”²¹⁷. Segundo o autor, as normas não expressas não seriam frutos da interpretação, mas, sim, da integração do direito.²¹⁸

Uma norma pode ser decorrente da interpretação de vários dispositivos, assim como há norma sem texto (o princípio da segurança jurídica, por exemplo²¹⁹), como texto sem norma (o preâmbulo da Constituição²²⁰).

Na mesma senda, Humberto Ávila preleciona que as normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”²²¹ Trata-se de uma reconstrução de sentido, do sentido semântico inicial inerente ao texto, já que “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”²²². Denominam “núcleos de sentido” os significados mínimos incorporados ao texto pelo uso linguístico e pela comunidade do discurso. Trata-se a norma jurídica, pois, de uma construção a partir de algo, ou seja, uma reconstrução.²²³

Para Friedrich Muller, se em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo.²²⁴ A “norma pura” não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma... apenas um texto que deve ser visto como forma linguística de uma norma²²⁵.

²¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 38-39.

²¹⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 40-41.

²¹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 43.

²¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 30.

²²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 30.

²²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 30.

²²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 32.

²²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 33.

²²⁴ MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

²²⁵ MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad., cit, p. 192.

Verifica-se, pois, que o texto normativo, por mais preciso que seja, não é elaborado para uma determinada pessoa, mas para uma gama de leitores, sabe-se então que o mesmo será interpretado não segundo suas intenções, mas de acordo com uma complexa estratégica de interações que também envolve os leitores, ao lado de sua competência na linguagem enquanto tesouro social.

Daí o caráter alográfico do direito, revelado na medida em que o seu sentido não é intrínseco às suas palavras, ao que se mostra aparente, mas sim resultado de uma atividade hermenêutica.²²⁶

4.2 A hermenêutica e a interpretação do direito. Prenúncio à criação da norma de decisão

O papel da hermenêutica é fundamental à interpretação do direito e, por conseguinte, à criação da norma de decisão, sendo relevante uma breve investigação acerca da contribuição dos principais pensadores que contribuíram para a evolução desta disciplina à um patamar de instrumentalização em consonância com a pós-modernidade.

4.2.1 A contribuição de Schleiermacher

Após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a idade média pelas interpretações Agostiniana e Tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza filosófica.²²⁷

Importante destacar a contribuição de Friedrich Schleiermacher para a estruturação da hermenêutica como uma arte da compreensão geral, que pudesse servir de centro e base a toda hermenêutica especial. Schleiermacher superaria a literalidade da interpretação gramatical em prol do que denominou de interpretação psicológica com a qual revisitaria o pensamento do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram a sua existência.

²²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 30.

²²⁷ SOARES. R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06.

A proposta de Schleiermacher era de criar uma hermenêutica como arte geral da compreensão, dado que o que existia podia ser considerado como uma pluralidade de hermenêuticas especializadas (filológica, teológica, jurídica...).

Reconhecia que cada área tem suas particularidades hermenêuticas, mas subjacentes a essas diferenças há uma unidade fundamental.

A hermenêutica, para Schleiermacher deve lidar com a arte da compreensão daquilo que é dito, estado fora deste ramo do saber o fenômeno da explicação.

O seu ponto de partida como pergunta problema é, segundo Richard Palmer²²⁸: “como é que toda e qualquer expressão lingüística, falada ou escrita é compreendida?... O ouvinte recebe uma série de meras palavras, e subitamente, através de um processo misterioso, consegue adivinhar o seu sentido. Esse processo misterioso de adivinhação é o processo hermenêutico.”

Schleiermacher irá explicar o fenômeno como fruto de um diálogo entre o sujeito e objeto que se dá através de um processo reverso que parte da composição (reconhecimento das palavras do texto escrito) e retorna às idéias que passaram à mente do autor para a confecção da composição/texto.

Assim, a interpretação consiste numa atividade que ocorre em dois momentos; um primeiro momento gramatical (de análise da expressão/texto dito) e outro psicológico (em que se busca tudo aquilo que se inclui na vida psíquica do autor).

O princípio em que se assenta esta reconstrução, seja ela gramatical ou psicológica é o chamado círculo hermenêutico.

O círculo hermenêutico é o que Schleiermacher caracteriza como a relação entre as partes individuais e o todo de um objeto de interpretação. Para que haja a compreensão é necessária a relação mútua entre a parte e o todo. A compreensão tanto da parte quanto do todo depende de uma relação cíclica e dependente entre parte e todo, o que Schleiermacher denomina de ciclo hermenêutico.

Levanta-se a discussão acerca da inexistência de lógica no círculo hermenêutico, sendo, na prática, impossível realizá-lo, uma vez que se o conhecimento da parte depende do conhecimento do todo e este do conhecimento da parte, não há como implementar, salvo se

²²⁸ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 93.

houver um salto da parte ao todo para que se viabilize uma construção gradual do ciclo hermenêutico. Scheleiermacher diz que o fechamento do círculo se torna possível, então, através de uma compreensão prévia, ainda que superficial, do todo. Tanto em termos de linguagem quanto do tema deve haver uma pré-compreensão do intérprete que através de suas experiências anteriores irá experimentar o substrato apresentado para daí desenvolver o processo de compreensão.

4.2.2 A contribuição de Dilthey

Entretanto, é com a obra do filósofo Wilhelm Dilthey que a hermenêutica adquire o estatuto de um modo de conhecimento da vida humana, especialmente apto para apreender a cultura, irreduzível em si mesma aos fenômenos naturais²²⁹.

Dilthey retomou o projeto de uma hermenêutica geral, abandonado após a morte de Scheleiermacher. Seu projeto se baseou numa hermenêutica voltada para as *geisteswissenschaften* (todas as humanidades e ciências sociais). Seu projeto, entretanto foi voltado para uma hermenêutica que apresentasse métodos para alcançar uma interpretação objetivamente válida. Apesar da objetividade da sua teoria, rejeitava a idéia de se utilizar métodos das ciências naturais às ciências humanas.

Dilthey voltou-se contra o historicismo alemão e contra o psicologismo de scheleiermacher. Segundo Palmer²³⁰, dois antagonismos filosóficos convergiram em Dilthey: realismo empírico e o positivismo anglo-francês / filosofia da vida e o idealismo alemães.

Para Dilthey os novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos tinham que derivar das características da própria experiência vivida, baseando-se nas categorias de sentido e não nas categorias de poder, nas categorias de história e não das matemáticas. A

²²⁹ SOARES, R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07

²³⁰ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 106.

compreensão não é um mero ato de pensamento, mas uma transposição e uma nova experiência do mundo tal como o captamos na experiência vivida.²³¹

As distinções existentes entre as ciências humanas e naturais, sugerem uma metodologia distinta e apropriada para cada uma delas.

Assevera Palmer que “[...] a diferença entre os estudos humanísticos e as ciências naturais, não está necessariamente nem num tipo de objeto diferente que os estudos humanísticos possam ter, nem num tipo diferente de percepção; a diferença essencial está no contexto dentro do qual o objeto percebido é compreendido [...] num contexto que se refere a uma experiência interna”.²³²

Dilthey acreditava que a compreensão era a palavra chave para os estudos humanísticos, sendo a explicação a categoria adequada às ciências naturais.

Uma das principais contribuições de Dilthey foi alargar o horizonte da hermenêutica, colocando-o no contexto da interpretação dos estudos humanísticos.

4.2.3 A contribuição de Heidegger

Já em Heidegger observam-se duas rupturas em relação à concepção preconizada por Dilthey, que, a nosso ver dá um grande passo nos estudos hermenêuticos rumo à concatenação com a pós-modernidade.

Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. Não é capacidade ou dom especial de sentirmos a situação de outra pessoa (Scheleiermacher), nem é o poder de captar mais profundamente o significado de alguma manifestação de vida (Dilthey). A compreensão não se concebe como algo que se possui, mas antes como um modo ou elemento do ser-no-mundo. Não é uma entidade no mundo, antes é a estrutura do ser que torna possível o exercício atual da compreensão a um nível empírico.²³³

Dilthey estabeleceu que a compreensão se dava num círculo hermenêutico e não da compreensão escalonada da parte para o todo. Heidegger avança mais um passo ao explorar as implicações do círculo hermenêutico no que diz respeito à estrutura ontológica de

²³¹ SOARES, R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 08

²³² PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 111.

²³³ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 135-136.

toda a compreensão e interpretação existenciais do homem. Em Heidegger a compreensão se torna ontológica.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares:

Para Heidegger a compreensão passa a ser visualizada não como um ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico...O horizonte da compreensão é a apreensão e o esclarecimento de uma dimensão primordial, que precede a dimensão sujeito-objeto: a do ser-no-mundo. O homem só se realiza na presença. É esta presença que joga originariamente nosso ser no mundo...Ser no mundo é uma estrutura de realização. Por sua dinâmica, o homem está sempre superando os limites entre o interior e o mundo exterior.²³⁴

Heidegger transcende a idéia de compreensão de Dilthey (forma histórica contra forma científica). Foi mais longe defendendo que toda compreensão é temporal, intencional e histórica. Ultrapassou concepções anteriores ao encarar a compreensão não como um processo mental, mas ontológico, não como um estudo de processos conscientes/inconscientes, mas aquilo que se revela como real para o homem.

Nos seus escritos finais volta-se cada vez mais para o problema da interpretação (enquanto exegese), aprofundando mais ainda a sua contribuição para o problema hermenêutico.

O pensamento verdadeiro em Heidegger é definido não como manipulação (subjetivista) daquilo que foi relevado, mas como revelação do que estava escondido. Este processo se dá através de um diálogo com o texto.

No pensamento de Heidegger o homem tem de transformar o ser que se lhe revela na história e tem de se colocar na história.

A filosofia de Heidegger se torna essencialmente hermenêutica, modificando, entretanto, toda concepção anterior de disciplina filológica de interpretação de textos bíblicos; esquema sujeito-objeto; objetividade, normas de validação, texto como expressão de vida (Dilthey).

Heidegger foi mais longe que Dilthey na sua abordagem já ampla da hermenêutica como base metodológica de todas as disciplinas humanísticas; em Heidegger, a hermenêutica

²³⁴ SOARES. R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

aponta para a compreensão enquanto tal. A dicotomia histórico-científica (Dilthey) foi abandonada, para o sustento de que toda compreensão se radica no caráter histórico da compreensão existencial. Abre-se caminho para a hermenêutica filosófica de Gadamer.

4.2.4 A contribuição de Gadamer

Gadamer apresenta em sua obra *Verdade e Método*²³⁵ não só uma revisão crítica da estética moderna e da teoria da compreensão histórica, numa perspectiva heideggeriana, como uma nova hermenêutica filosófica baseada na ontologia da linguagem, em contraposição ao ideologismo alemão de Emílio Betti que procurou manter a hermenêutica em um campo que fosse possível de assegurar resultados objetivamente válidos longe das categorias fenomenológicas de Heidegger, que julgava relativistas e incapazes de produzir uma análise objetiva.

Para Gadamer, a compreensão não se concebe como um processo subjetivo do homem em face de um objeto, mas sim como um modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão como processo ontológico²³⁶.

Gadamer não se preocupa com problemas práticos relativos a obtenção de princípios interpretativos corretos, mas antes pretende esclarecer o próprio fenômeno da compreensão.

O problema da compreensão seria muito mais abrangente que a interpretação em si. Na trilha de Heidegger, Gadamer eleva o problema hermenêutico a um patamar que serve à explicação da própria compreensão do homem no mundo, como uma experiência englobante e universal.

Segundo Palmer, a experiência hermenêutica é um encontro entre a herança (sob a forma de um texto transmitido) e o horizonte do interprete. A experiência ocorre na e pela linguagem. Fazemos parte do mundo e participamos dele através da linguagem e não o contrário. A linguagem tem como função tornar as coisas compreensíveis. O mundo se revela através da linguagem²³⁷.

²³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2004.

²³⁶ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 168.

²³⁷ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa. Edições 70, 1999, p. 210.

Em Gadamer, fora da história não há lugar para o interprete. Não há como ser atemporal e fugir da carga de tradição que carrega. A interpretação de um texto, pois, não é uma abertura passiva, mas uma interação dialética com o texto que se faz possível através da linguagem. A compreensão humana é histórica, lingüística e dialética.

Assim, verifica-se que idéias como a recusa à literalidade textual, a historicidade, a abertura aos valores, a dialogicidade e o horizonte lingüístico estão umbilicalmente ligadas à hermenêutica jurídica e ao exercício da interpretação do direito no mundo pós-moderno.

4.2.5 Da modernidade à pós-modernidade hermenêutica

A evolução da hermenêutica, como visto, perpassa por algumas etapas que acompanham, naturalmente, certas circunstâncias constatadas no contextos político e cultural da sociedade. Na era da modernidade, a hermenêutica de Schleiermacher e, posteriormente, com Dilthey, buscavam uma espécie de sistematização, típica do momento cientificista da modernidade.

O projeto da unificação hermenêutica com uma disciplina geral que abarcasse todas as formas interpretativas existentes ou, ainda, todas as formas interpretativas das “ciências dos espíritos”, como preconizou Dilthey, não deixa de ser uma ambição concatenada com as necessidades do mundo moderno. Assim como a codificação na seara jurídica, pretendia-se algo universal para a interpretação do que ocorre no mundo.

É possível também, uma associação entre o formato regulatório subsuntivo do positivismo legalista vigorante na modernidade e o caminhar hermenêutico desenvolvido à época, seja na hermenêutica geral de Schleiermacher e Dilthey ou nos trabalhos específicos de hermenêutica jurídica desenvolvidos por Emílio Betti.

Verifica-se, por exemplo, que a postura hermenêutica desenvolvida por estes pensadores, no contexto da modernidade, ainda estava nitidamente associada à moldura estanque entre sujeito e objeto. Ora pendendo para a subjetividade (schleiermacher), ora para

a objetividade (Betti), o objeto cognoscível seria algo a ser apreendido pelo sujeito cognoscente, que através da interpretação irá decifrar a vontade do legislador (para os objetivistas) ou a vontade da lei (para os subjetivistas) de acordo com as suas particularidades políticas e ideológicas.

A nova hermenêutica, pois, em consonância com os parâmetros pós-modernos, deve transcender a esta dicotomia sujeito/objeto. Nos projetos de Heidegger e Gadamer, verifica-se uma preocupação com a inserção do sujeito no objeto e vice-versa (ser-no-mundo). A complexidade pós-moderna, não mais comporta a dicotomia simplificada no sujeito e no objeto em dimensões estanques, na ilusão de que o ato de compreender seria apenas a apreensão pelo intérprete – catalisada por instrumentos hermenêuticos - do que está escondido por trás do objeto.

Enquanto se vivia no plano da modernidade, até meados do século passado, as normas legais afiguravam-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do direito como um conjunto de normas postas. A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta²³⁸.

Como já dito anteriormente, a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se perderam gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia e da política, dentre outras esferas, desenvolve novas formas de relações jurídicas; e todas estas inovações se refletem, por óbvio, na esfera estatal, ampliando o seu plexo de atividade e abalando os paradigmas em que costumava se pautar. Sendo assim, não é cedo alcançar a suficiência do

²³⁸ SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

ordenamento jurídico posto, devido a incerteza da incidência do mais ténue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

O fenómeno pós-moderno, sobretudo na seara jurídica, adéqua-se melhor à nova hermenêutica que se constrói e se desenvolve através da linguagem.

O papel desta nova hermenêutica é fundamental para a compreensão do fenómeno jurídico atual que se revela mutante e complexo, tendo que ser desenvolvido através de cláusulas abertas e textos normativos principiológicos, seja para não estar defasado antes mesmo do seu ingresso oficial no ordenamento, seja para comportar numa moldura mais ampla a dinâmica dos fenómenos sociais que a todo instante sofrem mutações, ramificando-se em direções das mais diversas e incertas.

Ocorre que o mundo atual é deveras complexo, de sorte que a atividade legiferante não consegue apreender todos os aspectos relevantes das várias ocorrências objetivadas.

4.3 A norma de decisão e a sua abordagem hermenêutica

A norma de decisão, conforme destaca Eros Roberto Grau²³⁹, seria aquela que resulta de uma interpretação que será aplicada ao caso concreto. Não é interpretação em tese, mas decisão, dentre várias interpretações possíveis, eleita para regular determinada situação concreta.²⁴⁰

Indiscutível que a elaboração da norma de decisão a partir de determinados textos normativos mais concisos e detalhados, enfrenta, na abordagem kelseniana²⁴¹, uma moldura mais estreita, mas partindo de uma análise hermenêutica, não se pode deixar de pontuar que a interpretação do objeto se dá para cada sujeito a um modo; ou seja, de acordo com o

²³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 28-29.

²⁴⁰ O referido autor, em sua obra, parece restringir a norma decisão (aplicada ao caso concreto), à decisão judicial. Entendemos, entretanto, que no contexto da teoria da argumentação, pode ser denominada norma de decisão, toda norma jurídica construída pelo interprete para aplicação a um caso concreto, não importando se processo argumentativo foi desenvolvido no bojo de uma decisão judicial ou de qualquer ato produzido pelos demais operadores do direito, como uma petição inicial, contestação, ou mesmo num estudo de caso. Partimos do pressuposto que o método é o mesmo, seguindo-se as mesmas regras da teoria da argumentação para o alcance da pretensão de correção através de uma justificação racional do discurso, em qualquer das situações, ainda que haja distinções na pragmática retórica da construção dos argumentos a depender do falante.

²⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-391.

pensamento ontológico-existencial de Heidegger²⁴² e Merleau-Ponty²⁴³, a interpretação é vivência, sendo que cada sujeito tem uma vivência distinta, produzindo, pois, interpretações distintas de cada objeto.

Desta forma, por mais estreito que seja o enunciado de um texto normativo, possível se faz uma construção argumentativa de uma norma jurídica, destacada do seu material bruto, viabilizando certa criatividade na elaboração do discurso jurídico a ser produzido pelos intérpretes.

A criação desta norma de decisão, entretanto, ocorre através de um processo complexo no qual, por meio da produção do discurso jurídico, faz-se possível (re) criar a norma jurídica aplicada ao fato concreto. Esta (nova) norma (N¹) pode, em casos mais simples, coincidir com o texto originário (N) ou apresentar, nos casos mais complexos, elementos de comandos normativos distintos (decorrentes de interpretação histórica, sistemática ou teleológica) do que se pensou quando da produção do texto originário (argumento genético), para que seja possível a adequação ao caso concreto.

É a partir dessa (re)construção normativa que se verifica a concretização do fenômeno jurídico, através da incidência da norma jurídica interpretada (N¹) sobre o fato (F), também interpretado (F¹), resultando na aparição da norma de decisão (ND).

4.4 O círculo hermenêutico e a norma de decisão

É possível se indagar como há de existir a norma jurídica (N¹) independentemente dos fatos. E, também, como é possível reconhecer a apreensão dos fatos e a sua afinidade com N¹ sem já considerá-los na sua estrutura.

Tal circunstância leva a crer que não há separação entre a norma interpretada (N¹) e a situação fática sobre a qual incidirá. Em verdade, o exercício hermenêutico é praticamente simultâneo e dependente entre fato interpretado (F¹) e norma interpretada (N¹).

A explicação de como tal fenômeno de incidência se torna viável – já que N¹ praticamente inexistente sem F¹ e vice-versa – se dá através da noção de ciclo hermenêutico.

²⁴² HEIDDEGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. Sobre a essência da verdade. O que é metafísica?, s/d, p. 269.

²⁴³ MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 3 ed. Trad.: Carlos Alberto Riberiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58

O círculo hermenêutico é o que Richard Palmer²⁴⁴ caracteriza como a relação entre as partes individuais e o todo de um objeto de interpretação. Para que haja a compreensão é necessária a relação mútua entre a parte e o todo. Isto porque, se pegarmos uma palavra solta em uma frase (parte), sem observar o contexto da frase (todo), não haverá uma compreensão adequada palavra. Da mesma forma a compreensão da frase (todo) depende da junção das palavras que a compõe (partes). A compreensão tanto da parte quanto do todo depende de uma relação cíclica e dependente entre parte e todo, o que Scheleiermacher denomina de ciclo hermenêutico.

A compreensão se faria possível em razão de um pré-conhecimento que temos do todo, que viabiliza o conhecimento das partes.

O mesmo ocorre quando da interpretação/aplicação das normas jurídicas. O fato não deixa de ser uma parte que integra a norma que seria o todo estruturante da relação jurídica. O texto normativo (N) e a vivência jurídica prévia nos fornecem o pré-conhecimento necessário para a construção da norma jurídica (N¹) que “incidirá” sobre o fato concreto interpretado (F¹).

Esta é a ideia do círculo hermenêutico, do “ir e vir na perspectiva”, nas palavras de Larenz:

O “ir e vir da perspectiva” entre a situação de facto e a proposição jurídica não deve conceber-se como se o observador mudasse apenas a direcção do seu olhar, mas trata-se antes de um processo de pensamento em cujo decurso a «situação de facto em bruto» será conformada enquanto situação de facto acabada (como enunciado) e o texto da norma (como que a norma em estado bruto), na norma suficientemente concretizada para a apreciação desta situação de facto. Este processo está de tal modo condicionado pela colocação da questão de direito, que encontra o seu termo com a resposta definitiva — em sentido afirmativo ou negativo — a esta questão²⁴⁵

Assim, a norma de decisão (ND) seria, pois, o resultado da incidência da interpretação do texto normativo N, que resulta em N¹ sobre a interpretação do fato F que resulta em F¹, podendo ser representada pela expressão: (Dada a existência de “N” e “F”); N¹ - > F¹ = ND.

²⁴⁴ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Edições 70, Portugal, 1969, p. 125.

²⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 395.

Em termos exemplificativos, N poderia ser considerado como o texto de determinado dispositivo legal que, ao ser interpretado pelo magistrado converter-se-á, em N¹; quando em cotejo com F apresentado nos autos que serão interpretados segundo a ótica do magistrado, constituindo-se F¹. Da incidência de N¹ em F¹, tem-se ND revelada através de uma decisão judicial.

4.5 A súmula vinculante como texto normativo

Não se pretende aqui equiparar a súmula vinculante à lei. Trata-se de institutos distintos: o primeiro decorrente de uma norma de decisão, sumulada pela Corte Judicial Suprema, diante da aplicação do texto constitucional a diversos casos concretos em que houve a constatação da insegurança jurídica, em razão da possibilidade de decisões contraditórias nos mais diversos tribunais do país; o segundo é ato do Poder Legislativo, originariamente geral e abstrato e que traz abertura hermenêutica própria de acordo com a necessidade de adequação ao caso concreto.

Por mais que a súmula vinculante tenha sua origem a partir de normas de decisão (na medida em que o seu texto é gerado em decorrência do julgamento de casos concretos), não mais assim permanece após a sua edição pelo Supremo Tribunal Federal.

Afirma Hart acerca da abertura dos textos normativos, inclusive dos precedentes judiciais:

Seja então qual for o modo de comunicação da regra primária de obrigação aos seus destinatários, o certo é que, embora na grande maioria das situações tais modos de comunicação (texto legislativo ou precedente judicial) atuem com clareza, haverá sempre hipóteses em que o conteúdo da comunicação irá revelar-se indeterminado em certo ponto. Quando o veículo pelo qual a regra primária de obrigação contiver tal característica de relativa indeterminação, dir-se-á que tal veículo de comunicação possui textura aberta. Como não são poucas as situações desta natureza nos sistemas jurídicos contemporâneos, pode-se generalizar, afirmando que o próprio sistema jurídico, não do ponto de vista da validade das regras primárias de obrigação, mas sim do seu conteúdo, possui textura aberta²⁴⁶

Evidente, então, que o texto sumulado torna-se substrato, texto normativo (N) que, após interpretado e vertido em norma interpretada (N¹), diante do cotejo com os fatos interpretados (F¹) servirá à confecção de novas normas de decisão (ND) que serão produzidas

²⁴⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. De A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 137.

pelos falantes no discurso jurídico. Seja pelos magistrados ao julgar um caso concreto, no qual contenha elemento empírico capaz de ser submetido à aplicação da súmula vinculante; seja pelo administrador público ao praticar atos administrativos balizados pelo instituto; ou por qualquer operador do direito que deva interpretar o texto sumulado para verificar se efetivamente ocorrerá ou não a sua incidência (e de que forma ela se dará), no caso concreto para o qual irá produzir argumentação jurídica.

Isto porque a aplicação da norma jurídica decorrente do texto normativo sumulado não é uma atividade de simples incidência direta. Trata-se de verdadeira (re)construção hermenêutica²⁴⁷, conduzida através de método argumentativo que dá ao produtor do discurso jurídico, mesmo no limite extremo trazido pelo texto sumulado (N), meios de conduzir o discurso dentro de parâmetros racionais de justificação de modo que possa criar a norma jurídica aplicada (N¹) para que, com a interação dos fatos interpretados (F¹), se atinja uma norma de decisão (ND), bem acolhida por um auditório, por ser digna de uma pretensão de correção²⁴⁸.

Entende-se como a construção argumentativa da norma jurídica de decisão o método através do qual o intérprete irá se utilizar para, através da persuasão, justificar a elaboração do seu discurso jurídico perante o texto normativo trazido pela súmula vinculante. E o método a ser verificado é o proposto através da teoria da argumentação jurídica.

²⁴⁷ Fala-se em (re)construção hermenêutica, pois quando da elaboração do texto da súmula vinculante, já foi realizada uma primeira redução interpretativa do texto consitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 212.

5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY COMO MÉTODO (RE) CONSTRUTIVO DA NORMA DE DECISÃO DECORRENTE DO TEXTO SUMULADO COM EFEITOS VINCULANTES

5.1 A importância da teoria da argumentação jurídica para a confecção da norma de decisão

No tópico anterior tornou-se visível, através do círculo hermenêutico, como se dá a construção da norma de decisão através da incidência entre fato e norma jurídica.

Resta demonstrar como a teoria da argumentação jurídica se revela como método relevante e eficaz à confecção da referida norma.

Propõe-se aqui a utilização de um método argumentativo como mecanismo capaz de viabilizar a confecção da norma de decisão (ND) decorrente da interpretação do texto sumulado (N^1) e a sua interação com o fato interpretado (F^1), mediante o desenvolvimento de um discurso jurídico racional, capaz de atingir uma verdade consensual perante um auditório especializado.

Diante da extremada limitação a que fica submetido o discurso jurídico, em razão da incidência de uma súmula vinculante, justifica-se a necessidade de uma metodologia sólida, capaz de fornecer meios adequados à estruturação da fundamentação e dos argumentos

que servirão à elaboração das proposições e enunciados que resultarão em N¹ (norma interpretada) e F¹ (fato interpretado) para a composição final da ND (norma de decisão).

Como demonstrado anteriormente²⁴⁹, o instituto da súmula vinculante, em que pese os esforços para dar efetividade aos princípios da segurança jurídica e da celeridade (principais elementos que fundamentam a sua existência), revela-se inadequado - dentro de uma análise zetética pura - para atender aos anseios e necessidades reveladas na pós-modernidade.

Independente da discussão se o nosso sistema jurídico já absorveu ou não os paradigmas da pós-modernidade; se vivemos uma modernidade tardia, como defende Lênio Streck²⁵⁰, inegável que a sociedade vivencia e reflete a quebra dos paradigmas existentes, demandando por um mais direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

Não há como negar, principalmente, que as mutações culturais, políticas e sociais são cada vez mais velozes, sendo inviável aceitar que o método do aprisionamento hermenêutico legalista utilizado no passado (e que é revivenciado pela súmula vinculante, atualmente), servirá de marco regulatório adequado à esta sociedade que já sente os efeitos da pós-modernidade.

Assim, tendo em vista o retrocesso filosófico experimentado pelo instituto da súmula vinculante, ao implicar nesta grave restrição interpretativa ao texto constitucional, numa comunidade jurídica que já reconhece e adota uma postura neoconstitucionalista, através da aplicação de um direito cada vez mais principiológico, com cláusulas abertas, justamente para, no contexto da pós-modernidade, ser possível a sua aplicação com eficácia, pretendeu-se a utilização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, como forma de contrabalancear a contrasenso ora verificado.

Em sendo a atividade discursiva, um recurso adequado, dentro dos paradigmas da pós-modernidade, na medida em que admite a possibilidade da construção de uma verdade consensual no discurso, desde que produzidos dentro de determinadas regras que respeitem um padrão de justificação racional, verifica-se a possibilidade da sua utilização para a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico.

²⁴⁹ Vide capítulo 3.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* - uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 24.

A restrição hermenêutica contida no art. 7º da Lei 11.417/2006²⁵¹, revela-se como mais uma justificativa para a adoção da teoria da argumentação como método adequado à (re) construção da norma de decisão decorrente do texto normativo sumulado. Como será visto mais adiante, para a interpretação e aplicação da súmula vinculante no contexto da pós-modernidade, necessária se faz a adoção de um mecanismo que viabilize ao falante, a produção de proposições jurídicas capazes de formular um discurso argumentativo com base em justificações racionais, de modo a se alcançar a pretensão de correção, quando da criação da norma de decisão que decorre do texto normativo sumulado.

Diante da ameaça de um “crime hermenêutico”, a teoria da argumentação se revela como um mecanismo seguro, uma vez que balizada por formas e regras que asseguram uma aproximação razoável da correção da norma de decisão a ser produzida.

Por atender a estes preceitos, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy foi escolhida como referencial teórico no presente trabalho, fazendo-se necessário o conhecimento das principais regras que balizam o discurso racional prático geral e discurso jurídico, segundo a proposta do referido autor.

No presente estudo, busca-se, portanto, viabilizar a construção do discurso jurídico diante da incidência de uma súmula com efeitos vinculantes. Mais precisamente, apontar a teoria da argumentação como método a hábil à elaboração da norma de decisão (ND), valendo-se das regras da teoria da argumentação racional geral prática, bem como das principais normas de justificação interna e externa, valorizando-se, sobretudo, a argumentação empírica, a interpretação e a argumentação dogmática que servirão como instrumento para a conversão de N em N¹ e de F em F¹, bem como da interação entre N¹ e F¹ para a criação de ND.

5.2 Fundamentação e argumentação jurídica

²⁵¹ O referido dispositivo legal traz o texto normativo que obriga o respeito à súmula vinculante, sendo considerada como violada na hipótese de aplicação indevida, o que sugere uma interpretação inadequada foram dos parâmetros da pretensão de correção. O art. 7º da Lei 11.417/2006 tem a seguinte redação: Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Victor Gabriel Rodrigues bem destaca a diferença entre fundamentação e argumentação. Argumentar seria “a arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis”, visando o convencimento do auditório. Já a fundamentação seriam os reais motivos, os fundamentos que lastreiam a construção da decisão jurídica.²⁵²

Assim verifica-se que o falante, além de fundamentar, deve também argumentar se tiver o propósito de convencer o auditório.

Perelman diferencia os âmbitos dos sistemas lógicos, em que as proposições são construídas a partir de axiomas criados e cujas conseqüências são previsíveis, da argumentação em que se faz necessário influenciar através do discurso. Assim, toda argumentação visa à adesão dos espíritos, e por isso mesmo pressupõe a existência de um contato intelectual.²⁵³

Para a existência de uma comunidade em que possa desenvolver o discurso através da argumentação são necessários alguns requisitos mínimos: mesma linguagem; de acordo com a dialética Aristotélica, não se deve discutir com todos, mas com aqueles com que se possa manter um diálogo racional.

O orador deve se preocupar com o seu auditório, a certeza de que os fatos falam por si sós e que a atenção e a credibilidade ocorrem naturalmente, não existem.

De acordo com Perelman o sucesso da adesão ao discurso depende do auditório a que se dirige.²⁵⁴ O auditório seria o conjunto de pessoas que o orador quer influenciar com a sua argumentação. Pode ser que haja uma quantidade de pessoas superior ou muito variável numa palestra, por exemplo, mas o orador deve focar o seu discurso para convencer o auditório a que pretende influenciar.

O engano acerca das características do auditório pode levar a conseqüências desastrosas, como a de um argumento que, a princípio, favoreça a persuasão, leve a uma reação contrária.

Perelman aproveita a retórica Aristotélica para enfatizar que aspectos psicológicos e sociológicos devem ser levados em consideração para a identificação e modo de persuasão do auditório.

²⁵² RODRIGUES, Victor Gabriel. *Argumentação Jurídica – Técnicas de Persuasão e Lógica Informal*. 4ª ed. São Paulo. 2005, p. 13.

²⁵³ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p.16

²⁵⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 21.

Para as hipóteses de auditórios heterogêneos, Perelman destaca que o orado deve ter a habilidade para lançar argumentos múltiplos que sirvam à persuasão de cada grupo específico ali contido.²⁵⁵

Em matéria de retórica, preferível definir o auditório como conjunto daqueles que o orador quer influenciar com a sua argumentação. Cada orador pensa de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que pretende convencer e que constituem o auditório para o qual dirigem seus discursos.²⁵⁶

Verifica-se, pois, o importante papel da fundamentação e da argumentação retórica para o sucesso da persuasão que se pretende através da teoria do discurso. Tais artifícios se revelam fundamentais, consequentemente, para a criação da norma de decisão.

Isto porque, o mecanismo de criação da norma de decisão, como vimos, envolve o desenvolvimento de proposições normativas decorrentes da interpretação do texto sumulado, bem como da interpretação dos fatos, para a posterior concretização da norma decisão (ND) que é a incidência de N^1 sobre F^1 .

Embora a utilização das regras da teoria da argumentação, por si só, sirvam como força retórica para o convencimento do auditório (STF) que irá validar ou não a norma de decisão apresentada pelo falante no discurso jurídico (operador do direito que interpreta a súmula), não devem ser dispensadas todas as formas de argumentação propostas por Alexy²⁵⁷, para aumentar as chances de persuasão.

5.3 Aplicação da teoria da argumentação jurídica na concretização da norma de decisão

Alexy apresenta, na sua teoria da argumentação jurídica, algumas regras gerais do discurso (regras fundamentais; regras de razão; regras de carga da argumentação; regras de fundamentação; regras de transição), bem como regras de justificação interna (lógica estrutural do discurso) e externa (argumentação empírica; argumentação dogmática e uso dos

²⁵⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 21.

²⁵⁶ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 22.

²⁵⁷ Vide argumentação empírica, argumentação dogmática e canones da interpretação nos itens 2.3.2.1 e seguintes.

precedentes), que podem ser úteis à concretização da norma de decisão a ser elaborada a partir do texto contido no enunciado da súmula vinculante.²⁵⁸

Em verdade, a utilização das regras e recursos argumentativos em referência revela-se de extrema importância para que o falante se aproxime a uma pretensão de correção, dentro de parâmetros racionais do discurso, uma vez que a extrema limitação enfrentada diante do texto da súmula vinculante requer - para que se reduza o risco de realizar uma interpretação considerada como inadequada pelo STF- extremo zelo quando da elaboração da norma de decisão diante um caso concreto.

Isto não quer dizer que, necessariamente, todas as regras e argumentos sejam utilizados em todos os casos. Alexy, afirma que as regras da teoria da argumentação podem ser aplicadas por aproximação - uma vez que não é em todos os casos que todas as regras são cabíveis - sem que isso comprometa o alcance da pretensão de correção.

Quanto mais regras puderem ser invocadas, melhor à satisfação da pretensão de correção. Ou seja, mais chance terá o produtor do discurso jurídico (seja um advogado que defende o seu cliente diante de um caso de aparente incidência de súmula vinculante; seja o juiz ao fundamentar sua sentença; seja a administração pública ao praticar seus atos administrativos) de ver o seu discurso – ultimado aqui através da norma de decisão criada em decorrência da interpretação e aplicação do texto sumulado – acolhido pelo auditório específico para o qual se dirige, qual seja, em última análise, o STF.

5.3.1 Aplicabilidade das regras do discurso geral prático

As regras do discurso geral devem ser aplicadas em todas as circunstâncias argumentativas. Tratam-se, em verdade, regras básicas para que enunciados normativos (jurídicos ou não) tenham lógica e coerência, podendo ser aceitos, assim, como discursivamente possíveis.²⁵⁹

²⁵⁸ As regras mencionadas estão explicitadas no capítulo 2, razão pela qual dispesaremos maiores aprofundamentos a respeito das mesmas nesta oportunidade, onde faremos apenas a demonstração teórica e prática da sua utilização no processo de concretização da norma de decisão, mediante interpretação do texto da súmula vinculante para aplicação aos fatos, que também serão objeto de interpretação.

²⁵⁹ Para fins didáticos apresentaremos neste capítulo, de forma exemplificativa, a aplicação isolada as principais regras elencadas por Alexy como pertencentes à teoria da argumentação voltada para o discurso racional prático geral), que poderão auxiliar na construção da norma de decisão, decorrente do enunciado de algumas súmulas vinculantes já editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Importante ressaltar que nem todas as regras tem

Um magistrado ou um administrador público ao interpretar e aplicar uma súmula vinculante, visando a criação de uma ND, não pode descuidar da aplicação das regras gerais do discurso prático geral.

Dentre as regras fundamentais²⁶⁰, como a da não contradição²⁶¹ o princípio da sinceridade²⁶² e o da comunidade²⁶³, são basilares à formulação de qualquer enunciado aceitável dentro dos padrões racionais propostos para que se alcance uma pretensão de correção no discurso construído para a formulação de uma ND decorrente da interpretação de uma súmula vinculante, dispensando maiores comentários.

São verdadeiros pressupostos a uma comunicação racional. Toda argumentação racional deve contemplá-los, sob pena de, em alguns casos, inviabilizar a justificação dos enunciados normativos que venham a ser formulados na construção do discurso.

O princípio fundamental da universalidade, segundo o qual predicados atribuídos a determinado objeto devem ser da mesma forma atribuídos a qualquer objeto igual em todos os aspectos relevantes; e que todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes, pode ser utilizado para balizar a aplicação da súmula vinculante n. 4²⁶⁴, que trata da vedação da indexação do salário mínimo.

Conforme visto anteriormente, a norma de decisão (ND) é criada a partir da incidência de N¹ (norma interpretada) em F¹ (fato interpretado). O mencionado princípio da universalidade pode auxiliar justamente quando da construção do discurso que justifica a criação de N¹.

Segundo o texto existente no enunciado da súmula vinculante n.4, o salário mínimo, salvo nas hipóteses autorizadas pela Constituição, não pode ser utilizado como

aplicação aos textos já sumulados; que algumas das regras só podem ser experimentadas diante de um debate concreto do qual emergiria uma norma de decisão; e que para o alcance da pretensão de correção deverão ser utilizadas tantas regras quantas possíveis para que seja assegurada a racionalidade no discurso, mas que é possível atingir tal desiderato por através do atendimento parcial ou aproximado das referidas regras (e das demais específicas da argumentação jurídica). O que importa é a aplicação das regras que couberem para que seja conferido um padrão racional de justificação ao discurso.

²⁶⁰ Vide tópico 2.2.1.

²⁶¹ Nenhum falante pode contradizer-se.

²⁶² Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

²⁶³ Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.

²⁶⁴ Súmula vinculante n. 4: Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem pode ser substituído por decisão judicial.

indexador de base de cálculo de vantagem de servidor ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

O tema desenvolvido por esta súmula remete diretamente ao art. 7º, inciso IV²⁶⁵, da Constituição Federal que veda, expressamente, na parte final do dispositivo, a vinculação do salário mínimo a qualquer forma de indexação monetária²⁶⁶. Entretanto, nota-se do texto (N) do enunciado da súmula em questão que a vedação é posta especificamente, *a priori*, para indexar base de cálculo de vantagem de servidor ou de empregado, vedada também a sua substituição por decisão judicial.

Valendo-se do princípio da universalidade, para a construção de N¹, a partir de N, possível certa extensão dos limites dos objetos lá elencados para outros que venham a surgir no caso concreto, quando da análise de F, para que sejam contemplados de forma igual todos os objetos semelhantes.

Assim, pode-se afirmar que é discursivamente possível invocar a aplicação da súmula vinculante n. 4, quando da criação de uma ND em que F¹ presente, por exemplo, situação que não seja necessariamente uma vantagem pecuniária (como um adicional de insalubridade), mas propriamente a base de cálculo de uma pensão por morte. Isto porque, trata-se de avaliação de predicados atribuídos a determinado objeto (vantagem de servidor ou empregado), estendida a qualquer objeto igual em todos os aspectos relevantes (pensão por morte), o que torna discursivamente possível a argumentação que tenda à vedação da indexação do salário mínimo em casos de pensão por morte.²⁶⁷

Este mesmo texto do enunciado n. 4, analisado à luz do mesmo princípio da universalidade, pode não contemplar, por exemplo, a indexação do reajuste dos contratos de locação ao salário mínimo, uma vez que, não se podem ser considerados predicados equivalentes (vantagem salarial e contrato de locação). Seria um argumento discursivamente

²⁶⁵ IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

²⁶⁶ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 133.

²⁶⁷ Em razão da simultaneidade da aplicação dos procedimentos utilizados para a criação da ND, a aplicação do princípio fundamental da universalidade quando da criação de N¹, confunde-se com a aplicação da interpretação extensiva, que é, em verdade, técnica hermenêutica que, nesta oportunidade, foi fundamentada pelo referido princípio.

aceitável à formulação de N¹, posto que parte de uma justificação racional, se associada a outras regras do discurso, logicamente, de modo que se atinja a pretensão de correção.

Isto não quer dizer que a referida indexação deva ser aceita, como base neste raciocínio primário, mas sim que há indícios de que a norma de decisão criada em decorrência do texto súmula vinculante n. 4, aplicada a um caso concreto em que os fatos demonstram a existência de contrato de locação com indexação ao salário mínimo, pode ser afastada.

Em relação às regras da razão²⁶⁸ a maioria delas se verifica mitigada, quando se trata do discurso processual²⁶⁹. Sobreleva notar, entretanto, a regra geral de fundamentação, segundo a qual, todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação. Implica dizer que as proposições jurídicas devem ser fundamentadas, podendo ser dispensadas se houver uma justa razão. Uma justa razão pode ser a notoriedade do quanto alegado ou mesmo a existência de entendimento pacífico acerca do tema.

As regras de carga da argumentação²⁷⁰, que servem para regular e distribuir o ônus da argumentação no discurso, devem ser respeitadas pelo falante do discurso jurídico para que se viabilize um grau adequado de justificação racional, na medida em que buscam evitar discriminações infundadas²⁷¹, discussões descontextualizadas²⁷² ou argumentação insuficiente²⁷³.

²⁶⁸ Vide item 2.2.2.

²⁶⁹ Regras do discurso geral prático como a da admissão ao discurso e liberdade de discussão (quem pode falar, pode tomar parte no discurso; todos podem problematizar qualquer asserção; todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades), são mitigadas quando se trata de argumentação produzida no bojo de processo judicial, uma vez que está reduzida às partes e, na maioria das vezes, através dos seus advogados. Mas, nas hipóteses em que se tratar de súmula vinculante direcionada ao cumprimento pela administração pública, como é o caso da n. 11, que trata do uso restrito de algemas, tais regras tem maior adesão.

²⁷⁰ Vide item 2.2.3.

²⁷¹ A primeira regra de carga da argumentação evidencia que quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentar.

²⁷² A segunda e a quarta regras de carga da argumentação evidenciam, respectivamente que (2) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso; (3) Quem introduz no discurso uma afirmação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação

²⁷³ A terceira regra de carga da argumentação evidencia que quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

A primeira regra da carga da argumentação verifica-se bem oportuna a uma adequada interpretação, por exemplo, da súmula vinculante n. 11²⁷⁴, emanada pelo STF, que trata do uso restrito de algemas.

No texto da referida súmula são elencados diversos elementos que servem de parâmetro ao uso adequado das algemas no preso, tais como a resistência, fundado receio de fuga e perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. As referidas situações deverão ser avaliadas no caso concreto pelos agentes que estiverem cumprindo a prisão, mas não há dúvida que a caracterização básica das referidas circunstâncias deve ser observada da mesma forma em todos os casos, para todas as pessoas que se encontrem em situação similar.

Apesar de o enunciado desta súmula ser direcionado, principalmente, aos agentes públicos com atribuição para realizar prisões, tratando-se, pois, de ato material, não deixa de existir um momento discursivo, ainda que em reflexão, que antecede a prática do ato; além do mais, deverá o agente materializar a sua norma de decisão produzida em decorrência da interpretação do texto sumulado, posteriormente, quando da justificação por escrito às autoridades competentes, como determina o próprio enunciado.

Deve ser observado, quando da construção do discurso que conduzirá à produção de N¹ e F¹, se o falante observou o princípio da universalidade, para que a sua ND (norma de decisão que resultou na opção pelo uso das algemas) possa ser considerada como discursivamente possível, atingindo um padrão aceitável dentro do ideal da pretensão de correção, quando da incidência de N¹ sobre F¹.

As regras de fundamentação contemplam a generalizabilidade das proposições afirmadas²⁷⁵; o ensino aberto e geral das regras²⁷⁶; resistência à comprovação histórico-crítica²⁷⁷; respeito aos limites de realizabilidade faticamente dados.²⁷⁸

²⁷⁴ Súmula vinculante n. 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

²⁷⁵ Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe a regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

²⁷⁶ Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

²⁷⁷ As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica.

²⁷⁸ Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

Como exemplo, podemos utilizar a aplicação da regra que preconiza a necessidade de resistência à comprovação de sua gênese histórico-crítica, para analisar a súmula vinculante n.7²⁷⁹, que trata da taxa de juros reais de 12% ao ano.

Segundo o enunciado da referida súmula vinculante, o dispositivo constitucional que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha a sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Entretanto, quando a súmula foi editada, já não se apresentava necessária, uma vez que, o julgamento da ADI 4-7 já havia produzido norma de decisão neste mesmo sentido.

Nesse sentido, evidencia-se a incongruência originária do enunciado da súmula vinculante n. 07, visto que o julgamento da ADI já apresenta efeito vinculante, *erga omnes, ex tunc*, sendo desnecessária a sua edição.²⁸⁰

Segundo Alexy, uma regra não resiste à comprovação histórico-crítica, necessária à composição da sua justificação racional se: (a) originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois a sua justificação, ou (b) se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.²⁸¹

Na hipótese da referida súmula vinculante verifica-se que, desde a origem, não há justificativa racional para a sua edição, uma vez que a mesma finalidade já restara atendida pelo comando exarado pela ADI 4-7.

Assim, a referida regra de fundamentação pode servir ao embasamento de argumentação em discurso promovido pelos legitimados, visando proposta de cancelamento do referido enunciado, posto que inócuo diante das circunstâncias apresentadas.

Por fim, as regras de transição, buscam oportunizar uma mobilidade ao falante, de modo que possa transitar entre o discurso empírico²⁸² e o discurso jurídico; a qualquer tempo passar a uma análise da linguagem ou a um discurso da teoria do discurso.

²⁷⁹ Súmula vinculante n.7: A norma do §3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha a sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

²⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 144.

²⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit. p. 285.

²⁸² A aplicabilidade desta regra será demonstrada em associação à argumentação empírica a ser desenvolvida adiante.

A passagem à análise da linguagem e a um discurso da teoria do discurso, verificam-se úteis à dialética necessária à criação de N^1 a partir de N , visando a criação da ND.

5.3.2 Aplicabilidade das regras de justificação interna e externa

As regras de justificação interna propostas por Alexy, como já dito, servem à certificação da estruturação formal das proposições jurídicas formuladas. É uma forma de se assegurar a correção da formulação lógica dos argumentos jurídicos. Assim, à formulação das normas de decisão decorrentes da aplicação dos enunciados das súmulas vinculantes, importante se atentar ao atendimento das regras de justificação interna. Dentre elas, a que afirma que à fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal, revela-se bastante relevante, posto que recomenda seja a interpretação dos textos normativos interpretados realizada através da condução de princípios.

Já a justificação externa se refere à justificação das premissas estabelecidas na formulação do discurso que cria uma norma de decisão.

Alexy destaca seis grupos de regras de justificação externa: a argumentação dogmática; a interpretação; o uso dos precedentes; a argumentação prática geral; argumentação empírica (discussão acerca dos fatos) e formas especiais de argumentos jurídicos²⁸³. Faremos a demonstração prática das regras de justificação externa mais coerentes com a estrutura das súmulas vinculantes, que sirvam de base à uma aplicação racional dos seus enunciados quando da elaboração de uma norma de decisão.

5.3.2.1 Aplicabilidade da argumentação empírica

Vejamos, por exemplo, o enunciado da súmula n. 01²⁸⁴ editada pelo Supremo Tribunal Federal, em que a argumentação empírica pode se fazer fundamental à construção da

²⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 226.

²⁸⁴ No presente exemplo, em razão da natureza simplificada do presente trabalho, serão explicitadas apenas as principais regras incidentes para a conversão de F em F^1 para a composição da ND. Na aplicação prática do método, como observa o próprio Alexy em sua obra, nem todas as regras precisam ser observadas em sua

norma de decisão. A referida súmula traz o seguinte texto normativo: “*Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, **sem ponderar as circunstâncias do caso concreto**, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.*” (grifamos)

Da análise do verbete em referência, verifica-se que, apesar da estreita diretriz traçada pela Corte Suprema, visando a legítima proteção de preceito constitucional relevante, qual seja o ato jurídico perfeito, em face de uma situação específica, resta, em razão da necessária obrigação de prolator da decisão dever ponderar as circunstâncias do caso concreto, grande margem a ser torneada através da argumentação empírica.

Isto porque, ao mencionar que o preceito que protege o ato jurídico perfeito será violado se a decisão for proferida sem a ponderação do caso concreto, percebe-se que a discussão acerca da incidência ou não da súmula vinculante na hipótese, poderá ser plenamente encetada, principalmente, no campo da empiria.

A argumentação empírica é forma de argumentação que pressupõe enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estado de coisas.

Na teoria do discurso prático geral, também aproveitada no discurso jurídico, a relevância do conhecimento empírico se faz presente por meio da regra de transição segundo a qual, “para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)”²⁸⁵.

É visível que, em numerosas discussões jurídicas, a apreciação dos fatos desempenha papel decisivo, sobretudo se há acordo sobre os enunciados normativos que devem ser aceitos, a decisão acaba dependendo unicamente de quais fatos se devem tomar como base.

Assim, a argumentação empírica far-se-á relevante à persuasão do auditório (STF), quando da construção da norma de decisão (ND) em sede de reclamação constitucional, a respeito da existência ou não da ponderação pelo magistrado das circunstâncias que envolvem o caso concreto (conversão de F em F¹), podendo até mesmo,

totalidade. Para a conversão de N em N¹, foram utilizados apenas a argumentação semântica e genética, sem alteração relevante entre a norma interpretada e o texto sumulado.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 228-229.

em sede profundidade, ser cabível – ainda explorando a seara fática – uma verificação acerca da suficiência da ponderação eventualmente realizada pelo prolator da decisão originária, objeto da reclamação. Tal método pode resultar na aplicação do instituto norte americano do *distinguishing*, que visa o afastamento de precedente a um caso concreto em razão de circunstâncias particulares.

5.3.2.2 Aplicabilidade dos cânones da interpretação

Dentre os cânones propostos por Alexy²⁸⁶, verificamos que denomina de argumento semântico quando se justifica, critica ou afirma algo como possível, com referência ao uso da linguagem, visando demonstrar que uma interpretação é possível. Através desta espécie de argumentação, pode-se verificar o sentido das palavras contidas no enunciado da súmula vinculante. Já que é considerada texto aberto, possível é a interpretação dos seus termos.

Vejam os a súmula vinculante n. 14, que trata do acesso a documentos durante a investigação policial. Seu enunciado estabelece que “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”.

A análise de cada vocábulo deve ser realizada pelo intérprete para que se possa ter uma precisão semântica dos seus termos, merecendo destaque no enunciado em referência, os termos “acesso amplo”; “elementos de prova”; “já documentados em procedimento investigatório”.

A fonte mais indicada para a efetivação de uma argumentação semântica, pode ser um dicionário do idioma ou um dicionário jurídico, quando se tratar de termos técnicos não contemplados em dicionário usual, de modo que se possa verificar o significado dos termos contidos no texto em análise.

No enunciado indicado, o termo “acesso” significa “ato de chegar ou entrar”; “amplo”, remete a “vasto ao extremo, sem restrição”; “prova” é “aquilo que serve para

²⁸⁶ Como verificado no tópico 2.3.2.2, no capítulo 2, os cânones da interpretação são a argumentação semântica; genética; teleológica; histórica; comparada e sistemática.

estabelecer a verdade de um fato ou asserção”; algo já “documentado em processo investigativo” é que está “arquivado em inquérito de investigação policial”.

A interpretação semântica, por ter a finalidade precípua de verificar o significado das palavras contidas no texto interpretado, normalmente é associada a outras formas de argumento para que seja ultimada a norma de decisão decorrente do processo interpretativo.

Através do argumento genético, busca-se avaliar o real sentido do texto normativo quando da sua elaboração. No caso das súmulas vinculantes, necessária a consulta aos julgados que as originou, checando o debate havido entre os ministros do Supremo Tribunal Federal; de onde partiu a sua proposta e qual o contexto da criação da norma de decisão que gerou o enunciado sumulado. Com base nesta análise, ainda que deva ser o único motivador da interpretação, possível obter elementos argumentativos que servem para balizar os limites hermenêuticos da norma decisão criada ao final do processo discursivo.

Como exemplo, ainda em análise da súmula vinculante n. 14, na linha da argumentação genética, devemos observar que o referido enunciado foi o primeiro a ser aprovado mediante provocação do Supremo Tribunal Federal, já que todas as demais foram aprovadas de ofício pela Corte Suprema.²⁸⁷

Em sede de argumentação genética, cumpre asseverar que foi a pedido do então Presidente da OAB, Cezar Britto, que o ministro Presidente do STF, Gilmar Mendes, colocou em pauta para votação o referido enunciado que garante aos advogados o acesso aos autos de investigação, nos quais atuam regularmente como procuradores, ainda que sob sigilo de justiça.²⁸⁸ A gênese do enunciado em questão apresentou especial relevância procedimental, pois, por meio dela passou a ser esclarecido, parcialmente, o procedimento que deverá ser observado para o trâmite deste instrumento. Com efeito, após quase quatro anos depois da Emenda Constitucional n. 45, que instituiu o instrumento constitucional da súmula vinculante, assim como após quase dois anos após a sua regulamentação pela Lei 11.417/2006, inexistia qualquer procedimento claro, delineando os caminhos a serem trilhados para se apresentar a

²⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit., p. 165.

²⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit., p. 165.

proposta de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante quando não derivada da vontade direta do STF.²⁸⁹

A análise da gênese do enunciado revela ainda que a sua edição apenas fez ratificar os direitos fundamentais prescritos e protegidos pela Constituição e pelo ordenamento jurídico brasileiro, contra pretensões espúrias que pretendem instaurar um sistema de investigação sigilosa que subtraia do cidadão prerrogativas mínimas para sua defesa contra o Estado e contra eventuais abusos perpetrados pelas autoridades policiais.²⁹⁰

O argumento histórico desenvolve-se quando expostos fatos que se referem à história do problema jurídico discutido como razões a favor ou contra uma interpretação, verificando-se através de experiências passadas o que é mais adequado ou não à situação atual.

Na súmula em questão, tem-se que a origem do seu enunciado pautou-se na dicotomia existente entre os sistemas inquisitivo e acusatório, em que no primeiro, que remonta à idade média, não era permitida a participação da defesa na fase do inquérito, enquanto no segundo sistema, mais moderno, a participação é assegurada.

Em sendo o nosso sistema atual fundado no sistema acurstório, repugnantes as constantes ocorrências em que advogados, na tentativa de promover a defesa dos seus clientes, viram-se frustrados na obtenção dos documentos constantes do inquérito policial, mormente quando estabelecido segredo de justiça. Criava-se o embate entre o direito à ampla defesa e o interesse público na proteção das informações que, se divulgadas, poderiam por em risco o sucesso da investigação, prevalecendo, pois, a ampla defesa em favor do indiciado.

Já os argumentos comparativos tomam como referência não um estado de coisas jurídicas anteriores ou internos, relativos ao sistema pátrio, mas ao de outra sociedade; verifica-se o direito comparado para que, constatando-se a adequação de determinado instituto ou da maneria como este é tratado no ordenamento alienígena.

Na hipótese do tema em questão, entabulado no enunciado da súmula vinculante n. 14, acesso às provas do inquérito policial pelo defensor do indiciado, o direito estrangeiro, em se revela, em maioria contrário ao quanto determinado pelo texto sumulado.

²⁸⁹ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit., p. 166.

²⁹⁰ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*, cit., p. 171.

O direito alemão tem uma fase de investigação preliminar na qual o Promotor de Justiça pode negar ao defensor constituído o acesso pleno às provas colacionadas, no todo ou em parte; estas podem, ainda, não constar da atuação oficial produzida pelo órgão investigativo - ou seja, devidamente constar dos autos.

O direito espanhol segue a mesma linha, posto que o código de processo penal deste país, tem o sigilo na fase de inquérito como regra, podendo ser dado o acesso ao defensor e ao acusado em algumas circunstâncias. O texto do § 147 dispõe que “*El procedimiento de averiguación o fase de investigación, o procedimiento preparatorio, todos estos nombres tiene, es esencialmente secreto, aunque en determinados casos el inculgado, y su defensor, tienen derecho a estar presentes.*”²⁹¹

Nem mesmo na França, que até hoje se vangloria de ser a pátria da liberdade, admite-se a intervenção da defesa na fase policial. E mais até: não é só durante o inquérito (la poursuite) que o defensor não pode intervir. Até na fase de instrução não se admite a defesa, e mesmo quando o juiz instrutor remete o processo à *Chambre d'Accusation*, que exerce o juízo de acusação, o processo continua sendo secreto. ‘*Dans lè phase policière du process penal, le defenseur n'a pas le droit d'intervenir*’²⁹².

Desta forma, verifica-se que o argumento comparativo revela um discurso contrário ao que sugere o texto sumulado, o que enfraquece a sua argumentação, mas não tem o condão de invalidá-lo; não serve também, a nosso ver, como fundamento único para cancelamento revisão do texto sumulado, uma vez que há outras formas de arugmento que permanecem válidos no sentido de formular norma de decisão que seja tendende à viabilização do acesso do defensor às provas que sirvam à defesa do indiciado, no curso de um inquérito policial.

Há também o argumento sistemático, através do qual deve-se associar à interpretação do texto do enunciado sumulado, à do texto legal e Constitucional, correlatos, havendo como referência os princípios, visando a composição de uma norma de decisão coerente com o ordenamento jurídico.

²⁹¹ GOMEZ-COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal aleman intruducción y normas basicas*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, p. 151.

²⁹² Tradução livre: Na fase policial do processo penal, o defensor não tem o direito de intervir.

No que atine a súmula vinculante n. 14, a argumentação sistemática, dentro do âmbito legal poderia ser desenvolvida sob a ótica de que o texto do seu enunciado se coaduna com o quanto disposto no Estatuto do Advogado, Lei 8.906/94, que através do seu art. 7º, XVI, garante ao advogado o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. O sigilo somente persiste no inquérito quanto a impedir que pessoas do povo ou mesmo o próprio investigado acompanhem o procedimento, mas não pode ser apresentado como óbice ao defensor.

No âmbito constitucional, o argumento sistemático desenvolve-se no sentido de que o princípio da ampla defesa é um direito constitucional do indivíduo de defender-se com todos os meios legítimos de prova existentes. É o que preceve o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O referido princípio norteia toda a defesa de um indivíduo que tem um de seus bens jurídicos ameaçado pelo poder estatal. Confere-lhe, portanto, o poder de apresentar argumentos em sua proteção, requisitar diligências, impugnar ações contra si, constituir um profissional habilitado à sua defesa, ser notificado de todos os atos inerentes a sua pessoa, etc.

Desta forma, o argumento sistemático propicia, no exemplo em questão, uma coerência discursiva entre os textos normativos existentes no ordenamento, a respeito do tema em voga, qual seja, o acesso pela defesa às provas documentadas no inquérito policial, servindo a uma maior probabilidade de alcance à pretensão de correção pela norma de decisão produzida em decorrência do texto sumulado.

Por fim, tem-se a argumentação teleológica que pressupõe uma análise detalhada de conceitos de fim e de meio, assim como dos conceitos vinculados aos de vontade, necessidade, prática e fim do texto normativo.²⁹³

Como visto, o enunciado da súmula vinculante n. 14 estabeleceu um texto em que se assegura ao defensor ter acesso amplo aos elementos de prova que, *já documentados*

²⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005, p. 235.

em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Entretanto, a interpretação dos fatos (F¹) pode demonstrar que documentos relevantes à entabulação da defesa, que ainda não foram documentados nos autos do inquérito após um tempo razoável da sua colheita, ou até mesmo propositalmente, no intuito de resguardar informações que deveriam estar disponíveis à defesa, mas que a autoridade policial entende que devam ser matidas em sigilo pelo bem da investigação.

Na hipótese de documentos não arquivados nos autos do inquérito, a interpretação semântica do texto da referida súmula, não autoriza o acesso do material ao defensor. É a interpretação literal de N, gerando N¹ restritiva e, por conseguinte, uma ND em que afastaria a aplicação da súmula no caso concreto.

Entendimento, restritivo que não se coaduna com a realidade fático-social brasileira, em que é possível e comum haver, por parte das autoridades policiais o arquivamento tardio das provas, impedindo-se o seu acesso a quem quer que seja.

Entretanto, através da interpretação teleológica, em que se pretende ajustar o texto interpretado à sua finalidade útil e prática, verifica-se como discursivamente possível a argumentação no sentido que, em se tratando da preservação do direito à ampla defesa, que é o se pretende resguardar na hipótese, verificada a postergação proposital ou não do arquivamento das provas que interessam saber à promoção da ampla defesa do indiciado, devem ser tornadas acessíveis, promovendo-se o seu arquivamento imediatamente, ou mesmo na impossibilidade deste, caso os autos do inquérito estejam fora da repartição policial.

Assim, esquematicamente, temos que o texto sumulado (N) sugere a impossibilidade de acesso aos autos do inquérito sempre que as provas necessárias à defesa não estejam arquivadas; Utilizando-se da argumentação empírica, entretanto, na interpretação dos fatos (F), obteve-se F¹ que revela o não arquivamento displicente ou proposital das provas que interessam à defesa do indiciado; desta forma, atravessado o círculo hermenêutico, verifica-se que, diante desta situação fática, a interpretação de N, gera N¹, apoiada principalmente no cânone da interpretação teleológica conduz à construção discursivamente possível, com base em argumentos racionais a implementação de uma ND que tenha viabilize o acesso ao Defensor, às provas que digam respeito ao direito de defesa do indiciado, se estas não se encontrarem documentadas nos autos por dolo ou desídia da autoridade policial.

Ou seja, é discursivamente possível afirmar que estaria descumprindo a súmula vinculante n. 14 a autoridade policial que vedar o acesso a provas ligadas à defesa, inda que não arquivados nas circunstâncias supramencionadas.

Desta forma, valendo-se das regras gerais e especiais do discurso jurídico propostas por Alexy, especialmente dos cânones interpretativos, torna-se viável uma maior mobilidade na construção do discurso jurídico diante dos limites impostos por uma súmula vinculante, mediante argumentação persuasiva desenvolvida pelo operador do direito que pretenda produzir norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto.

Poderá o interprete utilizar-se dos argumentos genético, histórico, sistemático e teleológico, a depender da situação concreta, para a realizar a interpretação do texto normativo que viabiliza a conversão de N em N¹ e da argumentação empírica, bem como das regras de transição para a conversão de F em F¹, criando, em suma, a norma de decisão decorrente do texto sumulado, que reflete a real aplicação da súmula ao caso concreto, de forma mais adequada à realidade existente.

5.3.2.3 Aplicabilidade da argumentação dogmática

Como visto, Alexy conceitua a argumentação dogmática como uma série de enunciados que se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, estando entre si numa relação de coerência mútua, formados e discutidos dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e têm conteúdo normativo.²⁹⁴

O argumento dogmático tem utilidade quando se faz necessária a afirmação (funções estabilizadora e de descarga) ou mesmo a correção/adequação (funções de progresso e técnica), de algum conceito, entendimento ou método jurídico, fundamental à interpretação/aplicação dos textos normativos, inclusive das súmulas vinculantes.

Através da função técnica da dogmática é possível, pois, realizar a construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, intuições jurídicas, etc... Dessa maneira, a

²⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, cit., p. 249.

dogmática desenvolve uma função de informação, promovendo o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica.²⁹⁵

A aplicação do argumento dogmático pode ser verificado, por exemplo, na aplicação da súmula vinculante n. 13, que trata do nepotismo.

O enunciado da referida súmula dispõe que “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Verifica-se que o enunciado da referida súmula traz uma série de elementos conceituais que necessitam da argumentação dogmática para a interpretação do texto normativo, visando a elaboração da norma interpretada (N¹).

Conceitos de institutos como “nomeação”, “servidor”, “cargo de direção, chefia e assessoramento”, “administração direta e indireta” embora estejam assentados em lei, requerem uma sólida argumentação dogmática, em sede de direito administrativo, para que sejam aplicados de forma adequada, quando da sua incidência aos fatos interpretados (F¹).

Assim como, a argumentação dogmática no âmbito do direito de família, serve à definição e estabelecimento de parâmetros do que deve ser considerado como “cônjuge”, “companheiro” ou “parente em linha reta”, “colateral ou por afinidade, até o terceiro grau”.

Pode-se pensar, em um primeiro momento, que a maioria destes conceitos já são pacificados em nosso sistema jurídico, razão pela qual dispensaria a argumentação dogmática. Pelo contrário, se conceitos como os de “cargo público” e “parente em linha reta” são lugar comum aos operadores do direito, isto ocorre justamente em razão da utilização da argumentação dogmática, através das suas funções estabilizadora e de descarga, que preconizam justamente a sedimentação do conhecimento dogmático produzido através da atividade discursiva.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 261.

Por outro lado, verifica-se, no que diz respeito aos termos “cônjuge” e “companheiro”, que tem havido a constante presença das funções técnica e de progresso, quando da utilização da argumentação dogmática, associada ao uso dos precedentes. Isto porque os conceitos clássicos dos referidos elementos sofreram profunda reconfiguração diante das mutações sociais e culturais ocorridas na sociedade, nas últimas décadas.

A família acompanha a evolução dos costumes e, por isso apresenta-se sob diversas formas para atender as necessidades humanas de cada época. Dentre os diversos modelos de agregação família apresentado pela sociedade, entende-se que pode ser ela matriarcal, concubinária, monoparental, eudemonista e fusional, além de que em algumas sociedades a família também pode originar-se da convivência homossexual, o que altera o padrão legal originariamente estabelecido no texto constitucional, com reflexo nos demais ramos do direito. Na hipótese, apesar do forte apelo doutrinário já existente, pode-se dizer que o reconhecimento da união homoafetiva ocorreu efetivamente quando o Supremo Tribunal Federal a reconheceu como uma entidade familiar, em decisão com eficácia vinculante no bojo da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132.

Gustavo Zagrebelsky, comentando acerca da necessidade de flexibilização da argumentação dogmática afirma, neste sentido, que a essência das sistemáticas constitucionais atuais é a ductilidade, exigindo-se uma dogmática jurídica líquida ou fluída compatível à sua base material pluralista. Assim, estar-se-ia implícita como política constitucional, uma relação de inclusão – ou integração – por meio dos valores e princípios igualmente plurais, e não uma relação de exclusão do diferente segundo a lógica do “o dentro o fuera”.²⁹⁶

Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías e proyectos diferentes [...] –, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.²⁹⁷

Assim, diante da argumentação dogmática, potencializada em sua função progressiva, torna-se um argumento discursivamente possível, dentro dos padrões de

²⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madrid, 2008, p. 12.

²⁹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madrid, 2008, p. 13.

justificação racional, com alcance à pretensão de correção, a elaboração de norma de decisão (ND), decorrente da interpretação do texto da súmula vinculante n. 13, que contemple a exoneração de pessoa do mesmo sexo, considerada como cônjuge ou companheiro (a) da autoridade que promover sua nomeação em cargo de chefia direção ou assessoramento, no âmbito da administração pública.

5.3.2.4 O uso dos precedentes

Da leitura da teoria da argumentação jurídica de Alexy, verifica-se que a sua intenção foi elaborar uma teoria que servisse a todos os tipos de discurso jurídico: falado ou escrito; desenvolvido por magistrado quando da prolação de sentenças ou por advogado quando da promoção das suas demandas, etc.

Assim sendo, elegeu acertadamente, o uso dos precedentes como mais um dos elementos racionais capazes de direcionar o discurso jurídico rumo ao alcance da pretensão de correção.

O uso dos precedentes enquanto argumento que auxilia no direcionamento do discurso jurídico é facilmente verificável quando se busca referencial para embasar a decisão de um magistrado ou a peça de um advogado em determinada linha dentro do que se considera discursivamente possível. Um magistrado deve invocar um precedente para melhor argumentar quando da construção da sua norma de decisão; um advogado deve se utilizar de precedentes para o mesmo fim, sobretudo da suprema corte. E se forem contrariar precedente consolidado, tem o ônus da carga da argumentação voltado para si.

Mas quando o discurso a ser produzido tiver por base enunciado de súmula vinculante, ou seja, um precedente, cabível é a utilização de precedentes para se obter a persuasão, levando-se em consideração que o enunciado da súmula vinculante decorre dos julgados mais relevantes da suprema Corte? Que precedentes serviriam para embasar a argumentação de um operador do direito que pretenda uma interpretação que aparentemente extrapole a semântica, a literalidade do enunciado da súmula vinculante?

Como o instituto da súmula vinculante é tratado no presente trabalho como texto normativo (como ocorre com uma lei), entendemos plenamente viável que a fundamentação da sua interpretação guiada pelos cânones interpretativos já vistos, seja reforçada (além dos

argumentos dogmáticos e empíricos) pelo uso de precedentes que se adequem ao caso concreto.

Se a discussão for no âmbito de órgãos inferiores do Poder Judiciário ou perante a administração pública, plenamente cabível a utilização de precedentes similares (de julgamento que envolva decisão sobre aplicação ou não aplicação da súmula vinculante) em decorrência de julgamentos nos mais diversos Tribunais acerca de caso semelhante; porém, se a discussão for perante o STF, por uma questão de hierarquia, a persuasão no discurso ficaria enfraquecida se utilizados precedentes de Tribunais inferiores em que houve discussão acerca da interpretação e aplicação de determinada súmula vinculante. Nestes casos, fundamental a busca de precedentes oriundos da própria Suprema Corte, onde houve uma interpretação diferenciada (*distinguishing*) em relação a um caso concreto similar para que possa ser utilizado em favor do falante no discurso jurídico.

CONCLUSÕES

I – A súmula vinculante, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei 11.417/2006, é espécie de precedente obrigatório emitido pelo Supremo Tribunal Federal, por votação de 2/3 dos seus membros, após reiteradas decisões uniformes sobre um mesmo assunto, que tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, sendo o seu cumprimento obrigatório pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública;

II - A criação dos precedentes teve relevância no sentido de se evitar a instabilidade do Judiciário, já que cada juiz, pode julgar de maneira diferente em casos

semelhantes, originado decisões contraditórias. Com a força normativa dos precedentes, os casos semelhantes passariam a ser decididos de forma idêntica, impedindo controvérsias e assegurando a isonomia dos julgamentos;

III – A doutrina trava um embate acerca dos aspectos positivos e negativos da súmula vinculante, sendo considerados principalmente a segurança jurídica e a celeridade processual como aspectos positivos; e como aspectos negativos a mitigação à separação dos poderes, a violação à independência e livre convencimento do magistrado e violação ao duplo grau de jurisdição;

IV – Em que pese esta discussão dogmática, verifica-se uma ponderação zetética de maior relevância, que supera esta última, e revela que a súmula vinculante não se adequa aos principais paradigmas da pós-modernidade;

V - No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do direito como um conjunto de normas postas;

VI - A sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência. A sociedade torna-se um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em crise; assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade;

VII - A crise do paradigma moderno, portanto, evidencia-se por meio da superação dos seus fundamentos principais, vale dizer, em vez de eternidade, a história; do determinismo, a imprevisibilidade; da reservabilidade, a irreversibilidade e a evolução; da ordem, a desordem; da necessidade, a criatividade e o acidente. A título exemplificativo, questionam-se os conceitos de lei e de causalidade que lhes é associada;

VIII - O contexto pós-moderno é, assim, caracterizado pelo pluralismo, pela aceitação das diversas expressões de liberdade do indivíduo. As verdades – mesmo elas – são

plurais. Fica superada a noção de verdade única, inclusive sobre a própria teoria da verdade. Fala-se em uma teoria das verdades;

IX – Vivemos atualmente a era informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aeroespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada à parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução. O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos e novas formas de relações jurídicas que surgem a todo instante. Nada obstante a discussão de o ordenamento jurídico estar preparado ou não para tais relações, ainda que não contempladas, elas existem e, por conseguinte, devem ser tuteladas;

X - Os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna estão afeitos a novos paradigmas que revelam um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo;

IX – Por não se coadunar com os referidos paradigmas, a utilização da súmula com efeitos vinculantes como solução para problemas como a celeridade e a segurança jurídica, pode ocasionar problemas muito maiores e mais complexos, uma vez que se estará atuando em desconformidade com os paradigmas da pós-modernidade;

XII - Levando-se em consideração o contexto da pós-modernidade em que se encara o fenômeno jurídico como plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, seria um absoluto contrasenso acreditar que a utilização das súmulas vinculantes como uma solução viável ao combate de problemas pontuais que assolam o Poder Judiciário;

XIII - O pluralismo que se evoca no mundo jurídico pós-moderno clama por uma multiplicidade de fontes para melhor gerir a aplicação do direito. Trocar a fonte legal – da qual se poderia arriscar uma interpretação razoável a cada caso concreto – para a fonte jurisprudencial sumulada com efeitos vinculantes de uma única interpretação válida acerca de uma norma constitucional, genérica para todos os casos ditos similares, não parece coadunar com o clamor pós-moderno de um direito plural, que admita fontes diversas capazes de regular com eficácia e justiça a complexidade factual hoje existente;

XIV - As súmulas vinculantes, nos moldes em que pretendem a sua aplicação, limitam a interpretação de normas constitucionais relevantes, tendo-as como verdades absolutas para uma série de casos considerados, superficialmente similares;

XV - Ainda que haja possibilidade de alteração através de revisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou por provocação de alguns entes legitimados, sabe-se que o sentido comum teórico dos juristas, quando fincado através dos precedentes – sobretudo os de caráter vinculante –, reduz ao extremo toda a capacidade argumentativa em sentido contrário à interpretação da norma sumulada, que passa, por período mais do que necessário, do caráter relativo a absoluto, prejudicando, com isso, a realização de um direito justo e adequado à complexidade mutante da realidade contemporânea;

XVI – Em que pese o constranso que representa a utilização de um instituto como o das súmulas vinculantes diante dos novos paradigmas da pós-modernidade, trata-se de instituto vigente, que tem sido largamente utilizado na tentativa de privilegiar a segurança jurídica e a celeridade processual e que, por esta razão, deve ser compatibilizado à uma utilização adequada a esta nova realidade;

XVII – Para tanto, necessário o reconhecimento da súmula vinculante como texto normativo, que será interpretado para a criação de uma norma jurídica de decisão.

XVIII - A norma de decisão é aquela que resulta de uma interpretação que será aplicada ao caso concreto. Não é interpretação em tese, mas decisão, dentre várias interpretações possíveis, eleita para regular determinada situação concreta.

XIX - Por mais estreito que seja o enunciado de um texto normativo, possível se faz uma construção argumentativa de uma norma jurídica, destacada do seu material bruto, viabilizando uma certa criatividade na elaboração do discurso jurídico a ser produzido pelos intérpretes.

XX - A criação desta norma de decisão, entretanto, ocorre através de um processo complexo no qual, por meio da produção do discurso jurídico, faz-se possível (re)criar a norma jurídica aplicada ao fato concreto. Esta (nova) norma (N¹) pode, em casos mais simples, coincidir com o texto originário (N) ou apresentar, nos casos mais complexos, elementos de comandos normativos distintos (decorrentes de interpretação histórica, sistemática ou teleológica) do que se pensou quando da produção do texto originário (argumento genético), para que seja possível a adequação ao caso concreto. É a partir dessa

(re) construção normativa que se verifica a concretização do fenômeno jurídico, através da incidência da norma jurídica interpretada (N^1) sobre o fato (F), também interpretado (F^1), resultando na aparição da norma de decisão (ND).

XXI - O fenômeno pós-moderno, sobretudo na seara jurídica, adéqua-se melhor à nova hermenêutica que se constroi e se desenvolve através da linguagem. O papel desta nova hermenêutica é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico atual que se revela mutante e complexo, tendo que ser desenvolvido através de cláusulas abertas e textos normativos principiológicos, seja para não estar defasado antes mesmo do seu ingresso oficial no ordenamento, seja para comportar numa moldura mais ampla a dinâmica dos fenômenos sociais que a todo instante sofrem mutações, ramificando-se em direções das mais diversas e incertas.

XXII – Para que se faça viável e pertinente a (re) construção argumentativa da norma jurídica de decisão, propõe-se um método em consonância com os paradigmas da pós-modernidade, com o qual o interprete poderá, através da persuasão, justificar a elaboração do seu discurso jurídico perante o texto normativo trazido pela súmula vinculante. Trata-se da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy.

XXIII - A teoria da argumentação jurídica guarda relação com a teoria do discurso. Procura demonstrar a viabilidade de uma fundamentação racional do discurso, especificamente jurídico calcada em uma série de regras.

XXIV - A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão relevante para a cientificidade do fenômeno jurídico e imprescindível à solidez de um Estado Democrático de Direito. De acordo com esta linha de pensamento, caracterizam-se, como consensos racionais, aqueles passíveis de uma justificação discursiva segundo regras de argumentação.

XXV – Alexy desenvolve a teoria do discurso geral racional prático, que consiste na estruturação de uma série de formas e regras, que serve de baliza à construção de um discurso moral racional, capaz de atingir à pretensão de correção, sendo aceito como válido perante um auditório universal. A partir desta teoria geral do discurso moral, desenvolve a sua teoria da argumentação jurídica, como um caso especial deste, limitado pela lei, dogmática e precedente, onde incluímos as súmulas vinculantes.

XXVI - Tendo em vista o retrocesso filosófico experimentado pelo instituto da súmula vinculante, ao implicar nesta grave restrição interpretativa ao texto constitucional, numa comunidade jurídica que já reconhece e adota uma postura neoconstitucionalista, através da aplicação de um direito cada vez mais principiológico, com cláusulas abertas, justamente para, no contexto da pós-modernidade, ser possível a sua aplicação com eficácia através da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, como forma de contrabalancear a contrasenso ora verificado.

XXVII - A escolha da teoria da argumentação como método adequado para desenvolver a (re)construção da norma de decisão decorrente do texto sumulado não é aleatória, mas se justifica por ser um jogo de linguagem adaptado aos paradigmas pós-modernos, capaz suprir as carências apresentadas pelo instituto das súmulas vinculantes para lidar com o fenômeno jurídico na atualidade cambiante que vivemos. A escolha da teoria proposta por Alexy se dá por ser uma das mais atuais, que congloera e aprimora as demais já existentes, trazendo, ainda, em seu modelo, um detalhamento específico, como já dito, acerca da limitação do discurso jurídico através dos precedentes.

XXVIII - Em sendo a atividade discursiva, um recurso adequado, dentro dos paradigmas da pós-modernidade, na medida em que admite a possibilidade da construção uma verdade consensual no discurso, desde que produzidos dentro de determinadas regras que respeitem um padrão de justificação racional, verifica-se a possibilidade da sua utilização para a interpretação e aplicação das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico.

XXIX - O presente estudo teve por finalidade, portanto, demonstrar a viabilidade da (re)construção do discurso jurídico diante da incidência de uma súmula com efeitos vinculantes, apontando a teoria da argumentação como método a hábil à elaboração da norma de decisão, valendo-se das regras da teoria da argumentação racional geral prática, bem como das principais normas de justificação interna e externa, valorizando-se, sobretudo, a argumentação empírica, a interpretação e a argumentação dogmática que servirão como instrumento para a conversão de N em N¹ e de F em F¹, bem como da interação entre N¹ e F¹ para a criação de normas de decisão que estejam em consonância a realidade discursivo-comunicativa, complexa e mutante que se faz presente na pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Hermenêutica concretizadora*. Revista do Magistrado, Salvador, p. 8-11, 11 ago. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CHASE, Oscar G. “A ‘excepcionalidade’ americana e o direito processual comparado”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*; prefácio Luiz Rodrigues Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o “fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. *Revista Forense*, São Paulo, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./ago. 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 4, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio: *A Dimensão da Magistratura no Estado de Direito*. São Paulo: RT, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. *Conhecimento e interesse*. Int. e Trad. José N. Heck. Editora: Zahar Editores. Rio de Janeiro – RJ, 1982.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. De A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 10. ed. Trad. de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 838, p. 42-74, ago. 2005.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Dissídio jurisprudencial e súmula vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo do Conhecimento*. 4ª ed., Revista do Tribunais, São Paulo, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: <http://www.almeidamelo.com.br> Acesso em: 27 jul 2012.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina* / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo; Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª São Paulo: Atlas, 2005.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Retóricas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIMENTA, P. R. L. *A súmula com efeito vinculante na lei nº 11.417/06*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo, n. 50, p. 101-110, maio 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (org.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna.*, v. 2, n. 2, 1988.

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

SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 2004.

SILVEIRA NETO, Antônio. *Súmula de Efeito Vinculante*. Disponível em <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art64.html>, acessado em 02 de Agosto de 2012.

SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba. Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417/2006*. 3ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico Filosófico: investigações filosóficas*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madri, 2008.