

**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSOS DE MESTRADO E DOUTORADO**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MONOPÓLIO DA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL
(UM ESTUDO RETÓRICO-ANALÍTICO ACERCA DA ADOÇÃO DA
SÚMULA VINCULANTE)**

DOUTORADO EM DIREITO

**RECIFE
2009**

EDIL BATISTA JUNIOR

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MONOPÓLIO DA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL
(UM ESTUDO RETÓRICO-ANALÍTICO ACERCA DA ADOÇÃO DA
SÚMULA VINCULANTE)**

Tese apresentada no Curso de Doutorado em Direito,
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Pernambuco - UFPE, sob orientação do Prof. Dr. João
Maurício Leitão Adeodato.

**RECIFE
2009**

Batista Junior, Edil

O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da interpretação constitucional no Brasil: um estudo retórico-analítico acerca da adoção da súmula vinculante / Edil Batista Junior. – Recife : O Autor, 2009.

187 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Hermenêutica (Direito) - Brasil. 2. Juiz - Competência - Brasil. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 4. Norma jurídica - Brasil. 5. Juízes - Decisões. 6. Direito (Filosofia) - Interpretação e construção. 7. Súmula vinculante - Brasil. 8. Jurisprudência - Brasil. 9. Função judicial. 10. Poder judiciário - Brasil. I. Título.

340.143(81)
340.1

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2009-028

Edil Batista Júnior

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MONOPÓLIO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL (UM ESTUDO RETÓRICO- ANALÍTICO ACERCA DA ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do direito e decisão jurídica

Orientador: Dr. João Maurício Leitão Adeodato

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. *George Browne Rego* (Presidente - UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: *George Browne Rego*

Professora Dra. *Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves* (1º Examinadora externa - UNICAP)

Julgamento: aprovado Assinatura: *Virgínia Colares*

Professor Dr. *Jorge Zaverucha* (2º Examinador externo - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: *Jorge Zaverucha*

Professor Dr. *Torquato da Silva Castro Júnior* (3º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: *Torquato da Silva Castro Júnior*

Professor Dr. *Gustavo Just da Costa e Silva* (4º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: *Gustavo Just da Costa e Silva*

Recife, 20 de novembro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Dedicatória:

Para Fabiana, Heitor e Cecília, com amor.

Agradecimentos:

Ao professor João Maurício Adeodato, pelas duas décadas de lições jurídicas e de vida a mim ministradas.

A Josi, Gilka e Carminha, fieis escudeiras na Secretaria das Pós-graduações em Direito da UFPE.

Aos amigos da Procuradoria do Banco Central do Brasil em Recife, por suportarem meu afastamento e, igualmente, o meu retorno.

Agradecimento especial,

**A Francisco José de Siqueira, menestrel malungo,
pelo incondicional apoio na elaboração deste projeto.**

Entre as coisas que podem levar um pensador ao desespero está o conhecimento de que o ilógico é necessário aos homens e que do ilógico nascem muitas coisas boas. Ele está tão firmemente alojado nas paixões, na linguagem, na arte, na religião, em tudo que empresta valor à vida, que não podemos extraí-lo sem danificar irremediavelmente essas coisas. Apenas os homens muito ingênuos podem acreditar que a natureza humana pode ser transformada numa natureza puramente lógica; mas, se houvesse graus de aproximação a essa meta, o que não se haveria de perder nesse caminho! Mesmo o homem mais racional precisa, de tempo em tempo, novamente da natureza, isto é, de sua ilógica relação fundamental com todas as coisas.

(Friedrich Nietzsche in Humano, Demasiado Humano)

RESUMO

A vinculatividade normativa legiferante ou jurisprudencial tem por esteio a confiança no dado jurídico como instrumento de promoção do chamado pacto social. Essa confiança, por sua vez, decorre da crença do valor que o dado jurídico projeta: uma força ontológica naturalmente intuída, para a visão essencialista, e uma força simbólica artificialmente produzida, para a visão retórica.

A reconstrução da história do direito moderno pode ser sintetizada, por um lado, na deliberada busca estatal de elaboração de um projeto legal-racional de dominação lingüística que conseguisse, a um só tempo, reduzir a discricionariedade interpretativa e proporcionar a sistematização do conhecimento jurídico em direção à univocidade normativa, e, por outro, na resistência de uma parcela da magistratura que teve por bandeira os ideais pirrônicos racionais-descontrutivistas, ressaltando o abismo gnoseológico entre norma e fato social, decorrente da abertura cognitiva dos textos legais, e a necessidade da interpretação operativa.

Após a derrocada do Estado legalitário, a axiomatização da norma julgada colegiada foi uma alternativa encontrada pelo pensamento dogmático para o exercício desse controle lingüístico. A opção por uma jurisdição que, no decorrer do Século XX, mesmo nos países de tradição romanista, privilegiou o precedente judicial como instrumento de busca pela certeza e segurança, fez nascer um modelo misto de produção do Direito.

Esse novo modelo evidenciou o fato de que o estabelecimento da pós-modernidade, embora pautado na tônica da complexidade e da certeza mitigada, não teve o condão de modificar o *status quo* jurídico relativamente à crença essencialista no conteúdo ontológico normativo, que apenas teve deslocado o eixo da fé no instrumento legal para a fé no instrumento jurisprudencial, hipertrofiado e igualmente mitificador.

A adoção da súmula vinculante pelo ordenamento brasileiro representa o ápice histórico do processo de axiomatização da norma julgada no País. Representa, também, a transformação de um método decisório em uma metodologia ideologizante, por meio da tentativa da formalização do raciocínio jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, ao deter o absoluto domínio sobre a forma e o conteúdo normativo constitucional, passa a realizar interpretações mais-que-autênticas por meio de instrumentos mais-que-legais. Com isso, controla lingüisticamente as instâncias inferiores, impede o exercício da isostenia argumentativa, inibe a *inventio* e limita a produção do Direito como resultado de uma estrutura modal deôntica pelos demais juízes.

Palavra-chave: Retórica. Hermenêutica. Súmula Vinculante. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The normative binding legislative or jurisprudential has as support the reliability of the legal datum as instrument of promotion of the called social pact. This reliability, on the other hand, is originated on the belief in the value that the legal datum projects: an ontological force naturally intuited, for the essentialist view, and a symbolic force artificially produced, for the rhetorical view.

The reconstruction of the modern Law history can be synthesized, by one side, in the deliberate pursuit of the state in elaborating a project legal-rational of linguistic domination which could get to reduce the interpretative discreteness and provide a systematization of the legal knowledge towards the univocal normative, and secondly, in the resistance of a portion of the judiciary that has as a standard the ideals pyrrhonians rational-deconstructivist, giving prominence to the gnosiological abyss between principle and social fact resulting from the cognitive opening of the legal texts and the need of the operative interpretation.

After the destruction of the legalistic State, the axiomatization of the judicative collegiate norm was an alternative found by the dogmatically thought for the exercise of this linguistic control. The choice for a jurisdiction which, through the 20th century, even in romanist tradition countries, it privileged the juridical precedent as instrument in the search for the certainty and safety and it raised a mixed model of Law production.

This new model has made clear the fact that the settlement of the post-modernity, even ruled by the complexity tonic and by the mitigated certainty, it has not have the prerogative of changing the juridical *status quo* related to the essentialist belief in the ontological content normative, which has just dislocated the faith axle from the legal instrument to the faith in jurisprudential instrument, hypertrophic and identically creator of mythic zing.

The adoption of the binding summula by the Brazilian ordinance represents the historical climax in the axiomatization process of the judicative norm in the country. It also represents the changing from a simple deciding method into an idealistically methodology, through the attempt to formalize the juridical thought.

The Supreme Federal Court when retaining the absolute dominion upon the form and the normative constitutionalist content puts into practice interpretations more-than-authentically through more-than-legal instruments. Hereby, it controls linguistically the inferior instances, it obstructs the exercise of argumentative isotonic, inhibits the *inventio* and limits the Law production as a result of modal deontical structure by the other judges.

Key Word: Rhetoric. Hermeneutics. binding summula. Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. Além das metonímias logosóficas.....	13
II. Da reconstrução histórico-semântica sumular.....	14
III. Da retórica como método investigativo.....	18

CAPÍTULO 1

A PRETENSÃO DE INEQUIVOCIDADE LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO MODERNO E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RETÓRICO-CRIATIVA DOS JUÍZES PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO.

1.1 A supremacia do discurso legislativo racionalista em relação aos discursos dos demais Poderes na arquitetura do Estado Moderno.....	21
1.2 O argumento da loteria judicial como disfunção da estrutura jurídica a ser combatida pelo uso da razão legislativa.....	28
1.3 A codificação das leis como consagração do ideário racional de sistematização do conhecimento jurídico e a persistência cética na demonstração das lacunas legais.....	34
1.4 A necessidade da interpretação operativa em face da insustentabilidade da tese da inequívocidade legal.....	40
1.5 Do Estado Legal ao Estado Constitucional: as promessas do legislador racional e o cumprimento das proclamações dos Direitos Humanos pela retórica prática de uma magistratura atuante.....	45

CAPÍTULO 2

VINCULATIVIDADE E PERSUASÃO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO NOVOS PARADIGMAS DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO ESTADO PÓS-MODERNO.

2.1 O uso do silogismo retórico irresistível pelos juízes na superação do mito iluminista da única resposta correta fornecida pela lei.....	56
2.2 A jurisdição como tentativa de construção, na pós-modernidade, de um subsistema jurídico uniforme em um ambiente social disforme.....	65
2.3 A valorização do precedente judicial e o seu reflexo no modelo estrutural das fontes do direito no sistema civilista como preparação à axiomatização jurisprudencial.....	72
2.4 Do império da lei ao império da jurisprudência: a transmutação pós-moderna do sistema civilista em um modelo misto de produção normativa.....	78

CAPÍTULO 3

O ESTABELECIMENTO DO DIREITO SUMULAR VINCULATIVO BRASILEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO CONSEQÜÊNCIA DO MONOPÓLIO INTERPRETATIVO LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO.

3.1 A experiência jurisdicional vinculativa portuguesa dos assentos como ponto de partida para o processo de sumulação do pensamento jurídico no Brasil.....	88
3.2 O processo de criação da vinculatividade jurisdicional no Brasil: dos assentos à legislação preparatória da súmula vinculante.....	95
3.3 Do concreto ao abstrato: o instrumento sumular como meio de estabelecimento de juízos gerais sintéticos e paradigmáticos.....	106
3.4 A criação da súmula vinculante em face do contexto retórico brasileiro, pateticamente favorável à adoção de qualquer modelo para solução célere dos conflitos jurídicos.	116
3.5 A disfunção estrutural da súmula vinculante: de instrumento quase-legal a mais-que-legal e a conseqüente alteração do modelo hierárquico das fontes do direito brasileiro.....	128

CAPÍTULO 4

DOIS ESTUDOS DE CASO DE SUPERAÇÃO DE RETÓRICAS MATERIAIS PRETENSAMENTE COGENTES EM FUNÇÃO DA ADOÇÃO DA POSTURA CÉTICA.

4.1 À guisa de explicação acerca da escolha dos casos analisados.....	137
4.2 A praxis histórica capitalista da ordem econômica portuguesa e a guinada da retórica socialista revolucionária na constituição de 1976.....	139
4.3 A desvinculada retórica prática do legislador ordinário e o esvaziamento ideológico das revisões constitucionais.....	142
4.4 A morte da retórica prática socialista em face da manutenção da retórica material capitalista proporcionada pela resistência cético-social.....	149
4.5 O caso da ação civil pública em desfavor da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, em face da exploração do sistema lotérico estadual.....	153
4.6 A desvinculatividade da construção sumular na demonstração da manutenção do logos decisional como ato de vontade.....	159

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afasia patético-social brasileira como substrato para o projeto de formalização do raciocínio jurídico pelo Supremo Tribunal Federal.....	166
---	-----

REFERÊNCIAS

Livros.....	179
Artigos e capítulos de livros.....	188
Monografia.....	193

INTRODUÇÃO

Sumário: I. Além das metonímias logosóficas. II. Da reconstrução histórico-semântica sumular. III. Da retórica como método investigativo.

INTRODUÇÃO.

I. ALÉM DAS METONÍMIAS LOGOSÓFICAS.

Esta tese tem por objetivo específico realizar um estudo retórico-analítico¹ acerca do processo de adoção da **Súmula Vinculante** pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos efeitos daí decorrentes.

Enquanto análise retórica, o estudo parte do postulado de que toda decisão judicial é uma violência. Violência contra as demais possibilidades interpretativas que não se efetivam. Contra o caminho diverso pelo qual se opta não trilhar, mas que não conduz necessariamente a destino errado. Nesse sentido, exsurge a consciência de que o ato de decidir encerra em si uma atitude antifilosófica, ao interromper a especulação em um ramo do conhecimento rico em proposições, conceitos e preconceitos, que sempre convida à reflexão: a relação do homem com o seu semelhante em todas as suas contingências.

Essa violência, contudo, pragmaticamente considerada, se apresenta como necessária e socialmente legitimada, porque a resolução do conflito é o escopo final da intervenção estatal, não se podendo esperar dos magistrados apenas atitudes de mera reflexão diante da urgência de julgar que se impõe pela provocação dos utentes do Judiciário.

Uma vez que a interpretação é, todavia, atitude inerente ao ser do Direito, que joga com intrincados signos de conteúdos cambiantes no tempo e no espaço, a sociedade convive, assim, ao longo dos tempos, com o dualismo judicial entre a necessidade de interpretar e a obrigação de decidir. Esse dualismo sintetiza a problematização que envolve a análise do tema proposto, uma vez que a súmula pode ser encarada tanto como solução para a questão da interpretação jurídica para as instâncias ordinárias quanto como um obstáculo para o seu exercício.

Além dos problemas relacionados à hermenêutica jurídica e ao pragmatismo decisional, deverá ser enfrentada, também, a questão da adesão patético-social à norma produzida pelo Estado, legislada e/ou julgada. E esse assunto, intimamente ligado ao objetivo direto da tese, invoca tópicos afetos à

¹ BALLWEG, Ottmar. Retórica Analítica e Direito. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, vol. XXXIV, fasc. 163, Julho/Agosto/Setembro 1991, p. 175 e ss.

persuasão e à vinculatividade, voluntária e/ou involuntária, do Direito, cujos estudos passam a ser igualmente objetivos gerais do trabalho.

A adequada compreensão da adoção do instituto sumular vinculativo proporcionada por uma abordagem retórica, em um corte epistemológico da realidade na qual ele surgiu, permitirá esclarecer a forma como ocorreu a consolidação do monopólio interpretativo jurídico-constitucional nas mãos do Supremo Tribunal Federal, por meio de um instrumento que, a um só tempo, atingiu os particulares com força geral obrigatória e alcançou todas as esferas políticas do Estado.

Ademais, a Lei Federal nº 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados sumulares vinculativos, joga novas luzes a um tema tão antigo quanto o próprio Direito: a importância e os limites da interpretação. E essa legislação servirá como excelente pretexto para a provocação, ao longo do texto, de um debate ainda maior, relativo à controvérsia que igualmente acompanha a história da gnoseologia das ciências humanas: a oposição entre a perspectiva ontológica (ou essencialista) e a perspectiva cética (ou pirrônica²), que existe desde os tempos imemoriais.

Para além das metonímias logosóficas que vêm na retórica um mero instrumento de ornato ou de exercício elucubrativo, a análise proposta se apresenta como um poderoso instrumento apto a ser utilizado tanto para reforçar as bases da novel ontologia sumular vinculativa como para permitir sua desconstrução, por meio do desvelamento das contradições insuperáveis que acompanham a matéria.

II. DA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICO-SEMÂNTICA SUMULAR.

Para o alcance dos seus objetivos gerais e, nomeadamente, do seu objetivo específico, o presente trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. O primeiro deles indicará o ponto histórico de partida da investigação proposta: o estabelecimento do Estado Moderno, com a laicização do Direito e com a revolução burguesa. Foi nesse momento que se evidenciou a hegemonia do Poder Legislativo

² ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica*. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 320.

no processo de criação de normas jurídicas, bem como ocorreu a legitimação do Direito por meio de uma dogmatização que buscou renegar não apenas o divino, mas, principalmente, obscurecer o caráter retórico do fenômeno jurídico.

Será esclarecido de que forma a ideologia racionalista predominante nesse período construiu, no chamado sistema de Direito continental, uma estrutura jurídica lógico-vinculativa que restringiu a discricionariedade jurisdicional, por meio de uma compartimentação léxico-modal que elevou o instrumento legal a um patamar inalcançável às demais esferas do poder estatal, culminando com o processo mitificador da codificação. Será esclarecido, igualmente, como foi possível provocar a adesão patético-social à tese da resposta única do Direito.

O primeiro capítulo ainda abordará a resistência da perspectiva cética no combate a esse cenário ontologizante, bem como a maneira pela qual parte da magistratura deu início à marcante presença da jurisdição na formação do Direito, mesmo nos Estados filiados à tradição civilista.

O segundo capítulo elucidará de que forma o modelo jurídico legal-abstrato do Estado Moderno europeu continental foi substituído por um modelo jurisprudencial-concreto, bem como de que maneira, nada obstante essa mudança de estrutura jurídica, permaneceu inalterada a pretensão estatal do controle lingüístico-interpretativo, tendo por vetor a norma julgada colegiada.

Para tanto, o texto analisará a principal ferramenta utilizada pelos juízes na superação do projeto iluminista: os silogismos retóricos, que proporcionaram liberdade para o exercício da interpretação legal e para a formação da jurisprudência. Demonstrar-se-á o uso crescente pelos juízes dos recursos não dogmáticos para fundamentar suas sentenças, buscando-se superar a convicção de que as decisões judiciais eram obras de natureza meramente jurídica, reconhecendo o fato de que na base do ato jurisdicional típico coexistiam nuances políticas das mais variadas origens, interferindo na interpretação e nas tomadas de decisões.

Sobre o tema específico da jurisprudência, esse capítulo remeterá o leitor ao Direito romano, esclarecendo, a partir desse marco histórico, de que maneira o seu uso foi alterado para permitir o controle judicial do conteúdo normativo, com base no elemento axiológico da justiça, com a pretensão de estabelecer um sistema jurídico uniforme no disforme ambiente social.

O segundo capítulo estudará, ainda, de que forma o sistema jurisprudencial pós-moderno, nascido do argumento da necessária abertura cognitiva do texto legal, proporcionou um novo fechamento interpretativo, criando um padrão decisório vinculativo baseado na norma julgada. Analisará os reflexos dessa situação na estrutura das fontes do Direito nos países de tradição civilista e, finalmente, esclarecerá como o império legal, fruto do processo europeu burguês-revolucionário, foi substituído pelo império jurisdicional, proporcionando ao Judiciário, a partir daí, o *status* de super poder.

Atingindo o âmago da tese, o terceiro capítulo abordará a repercussão desse conturbado ambiente externo no Brasil, com os reflexos específicos na questão da construção sumular vinculativa. Para a perfeita compreensão do tema, o texto inicialmente analisará as origens do sistema jurídico nacional, o que importará na investigação da experiência portuguesa com o instituto dos **assentos**, instrumento que introduziu a idéia do controle lingüístico no ordenamento brasileiro.

Esse capítulo investigará a forma pela qual o sistema jurídico nacional foi, aos poucos, transmudando do paradigma legal para o judicial, culminando com a criação das súmulas de jurisprudência dominante, assim como de que forma o contexto brasileiro proporcionou um ambiente pateticamente favorável à criação de qualquer modelo eficaz para a solução célere dos conflitos jurídicos, tal como a fixação de juízos gerais, sintéticos, paradigmáticos e vinculativos.

Será demonstrado, também, de que maneira a súmula vinculante se transformou de um instrumento quase-legal em um instrumento mais-que-legal, consolidando o monopólio interpretativo constitucional do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, consolidando a tese da resposta única do Direito no sistema jurídico nacional.

No bojo da discussão entre as teses céticas e ontológicas, que marcará todo o presente texto, os estudos de caso constantes do quarto e último capítulo deste trabalho visam a sustentar a afirmação de que o ambiente retórico-material, tal como o que proporcionou a adoção da súmula vinculante no Brasil, está diretamente condicionado pela adoção, ou não, de uma postura não-essencialista por parte dos atores sociais.

Os casos analisados servirão para demonstrar que, mesmo diante da suposta cogência legal/jurisprudencial, são possíveis novas abordagens na realidade em que vivemos, combatendo-se os efeitos decorrentes da opção dogmática pela crença no valor ontológico do Direito, no abandono da perspectiva pirrônica, com vistas ao estabelecimento de um ambiente social marcado pelo pluralismo e pela tolerância.

Vê-se, destarte, que o presente estudo importará em constantes incursões no Direito moderno, pós-moderno e contemporâneo, ressaltando-se que tais conceitos no presente texto partem de uma consideração meramente histórica, a saber, respectivamente: o direito que se estabelece a partir do final do Século XVIII até o começo do século XX; o que se estabelece até os anos 70 do século passado; e o que se estabelece após esse período, até os dias atuais.

A tarefa de reconstrução dessas retóricas materiais será o grande desafio do trabalho. Afinal, nada mais problemático do que retratar tendências políticas, filosóficas, doutrinárias *etc.* tendo por constrangimento objetivo o dado histórico, sobretudo ao considerar que a suposta isenção proporcionada pelo distanciamento geográfico e temporal é mais elemento mistificador do que assegurado da assepsia axiológica exigida para uma perfeita caracterização.

Se a reconstrução semântica da história recente não garante sucesso, uma vez que aquilo que se denomina fato é, quando muito, uma mera expressão lingüística de um evento singular e irrepitível, portanto, incognoscível para terceiros³, a dificuldade da empreitada de investigar algo a partir de eventos ocorridos em passado distante é ainda maior.

Assim, como condição necessária da análise que se pretende realizar, em que pese o risco da ocorrência de saltos qualitativos em uma avaliação histórico-fenomenológica (considerada em si mesma como um elemento retórico, não-escatológica e passível de interpretações distintas), alerta-se que os marcos teóricos fixados ao longo deste estudo terão, de uma forma geral, caráter genérico e precário. Suas demarcações serão mais tentativas de superação de dificuldades práticas do que afirmações de certezas apodícticas sobre as questões em foco.

³ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

Ademais, é importante ressaltar, desde já, em face de outra recorrente metonímia logosófica que povoa o senso comum relativamente à retórica, que não se pretende construir um discurso prescritivo, utilitarista e/ou estratégico⁴. E, embora se compreenda que mesmo a construção analítica pressupõe um elemento irreduzível de persuasão, buscar-se-á respeitar os limites que a separam da retórica prática.

III. DA RETÓRICA COMO MÉTODO INVESTIGATIVO.

Como pode ser percebido pela leitura desta introdução, no rastro do projeto iniciado na Alemanha por Ottmar Ballweg e propagado no Brasil pelo jusfilósofo João Maurício Leitão Adeodato⁵, a presente tese adotará o **método retórico** para o alcance dos seus objetivos específico e geral, tanto na aproximação gnoseológica das retóricas materiais e práticas que proporcionaram a adoção das súmulas vinculantes, como na avaliação ética da retórica material decorrente dessa adoção.

Dessa forma, todo o exame do substrato teórico do presente estudo terá por fundamento epistemológico a consciência de que a linguagem é o único campo efetivamente humano, demasiado humano, com o qual se pode trabalhar, e que o sucesso dessa empreitada exige o nobre ato do abandono das perspectivas antropológicas ricas⁶ e da necessidade atávica pela certeza.

Por óbvio, o manejo do texto igualmente importará na exigência de uma mínima postura retórico-instrumental por parte do leitor, sob pena de sua incompreensão e/ou seu desmerecimento, embora a busca por um consenso gnoseológico entre autor/leitor nem de longe seja visada por esta tese.

A pesquisa bibliográfica, que englobará a doutrina nacional e a estrangeira, desde as obras consagradas relacionadas à hipótese de trabalho até os artigos de periódicos mais recentes, também se submeterá a uma filtragem pelo

⁴ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo. **Inquirição na Justiça**. Estratégias Lingüístico-Discursivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 47 e ss.

⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **A Retórica Constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15 e ss.

⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. **A Retórica Constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

método retórico, de molde a conter ao máximo a propagação de supostas verdades ontológicas incontestáveis, típicas da literatura jurídica.

Mesmo a legislação e os precedentes judiciais, enquanto dados empíricos brutos, colhidos junto às fontes oficiais de informação legislativa e jurisprudencial, deverão ser submetidos a vários tratamentos hermenêuticos – gramatical, histórico, sistemático e, sobretudo, teleológico – com vistas à sua adequada consideração.

Por fim, cuidando-se de trabalho marcado pela interdisciplinaridade, a análise retórico-jurídica ora elaborada buscará um permanente diálogo com os elementos próprios da hermenêutica, da filosofia pura e da filosofia aplicada ao Direito.

CAPÍTULO 1

A PRETENSÃO DE INEQUIVOCIDADE LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO MODERNO E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RETÓRICO-CRIATIVA DOS JUÍZES PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO.

Sumário: 1.1. A supremacia do discurso legislativo racionalista em relação aos discursos dos demais Poderes na arquitetura do Estado Moderno. 1.2. O argumento da loteria judicial como disfunção da estrutura jurídica a ser combatida pelo uso da razão legislativa. 1.3. A codificação das leis como consagração do ideário racional de sistematização do conhecimento jurídico e a persistência cética na demonstração das lacunas legais. 1.4. A necessidade da interpretação operativa em face da insustentabilidade da tese da inequívocidade legal. 1.5. Do Estado Legal ao Estado Constitucional: as promessas do legislador racional e o cumprimento das proclamações dos Direitos Humanos pela retórica prática de uma magistratura atuante.

Capítulo 1

A PRETENSÃO DE INEQUIVOCIDADE LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO MODERNO E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RETÓRICO-CRIATIVA DOS JUÍZES PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO.

1.1 A SUPREMACIA DO DISCURSO LEGISLATIVO RACIONALISTA EM RELAÇÃO AOS DISCURSOS DOS DEMAIS PODERES NA ARQUITETURA DO ESTADO MODERNO.

Este capítulo tem por objetivo investigar de que forma a ideologia ontológica de viés racionalista predominante no surgimento do Estado Moderno pretendeu construir uma estrutura lógico-legal vinculativa que, a um só tempo, restringisse a discricionariedade jurisdicional por meio de uma arbitrária compartimentação léxico-modal e provocasse a aceitação social da tese da resposta única do Direito, obscurecendo o seu caráter retórico.

A arquitetura jusracionalista tinha por meta estabelecer o monopólio estatal jurídico-interpretativo de base legislativa hipertrofiando o *logos* discursivo, entre os Séculos XVII e XVIII, em razão da existência de um ambiente social eticamente favorável às mudanças, destacando-se a franca adesão patético-popular às teses iluministas que buscaram romper com o quadro de privilégios do antigo regime aristocrático. Esse intento se forjou, dentre outros atos, pelos códigos legais promulgados com o pretense caráter de universalidade/inequivocidade, dispensando a interpretação.

A compreensão da construção teórica racional oitocentista pressupõe o conhecimento dos postulados jurídicos epistemológicos que caracterizam o Estado Moderno. Adotando-se uma ordem aleatória, sem importância hierárquica ou cronológica, o primeiro desses postulados é a **pretensão do monopólio da produção jurídica vinculativa**, culminando tanto com o processo de laicização do Direito quanto com a impossibilidade do reconhecimento de um Direito, seja de que origem for, fora do Estado. O segundo postulado é a **supremacia das fontes jurídicas estatais** sobre as fontes espontâneas da produção do Direito, consubstanciada na publicização das relações privadas. O contrato, instrumento

ontologicamente particular, passa a ter como critério de validade sua adequação formal e/ou material às normas editadas pelo Estado, contra as quais as partes não podem mais se insurgir com fundamento na autonomia da vontade. O terceiro postulado é a **emancipação da ordem jurídica em face das demais ordens normativas**, em um processo autopoiético⁷ de criação do Direito. O quarto postulado da modernidade jurídica estatal, e o que mais interessa ao desenvolvimento desta tese, é a **pretensão da dominação lingüístico-tecnológica**⁸, culminando com o estabelecimento de um monopólio interpretativo⁹ situado em determinados agentes políticos legitimados por uma esfera de poder.

Compreende-se, assim, que a modernidade jurídica se estabeleceu a partir do Estado Legal/Constitucional, fenômeno que se manifestou de forma mais nítida após o Renascimento, atingindo seu apogeu com o **Racionalismo Iluminista**¹⁰. A legislação preexistente ao período que antecede à laicização do Direito não caracteriza a modernidade, em face da inexistência dos componentes apontados. É o caso, por exemplo, do Direito greco-romano, no qual a presença da lei é também verificável, mas que ora figura em um ambiente alopoiético¹¹, com profunda influência (às vezes coincidência) de uma ética moral, ora admite a existência de instituições produtoras de Direito tão ou mais importantes quanto o próprio Estado¹².

O Estado Moderno representou um grande avanço relativamente ao período no qual se difundiu a idéia de que o soberano, por ser o legítimo representante da Divindade na Terra, estaria habilitado a ordenar sem um corpo de leis previamente estabelecido. A transposição do poder divino para o temporal está caracterizada no processo de sagração dos reis na França¹³, no Antigo Regime,

⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da Autopoiése à Alopoiése do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, nº. 5. Recife: Universitária da UFPE, 1992, p. 291.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 43 e ss.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1; GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 52 e ss.

¹⁰ Tal afirmação não ignora a existência de leis tão antigas quanto a própria história, tais como o Código de Hamurabi (1792-1750 a.C.) ou Código de Ur Nammu (Séc. XXI a.C.), fundador da 3ª dinastia de Ur, no país dos sumérios.

¹¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Filosofia do Direito*. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 306.

¹² ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica*. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207 e ss.

¹³ SOBOUL, Albert. *História da Revolução Francesa*. Trad. Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 62.

então ungidos por óleos da Santa Ampola, com os quais se impregnavam do poder dos céus.

É significativo o famoso quadro de Jacques-Louis David representando a consagração de Napoleão I e a Coroação da Imperatriz Josefina na Catedral de *Notre-Dame* de Paris, em 2 de Dezembro de 1804, quando o Imperador toma a coroa das mãos do Papa Pio VII e a coloca na própria cabeça. O argumento iconográfico traz subjacente à sua plasticidade a mudança da cabeça a ser coroada: do Rei para o Parlamento, dando a idéia do estabelecimento do império legal.

Exemplo também importante do período em que ocorreu o processo de construção de um Estado laico foi dado pela Revolução Inglesa de 1688, que representou a supremacia do parlamento sobre o poder divino dos reis. A Câmara dos Lordes e a dos Comuns somente declararam Guilherme de Orange e sua esposa, Maria, rei e rainha da Inglaterra após a certeza de que estes garantiriam o respeito à Declaração de Direitos de 1689. Uma das vedações aos soberanos consistia exatamente na proibição da reserva dos atributos da soberania e na impossibilidade de se arrogarem Poder Legislativo, sendo considerada ilegal a suspensão das leis, característica do absolutismo. O rei foi, assim, despojado de diversos poderes e passou a depender, na quase totalidade de seus atos, do legislador¹⁴.

Tomando por base o processo de reintegração do poder político, que ocorreu entre os Séculos XV e XVI, e, sobretudo a partir das formações dos Estados Nacionais e do surgimento do Estado Absoluto, nos Séculos XVII e XVIII, as idéias relativas à lei, à legitimidade e à soberania ganharam força entre os diversos pensadores. Anteriormente, o Direito consistia em um amontoado de normas costumeiras oriundas dos povos germânicos, dos próprios costumes locais, das determinações feudais, das compilações do Direito romano, das ordenações reais e, por fim, mas não menos importante, do Direito canônico. O *ethos* e o *logos* legislativo do Estado Moderno superaram esse estado de coisas e elevaram o discurso jurídico a um novo patamar.

Destacam-se na empreitada de estabelecimento do Estado Legal/Constitucional, pelas dimensões de suas idéias e, nomeadamente, por terem

¹⁴ MOUSNIER, Roland. **História Geral das Civilizações**. Trad. Pedro Moacyr Campos. t. 4. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, p. 325.

servido de substrato teórico às revoluções americana (1776) e francesa (1789), os filósofos Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778)¹⁵. São igualmente esses pensadores que, cada um a sua maneira, proporcionarão o *status* hegemônico do legislador, a tônica do período.

Em sua obra *Dois Tratados Sobre o Governo*, Locke enfatizou o triunfo da monarquia constitucional sobre a monarquia absoluta na Inglaterra, afirmando que a liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer lei, além daquelas promulgadas pelo Legislativo, segundo o encargo a ele confiado¹⁶.

Contratualista, Locke concebe os homens como criaturas livres no estado da natureza que se unem para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, valores esses que ele denomina de propriedade. Representando a antítese do pensamento totalitário e absolutista, o filósofo pressupunha a existência de três requisitos à caracterização do regime democrático: a) uma lei estabelecida, fixa e reconhecida mediante o consentimento comum; b) um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar, de acordo com a lei estabelecida, os litígios porventura existentes; c) um Poder Executivo para apoiar a sentença prolatada com base legal.

Percebe-se a idéia de supremacia do Legislativo em face das demais funções do Estado, nomeadamente a judicial, principalmente se considerado que, segundo aquele pensador, cabe ao legislador a função de distribuir justiça e decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio das leis promulgadas, reconhecendo e autorizando os juízes. Essa idéia será recorrente durante o período revolucionário iluminista.

Montesquieu não asseverou expressamente a supremacia do Legislativo ou de qualquer outro Poder estatal em relação aos demais. Segundo ele, está confiada a cada Poder uma determinada atribuição de ordenar ou de corrigir o que for ordenado por outro, em um sistema atualmente conhecido por **freios e**

¹⁵ Obviamente que não se podem olvidar os contributos de pensadores como Aristóteles (cuja concepção de divisão dos poderes é, por óbvio, anterior a dos filósofos citados), Hobbes, Maquiavel, Tomás de Aquino, dentre outros tantos, os quais, por questão de objetividade, não serão aqui analisados.

¹⁶ LOCKE, John. **Dois tratados Sobre o Governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381-382.

contrapesos¹⁷. Nesse sentido, sua afirmação de que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de príncipes, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos¹⁸.

Embora teoricamente referir-se a um necessário equilíbrio entre as funções do Estado, Montesquieu, na prática, concebe o Judiciário como um Poder nulo, sem o poder político que detém o Executivo e o Legislativo. Afastado de qualquer ativismo, ao juiz cabe o papel de ser a caixa de ressonância das palavras da lei. Seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das normas legisladas. Ele ainda imputa ao legislador o papel de juiz nas hipóteses em que os poderosos fossem levados a julgamento, nos casos em que a lei fosse considerada muito rigorosa e nos crimes praticados por cidadãos contra os interesses públicos. Segundo esse entendimento, pouco restava ao Judiciário, que se restringia às disputas do Direito privado.

Assim como ocorreu com os humanistas da época, Montesquieu concedeu grande valor à figura do legislador, como elo entre povo e governo. Com um pensamento declaradamente estratificador, todavia, considerava que o povo não seria capaz de discutir os negócios públicos, papel atribuído à nobreza, pessoas que seriam distinguidas pelo nascimento. E, mesmo no que tange ao regime político, não atribuiu ao povo todo o poder legiferante, ainda que afirmasse ser fundamento da democracia o fato de somente o povo instituir leis.

A supremacia do discurso legislativo, em face dos demais poderes na formação do Estado Moderno, atingiu o apogeu com as idéias de Rousseau, que considerava o legislador o único ente dotado de soberania, porque representante do povo. Igualmente contratualista, Rousseau entendeu que a união das vontades individuais legitima a Constituição de cada Estado. É com esse pensador que a lei ganha os contornos de instrumento inatacável, vinculativo e redutor da

¹⁷ SHAW, Malcom N. **International Law**. 4th edition. Cambridge: United Kingdom at the University Press, 1997, p. 198.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1982, p. 187.

discricionariedade interpretativa do Judiciário. Com a idéia de vontade geral, ele identifica a vontade do povo com a vontade de Deus¹⁹.

Rousseau acreditava que a lei é sempre instrumento de liberdade, uma vez que a vontade geral elimina a injustiça e a opressão. Em sua principal obra, *Do Contrato Social*, sustentou que o homem deixa o estado de natureza em que vive, no qual não está submetido à autoridade política alguma, e pactua com outros homens no sentido de que todos devem ser iguais perante a lei, única expressão legítima da vontade geral²⁰. Estado e governo, igualmente submetidos às leis, obrigam o homem a ser livre, mesmo quando agem coercitivamente. Nessa perspectiva, nenhum costume deve prevalecer quando contrário à lei, sobretudo em face da imprecisão e do viés regionalizado daquele.

A criação e a interpretação da lei, portanto, devem ser atos exclusivos do legislador. O Executivo e o Judiciário passam a ser meras funções do Estado, diversamente do Legislativo, verdadeiro Poder inalienável e indivisível. Essa idéia servirá de substrato teórico para a retórica prática revolucionária francesa no final do Século XVIII, que buscou criar um Estado democrático em oposição ao poder absoluto dos monarcas, imprimindo as mudanças sociais que a burguesia tanto reclamava. As concepções políticas que tentavam conciliar uma antítese insuperável – sujeição e liberdade – tornaram-se parte integrante do modelo normativo de Estado Moderno emergente.

Rousseau estabeleceu, destarte, o significado da **hegemonia legal**, bandeira vitoriosa dos revolucionários franceses e da tese da supremacia do Poder Legislativo sobre os demais Poderes. A Revolução burguesa de 1789 consagrou amplamente a retórica da legalidade, um dos fundamentos do Estado Moderno. De outro lado, estigmatizou a figura do monarca e negativamente a função judiciária. Com a ascensão dos parlamentos dos diversos países europeus, como reais representantes populares e veiculadores da soberania da lei, expressão maior da vontade geral, à magistratura restou um papel secundário, de desconfiança e de

¹⁹ ROUSESSAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política do contrato social**. Trad. Maria Constança P. Pissara. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 26.

²⁰ ROUSESSAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981, p. 31-32.

eterna vigilância pelo legislador, nomeadamente em face dos abusos cometidos nos períodos que antecederam a derrubada do *Ancien Régime*²¹.

A acentuada valoração da lei comum promoveu um relativo obscurecimento do carácter normativo das constituições. Tal fenómeno decorreu da primazia política dos parlamentos europeus, que fomentavam a superioridade da lei no sistema normativo continental. Inexistindo controle sobre o resultado parlamentar, inexistia igualmente controle de constitucionalidade das leis. Lei e Constituição passaram a ter, quando muito, igual valor²². O texto constitucional, ao largo de possuir aplicabilidade imediata, tornava-se mera orientação ao legislador.

A onipotência legislativa do Estado Moderno marcou a institucionalização do monopólio da produção e da interpretação normativa. Não apenas pela necessidade de superar o momento anterior à Revolução, de dispersão e fragmentação do Direito, mas, sobretudo, por sintetizar a idéia de que toda a fenomenologia jurídica se reduzia à lei. O reflexo desse pensamento foi a ontologização legal, a impossibilidade da construção jurisdicional do Direito²³ e o mascaramento do seu carácter retórico.

Ainda que a visão que se tivesse da lei nesse momento acentuasse o seu aspecto meramente formal, ela se impunha em decorrência do *ethos* legislativo. Considerando a pouca complexidade social da época, a crença na construção de leis estáveis, que permitissem com precisão a previsibilidade do resultado das ações humanas, fez surgir a idéia do **legislador universal**. A primazia da lei na teoria das fontes do Direito relegou o Poder Executivo e, nomeadamente, o Poder Judiciário a um papel secundário no cenário sociopolítico. Estabeleceu-se uma relação de subordinação entre legislador, executor e juiz, atuando este último mecanicamente, limitando-se a utilizar o critério clássico-gramatical para a compreensão dos textos normativos.

A estratégia discursiva do legislador estado-modernista habilmente explorou o *pathos* social ao afirmar a necessidade de **isonomia** legal²⁴ no tratamento entre os cidadãos. Perceba-se que, ao longo dos tempos, o dado

²¹ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante**. Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 53.

²³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993, p. 68.

²⁴ Um dos elementos da famosa tríade revolucionária francesa, ao lado da fraternidade e da liberdade.

subjacente às concepções de justiça consiste na idéia de igualdade, como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem receber o mesmo tratamento, ensejando: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei determina.

Para tanto, a magistratura deveria estar absolutamente vinculada aos ditames da lei, reservando com exclusividade o papel de intérprete ao próprio legislador. Evitou-se, dessa forma, não apenas a contaminação aristocrática dos ideários do regime deposto, uma vez que boa parte da magistratura nele se originou ou se forjou, como, ainda, permitiu-se a perpetuação no imaginário popular do mito da lei como a razão escrita, dispensando a interpretação judicial. A deliberada apropriação do sentido das palavras foi, assim, a base de sustentação da estrutura racional.

Esse processo de mitificação legal permite a compreensão de que o modelo racional de criação do direito, com ênfase na supremacia do legislador, apenas substituiu o dogma do direito natural de inspiração divina pelo dogma do direito natural intuído pelo intelecto humano. Em ambos os casos, deu-se uma **coisificação** do direito, que deixou de ser um objeto retoricamente construído para se tornar um dado dotado de ontologia própria.

1.2 O ARGUMENTO DA LOTERIA JUDICIAL COMO UMA DISFUNÇÃO DA ESTRUTURA JURÍDICA A SER COMBATIDA PELO EXERCÍCIO DA RAZÃO LEGISLATIVA.

Hodiernamente não causa tanta surpresa o fato de que julgamentos de feitos análogos tenham desfechos diversos, por vezes conflitantes entre si. E não se cogita de processos cujos elementos que influenciam o convencimento do juiz sejam contraditórios, como os casos dependentes da produção de prova testemunhal, que tanto contribui para dificultar a uniformidade de decisões, em face da subjetividade da valoração do fato/objeto da ação. Com efeito, há divergência mesmo em processos cujas repetições na esfera do Judiciário constituem a enorme massa que

sobrecarrega seu trabalho, nos quais as decisões dependem, em sua maioria, apenas da análise da matéria de Direito, dispensando-se as provas.

Esse dado comum à contemporaneidade jurídica representou, todavia, um grave problema aos olhos do legislador iluminista. Foi também um dos principais fundamentos à crítica que se fez do conhecimento que se pretendia científico, mas cujas experiências resultavam díspares em função da combinação de elementos insignificantes, obscuros e, principalmente, metajurídicos, como as impressões pessoais, os juízos de valor, as determinantes ideológicas, o amor, o ódio *etc.*

Considerada a visão tecnicista que se impôs com o Estado Moderno, as características marcantes da experiência científica eram a objetividade²⁵ e a possibilidade de previsão de eventos futuros. Ora, a hipótese de o Direito ser considerado ciência não se sustentava se cada litígio, ainda que análogo a outro, fosse diferentemente decidido. Assim, a visão ontológica do Direito fomentou a crença de que a divergência de julgamentos entre os magistrados contrariava a finalidade maior do processo e da jurisdição²⁶: a isonomia. Esse fato debilitava a autoridade do Estado, frustrava as partes envolvidas, e, por conseguinte, promovia a injustiça, em face de sua correlação com o valor ordem²⁷.

A crítica à natureza plástica do Direito considerou que nada havia de mais comprometedor para a ordem jurídica do que a variação, a incoerência e a contradição dos julgados. Nesse estado de coisas, desaparecia a segurança e os indivíduos ficavam à mercê dos entendimentos pessoais: cada cabeça seria uma sentença e a administração da justiça abandonava o *logos* legal em função da álea. O processo passava a ser uma **loteria judicial**, uma disfunção estrutural a ser combatida pelo uso da razão analítica. A disparidade entre as interpretações levava a sociedade a uma perplexidade que prejudicava a necessidade de fundamentação: a legitimação²⁸ da decisão.

Esse raciocínio promoveu a certeza cultivada em nível popular, no bojo da perspectiva essencialista do legislador revolucionário, segundo a qual se o

²⁵ CUPANI, Alberto. *A Crítica do Positivismo e o Futuro da Filosofia*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985, p. 15.

²⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica*. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181 e ss.

²⁷ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. São Paulo: Renovar, 1992, p. 14.

²⁸ COLEMAN, Jules L. Truth and Objectivity in Law. *Legal Theory I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 34 e ss.

juízo de feitos análogos exigia decisões iguais, em função da propaganda isonomia, havia, portanto, uma única decisão judicial correta para cada caso: aquela democrática e vinculativamente determinada pela lei prévia. Essa única decisão correta deveria necessária e igualmente vincular os desfechos de todos os outros casos. As decisões divergentes, destarte, deveriam ser descartadas, por equivocadas. Consolidou-se, assim, o mito patético da necessidade da vinculatividade legal como único meio de se atingir o valor supremo da justiça.

A compreensão do problema jurídico-interpretativo sob o prisma do princípio da razão insuficiente²⁹, que combateu a tese da resposta única, buscou esclarecer as questões objetivas que proporcionavam aos juízes leituras díspares de um mesmo dispositivo legal, impondo às partes envolvidas conclusões heterogêneas. Vale dizer, buscou reconhecer na ciência jurídica o seu caráter retórico-instrumental. Para tal, inicialmente procurou dialeticamente investigar se existiria realmente uma única resposta certa para cada problema apresentado ao Direito, fazendo com que a decisão judicial se assemelhasse a um juízo demonstrativo, como pretendia a visão fundamentalista, ou, por outra via, se a sentença seria uma construção argumentativa e que, enquanto tal, permitia a elaboração de tese contrária, tão válida quanto a primeira.

Buscou-se esclarecer se o fenômeno da loteria judicial seria realmente uma deficiência do sistema, materializando uma mera demonstração do poder do Estado em face do administrado, indefeso às suas mais diversas e, por vezes, perversas manifestações, ou, antes disso, se seria elemento essencial ao Direito, do qual este não poderia abdicar sem o risco de perder o que de mais útil e belo havia em si. Concluiu-se que o fato de os juízes proporcionarem respostas diversas sobre uma mesma situação constituía a materialização de uma natural divergência teórica sobre o Direito³⁰.

Divergindo empiricamente, os magistrados questionam a existência, no ordenamento jurídico vigente, de lei capaz de regular o caso sob exame, ou se há decisão servindo de paradigma. Discutem, portanto, se a situação em exame está amparada por norma escrita ou pela jurisprudência, ou se é o caso da ocorrência de

²⁹ BLUMENBERG, Hans. **Las Realidades em que vivimos**. Trad. Pedro Madrigal. Barcelona: Novagràfik, 1999, p. 133.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8.

lacuna da lei. Na divergência teórica, ao contrário, sabe-se que a lei ou a jurisprudência existe, todavia, não se chega a um consenso sobre o que realmente ela pretenda dizer, exigir ou regular. É uma divergência de interpretação, portanto.

Chega-se à divergência teórica não apenas porque os juízes tenham diferentes conceitos sobre o que seja o Direito, mas, notadamente, por possuírem concepções diferentes sobre como ele deva atuar. Além disso, há o fato de os textos jurídicos serem, em geral, multívocos³¹, com diferentes graus de generalidade e concretização. Sem a compreensão sofisticada, a loteria judicial se apresentava como um entrave ao estabelecimento da acalentada isonomia. Com ela, por outro lado, denunciava-se a criação do monopólio lingüístico por parte de um poder do Estado, que não se contentava com a criação das regras de conduta, mas, sobretudo, exigia a uniformidade interpretativa como forma de impor cientificidade a um ramo do conhecimento humano impreciso e, invariavelmente, discricionário³². Em uma palavra: retórico.

A perspectiva cética demonstrou que a divergência de concepções teóricas dos magistrados tem as mais diversas origens, dentre as quais a formação - profissional, pessoal e ideológica - do órgão jurisdicional responsável pela decisão de um caso. Isto é, a visão e a condição sociopolítica são fatores determinantes na atuação do juiz.

Entender as razões pelas quais os juízes divergiam teoricamente importou em assimilar a real dimensão da magistratura e da interpretação judicial dentro do Estado, bem como os motivos pelos quais essa magistratura se deixou calar por tanto tempo. Com uma visão omnicomprensiva, buscou-se investigar como o magistrado deveria atuar: se como funcionário público, consoante pretendia o legislador oitocentista, situação na qual sua liberdade de julgar ficaria condicionada, à mercê de ingerências diversas por parte do poder público; ou se como agente político, com liberdade em relação aos interesses do Estado.

O ofício primordial do juiz sempre foi o de compor litígios. A idéia do juiz profissional, todavia, era relativamente recente, e, ainda assim, não adotada

³¹ GUASTINI, Riccardo. Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione. **Ragion Pratica**, Roma, n.º. 17, 2001, p. 43-44.

³² Ainda que considerada a tese da *discretion in a weak sense*, in LINHARES, José Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o fogo cruzado do Ethos e do Pathos. Da convergência com a literatura (Law as literature, literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as musical and dramatic performance). **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, volume LXXX, 2004, p. 69.

totalmente pelos povos. Tomando-se como ponto de partida da investigação a idéia da judicatura da Cidade-Estado grega, a magistratura era tida como um tipo de poder, civil ou militar, exercido por algum cidadão eleito para tal. O magistrado na antiga civilização poderia, além de eleito, ser sorteado dentre os demais cidadãos para exercer o ofício em caráter provisório e/ou permanente. Muitas vezes, sequer lhe eram exigidos conhecimentos especializados em Direito para o desempenho da função, bastando o domínio do elenco das virtudes morais.

A idéia da representação era também base da magistratura na Roma Antiga, sendo a eletividade sua característica essencial, tanto no Período Régio quanto no Republicano. Com a implantação do regime imperial em Roma, o sistema eleitoral dos magistrados foi modificado para o da indicação. Dessa forma, os magistrados que, na República, eram a expressão da *libertas* que a caracterizava, se tornaram gradativamente funcionários do imperador, do qual dependiam cada vez mais, agindo como sua *longa manus*³³.

A idade média não permitiu a caracterização de uma magistratura própria. A época foi por demais confusa, em face do longo período de conturbação e transformações, máxime se constatada a multiplicação de ordens jurídicas heterogêneas, a definição de novos institutos e a ausência do estabelecimento de uma hierarquia quanto à eficácia das leis. Somem-se a essa situação as alianças dos senhores feudais com os respectivos reis, bem como a multiplicação da riqueza da Igreja Católica, que culminou com a criação de novas magistraturas, coexistindo tribunais corporativos e eclesiásticos independentes.

O absolutismo no Século XVII proporcionou que os governantes se utilizassem da magistratura de forma mais política do que jurídica. Política também era a indicação dos juízes nessa época, o que comprometeu sobremaneira a liberdade de seus julgamentos. Nesse mesmo período, todavia, desde que não se contrapusessem aos interesses dos soberanos, os magistrados tiveram liberdade de ação. Tal liberdade proporcionou muitas arbitrariedades. Assim é que, já no Século XVIII, os governantes buscaram deixar claro que a função do juiz era a de ser auxiliar e submisso não apenas aos reis, mas às suas leis.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

Na França, a partir do final da Idade Média até a implantação da revolução burguesa, a magistratura se manifestou como parte do poder da aristocracia. Nessa época, a função dos juízes era considerada um direito de propriedade. Assim, podia ser comprada, vendida, transferida por herança ou mesmo alugada. Embora exercessem uma função de caráter nitidamente público, os magistrados praticavam seus ofícios de forma privada, vendendo a prestação jurisdicional ao povo. Tal situação fez com que os juízes fossem vistos com desconfiança pelas pessoas que, a qualquer momento, podiam estar envolvidas em ações nas quais sempre tinham que pagar caro para resolver. Ganhando ou perdendo.

A crítica à tese ontológico-racionalista da resposta única demonstrou, dessa forma, que o advento da modernidade encontrou uma magistratura relativamente estabelecida, mas sem noção do seu real papel social: se *libertas* ou *longa manus* do Estado revolucionário que modificava toda a estrutura econômica, política, social e, sobretudo, jurídica da Europa. Além disso, em um conturbado quadro histórico, a magistratura havia se apequenado diante do gigantismo do legislador revolucionário, tido como único e verdadeiro porta-voz do povo.

Sem a adequada noção do que o problema da interpretação representava, o legislador não tolerou a pluralidade de compreensões do fenômeno jurídico decorrente da divergência teórica sobre o Direito, tal como admitido pela visão não-essencialista. E foi no bojo dessa ideologia totalizante que a possibilidade de decisões contraditórias se transformou em uma suposta incoerência sistêmica, representando um risco à crença legal-racional estabelecida. Carecia, destarte, de imediata correção.

A solução encontrada foi a radical redução da discricionariedade legal-interpretativa judiciária proporcionada pela promulgação de uma legislação pretensamente perfeita que, de tão clara e evidente, não apenas dispensou, senão proibiu a interpretação por parte dos magistrados. A tarefa jurisdicional se limitou a determinar o alcance da norma. O discurso ontologizante do Direito, oriundo da abordagem essencialista da realidade, criou o mito da loteria judicial e, ao mesmo tempo, apresentou sua alternativa ao problema, dando início ao processo fetichizador da codificação das leis. O que era retórico virou concreto. A pretensão da vinculatividade legal estabeleceu as novas regras do jogo jurídico.

1.3 A CODIFICAÇÃO DAS LEIS COMO CONSAGRAÇÃO DO IDEÁRIO RACIONAL DE SISTEMATIZAÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO E A PERSISTÊNCIA CÉTICA NA DEMONSTRAÇÃO DAS LACUNAS LEGAIS.

O triunfo da concepção cientificista no Século XIX permitiu que o espírito racionalista vigente desenvolvesse o *topos* de que o processo judiciário consistia exclusivamente em encontrar e aplicar normas legais instrumentais – tidas como capazes de definir e dirigir a esfera do dever-ser tão exata e logicamente quanto um dia se supôs que as leis da física clássica dirigiam a natureza³⁴ – em um procedimento fático-subsuntivo. O problema jurídico constituía algo a ser solucionado por juízos descritivos, em face da existência de um Direito natural vinculativo ontológica e intelectualmente intuído e de validade universal.

O senso comum teórico então estabelecido considerou o Direito não como um elemento do catálogo retórico, mas como um sistema geral de normas concretas, hierarquizadas, fechadas, completas, auto-suficientes, coerentes, vinculativas, democrática e exclusivamente promulgadas pelo Estado. Nesse ambiente autopoietico, para caracterizar a certeza e a segurança jurídicas, era primordial que os juízes julgassem única e exclusivamente de acordo com o texto legal, visando à pretendida uniformidade das decisões.

Com esse sentimento, as primeiras ondas modernas de codificação alcançaram a Europa ocidental, principalmente após o processo revolucionário burguês ocorrido na França. Esse quadro se diferenciou dos demais pelo fato de não serem projetadas apenas ordenações ou melhorias dos Direitos preexistentes, senão a reordenação sistemática e inovadora de todo o conhecimento jurídico. Seu pressuposto inicial era a convicção de que por meio da ação racional dos governantes seria realmente possível a criação de uma sociedade melhor. A codificação surgiu para os povos, assim, como um futuro promissor de um Estado verdadeiramente democrático e moderno³⁵.

Na Prússia, por exemplo, a busca da codificação de um Direito justo, com fundamento na moral e na razão analítica, despertou interesse na opinião

³⁴ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997, p. 252.

³⁵ Os primeiros códigos elaborados com essa concepção foram o Código Civil prussiano (*Preußisches Allgemeines Landrecht – ALR*), de 1792, seguido pelo Código Civil francês (*Code Civil*), de 1804, e pelo Código Civil austríaco (*Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*), de 1811.

pública. Concursos de academias e consultas de opiniões de cidadãos comuns eram considerados como contribuição na elaboração dos códigos. Tinha-se sempre em mente a confiança na crença da razão livre que haveria de naturalmente trazer a verdade à luz do dia. Nascido da antropologia racionalista, o Código Civil prussiano era, quer do ponto de vista de conteúdo, quer do estilístico, a expressão de uma cultura evoluída, e isto não apenas segundo os critérios da época. Nesse ponto, quase único na história da legislação européia, ele apresentou um plano global de construção do Estado a partir de fundamentos de base da sociedade humana ³⁶.

Também o Código Civil austríaco vinculou-se ao racionalismo pela teoria das fontes do Direito, pelo direito consuetudinário, e, sobretudo, pela exclusão da doutrina. Em seu rigor conceitual e em sua coerência sistêmica viria a superar o Código prussiano. Pecou, entretanto, pela eliminação de diversos institutos tratados a contento por este último. A influência externa do Código austríaco somente foi ultrapassada pelo sucesso mundial do *Code Civil*, chamado de a Constituição do homem comum, em face de seu impacto formal e de conteúdo.

Superior a todos, o Código Civil francês utilizou-se de uma estrutura rigorosa, transparente e de linguagem clara. Sua inspiração pretendeu a formulação de normas imutáveis como as deduções matemáticas, tão claras que não suscitassem a necessidade de interpretação, um dos seus mais importantes fins. Sua criação também foi fruto da crença racionalista na lei.

Todos esses códigos tiveram por gênese a ética transformadora revolucionária. Dessa forma, não eram projetados apenas por professores de Direito e por magistrados, mas por pensadores de confiança dos soberanos, com formação política e filosófica. Eles protestavam de forma expressa contra costumes e preconceitos que se lhes opunham.

A constatação do temor que os soberanos sentiam da possibilidade da interpretação legal voluntária³⁷ que pudesse encetar a formação de uma jurisprudência independente era encontrada nas comissões ministeriais (Prússia) e legislativas (França), constituídas com a missão de interpretar as normas na ocorrência de dúvidas. O Código prussiano, por exemplo, com 19.000 artigos, foi

³⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 378.

³⁷ TROPER, Michel. **Pour une Théorie Juridique de l'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 81 e ss.

coroado com a autoconfiança da proibição legal da interpretação judicial. E, como o texto codificado era supostamente completo, não admitia sequer a existência de lacunas em seu interior, com vistas a limitar ainda mais a atuação do aplicador do Direito.

A racionalização das leis em códigos visou à sistematização de todos os problemas jurídicos. Ter-se-ia uma regra específica para cada situação. O código passou a ser o receituário para o operador do Direito, que dele não deveria se afastar. A modernidade do Estado alcançou sua plenitude: com o monopólio da produção normativa vinculativa; com a supremacia das fontes estatais; com a emancipação da ordem jurídica em função das demais ordens normativas, nomeadamente a religiosa, e; por fim, com a dominação da técnica lingüístico-interpretativa, na suposta inequívocidade legal. Amordaçou-se a magistratura por boa parte do Século XIX, em face da crença da existência de uma reta razão analítica aplicada ao Direito que dispensava intermediários. Os reflexos desse período se fazem notar ainda hoje, no discurso que afirma serem os magistrados meros escravos da lei.

Os opositores desse cenário, contudo, não foram demovidos da empreitada pirrônica³⁸ racional-desconstrutivista. No fim do Século XIX deu-se o surgimento de escolas jurídicas não alinhadas ao pensamento vigente que reagiram à dogmatização do conhecimento jurídico, tais como o **Movimento pelo Direito Livre**, na Alemanha, e a **Escola da Livre Investigação Científica**, na França. Seus pensadores tinham por objetivo proporcionar voz e ação à magistratura, muito embora utilizassem caminhos, pressupostos e instrumentos distintos³⁹. Para que esses objetivos fossem alcançados, todavia, foi necessário demonstrar a falibilidade do mito da completude e inequívocidade dos códigos. Essa tarefa teve por força motriz a demonstração da existência das lacunas da lei.

A completude do ordenamento não era encarada pelo legislador iluminista como um dogma, mas como uma exigência do ideário de justiça, por representar a certeza, um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica. A Europa continental vivia um processo de fetichização legal. O efeito da crença de

³⁸ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 320.

³⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 100-103.

que a ordenação das normas jurídicas em códigos era um bem em si foi o surgimento da **Escola da Exegese**, com especial admiração pela lei, que difundiu a idéia de que o Direito era fruto da redução analítica dos textos normativos corporificados nos códigos⁴⁰. Segundo essa Escola, a racionalização das leis não permitia a ocorrência de lacunas em seu interior. O seu ideal de positivismo jurídico era a existência de uma ordem bem elaborada, com leis tão claras e completas que, no limite, permitisse que a Justiça fosse administrada por um autômato.

Foram criadas teorias racionalistas acerca da suposta inexistência de lacunas na lei. Dentre elas a do **Espaço Jurídico Vazio**, que afirmou que a norma jurídica representava uma limitação à livre atividade humana. Fora da esfera regulada pelo Direito, o homem estava livre para a prática de qualquer ato. Existiam, portanto, dois compartimentos para os atos: aquele regulado por normas jurídicas, o espaço jurídico pleno; e outro, onde havia liberdade absoluta, o espaço jurídico vazio. Se a atividade estivesse regulada, estar-se-ia diante de situação juridicamente relevante. Onde houvesse atividade juridicamente relevante não existiam lacunas, mas a plenitude do Direito. A ausência de norma seria decorrência do fato de que tal atividade era juridicamente irrelevante. A lacuna marcava o limite natural entre o pleno da relevância e o vazio da irrelevância jurídica⁴¹.

A teoria pecou por confundir o jurídico com o obrigatório. Para a validade do argumento que propôs, é necessário desconsiderar a permissão dentre as modalidades jurídicas. Além de outras conseqüências que da teoria adviria, o surgimento de uma liberdade de agir não protegida pelo Direito representa, em última análise, a liberdade do uso da força privada, vedada pelo Direito, criando uma intrincada aporia.

Posteriormente, foi criada uma teoria racionalista mais sofisticada, denominada de **Norma Geral Exclusiva**. Contrariamente à teoria anterior, que defendeu a existência de um espaço jurídico vazio, seus defensores afirmaram a existência de um espaço jurídico pleno, onde o Direito nunca faltava. Assim, a norma particular reguladora de determinada conduta trazia latente em si uma norma geral

⁴⁰ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da Legitimidade**. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 59.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2ª reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991, p. 128 e ss.

que excluiria do regramento todos os outros comportamentos nela não previstos⁴². Ou seja, uma norma particular que proibisse fumar findava por permitir a prática de todas as outras condutas, com exceção do fumo.

As normas, quando geradas, nasciam aos pares: uma norma particular inclusiva, que regulamentava uma conduta específica, e uma norma geral exclusiva, que excluía da regulação todos os demais comportamentos. Na ausência de uma norma particular inclusiva disciplinando a prática de determinada conduta, não estava ela condenada ao vazio jurídico (às lacunas), antes, estava regrada de forma permissiva pela norma geral exclusiva. Afinal, o que não fosse juridicamente proibido seria juridicamente permitido. O sistema era, portanto, completo.

A falha da teoria foi ignorar o fato de que os ordenamentos, de uma forma geral, também contêm outra espécie de norma: a **norma geral inclusiva** (a analogia). Por ela determina-se que, na ausência da regra particular inclusiva, a conduta seja julgada nos moldes de uma conduta análoga regulamentada. Um ordenamento que proíbe o uso de cigarros em locais fechados, e silencie acerca do uso do cachimbo, deve permitir este, se aplicada a norma geral exclusiva, mas o proíbe, se aplicada uma norma geral inclusiva.

A questão a saber, portanto, é se a conduta relativa ao uso do cachimbo poderia ser considerada análoga ao uso do cigarro. Estava nas mãos do juiz, destarte, a faculdade de utilizar uma ou outra norma para a mesma hipótese. Havia, em potencial, duas normas antinômicas para regrar uma mesma conduta. Se antes o sistema não apresentava lacuna por ausência de norma, passava, agora, a apresentar pelo excesso e pela ausência de critérios objetivos para a aplicação de uma ou de outra. Ou seja, se não existiam lacunas por deficiência, existiam por exuberância. E somente a atuação do juiz poderia dar fim ao problema.

O reconhecimento da existência de lacunas na legislação, que hoje é um dado banal, mesmo para os não-iniciados na matéria jurídica, representou, à época, a vitória da tese cética acerca da incompletude normativa e importou na necessidade da intervenção do juiz, por meio de instrumentos interpretativos auto e heterointegrativos, como o uso da analogia, da equidade e dos princípios gerais do Direito. A possibilidade de intervenção do juiz na concretização do corpo de leis

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2ª reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991, p. 128 e ss.

superou a questão da completude ou incompletude do ordenamento, pois em um sistema jurídico no qual o magistrado estivesse autorizado a interpretar integrativamente não teria importância se o ordenamento fosse previamente completo, porque era, a cada momento, completável⁴³.

O dogma da completude integrou uma concepção ontologizante, abrangente e pretensiosa: a concepção que fez da produção e da interpretação jurídica um monopólio estatal-legislativo. Se tal ideal ajudou o nascimento do Estado Moderno, igualmente contribuiu para o seu fim, ao pretender tornar o Direito, essencialmente dinâmico, em algo frio, intocável e imutável.

Os discursos céticos, que se insurgiram contra a impossibilidade da interpretação pela magistratura e contra o ideal da perenidade legal, utilizaram-se das lacunas da lei para demonstrar que o Direito era algo muito mais complexo e móvel para que um indivíduo ou uma assembléia, ainda que investida de autoridade soberana, pudesse pretender fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida⁴⁴. A derrocada da modernidade demonstrou que a busca por um conhecimento objetivamente certo e inequivocamente codificado (no caso do Direito) tornou-se inócua.

O efeito dos diversos desenvolvimentos produzidos no limiar da modernidade foi o de colocar em dúvida as concepções iluministas segundo as quais o homem poderia compreender a realidade última pelo exclusivo exercício da razão analítica. O conhecimento passou a depender da perspectiva e da situação. O mundo passou a ser visto diferentemente pelos observadores, conforme as circunstâncias de cada qual. Logicamente, os juizes não podiam ser agentes exclusivamente racionais ou objetivos⁴⁵.

O direito ao exercício da interpretação legal foi, assim, mesmo a contragosto, devolvido aos magistrados, como reconhecimento da necessidade de uma melhor aplicação do Direito, uma vez que somente a interpretação permite o acompanhamento das mudanças sociais ocorridas com o decorrer do tempo. Esse

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2ª reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991, p. 146.

⁴⁴ IZAGA, Maria Cristina Gómez. Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional – Elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional. **Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n.º. 101, 1999, p. 17.

⁴⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 156.

retorno representou a vitória do ideário sofista segundo o qual não é possível a existência de um ordenamento fixo e universal⁴⁶, bem como que o modo de produção do Estado, os influxos do regime político e inúmeras outras variantes influenciam inegavelmente a formação do Direito⁴⁷.

1.4 A NECESSIDADE DA INTERPRETAÇÃO OPERATIVA JUDICIAL EM FACE DA INSUSTENTABILIDADE DA TESE DA INEQUIVOCIDADE LEGAL.

Quando se percebeu que o Direito não poderia ser considerado como um corpo fixo de normas auto-evidentes, dotadas de uma ontologia natural vinculativa⁴⁸, senão como um instrumento retórico em permanente evolução diante das circunstâncias históricas⁴⁹, a interpretação se sobrepôs à estereotipação racionalista.

Superado o dogma da completude e da inequivocidade dos textos legais, inicialmente foi admitido que julgar seria basicamente mensurar fatos e, sobretudo, interpretar signos normativos⁵⁰. Mesmo com essa redução conceitual, o brocardo *interpretatio cessat in claris* já não se sustentava em suas próprias razões. Afinal, quando se poderia afirmar que um signo era suficientemente claro? Quando claro o sentido dado pelo legislador ou quando claro o sentido atual para o juiz?

É cediço que uma regra de Direito deve ser interpretada dentro do contexto de um sistema particular⁵¹, e este contexto pode obrigar a introduzir na leitura do texto regras gerais que lhe restrinjam ou ampliem o alcance, não necessariamente explicitadas⁵². Dessa forma, para inferir se uma norma é ou não é clara, cessando a interpretação do magistrado, é necessário que ela mesma seja

⁴⁶ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito Natural**. Visão Metafísica & Antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 83-84.

⁴⁷ MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979, p. 96.

⁴⁸ TROPER, Michel. Constitutional Justice and Democracy. **Cardozo Law Review**, Nova York, nº. 2, volume 17, Dez. 1995, p. 282.

⁴⁹ BOURDIEU, Pierre. Les Juristes, gardiens de l'Hypocrisie Collective. **Normes Juridiques et Régulation Sociale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 95.

⁵⁰ SALDANHA, Nelson. **Estudos de Teoria do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 72-73.

⁵¹ BOTERO, Eduardo Uribe. De la interpretación y de la aplicación de la ley. **Revista da Universidad de Antioquia**, Medellín, nº 25, tomo VII, Julho 1938, p.228.

⁵² PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 622.

anteriormente interpretada, colocando por terra a lógica do brocardo⁵³. O ato de interpretar tem, portanto, uma conotação mais rica⁵⁴.

As dimensões política e ideológica do Direito fizeram com que sua trajetória estivesse constantemente permeada pelo conflito de dogmas, tais como: apresentação de provas ilícitas e busca da verdade; liberdade individual e interesse coletivo; controle social e justiça; segurança e equidade. Assim, os discursos jurídicos contêm um sentido que oculta suas razões e o endereço de seus efeitos. “Como o *champagne*, a discursividade da lei, em suas diversas manifestações, desenvolve significações posteriores à sua primeira enunciação”⁵⁵. Muito mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei passa a ser enigmático. As opções políticas do jurista prático passam a ser de capital importância no momento de interpretar o Direito. Assim, interpretar não é simplesmente tornar mais claro o respectivo dizer⁵⁶, abstratamente falando, senão, por vezes, **produzir** um sentido apropriado das normas para a vida real⁵⁷.

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um código legal, logo após sua promulgação surgem dificuldades sobre a aplicação dos dispositivos redigidos. Uma centena de pessoas sábias e experimentadas é incapaz de abranger, em sua visão lúcida, a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido entre o texto expresso e a realidade. Fixa-se o Direito Positivo; a vida, porém, continua. Desdobra-se em eventos diversos, manifestando-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos⁵⁸.

O uso dos processos hermenêuticos⁵⁹, que constitui tarefa prévia à aplicação do Direito⁶⁰, proporciona ao juiz descobrir não apenas aquilo que a norma pretende dizer, mas aquilo que diria se fosse possível ao legislador prever como

⁵³ HABA, Enrique P. En torno al concepto de la interpretación literal. **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, n.º. 33, Setiembre-Diciembre 1977, p. 133.

⁵⁴ BETANCUR, Cayetano. La Interpretación de la Ley. **Revista da Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n.º. 111, vol. XXXII, 1º e 2º Trimestre 1971, p. 202.

⁵⁵ WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 20-21.

⁵⁶ DASCAL, Marcelo. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. **Law and Philosophy**, Amsterdam, n.º. 7, v. 2, 1988, p. 203/204.

⁵⁷ BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Dott. A. Giutttrè, 1949, p. 4.

⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 392.

⁶⁰ ZACCARIA, Giuseppe. L’apporto dell’ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, ano XXXV, n.º. 3, Maggio-Giugno 1989, p. 325.

plausível de ocorrer no futuro, quando de sua aplicação. Essa faceta do exercício da interpretação, denominada de interpretação operativa⁶¹, decorre da abertura cognitiva do texto jurídico e foi histórica e amplamente combatida por aqueles que afirmam que tal fato subverte a organização do Estado, atenta contra o poder democrático do legislador e compromete a tripartição dos poderes.

Essa possibilidade de criação remete a uma antiga discussão jurídica. Sob a denominação de interpretação **estática** e interpretação **dinâmica**, questiona-se se o papel do magistrado é o de revelar ou o de atribuir valores à norma⁶². A interpretação estática visa a descobrir a vontade do criador da lei. A interpretação dinâmica, por seu turno, visa a interpretar o texto consoante lugares comuns⁶³, tais como a equidade. O problema é complexo. Na interpretação estática, o papel do magistrado se assemelha a de um historiador, substituindo o papel do cientista do Direito. Na interpretação dinâmica corre-se o risco de substituir a interpretação de *lege data* pela de *lege ferenda*, modificando-se a vontade do legislador pela do juiz.

A simples escolha de um método a ser utilizado, portanto, carrega em si um conteúdo marcadamente político, cujas repercussões modificam substancialmente a decisão final. Uma opção pela interpretação literal ao invés da orgânica, por exemplo, pode proporcionar ao magistrado solução distinta, inclusive antagônica. Daí se infere que os processos interpretativos favorecem a um ou a outro valor em conflito em cada caso específico. O modelo escolhido, ao restringir ou ampliar o campo de aplicação da norma, se pronuncia em favor de um desses valores contrapostos⁶⁴.

O momento da escolha da modalidade interpretativa pelo magistrado pode, inclusive, ser posterior àquele no qual, no seu íntimo, por regras próprias, já tenha decidido a questão. Se o legislador iluminista tinha a real dimensão desse poder e por isso tanto o combateu é difícil avaliar. O certo é que essa visão vem ao encontro do que apregoa a perspectiva da hermenêutica jurídica contemporânea, segundo a qual a norma geral não mais produz a decisão ou sequer fixa os

⁶¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de La Interpretación Jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985, p. 35.

⁶² MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5.

⁶³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. v. 1. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 29.

⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 453; TROPER, Michel. **La Théorie du Droit, le Droit, l'État**. França: Presses Universitaires de France, 2001, p. 71 e ss.

parâmetros dentro dos quais o intérprete atua, mas tão-somente serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso concreto e produzida por vias diferentes, que não se confundem com a norma alegada, ainda que o intérprete pense ingenuamente, ou alegue estrategicamente, dela partir⁶⁵.

A generalidade é uma das mais significativas características da lei, de modo a permitir sua aplicação em diversas situações sem a necessidade de grandes ajustes⁶⁶. Ainda assim, para que, no momento da interpretação, a hipótese adequada apenas se revele ao aplicador, é necessário crer que todas as variantes possíveis de sua aplicação tenham sido previstas. Nessa situação, o processo interpretativo judicial se assemelha ao processo de decodificação dos dados técnicos das famosas caixas-pretas das aeronaves⁶⁷.

Considerando que uma pane em determinado vôo tenha sido provocada por um equipamento elétrico, essa informação, uma vez codificada, não permitirá ao intérprete da caixa-preta entender que a pane se deu por uma falha em equipamento hidráulico. A liberdade de interpretação do dado codificado fica limitada por um sentido previamente estabelecido pelo elemento codificante. Não há espaço para uma interpretação retórico-criativa, a menos que se queira burlar ou omitir um dado empírico. O trabalho técnico do intérprete, nesse caso, é meramente descritivo. Era essa a pretensão do legislador oitocentista, que tanto combateu a possibilidade de interpretações divergentes.

A concepção cética do Direito defende que o juiz, diante do texto normativo, poderia interpretá-lo criativamente⁶⁸. Ressalte-se, entretanto, que não é dado ao magistrado interpretar o texto jurídico de modo tão heterodoxo que sua interpretação nada consubstancie senão a criação de novo texto diverso daquele interpretado⁶⁹. Assim, os limites da interpretação, em princípio, coincidem com o

⁶⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325 e ss.

⁶⁶ ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness and Legal Theory. **Legal Theory**, Oxford, n.º. 3, 1997, p. 60.

⁶⁷ Como se sabe, as caixas-pretas codificam todos os dados relativos ao vôo e, em caso de pane de um equipamento (codificante), por meio de uma técnica própria é possível ler (decodificar) todas as informações (codificado) nela contidas para chegar a uma conclusão acerca do motivo do acidente.

⁶⁸ PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. Juez y Sociedad. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º. 332, Janeiro 1984, p. 47.

⁶⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 238-240.

Direito pretendido pelo texto⁷⁰. O juiz exerce seu poder de interpretar menos por uma reinvenção explícita da lei do que por uma maneira de qualificar os fatos.

Mesmo possuindo margem de apreciação, não exerce um poder de forma arbitrária. Deve evitar, destarte, não apenas o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, na hipótese de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita as teses pelas quais se apaixonara em quimeras interpretativas⁷¹, de tal forma que passe a vislumbrar no texto idéias existentes apenas no seu sentir individual⁷². Destarte, o retorno da interpretação judicial em face da abertura cognitiva do texto jurídico evidenciou um antigo elemento a ser explorado no catálogo retórico do Direito: a *phronesis*.

Se, em geral, a interpretação das normas permite caminhos que conduzem a vários resultados possíveis, a atitude fronética servirá de bússola nesse trajeto⁷³. É assim, por exemplo, que a regra segundo a qual se a linguagem for clara e unívoca deverá ter eficácia jurídica é contraposta por outra segundo a qual não se adotará a interpretação literal quando puder levar a conseqüências absurdas ou prejudiciais, ou distorcer a finalidade manifesta⁷⁴, como na atitude do guarda que impede o atendimento a uma pessoa caída no jardim da praça porque existe placa que proíbe pisar na grama. A *phronesis* permite à magistratura a perfeita compreensão da isostenia⁷⁵ argumentativa e a ponderação dos valores em oposição.

A ultrapassagem do dogma legalista importou no reconhecimento de que as palavras não são inequívocas e que a interpretação operativa é imprescindível à fiel compreensão do discurso jurídico, pois funciona como critério de integração de lacunas e de calibração do texto legal, tornando-o apto a ser posteriormente aplicado em situações diversas nas mais distintas épocas. A lei não rege tudo, como afirmavam os adeptos da completude, pois não pode prever todas as situações futuras, e, em determinadas hipóteses, sua aplicação literal

⁷⁰ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. Lisboa: Difel, 1990, p. 17.

⁷¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 126.

⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 84.

⁷³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146-165.

⁷⁴ VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 92; RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p.231.

⁷⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 336.

compromete a própria razão e a equidade. A interpretação operativa permitiu ao magistrado a leitura das leis de molde a ajustá-las aos valores que ela visa a consagrar.

Ademais, antes de se revelar como provocadora de uma situação conflituosa, a pluralidade de modalidades de interpretação disponibilizadas para o magistrado proporciona-lhe escolher aquela que mais se adapte à tese que tenha em mente para a solução do caso. Dessa forma, as técnicas de interpretação justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que deixa de ser uma lógica formal, como queriam os juracionais, transformando-se em um jogo dialético, são um elemento essencial na medida em que permitem conceituar, por meio da *phronesis*, o que dita o juízo de equidade⁷⁶.

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que a possibilidade de interpretar operativamente proporcionou aos juízes um poder extraordinário⁷⁷. A balança do equilíbrio dos poderes passou a pender para o outro lado. Por tal razão, a independência necessária aos juízes é diretamente proporcional à sua responsabilidade sociopolítica, devendo observância a controles sociais institucionalizados, suficientes para lhes coibir os abusos e os desvios⁷⁸, em face do amplo campo de atuação que a retórica desses juristas práticos cria. Também por essa razão a prática fronética se tornou corolário do novo modelo legal-interpretativo.

1.5 DO ESTADO LEGAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL: AS PROMESSAS DO LEGISLADOR RACIONAL E O CUMPRIMENTO DAS PROCLAMAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS PELA RETÓRICA PRÁTICA DE UMA MAGISTRATURA ATUANTE.

O Estado Moderno não se perfez tão-somente com o caráter legalitário oitocentista. Ele também se consolidou com o fenômeno da constitucionalização⁷⁹,

⁷⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermatina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 632.

⁷⁷ TROPER, Michel. *Le Gouvernement des Juges, Mode d'Emploi*. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 46.

⁷⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106.

⁷⁹ TROPER, Michel. La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitución. *Doxa*, Madrid, nº. 22, 1999, p. 334.

que sobreveio àquele primeiro momento. A intervenção operativa dos juízes foi igualmente essencial para a concretização da promessa constitucional.

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmou que em “toda sociedade que a garantia dos Direitos não está assegurada nem a separação dos poderes determinada, não há em absoluto Constituição”. Referido artigo, cuja invocação é lugar comum nos tratados de Direito constitucional, constituiu um dos primeiros postulados para o fenómeno da constitucionalização, mas não esclareceu suficientemente acerca do que vinha a ser tal documento⁸⁰.

No intuito de estabelecer um marco teórico, ainda que genérico e precário, cumpre esclarecer o que efetivamente veio a ser denominado de Constituição. Tarefa hercúlea, todavia, reduzir conceitualmente um documento jurídico que, por sua magnitude, pode ser abordado sob as mais amplas, diversas e, por vezes, antagónicas concepções, tais como: jusnatural, juspositiva, normativa, histórica, sociológica, económica, decisional, institucional, cética, marxista, estrutural *etc.* Mesmo reconhecendo a dificuldade do intento, buscar-se-á estabelecer um conceito com base em elementos comuns às acepções acima referidas, como o pressuposto de que toda Carta Constitucional representa um produto do poder máximo de uma coletividade. O poder soberano de determinar livremente o seu destino⁸¹.

A Constituição, como a lei, é uma norma, mas não uma qualquer, senão a hierarquicamente superior⁸², que consubstancia o fundamento de validade e de unidade de uma dada estrutura jurídica. Ela é a base da comunidade política, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem⁸³. Apresenta-se, destarte, na vertente europeia-continental, como a ordenação sistemática e racional da sociedade por meio de um documento no qual se declaram as liberdades, os direitos e se fixam os limites do poder político⁸⁴.

⁸⁰ BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 60.

⁸¹ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Braga: Cruz, 1979, p. 35.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 215.

⁸³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 247.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 46.

Infere-se, daí, que a Constituição é, desde as suas primeiras concepções, o instrumento que materializou a tentativa humana da construção de um projeto racional de organização social pelo qual se deveriam garantir, nomeadamente, os Direitos Humanos. Superada a crença de que a organização política estaria fundamentada no Poder Divino, o homem moderno compreendeu que devia por si só estabelecer as condições de sua existência. Em um contexto de laicização do conhecimento jurídico, surgiram diversas teorias do Poder Constituinte, substituindo a idéia de Deus pela idéia de Nação, na tentativa de justificação e legitimação retórica da Constituição⁸⁵.

Uma análise simplificadora do tema permite dividir a história do constitucionalismo do Ocidente em dois grandes momentos⁸⁶: o clássico, que se inicia em 1787 e se prolonga até 1918; e o moderno, que se inicia a partir de 1918. No constitucionalismo clássico, destacam-se as Constituições revolucionárias do Século XVIII, dentre as quais se enquadram a Constituição americana, de 1787, e a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789. Aí estão, também, as Constituições Napoleônicas do início do Século XIX, as Constituições da Restauração, como a dos Bourbons, de 1814, consagrando as Monarquias Limitadas, e as Constituições outorgadas, em processo autoritário de elaboração, como a do Império do Brasil, de 1824. Destacam-se, ainda, nesse período, as Constituições Liberais, como a francesa, de 1830, e a belga, de 1832. Por fim, as Constituições Democratas, tendo como fundamento as três Leis Constitucionais francesas, de 1875.

O constitucionalismo moderno destacará um momento democrático-racionalizado, a exemplo da Constituição de Weimar, de 1919, que incorporou os direitos sociais. Destacará, também, as Constituições dos professores, como a da Áustria, de 1920, sob influência de Hans Kelsen. Será também nesse momento que se conhecerão as Constituições sociais-democratas, como a francesas, de 1946, a italiana, de 1947, e a alemã, de 1949. Marcará esse momento, ainda, a ênfase dos

⁸⁵ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O Constitucionalismo; da visão moderna à perspectiva pós-moderna. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em: 17.12.2008.

⁸⁶ A investigação do constitucionalismo deve considerar antecedentes tais como: *Pactum Subjectionis*; Leis Fundamentais do Reino; Pactos Escritos, a exemplo da Magna Carta, de 1215; *Petition of Rights*, de 1628; *Instrument of Government*, de 1654; *Bill of Rights*, de 1689; Contratos de Colonização ou Pactos de Criação de Comunidades Coloniais nos Estados Unidos da América, de 1620, 1639 e 1662, respectivamente. Não pode, também, olvidar a *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776, a Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781, e a Constituição da Federação Americana, de 1787.

direitos sociais e econômicos, estendendo-se até o presente, com as Constituições portuguesa, de 1976, espanhola, de 1978, e brasileira, de 1988. O mundo viverá, também, a experiência nazi-fascista, caracterizada pelas reformas às diversas Constituições e que modificaram essencialmente seus núcleos, bem como as Constituições socialistas, que surgirão em 1917, com a Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, e se estenderão pelas Constituições daquele povo, de 1924 e de 1936.

Como postulado inicial do paradigma constitucional, apresentou-se a necessidade de limitação do poder da autoridade governante, o que importava em dois caminhos inevitáveis: a separação dos poderes⁸⁷ e a declaração de Direitos fundamentais do homem. Juntaram-se-lhes outros elementos, tais como: a propensão laicizante; a demarcação rígida entre sociedade civil e Estado; e a necessária crença popular na democracia representativa, formal e burguesa⁸⁸, demonstrando que o elemento persuasivo sempre esteve presente na idéia de Constituição⁸⁹.

O Estado Moderno, sobretudo após o advento das revoluções burguesas do Século XVIII, proporcionou, na sua versão continental, a noção de Constituição como corpo de leis consagradas em documento escrito, no bojo da luta entre monarcas e autoridades religiosas, assim como na batalha contra a aristocracia feudal. Foi dessa forma que o constitucionalismo se uniu ao legalismo em um movimento político-ideológico destinado a destruir o absolutismo monárquico e a estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados⁹⁰.

O Direito se legitimou na razão humana, materializada na forma semântica da lei pública e geral, sendo a Constituição o seu núcleo legitimador. Culminando o espírito liberal burguês vigente, o Estado Moderno se limitou à condição de espectador da vida social, com a missão primordial de resguardar a liberdade individual (e, em especial, a econômica) expressa nas prefaladas declarações de Direitos. O conceito originário de Constituição, em sua acepção

⁸⁷ VIRGA, Pietro. **Diritto Costituzionale**. Varese: Giuffrè, 1979, p. 59.

⁸⁸ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Braga: Cruz, 1979, p. 19.

⁸⁹ CORTEN, Olivier. La persistance de l'argument légaliste: éléments pour une typologie de légitimité dans une société libérale. **Droit et Société**, Paris, n°. 50, 2002, p. 191.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 10-12.

orgânica, destarte, limitava-se a detalhar a estrutura estatal e a preservar determinados direitos civis e políticos.

Longe da preconizada vinculatividade da legislação racional, as declarações de Direito do homem eram mais promessas que realidade. Tais documentos continham alto teor de programaticidade e, quando incluídos nos textos constitucionais, reclamavam as suas concretizações. Com efeito, o que havia de comum nos textos emergentes era o fato de que a experiência constitucional, que historicamente marcou a sociedade ocidental com uma pretensão retórico-vinculativa, não foi suficiente de *per si* à materialização dos direitos fundamentais, apontando à realidade de que a efetividade normativa era a maior deficiência desses documentos. Considerada um sistema de normas e princípios, regulador e institucionalizador do fenômeno jurídico-político, a Constituição carecia de interpretações operativas tendo como parâmetro as declarações de Direito.

A concretização normativa está colocada em três planos⁹¹. Um **plano sintático**: que aponta à necessária estrutura lógica normativa, com os detalhamentos da hipótese, disposição e respectiva sanção para os casos de descumprimento. Neste plano, a condição necessária à concretização do Direito é a coerência sistêmica normativa constitucional. Um **plano semântico**: que aponta à necessária relação entre a norma e os valores sociais nela consagrados, materializando a adequada correspondência entre o ideal normativo do dever-ser e o que se encontra na *praxis* social. Quanto mais distante for a relação valor normativo/valor social, mais ilegítima é a Constituição e mais ineficaz os seus comandos. E, finalmente, um **plano pragmático**: que importa no reconhecimento de, além de as normas jurídicas terem uma perfeita consonância sistêmica e correlação social, ser necessário o empenho político (Estado) e social (Sociedade Civil) no respeito ao ordenamento e na busca da efetividade dos princípios norteadores da ordem normativa. Esse plano indica a necessidade de a sociedade conhecer a Constituição e lutar pelos direitos nela dispostos, forçando os governantes a atuarem de forma positiva na realização dos objetivos públicos constitucionalmente delimitados.

Pragmaticamente considerado, o conteúdo da Constituição integra valores ideológicos de duplo sinal: valores das estruturas dominantes no momento

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98.

de sua elaboração (o próprio Estado) e valores correspondentes a outras estruturas (a Sociedade Civil), cuja aposta é a superação do *status* inicial. Nessa coexistência de valores reside a dimensão ideológica da Constituição⁹². E é exatamente esse o marco fundamental do distanciamento entre Constituição e sociedade. A dissociação entre a promessa normativa e a realidade social proporcionou que as normas constitucionais se tornassem meras peças alegóricas a refletir tão-somente uma imposição de preceitos e estigmas, nomeadamente nos países economicamente periféricos. Apartados da *praxis* social, os comandos perdem seu teor democrático e seu viés cogente, espírito que deve marcar o fenômeno constitucional. Nesse cenário, surgiu o ativismo judicial.

A perspectiva constitucional crítica liga-se a uma gnoseologia e a uma epistemologia jurídica, mas não necessariamente a uma política do Direito, embora lhe forneça subsídios diversos. Tal aproximação resulta da produção acadêmico-científica dos juristas, professores e da doutrina em geral e, desde cedo, apontou para a necessidade da permanente concretização⁹³, no plano pragmático, da promessa constitucional pela magistratura, em virtude do caráter meramente proclamativo da maioria dos textos existentes e da inação do legislador ordinário. Ademais, é cediço que a consequência inevitável da positivação de todo e qualquer texto normativo, inclusive o constitucional, é o seu envelhecimento com o passar do tempo, uma vez que ele materializa uma fotografia social da correlação de forças hegemônicas em determinado momento histórico⁹⁴. Sem a intervenção do aplicador do Direito, a Constituição tende ao vazio ou ao ostracismo⁹⁵.

Foi, portanto, a dinamicidade da operativa judicial que permitiu novas e atualizadoras abordagens, evitando a necessidade de revisões constantes, denunciando textos constitucionais muitas vezes elaborados com meros ingredientes de utopia⁹⁶, e não mais vislumbrando na prática jurídica tão-somente o governo de premissas maiores e menores, corolários do silogismo clássico⁹⁷.

⁹² SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Braga: Cruz, 1979, p. 36.

⁹³ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 42 e ss.

⁹⁴ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Braga: Cruz, 1979, p. 36.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 11.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 11.

⁹⁷ BLANCHÉ, Robert. **História da Lógica: de Aristóteles a Bertrand Russell**. Trad. António J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 25.

Evidenciou-se a certeza de que sequer o procedimento decisório de conflitos constitucionalmente estabelecido era governado por normas universais, mas moldado e constituído por padrões mutáveis e auto-organizados, superando a crença de que o Direito é um sistema de normas explícitas, vale dizer, superando-se sua fachada normativa, inclusive a constitucional⁹⁸.

O olhar crítico do jurista prático constitucional, notadamente diante do pluralismo econômico e social, revelou que por trás da aparência ideologizante que envolve a Constituição apresenta-se, no fundo, uma profunda insinceridade normativa. Desde o término da Primeira Guerra Mundial, o mundo tomou um ritmo veloz em sua mobilidade. Um torvelinho de inventos, descobertas, avanços técnicos, modificações culturais, acontecimentos políticos, lutas sociais, conflitos bélicos e novos fenômenos de organização social puseram em ebulição a maior parte das antigas sociedades em repouso. Com isso, a dissociação entre Constituição e realidade social transformou-se em problema notório, que a magistratura não poderia passar por alto⁹⁹.

Como no período do combate ao dogma da completude e da inequívocidade legal, aos juízes coube o papel fundamental de serem agentes políticos atentos à realidade circundante. As falácias ideológicas¹⁰⁰, em face de suas cargas de convencimento, viabilizavam a defesa de valores abstratos e maleáveis em favor de ideologias dominantes. Funcionavam como barreiras que mascaram contradições sociais, antagonismos inconciliáveis e a desigual distribuição do poder econômico, político e jurídico. Ao perceber que muitos dos dogmas constitucionais consagrados, como: segurança e certeza jurídicas; neutralidade do Estado-Juiz; autonomia da vontade; igualdade material das partes; eram mais instrumentos de função persuasiva do que realidade social, a intervenção judicial se fez necessária.

A superestrutura econômica freqüentemente cria e reproduz desigualdades no subsistema social, nos aspectos classe, gênero e etnia, demonstrando que a igualdade formal assegurada pela Constituição não corresponde à igualdade material. A ficção de isonomia proporcionou que, na

⁹⁸ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997, p. 251-273.

⁹⁹ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação Social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 30.

¹⁰⁰ WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 20-21.

apreciação de determinado fato jurídico, fossem utilizados pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, notadamente em face da situação individual dos envolvidos. Ora, se a igualdade jurídica que a Constituição intentava assegurar não encontra paralelo no dia-a-dia, então a ordem jurídica não estabelece a igualdade que pregou durante anos.

A questão da segurança jurídica também se apresenta como sendo outra manifestação da insinceridade do Direito, uma vez que, tal como posta, se opõe ao *topos* da justiça, principalmente quando se compreende que o fim ao qual se destina é o de normalmente garantir a aplicação de uma legislação feita em benefício de determinada classe que ocupa o poder. Por essa razão, afirmou-se que não se pode livrar da insegurança¹⁰¹, eis que ela é a *conditio sine qua non* da própria liberdade.

Essas constatações despertaram na sociedade um acentuado questionamento axiológico acerca do valor da Constituição e de suas funções, fruto de movimentos sociais que passaram a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico, em um cenário desfavorável ao modelo de pensamento do Direito puramente dogmático. Organizações populares, sindicais, comunitárias *etc.*, mediante a politização de questões aparentemente técnicas, criaram fatos novos reivindicando direitos e abrindo caminhos a práticas contraditórias, que, sob o prisma constitucional, comprometem a integridade e a plenitude da ordem vigente.

Com a guarida da parcela de uma magistratura atuante e progressista, foram denunciadas as normas constitucionais supostamente avançadas, que prometiam mais do que podem executar, propiciando ao homem comum desmedida frustração. Afinal, não é rara a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não era verdade e oferecem o que não podem cumprir¹⁰².

Outro fator que proporciona a não-efetividade da Constituição é a ausência de regulamentação de diversos direitos sociais revestidos sob a forma de normas de eficácia contida, jamais disciplinadas. Tais normas revelam que o Estado não estava preparado para oferecer demasiados serviços e prestações sociais e

¹⁰¹ SCHMIDT, Eberhard. *La Ley y los Jueces. Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madrid: Ema, 1971, p. 48.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 59.

econômicos à sociedade. Decidiu-se, então, por garantir estes direitos de modo programático, perdendo a Constituição certa juridicidade. O recurso às normas programáticas, que pretendia reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, deslocou o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, grande abertura para os direitos sociais ¹⁰³.

A estratégia do Estado não passou ao largo da percepção crítica. Positivando-se direitos em normas de caráter meramente programático, desestimulam-se as suas buscas. A construção que permitiu o estabelecimento de normas programáticas no texto constitucional tem, dessa forma, um caráter reacionário. Nelas se erguem não apenas obstáculos à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade a reivindicar já está contido na Constituição. Não se dando conta da inocuidade da contemplação desses direitos sem garantias, a sociedade acomodou-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados ¹⁰⁴. A efetividade das normas constitucionais programáticas depende essencialmente de fatores políticos. E é o próprio Estado quem decide sobre a urgência dessa aplicação.

A leitura da história do Direito Constitucional reconhece os avanços alcançados pela sociedade no campo jurídico com esse instrumento. Essa mesma leitura, contudo, também revela a existência de normas que tão-somente materializam declarações bem intencionadas, com o nítido propósito de recusar eficácia e aplicabilidade às proposições cujas presenças no Texto Básico servem, quando muito, para emprestar-lhe um viés axiológico. Daí o passo em direção ao ativismo judicial, sintetizando o sentimento de frustração constitucional na sociedade, em razão do permanente distanciamento entre o mundo normativo e o mundo real.

Nesse cenário, a magistratura atuante passou a visar não apenas aos interesses do Estado ou do indivíduo isoladamente, como foi na fase liberal, tampouco se deixou embriagar pelas promessas muitas vezes vazias oriundas da

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 210.

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 130.

fase social-democrata constitucional. O ativismo judicial passou a se preocupar com o indivíduo inserido na sociedade, com direito subjetivo efetivo a ser tratado com dignidade e a ter seu espaço privado, vivendo em melhores condições sociais. Essa atitude apontou para uma concepção procedimental da Constituição, mais adequada a uma nova época em que caíram em descrédito as grandes narrativas, legitimadoras de discursos científicos e políticos¹⁰⁵.

Em resumo ao presente capítulo, portanto, pode-se dizer que a reconstrução histórica do alvorecer e do entardecer do Estado Legal/Constitucional Moderno está sintetizada, por um lado, na deliberada busca da elaboração de um projeto racional de dominação lingüística, tendo como protagonista o legislador racionalista europeu-continental, que conseguisse, a um só tempo, amordaçar os juízes em seus papéis essenciais de intérpretes legais, romper com um modelo aristocrático de governo e proporcionar a sistematização de todo o conhecimento jurídico em direção à univocidade normativa, e, por outro, na resistência de uma parcela da magistratura que teve por bandeira os ideais pirrônicos racionais-descontrutivistas, ressaltando o abismo gnoseológico entre norma e fato social decorrente da abertura cognitiva dos textos legais e a necessidade da interpretação operativa.

¹⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, nº. 1-2, Jan./Dez. 1993, p. 17.

CAPÍTULO 2

VINCULATIVIDADE E PERSUASÃO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO NOVOS PARADIGMAS DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO ESTADO PÓS-MODERNO.

Sumário: 2.1. O uso do silogismo retórico irresistível pelos juízes na superação do mito iluminista da única resposta correta fornecida pela lei. 2.2. A jurisdição como tentativa de construção, na pós-modernidade, de um subsistema jurídico uniforme em um ambiente social disforme. 2.3. A valorização do precedente judicial e o seu reflexo no modelo estrutural das fontes do direito no sistema civilista como preparação à axiomatização jurisprudencial. 2.4. Do império da lei ao império da jurisprudência: a transmutação pós-moderna do sistema civilista em um modelo misto de produção normativa.

Capítulo 2

A VINCULATIVIDADE E A PERSUASÃO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO NOVOS PARADIGMAS DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO ESTADO PÓS-MODERNO.

2.1 O USO DO SILOGISMO RETÓRICO IRRESISTÍVEL PELOS JUÍZES NA SUPERAÇÃO DO MITO ILUMINISTA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA FORNECIDA PELA LEI.

Este segundo capítulo tem por objetivo elucidar a forma pela qual o modelo jurídico legal-abstrato do Estado Moderno europeu continental foi substituído por um modelo jurisprudencial-concreto, bem como de que maneira permaneceu inalterado o projeto estatal de dominação lingüístico-interpretativa, tendo agora por vetor a norma julgada colegiada.

Como visto no primeiro capítulo, a modernidade jurídica nasceu, em síntese, da mudança de perspectiva da compreensão do homem em relação ao mundo circundante, nomeadamente da cisão entre Estado e Igreja, com ênfase na noção de indivíduo como senhor da plenitude de sua vontade. Com fundamento na razão analítica, a comunidade moderna se transformou no Estado por meio do contrato social. A racionalidade substituiu o sentimento difuso e comum da Idade Média e funcionou como amálgama da nova sociedade.

O mundo moderno foi forjado por três lógicas da racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a cognitivo-instrumental da ciência e da técnica; e a moral-prática da ética e do Direito. A partir da articulação desses princípios entre si, e de uma proposta de maximização das potencialidades inerentes a cada um deles, foi construído um ambicioso projeto cultural que visou a transformar o mundo pela fé na ciência e na técnica aplicadas às forças produtivas e às relações liberais de mercado, supostamente capazes de criar um Estado justo e próspero com a positividade do progresso e com sua constante renovação e superação¹⁰⁶.

Por seu turno, o grande impulso para a moderna racionalidade jurídica foi fornecido pela Revolução Francesa cujos frutos formaram a base do Direito atual,

¹⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. São Paulo: Graal, 1989, p. 77.

com seus respectivos conteúdos de Estado Legal/Constitucional, de noção dos direitos individuais, da retórica da garantia da igualdade e da liberdade, e de império da lei¹⁰⁷, com a divisão de poderes e com o voto em assembléia pelos representantes do povo. O Direito moderno reproduziu no plano material a dinâmica exigida pela retórica prática dos pensadores da época: constituir-se de base racional, com oposição entre correntes positivistas e naturalistas, visando à manutenção do sistema macroeconômico nascente da pós-revolução, de cunho capitalista.

Nos fins do Século XIX e início do Século XX, observou-se que os princípios lógicos não se sustentaram, levando o processo a um desequilíbrio. As duas Grandes Guerras puseram fim ao romantismo naturalista da fé na razão humana. Como poderia o ser humano cair em luta armada sendo ele dotado de mecanismo tão perfeito como a racionalidade, destinado a viver em igualdade e liberdade, iluminado pela técnica da mais elaborada ciência? E caiu. O mundo e o ser humano não se configuravam como queriam os racionalistas na inocência dos seus discursos estratégicos. O mundo não se tornou o lugar marcado unicamente pelo progresso e pelo esclarecimento. O homem não se revelou um animal dotado da plena razão, destinado a viver em paz perpétua.

Em um cenário complexo e de certeza mitigada, estabeleceu-se a pós-modernidade jurídica. Com o reconhecimento de que a interpretação operativa (legal e constitucional) era essencial à concretização do Direito¹⁰⁸, a magistratura, relegada a um plano inferior nos dois séculos que antecederam esse momento, ganhou novo *status*. Inexistindo regra hermenêutica obrigatória e asseguradamente eficaz para a leitura das leis, os juízes se viram livres para apreciar fatos e provas, bem como para decidir as questões que tivessem em mãos¹⁰⁹. Essa autonomia era necessária para o bom desempenho do sistema, porque a história demonstrara a que resultado se chega quando os magistrados estão atrelados profissional e ideologicamente aos detentores do poder político e econômico, bem como à letra fria da lei.

¹⁰⁷ TROPER, Michel. La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitución. **Doxa**, Madrid, nº. 22, 1999, p. 347.

¹⁰⁸ DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. **Law and Philosophy**, Amsterdam, nº. 7, v. 2, 1988, p. 222; e SALDANHA, Nelson. **Estudos de Teoria do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 100.

¹⁰⁹ BORGA, Ernesto E. El Arbitrio Judicial en la Jurisprudencia y la Interpretación de la Ley. **Revista Ciência Jurídica da Universidade de La Plata**, La Plata, Tomo IV, 1973, p. 261.

Relativamente às decisões judiciais, a diversidade cultural da pós-modernidade reafirmou que os indivíduos não comungavam totalmente de pensamentos, aspirações e simpatias, e sendo o juiz um homem comum, apenas dotado de expressiva esfera de poder, não poderia provocar surpresa o fato de que interpretações distintas pudessem igualmente proporcionar sentenças diversas. De um modo geral, a legislação processualista passou a permitir que o juiz apreciasse livremente a prova, sendo-lhe exigido tão-somente indicar os motivos que formavam o seu convencimento.

Evidenciou-se, assim, a natureza política dos julgamentos. Estando o magistrado livre para apreciar a prova, intensificavam-se decisões baseadas em aspirações pessoais, simpatias ou antipatias por determinada tese ou parte, no bom ou no mau humor circunstancial, nos problemas de ordem pessoal e em inúmeros outros fatores que contribuem para o desfecho do processo. Em poucas palavras: intensificou-se o **caráter ideológico** do Direito. Tal fato, todavia, era menos deficiência do ordenamento do que condição a ele inerente.

O Direito sempre foi uma instância simbólica do político¹¹⁰. Nesse sentido, os juízes devem mesmo assumir a sua respectiva dimensão axiológica¹¹¹, permitindo a compreensão do tipo de ideologia na qual repousa a decisão judicial e de onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim é possível uma aproximação do valor transparência ao universo jurisdicional, exigido pelo Estado Democrático de Direito. Negar as aspirações não passa de mecanismo de ocultação da carga política da decisão. Não tendo o juiz a consciência da influência da ideologia, decide ideologicamente imaginando que age de modo imparcial e coerente apenas com os fatos.

Considerando a aceitação, ainda que em grau reduzido, do aspecto retórico da realidade jurídica, com a constatação da abertura cognitiva normativa, a sentença não apresentava mais a única solução possível para o caso concreto. Ela se transformou em instrumento de persuasão acerca do ponto de vista do magistrado sobre a matéria, que buscava criar um vínculo de coerência e

¹¹⁰ HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

¹¹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

verossimilhança entre o caso examinado e a legislação pertinente¹¹². Destacou-se, assim, na pós-modernidade, o papel da argumentação na aplicação do Direito. Em um ambiente impregnado pela dúvida, a magistratura não mais se contentava em apenas tentar demonstrar a correção formal da sentença, mas se esforçava em torná-la convincente.

Havendo única resposta correta para cada problema apresentado, deveria existir uma regra interpretativa apropriada e infalível. O ofício do juiz, nessa hipótese, estaria imune às questões pessoais. Nesse mundo imaginário, a lei se apresenta como premissa maior, os fatos, como premissa menor, e a sentença, como uma conclusão clara e eficaz, no mais perfeito dos raciocínios. O Direito estaria sempre a proporcionar descrições silogísticas apodícticas. A tarefa de separar a *doxa* da *episteme* seria facilitada. Identificada a resposta científica, todas as demais pretensas respostas ao problema seriam a-científicas¹¹³.

Essa, inclusive, é a utopia do senso comum teórico dos juristas essencialistas: a criação de um ambiente social no qual a dogmática esteja desenvolvida a ponto de que o subsistema jurídico seja emancipado dos demais subsistemas normativos, sem a ocorrência da corrupção de códigos. Nesse mundo ideal, o Direito se caracteriza por considerar apenas argumentos embasados na norma jurídica preexistente no ordenamento estatal. E sua interpretação e aplicação apresentam-se sob a forma subsuntiva¹¹⁴.

Constatou-se na pós-modernidade, todavia, que: a) nem sempre a premissa maior é perfeitamente visualizável pelo magistrado¹¹⁵; b) a análise da premissa menor depende de provas, nem sempre fiéis aos eventos; e, conseqüentemente, c) os raciocínios que se apresentam (que não ficam imunes às contingências pessoais dos juízes) podem ser equivocados. Além disso, principalmente nos sistemas sociais dos países periféricos, os subsistemas das

¹¹² SILVA, Gustavo Just Costa e. Cognitivismo e Ceticismo na Teoria da Interpretação: Relatividade e Ambigüidade de uma Classificação. *Argumentandum*, Recife, nº. 01, Faculdade Marista do Recife, s/a, p. 101.

¹¹³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 11.

¹¹⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica*. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325 e ss.

¹¹⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 37-38.

relações interpessoais, do poder econômico, do poder político *etc.* influenciam sobremaneira o desfecho dos imbróglis jurídicos¹¹⁶.

A prática pós-moderna demonstrou que a decisão judicial era mais fruto da retórica do que da ciência jurídica. A partir disso, tornou-se padrão o fato de os juízes, nos julgamentos, aludirem aos textos legais preexistentes sem explicitar aqueles nos quais baseavam suas convicções. Expressava-se a premissa menor – o fato narrado nos autos – mas omitia-se a norma, premissa maior, considerada auto-evidente¹¹⁷. Tal forma de raciocínio entimemático¹¹⁸ se caracteriza por excluir da estrutura silogística os termos tidos por óbvios. Evitam-se, de um lado, a repetição e a afirmação tediosa, e, de outro, os embaraços e as disfunções dos julgados.

Originário do termo *enthyméisthai*, os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos. Suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, ao contrário dos silogismos apofânticos. São, contudo, pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências da rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou desejável¹¹⁹. Se as premissas do entimema não são proposições evidentes, não são, contudo, arbitrárias. São *endoxas*: proposições geralmente admitidas pelas pessoas. São, portanto, verossímeis¹²⁰.

Dessa forma, a par da inexistência de uma única resposta correta para cada problema jurídico, buscou-se persuadir as partes de que aquela apresentada no caso concreto seria a mais adequada. A eficácia e a legitimidade do Direito, que, nos Séculos XVIII e XIX, eram conseqüências lógicas do processo democrático-legislativo, passaram, na pós-modernidade, a depender essencialmente da habilidade que o magistrado dispunha no uso da argumentação e da retórica.

Apenas aludindo ao texto legal, o magistrado adentra a esfera do raciocínio que estabelece um ponto eqüidistante entre a explicitação verbal da

¹¹⁶ Como, por exemplo, no sistema brasileiro, no qual o Direito não apenas é influenciado pelos outros subsistemas, mas depende deles para funcionar. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito**. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

¹¹⁷ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997, p. 278.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. de Manuel Alexandre Junior *et al.* Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 25.

¹¹⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325 e ss.

¹²⁰ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

norma e o silêncio. A eficácia desse discurso tem fundamento na técnica que permite criar uma ilusão de certeza em uma esfera de incerteza¹²¹, pelo uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera da implicação¹²². Formaliza-se o silogismo retórico, que parte dos seguintes pressupostos céticos: a) as leis são obscuras ou não são suficientemente claras para uma interpretação unívoca; b) os fatos nem sempre são como descritos¹²³; c) elementos estranhos, não necessariamente jurídicos, interferem na formação da opinião do magistrado; e, d) o Direito pode dar soluções distintas, mas igualmente válidas, aos problemas que enfrenta.

O silogismo retórico, portanto, não se situa no campo da lógica formal. Representa a guinada axiológica da modernidade, com sua pretensão cientificista¹²⁴, para a pós-modernidade, com seu caráter problematizante. Ao lado da tópica, passa a ser a base da teoria da argumentação moderna. Consubstancia o argumento de que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas a que, mesmo assim, a maioria empresta adesão, ao tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem¹²⁵.

Nessa espécie de construção mental, o raciocínio leva a uma conclusão que tem como premissa uma opinião acreditável. Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade da afirmação¹²⁶, mas se cria um efeito de algo que pode ser aceito como verdadeiro¹²⁷. Assim, o silogismo retórico não é demonstrativo, mas persuasivo. Se não resolve todos os problemas, fornece recursos e argumentos para encerrar a maior parte deles. Se não assegura soluções certas e

¹²¹ CORTEN, Olivier. La persistance de l'argument légaliste: éléments pour une typologie de légitimité dans une société libérale. **Droit et Société**, Paris, n°. 50, 2002, p. 202.

¹²² SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n°. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997, p. 271.

¹²³ Considerando as fórmulas céticas propostas por Sexto Empírico, as verdades fáticas tendem a ruir. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328.

¹²⁴ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 184.

¹²⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325 e ss.

¹²⁶ ECHAVE, Delia Teresa *et al.* **Lógica, proposición y Norma**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1999, p. 111.

¹²⁷ BOURDIEU, Pierre. Les Juristes, gardiens de l'Hypocrisie Collective. **Normes Juridiques et Régulation Sociale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 99.

incontroversas, dá soluções aceitáveis. Na sua base, o raciocínio passa a ser aceito por produzir um efeito de adequação entre a conclusão e as premissas, que proporciona a persuasão do receptor sem se preocupar em demonstrar uma conclusão incontestável. A verossimilhança é predicada sempre de enunciados cuja verdade se desconhece ou não se obteve legitimamente, mas que, de qualquer modo, se aceita em função de certas crenças generalizadas no nível popular¹²⁸.

E não apenas os magistrados lançam mão do uso dos silogismos retóricos. Demandante e demandado igualmente constroem seus discursos com auxílio do estratagema. Ocorre que o uso dos silogismos retóricos pelas partes em conflito gera apenas controvérsia, em face da constante possibilidade do manejo dos argumentos contrários às teses apresentadas e da natural dificuldade da adesão patética do interlocutor.

Quando o raciocínio não-demonstrável é utilizado pela magistratura na solução dos conflitos (e isso acontece mesmo de forma inconsciente), ele se torna potencialmente capaz de solucionar a maioria dos problemas jurídicos, uma vez que os juízes formulam silogismos retóricos que são **irresistíveis** às partes, ou seja silogismos que, embora careçam da vinculatividade ontológica dos juízos apofânticos, inibem a contra-argumentação em face do *ethos* de quem os profere. A análise do discurso judicial, como será demonstrado no item 4.6 do quarto capítulo desta tese, revela que a sentença é tanto persuasão quanto a petição inicial ou a resposta do réu¹²⁹, diferenciam-lhe apenas a força e a legitimidade com as quais são produzidas¹³⁰.

Motivar uma sentença é justificá-la com argumentos críveis, não apenas formalmente fundamentá-la de modo impessoal¹³¹. É buscar demonstrar que ela está conforme às exigências das partes. Dessa forma, o discurso jurídico deixa de ser um monólogo legalista e se torna retórico-heterólogo: o argumento de um contra o outro. Não há apenas a preocupação da demonstração da adequação legal,

¹²⁸ WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 69.

¹²⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

¹³⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dialéctica, Tópica ou Retórica Jurídicas? **Direito e Justiça**. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, volume XVI, tomo 2, 2002, p. 73-74.

¹³¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de La Interpretación Jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985, p. 57 e ss.

mas a preocupação da justificação das decisões colocadas: não existe tão-somente a convicção, antes disso, evidencia-se a persuasão¹³².

A sentença é, portanto, um dentre vários pontos de vista sobre o fato. Ela é impregnada dos elementos subjetivos do juiz, assim como a inicial e a defesa são impregnadas dos elementos pessoais das partes. A diferença entre as opiniões se encontra na força (político-estatal) que somente a sentença tem. Aparentemente, entretanto, ela não é apenas coerção. Ao sentenciarem, os juízes redigem suas opiniões de um modo que obscurece a natureza política do julgamento e fazem crer que a decisão é consistente com princípios amplamente compartilhados ou com uma orientação segura – e, mesmo, determinada por eles¹³³.

A pós-modernidade jurídica demonstrou que os resultados das querelas dependem mais da manifestação da vontade pessoal do magistrado do que de qualquer legislação ou método interpretativo posto à sua disposição. Evidenciou-se a **interpretação autêntica**¹³⁴, segundo a qual, na aplicação do Direito, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a ser aplicado combina-se com um ato de vontade¹³⁵, no qual o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas pela interpretação¹³⁶. Em resumo, o magistrado decide politicamente que caminho jurídico deve adotar, construindo arcabouço retórico que sustente a decisão adotada *a priori*¹³⁷.

Ora, se a decisão decorre da vontade política, demonstra-se que o Direito não depende exclusivamente de elementos jurídicos, ao contrário do que pretendeu o mundo moderno, mas igualmente de qualquer elemento que altere o *animus* do magistrado na construção de seu silogismo retórico. O ato de vontade do magistrado na hora da escolha da modalidade interpretativa é que faz dela autêntica ou não. E esse ato de vontade é vinculativo às partes, que dele não podem se

¹³² VEIGA, Gláucio. Lógica da Argumentação. **Anuário do Mestrado em Direito**, nº. 5. Recife: Universitária da UFPE, 1992, p. 44.

¹³³ VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172.

¹³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 387 e ss.; TROPER, Michel. **Pour une Théorie Juridique de l'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 82.

¹³⁵ TROPER, Michel. Constitutional Justice and Democracy. **Cardozo Law Review**, Nova York, nº. 2, volume 17, Dezembro 1995, p. 283.

¹³⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325 e ss.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7.

eximir, sob pena da execução forçada. Destaca-se no ato da interpretação autêntica, portanto, a força que esta detém para impor sua conclusão: eis o silogismo retórico irresistível.

Esse argumento permitiu a construção da tese da Escola Realista¹³⁸ americana, segundo a qual inexistindo regra hermenêutica prefixada à solução do conflito e sendo livre o convencimento do magistrado, que necessita apenas de coerência para julgar, o Direito não apresenta decisão melhor que outra para cada caso, senão apenas decisões semanticamente diferentes¹³⁹, mas juridicamente equivalentes.

Tal idéia não procede, contudo. Se não existem sentenças melhores que outras, sendo cada concepção apenas distinta das demais, uma decisão considerando que a escravidão seja algo iníquo, ou que não seja justo que se punam inocentes, não terá maior valor¹⁴⁰. Também não se sustenta o argumento de que, com a existência de várias respostas igualmente possíveis, a certeza e a segurança jurídica ficam seriamente comprometidas, como pensava o legislador iluminista.

A crença na inexistência de respostas melhores que outras no campo jurídico, aliada ao fato de que a opção do juiz entre um ou outro caminho a percorrer no processo é fruto exclusivo de sua vontade política, conduz à idéia de que o Direito depende exclusivamente do humor do magistrado. Esse entendimento, todavia, não deve ser levado às últimas conseqüências, uma vez que a afirmação de que o Direito é resultado daquilo que o juiz tomou no café da manhã¹⁴¹ terá validade axiomática.

Ao contrário disso, é exatamente a constatação do uso dos silogismos retóricos que permite dar-se ao problema jurídico uma resposta que se aproxime de valores éticos, por meio de atitudes fronéticas de uma magistratura socialmente engajada. A utilização do silogismo retórico, portanto, não importa necessariamente

¹³⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 131 e ss.

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 396.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 94; MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 22.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 45.

em uma postura antiética. Admitindo-se o Direito como uma tentativa de realização de um ideal de justiça¹⁴², concebida essa como uma virtude, nos termos aristotélicos¹⁴³, ou como uma ética da tolerância¹⁴⁴, quando determinados valores são estrategicamente preferíveis a outros, deve-se descrever da isostenia dos juízos na tese da equivalência das decisões judiciais.

Pode até ocorrer que na sentença inexista preocupação com a justiça material de qualquer espécie, e que o silogismo retórico empregado conduza apenas a mais uma interpretação, sobretudo se se tratar de magistrado apegado ao julgar tradicional, temeroso da jurisprudência dos tribunais, com excessivo culto à rotinização e à regularidade procedimental da profissão, agindo sempre com base em princípios inflexíveis, oportunizando soluções mecânicas dos conflitos¹⁴⁵, situação na qual o ideal segurança se confunde com o ideal reacionário.

É, contudo, exatamente essa a real loteria judicial: a que proporciona às partes encontrarem juízes que tenham compromissos com uma ética do bem, e não apenas com a lei. O estabelecimento do Estado pós-Moderno trouxe consigo duas inexoráveis constatações: a de que o uso do silogismo retórico possibilita, sem risco sistêmico, a coexistência e a imposição de decisões distintas sobre um mesmo caso, superando a tese legalista da resposta única legal; e a de que a decisão de agir como *libertas* ou *longa manus* do Estado é uma opção pessoal do magistrado, fruto de suas aspirações, ideologias e idiosincrasias.

2.2 A JURISDIÇÃO COMO TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO, NA PÓS-MODERNIDADE, DE UM SUBSISTEMA JURÍDICO UNIFORME EM UM AMBIENTE SOCIAL DISFORME.

Podem ser apontados diversos sentidos para o vocábulo jurisprudência. Em sentido *lato*, significa toda a ciência do Direito elaborada pelos jurisconsultos e pelos magistrados. Um segundo sentido relaciona o termo ao

¹⁴² RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971, p. 14; PERELMAN, Chaïm. La Idea de Justicia, en sus Relaciones con la Moral, el Derecho y la Filosofía. **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus Ediciones, 1966, p.171-172.

¹⁴³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 2001, p. 105.

¹⁴⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, 183.

¹⁴⁵ PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 57.

conjunto das manifestações dos juristas relativamente às questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Um terceiro sentido vislumbra nela a doutrina jurídica, prática ou teórica, do conjunto de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver um problema concreto. Um quarto sentido seria o da massa geral das manifestações, monocráticas ou colegiadas, da magistratura acerca dos feitos submetidos às suas respectivas autoridades¹⁴⁶.

A diversidade de aplicação decorrente da recepção desse instituto nos mais variados sistemas jurídicos europeus e, posteriormente, nas Américas, contribuiu para a sua plurissignificação. Para efeito deste estudo, adota-se o seu sentido técnico-jurídico, que, no sistema de Direito continental, significa a coleção harmônica e sistemática de decisões reiteradas sobre uma mesma matéria¹⁴⁷, revestindo-se do caráter de costume jurídico.

Sem desconhecer o fato de que parte da doutrina busca encontrar na antigüidade remota determinadas práticas que corresponderiam ao que hoje se compreende como processo de criação jurisdicional do Direito¹⁴⁸, é correto tomar como seu marco histórico o Direito romano, pois foi ali que a tarefa da exegese das normas jurídicas, a cargo dos prudentes, ganhou corpo e força.

Mas, mesmo em Roma, o termo jurisprudência não tinha sentido uníssono, uma vez que tanto servia para designar o ato criador do Direito, considerando que as respostas de determinados prudentes eram tomadas por suas fontes formais, ao lado dos *editos* dos pretores, como servia para designar um trabalho meramente interpretativo, que se aproximava do que hoje se chama de doutrina. Assim, o termo jurisprudência ora significava, em sentido amplo, a ciência do Direito, representando o conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto (*divinaru atque humanarum rerum notitia, justi ac injusti scientia*), ora significava, em sentido estrito, a autoridade das coisas que deveriam ser

¹⁴⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. Jurisprudência. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Coord. Carvalho Santos e Aguiar Dias. vol. XXX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 273-274; STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 83.

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

¹⁴⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Jurisprudência. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Coord. Carvalho Santos e Aguiar Dias. vol. XXX Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 275-276 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 9.

julgadas sempre do mesmo modo (*rerum perpetuo et similer judicatarum auctoritas*), consolidando a prevalência hierárquica normativa dos tribunais.

A ciência do Direito romano desenvolveu-se sobretudo por força do chamado *jus respondendi* conferido pelo Imperador Augusto aos jurisconsultos. A influência organizadora e a preocupação com uma linguagem jurídica rigorosa, aliadas à baixa complexidade social da época, tornaram os jurisconsultos pessoas importantes e estimadas, nomeadamente pelo fato de exercerem essa atividade por vocação, sem percepção de honorários ou remuneração.

Funcionando como fonte criadora do Direito, a jurisprudência romana emanada dos prudentes constituía, ao lado dos *editos*, o chamado Direito Pretoriano, quando o caráter de *imperium* transcendia ao de *cognitio*. Funcionando como quase-doutrina, constituía-se em *repositórios*, que eram coleções de *responsa* dos jurisconsultos do período romano clássico ou simples interpretações das obras do período anterior, destituídas de originalidade. Em qualquer hipótese, ela estava condicionada pelo Direito positivo existente. Somente na omissão legal os agentes dotados do *ius respondendi* tinham o poder criador do Direito.

Determinados jurisconsultos, todavia, recebiam de Augusto o chamado *ius respondendi ex auctoritate principis*, privilégio que tornava de observância obrigatória a manifestação do prudente romano. Havia, nesse sentido, uma força impositiva decisória com vistas a criar uma **jurisprudência oficial** de caráter vinculativo. De fato, o privilégio do *ius respondendi ex auctoritate principis* somente era concedido a prudentes afeiçoados ao sistema imperial, com vistas a evitar manifestações contrárias ao pensamento dominante. A cooptação ideológica era requisito necessário à distribuição do poder político.

Tendo sobrevivido à queda do Império após vigorar por vários séculos (754 a.C. a 476 d. C.), o Direito romano foi recepcionando influências diversas, desde a morte de Justiniano, em 565, até a tomada de Constantinopla, em 1453, encerrando o chamado período bizantino. Nos Séculos XI e XII, a chamada Escola de Bolonha, de Martinus, Hugo e Jacob, iniciou um período de releitura das fontes romanas. Os Glosadores, como ficaram conhecidos, foram os responsáveis pela adaptação dos textos romanos aos direitos emergentes e aos costumes locais,

introduzindo esse Direito na Europa e fundando a chamada jurisprudência ocidental¹⁴⁹.

Essa introdução repercutiu de forma diversa, a depender do país que o abertamente adotou ou que apenas teve dele influência. O chamado Continente europeu fez prevalecer a norma escrita, enquanto a vertente Anglo-saxã privilegiou o precedente judiciário. Particularmente durante a afirmação do Estado Moderno, essa separação de modelos de produção jurídica se manteve nítida. Com a pós-modernidade, e a decorrente necessidade de afirmação jurisdicional, a situação mudou.

A oposição entre a frieza do *logos* axiomático legal¹⁵⁰, de um lado, e a *phronesis* da decisão judicial, de outro, deu margem, no Estado pós-Moderno, à idéia de que a norma julgada superaria a tese legalista e melhor representaria a tentativa de realização da justiça. Essa idéia desenvolveu-se a partir do vetusto conceito do devido processo legal inglês (*due proces of law*), que, originalmente, não abria espaço para o conceito de *processo with large scope*, ou seja, um processo político valorativamente orientado para a defesa dos direitos fundamentais, e que mudaria após as promulgações das Emendas V e XIV da Constituição dos EUA¹⁵¹.

As emendas americanas sintetizaram a idéia de que, objetivamente, o devido processo em Direito significava a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém poder ser privado da vida, da liberdade e da propriedade¹⁵². Em outras palavras, significava um **processo justo** definido por lei para se dizer o Direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves. A teleologia americana construiu, portanto, a idéia de que o processo legalmente previsto para a aplicação das penas deveria ser ele próprio um processo devido¹⁵³, obedecendo aos trâmites

¹⁴⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 35 e ss.

¹⁵⁰ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 278.

¹⁵¹ A Emenda V trata, em síntese, da proteção contra a auto-incriminação. A Emenda XIV, por sua vez, afirma que “Nenhum estado deverá fazer leis ou fazer cumprir leis que reduzam os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum estado deverá privar qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo da lei; nem negar a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, a igualdade de proteção das leis”.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Lisboa: Almedina, 2003, p. 493.

¹⁵³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El debido proceso legal**. Latinoamerica: constitución, proceso y derechos humanos. México: Miguel Angel Porrúa, 1998, p. 219.

procedimentais formalmente estabelecidos na Constituição. O Direito segundo um processo justo pressupõe que fosse igualmente justa a forma de criação legal do respectivo processo.

Nascem, daí, duas concepções relativas à construção de um Direito justo: uma, processual (*process oriented theory*), que materializa uma teoria do Direito (processo) justo por qualificação legal. E outra, material (*value oriented theory*), que pressupõe um Direito (processo) justo não apenas no sentido legal, mas no sentido de justo e adequado, prevalecendo a idéia de que os objetivos da exigência de um processo justo não podem ser alcançados se o legislador puder livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo¹⁵⁴.

Consolidou-se, assim, a idéia da vedação de as autoridades legiferantes disporem livremente sobre a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas, vale dizer, sem razões materialmente fundadas para tal. Esse postulado se tornou o principal argumento invocado para a defesa da *judicial review of legislation* no sistema jurisdicional americano, segundo o qual os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei. No aprofundamento do instrumento da *judicial review of legislation*, passou a existir a possibilidade do exercício do controle dos tribunais acerca do teor legal. O parâmetro desse controle era o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados.

Assim, na pós-modernidade, coube à jurisdição o papel de dinamizar a norma legislada na sua ultrapassagem do aspecto abstrato para o concreto – suplementando-a, por vezes – no intuito de alcançar o *topos* maior do Direito: a justiça social, garantindo a isonomia de tratamento entre os cidadãos¹⁵⁵. Perceba-se que, afinal, são os mesmos objetivos que, no Século XVIII, acreditavam-se alcançados pelo advento das leis e, posteriormente, das codificações. Em clara tentativa de substituição da lei, a jurisdição pós-moderna se tornou o instrumento da razão analítica que visou a criar um subsistema jurídico uniforme em uma sociedade complexa e disforme.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Lisboa: Almedina, 2003, p. 494.

¹⁵⁵ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do Direito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, nº. 51, jan./mar. 1990, p. 95.

O ocaso do pensamento que impôs ao Direito uma concepção mecanicista abalou fortemente a idéia da vinculatividade cega à lei escrita e proporcionou o uso da interpretação operativa judicial. Teses jurídicas pós-modernas logo buscaram demonstrar que o texto legal era mero enunciado normativo produzido pelo legislador, com os caracteres de generalidade, abstração e universalidade¹⁵⁶. O conteúdo jurídico propriamente dito somente nasceria da interpretação desses textos legais no bojo do caso concreto. A partir dessas idéias, será o intérprete autêntico, portanto, o real produtor da norma jurídica. O enunciado normativo deveria ser considerado tão-somente a ponta do *iceberg*¹⁵⁷, embora a construção normativa pelo intérprete estivesse pragmaticamente condicionada pela situação fática prevista no texto.

Esse raciocínio se baseia no fato de a linguagem na qual as normas estarem escritas nunca ter sido suficientemente formalizada a ponto de evitar imprecisões, sendo a mesma linguagem corrente de usos e costumes sociais¹⁵⁸. Inevitável, portanto, que se atribuam diferentes significados aos termos legais, naquilo que se denominou textura aberta da norma¹⁵⁹ (abertura cognitiva normativa), fenômeno que permite ao jurista prático exercer a função criadora do Direito¹⁶⁰.

Paralelamente à idéia da necessária liberdade jurisdicional na construção pós-moderna do Direito, permaneceu o ranço legalista que sustentava a tese do risco sistêmico da loteria judicial. A pretensão da vedação de leituras múltiplas da norma, portanto, não foi abandonada pelo pensamento essencialista, que continuou acreditando na possibilidade da compartimentalização léxico-modal jurídica e na perfeita correspondência entre a palavra e o objeto representado¹⁶¹.

¹⁵⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noesis, 2006, p. 328 e ss.; ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness and Legal Theory. **Legal Theory**, Oxford, n.º. 3. 1997, p. 42.

¹⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Oeter Naumman. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53 e ss.; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41 e ss.; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192 e ss.

¹⁵⁸ GUIBOURG, Ricardo A. *et al.* **Introducción ao Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1998, p. 20-22.

¹⁵⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148-149.

¹⁶⁰ PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. Interpretación y Creación Judicial del Derecho. *Jurisprudencia Sociologica*. **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, São Paulo, n.º 17, dezembro 1980, p. 47.

¹⁶¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 56.

Adaptando-se à pós-modernidade, essa dogmática tardia explorou o fato de, na passagem do enunciado legal geral para a norma jurídica particular, efetivamente mais vinculativa, potencialmente surgirem interpretações destoantes. Assim, quanto menor a densidade semântica do enunciado abstrato, maior e mais problemática a produção de normas concretas correspondentes. Não tardou muito para que fosse disseminado no Estado pós-Moderno o pavor do antigo fantasma que assombrava os pesadelos dos racionalistas: a possibilidade de dispersão e de fragmentação do Direito, em face da subjetividade que o processo interpretativo proporcionava aos juízes.

Para solução da nova manifestação do antigo problema, a fórmula encontrada foi valorizar de forma extrema as decisões colegiadas tomadas pelos tribunais superiores, em prejuízo das interpretações dos tribunais inferiores e da jurisdição de primeiro grau¹⁶². A jurisdição constitucional praticada pelas Cortes Supremas representou um grande passo em direção à demarcação dos conteúdos normativos. A idéia central era que a concepção da existência da força normativa constitucional impunha, por natural, a vinculatividade das decisões tomadas pelas Cortes Máximas de cada Estado, sob pena de cair no vazio¹⁶³. A vinculatividade das decisões tomadas por essas Cortes, então, alcançava o particular, destinatário final da norma, mas atingia, igualmente, o próprio Poder Judiciário, nas demais instâncias, limitando suas esferas de atuações.

Na medida em que a jurisdição constitucional aumentou a densidade semântica das normas produzidas pelo Legislador, fazendo com que determinada interpretação prevalecesse sobre qualquer outra¹⁶⁴, nomeadamente no processo de controle de constitucionalidade, deu-se a impressão da transmutação da figura do juiz carente, sempre dependente do legislador, retrato do Estado Legalista, para o juiz pleno¹⁶⁵, fortalecido, independente e superior aos demais agentes políticos do Estado, por meio da radical valorização da jurisprudência dos tribunais superiores.

¹⁶² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 224.

¹⁶³ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15 e ss.

¹⁶⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31-32.

¹⁶⁵ E, no entanto, ainda carente. BLUMENBERG, Hans. **Las Realidades em que vivimos**. Trad. Pedro Madrigal. Barcelona: Novagràfik, 1999, p. 125 e ss.

2.3 A VALORIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL E O SEU REFLEXO NO MODELO ESTRUTURAL DAS FONTES DO DIREITO NO SISTEMA CIVILISTA COMO PREPARAÇÃO À AXIOMATIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

Os dois ramos do Direito ocidental são o romano-germânico, também conhecido por *civil law*, e o anglo-americano, chamado de *common law*¹⁶⁶. Do primeiro ramo, com base no Direito romano clássico, destacam-se algumas das principais ordens jurídicas, como a alemã, a francesa, a espanhola, a portuguesa e a brasileira. Do segundo, são significativos o sistema inglês, o irlandês, o canadense e o norte-americano¹⁶⁷.

A tradição civilista tem por fundamento o Direito legislado. Os sistemas jurídicos a ela vinculados tendem a se estruturar sobre um discurso axiomático: uma normatização preventiva, que visa, em face da generalidade do que determina, ao enquadramento de um grande campo de ações ainda não ocorridas. A tradição da *common law*, por outro lado, está ligada ao pensamento problemático, estruturado no caso concreto. Repudia, em tese, o raciocínio apriorístico legal¹⁶⁸ e toma como modelo para a decisão presente aquela adotada em caso ocorrido que lhe seja análogo. Vê-se, assim, que as duas estruturas jurídicas reproduzem, à sua maneira, dois postulados gnoseológicos que se opõem há séculos: racionalismo e empirismo¹⁶⁹.

O sistema de *common law* tem por fundamento o princípio do *stare decisis*¹⁷⁰, que determina a aplicação do precedente a casos futuros substancialmente iguais. Trata-se de um princípio, não de uma regra, e, enquanto tal, é realizado em maior ou em menor grau¹⁷¹. Ocupando local secundário na hierarquia das normas, a lei cede espaço à jurisprudência como fonte principal na formação do Direito.

¹⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 15 *et passim*.

¹⁶⁷ Embora o modelo federativo americano tenha propiciado um sistema *sui-generis*, com influência tanto da família civilista quanto do Direito comum, é mais adequado classificá-lo como representante dessa segunda.

¹⁶⁸ Embora a lei tenha crescido de importância no campo processual dos países ligados a essa tradição jurídica.

¹⁶⁹ BATISTA JR., Edil. O Ilógico Necessário. Considerações acerca da crise da codificação jusracionalista. **Revista da ESMape**, v. 6, nº. 13. Recife: Escola Superior da Magistratura, Janeiro/Junho 2001, p.114 e ss.

¹⁷⁰ Parte da locução latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida como “mantenha-se a decisão e não se altere o que foi decidido”.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 99.

A conseqüência de tal deslocamento é a valorização do Direito criado pelo Judiciário, que, segundo essa tradição, caracteriza-se pela estreiteza de vínculos com a realidade, formando um conjunto mais harmônico entre fato, valor e norma, a tridimensionalidade da ontologia jurídica. E, ainda que o juiz não esteja imune ao erro na vertente jurídica da *common law*, a **purificação** do sistema seria mais rápida e eficaz, em face da maior efetividade do controle hierárquico das decisões judiciais, segundo alegam seus defensores.

O princípio do *stare decisis* implica na vinculação hierárquica ao precedente quando este é originado em tribunais superiores. Tal fato é perfeitamente visualizável no sistema inglês, uma vez tratar-se de Estado unitário fundamentado, basicamente, em duas jurisdições: a superior e a inferior. A primeira, composta pela Casa dos Lordes e pelos tribunais superiores, além da Alta Corte de Justiça, da Corte da Coroa e da Corte de Apelação. A segunda jurisdição é composta pelas Cortes de Condado, constituídas por juízes nomeados pelo Presidente da Casa dos Lordes¹⁷².

O sistema norte-americano, por sua vez, é mais complexo. Em face da descentralização política federativa, coexistem naquele país duas estruturas jurisdicionais independentes: a federal e a estadual. Inexiste hierarquia entre elas. Assim, em geral, as decisões tomadas em nível federal não vinculam os juízes estaduais. E vice-versa. Da mesma forma, inexiste hierarquia entre os tribunais estaduais. De acordo com aquela cultura jurídica, uma vez decidida a questão por uma Corte de recursos, em âmbito estadual ou em âmbito federal, a decisão aí tomada vale como precedente e deve ser aplicada a casos futuros análogos, nas respectivas esferas jurisdicionais. Os juízes de primeira instância não têm poder de estabelecer precedentes, tampouco têm autoridade para revogar um precedente anterior. O poder do precedente no sistema norte-americano, sem embargo da existência de uma Constituição escrita, representa a força do princípio do *stare decisis* naquele país, em detrimento dos axiomas legais.

O precedente judicial, hipótese que serve de paradigma para a decisão em caso análogo futuro, pode ser decomposto em três partes: o **fundamento vinculativo**, que é o núcleo da decisão e impõe a observância pelos demais juízos

¹⁷² COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 23, nº. 92, out./dez. 1998, p. 79 e ss.; CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 9.

das instâncias inferiores; os **fundamentos persuasivos**, que são os demais elementos de convencimento dos juízes, não dotados de força obrigatória, mas que influenciam na tomada de decisão; e, por fim, a **dicta**, que são os elementos secundários, ilustrativos ou de estilo, somados à decisão, mas que não causariam prejuízos se porventura inexistentes¹⁷³.

A depender do órgão do qual emana a decisão judicial ter-se-á o precedente vinculativo e o meramente persuasivo. O primeiro, de aplicação obrigatória. O segundo, não gozando de força vinculativa, exerce influência no convencimento do juiz, seja pela autoridade¹⁷⁴ de onde se origina (argumento de autoridade), seja pela verossimilhança de sua afirmação (argumento pragmático), seja pela opção do lugar do preferível¹⁷⁵ (qualidade ou unidade).

Tratando-se de precedente vinculativo, o princípio estabelecido pelo caso antecedente determina a sua reaplicação ao caso subsequente. Sendo apenas persuasivo, outros fatores devem ser considerados para que se decida sobre sua utilidade, nomeadamente a sua extensão e o seu grau de aplicação no novo caso. Há por parte da magistratura no sistema de *common law* a preocupação em evitar decisões divergentes que possam provocar disfunções no sistema. O próprio brocardo da *law of precedente* tem por fundamento a convicção da magistratura em se firmar no que foi previamente decidido, não permitindo que a indesejada instabilidade jurídica reflita em uma temida instabilidade social¹⁷⁶.

Nos países de tradição romanística, por outro lado, a autoridade do precedente sempre foi, tradicionalmente, menos efetiva, em virtude da relevância institucional que foi dada à norma legislada, sobretudo a partir do processo de codificação. Nesses países, a visão legicêntrica hipertrofiada pelo pensamento exegeta, e pelo juspositivismo que lhe sucedeu no Século XX, buscou alicerçar-se tendo como marco teórico a divisão dos poderes assinalada por Aristóteles, que ganhou maior substrato em Montesquieu.

¹⁷³ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18 e ss.

¹⁷⁴ A autoridade aqui não deve ser compreendida como superioridade funcional, o que poderia redundar na vinculatividade da decisão e não o seu caráter persuasório, mas como uma superioridade moral.

¹⁷⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 94 e ss.

¹⁷⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A uniformização da jurisprudência no contexto da Reforma do Código de Processo Civil. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 583.

Recordando a teoria, ao legislador cabe o papel precípua de elaborar as leis, de forma genérica e abstrata, na forma de axioma. Ao executor cabe o papel de efetivá-la no exercício da função administrativa pública. Ao juiz cabe aplicá-la aos casos concretos que lhe chegam ao conhecimento. Em qualquer das hipóteses, percebe-se, a vontade da lei, como resultado da vontade geral, é soberana e vinculativa para as funções públicas.

Em nome da exigência da segurança jurídica e da desejável previsibilidade das decisões, a partir do Século XVIII a lei viveu seu apogeu nos países que adotaram o sistema de Direito continental europeu, irradiando-se para as respectivas colônias, compondo um quadro que, ainda hoje, em determinados países, resiste à mudança¹⁷⁷. O advento do Estado pós-Moderno, contudo, proporcionou uma releitura de Montesquieu e da sua teoria dos poderes. A idéia de divisão cedeu lugar a outra, abrandada, de cooperação. Pela inteligência pós-moderna, pretendeu-se encontrar naquela teoria tão-somente uma reação à concentração subjetiva de poderes. Concebido como uno e indivisível, já não caberia falar em partição do poder do Estado. A idéia de funções estatais estanques já não encontra lugar na realidade¹⁷⁸.

Uma vez relativizada a teoria da tripartição dos poderes, o Estado pós-Moderno civilista procurou promover o processo de legitimação das decisões judiciais. Considerando que o caráter não-eletivo da magistratura poderia ser tomado como obstáculo à adesão popular às idéias de soberania e legitimidade dos atos por ela praticados¹⁷⁹, sobretudo nos países de tradição democrática, deslocou-se a idéia de legitimidade dos atos públicos da lei, *stricto sensu*, para o Direito, *lato sensu*, concebido como um sistema orgânico. Dessa forma, a legitimidade da jurisprudência nos países da *civil law* passou a se impor de forma reflexa, em

¹⁷⁷ Veja-se que até hoje, por razões mais ideológicas do que práticas, inexistente no Estado francês um controle de constitucionalidade das leis propriamente dito, senão tão-somente um controle preventivo.

¹⁷⁸ TARELLO, Giovanni. **Storia Della Cultura Giuridica Moderna** – Assolutismo e Codificazione del Diritto. Milão: Società Editrice il Mulino, 1993, p. 289-290; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82-83; KIMMINICH, Otto. Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão dos Poderes. Trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.º. 92, out./dez. 1989, p. 21-23; ADEODATO, João Maurício Leitão. **A Retórica Constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155 e ss.

¹⁷⁹ TROPER, Michel. **La Théorie du Droit, le Droit, l'État**. França: Presses Universitaires de France, 2001, p. 85.

decorrência de ter seu fundamento na lei aprovada por um corpo de representantes do povo.

A adoção do modelo instituído a partir da *judicial review of legislation* refletiu diretamente na estrutura das fontes do Direito¹⁸⁰ na tradição romanística, estruturado na supremacia da lei, que sempre a considerou como fonte principal do Direito. Se para os países da *common law* o reconhecimento da força criadora da jurisdição era a conseqüência lógica de uma opção histórico-política, para os países que adotaram a *civil law* a valorização da jurisprudência representou a consagração da superação da tese do mito da onipotência legal vinculativa.

Em conferência ocorrida na Alemanha do Século XIX, Kirchmann já havia provocado grande discussão no meio jurídico ao afirmar que bastaria a mudança de três palavras da lei, pelo legislador, para que bibliotecas inteiras fossem reduzidas a um monte inútil de papel. Negava, destarte, peremptoriamente, cientificidade à norma escrita e, conseqüentemente, reconhecia a força criadora do Direito na jurisprudência¹⁸¹. À parte essa visão radical, o valor da jurisprudência como fonte formal do Direito na tradição romanista nunca foi consenso entre os doutrinadores¹⁸².

É fato que a jurisprudência, em princípio, era considerada como fonte formal subsidiária nos países que adotaram o modelo de Direito continental. Esse enquadramento na hierarquia das fontes era o traço caracterizador das duas tradições jurídicas. Reforçando a questão, Carnelutti¹⁸³ demonstrou a supremacia da fonte legislativa no sistema romanístico, em face da noção de soberania que ela trazia subjacente. O jurista italiano não desconhecia o valor da jurisprudência como fonte, máxime se considerado que, desde 1927, a lei italiana atribuiu à Justiça do

¹⁸⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

¹⁸¹ MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982, p. 48-84; KIRCHMANN, J. H. von. **La jurisprudência no es ciência**. Trad. Antonio Truyol y Serra. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1961, p. 54-69.

¹⁸² A literatura brasileira relativa ao tema contempla diversas teses. Há autores que negam à jurisprudência a qualidade de fonte do Direito no sistema romanístico, como Orlando Gomes (**Introdução ao Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 39). Há autores que vislumbram uma abertura na rigidez dessa concepção, com posições intermediárias, para quem apenas algumas jurisprudências em situações excepcionais tornam-se fontes primárias, como Caio Maia da Silva Pereira (**Instituições de Direito Civil**. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 43), e Vicente Ráo (**O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 430). Finalmente, há autores que defendem a tese de ser a jurisprudência fonte formal do direito, para quem o fundamental da fonte é que ela implique uma estrutura normativa de poder, como Miguel Reale (**Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168 e ss.).

¹⁸³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 173.

Trabalho a competência para a formação de comandos gerais, em colaboração com as partes¹⁸⁴.

Para aquele autor, estando a jurisdição subordinada à legislação, no sentido de que o processo jurisdicional ao criar Direito o faz no limite estabelecido pela lei, sujeita uma fonte à outra, conferindo à fonte legislativa valor diferente e superior às demais. A soberania da fonte legal consiste no fato de a produção jurídica dela emanada ser supraparte, ilimitada, ao contrário da fonte jurisdicional. E mesmo quando atue mediante o processo dispositivo, o juiz, ainda que independente do legislador relativamente ao conteúdo dos seus comandos, dele depende, ao menos no que diz respeito ao poder de emaná-los.

Essa descrição objetiva se tornou, todavia, nebulosa quando, na pós-modernidade, o acentuado conteúdo atribuído à jurisprudência pelos países civilistas subverteu a hierarquia das fontes. A superação do mito da completude da lei reforçou a idéia de que o trabalho criador do juiz é de fundamental importância à formulação das regras de convivência social. Não se imaginou, todavia, a atribuição do desmedido valor à jurisdição, a tal ponto de, na tradição romanista, aplicar-se a teoria do precedente com força geral abstrata, no intuito de evitar os supostos riscos sistêmicos da tese da loteria judicial, reeditada, renovada e ampliada.

A discussão acerca da possibilidade da criação jurídica por força da decisão judicial tinha sido, há muito, superada. Kelsen já havia apontado que a função judicial, similarmente à legislativa, é uma atividade de aplicação e criação do Direito. Aplicação em relação à norma superior, e criação em relação ao escalão normativo imediatamente inferior. A decisão judicial, portanto, continua com o processo de criação jurídica do geral e abstrato para o individual e concreto¹⁸⁵.

O que não havia sido previsto, entretanto, era o amalgamento dos dois sistemas de produção jurídica, provocado pela nova tentativa de redução da discricionariedade judicial, por iniciativa de uma parcela do pensamento ontológico pós-moderno que jamais se desvencilhou da necessidade atávica de certeza e segurança jurídicas¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Conforme a *Carta del Lavoro*, publicada em 30/4/1927.

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria general del derecho y del Estado**. Trad. Eduardo Garcia Maynes. México: Imprensa Universitária, 1958, p. 158-160.

¹⁸⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 317 e ss.

O fenômeno da mutação paradigmática que se processou nos países da *civil law*, portanto, decorreu da atribuição de um valor inexistente no passado ao conjunto de decisões proferidas pelos tribunais, das quais passou a ser possível extrair-se uma regra geral que sustentasse a tão almejada previsibilidade jurídica da conseqüência da prática de determinados atos, eliminando a alegada loteria judicial. Foi, no fundo, um revés dogmático à tentativa de libertação dos juízes das amarras legais. Surgiram as amarras jurisprudenciais.

Não deixa de ser curioso observar o fato de que o pensamento racional-essencialista, avesso ao pluralismo, necessitou rever suas próprias bases epistemológicas, passando a admitir o método empírico de análise da realidade e a utilização do pensamento indutivo na construção de postulados, a fim de assegurar as certezas ontológicas adotadas como fundamentais no novo ambiente jurídico instalado.

A decisão tomada pelo tribunal de *per si* nada constitui senão um caso particular. A repetição de decisões congêneres, contudo, passa a induzir a idéia de que os tribunais reconhecem a existência de uma regra geral abstrata que se impõe e determina os julgamentos futuros. No dia-a-dia, as pessoas se vêem obrigadas a respeitar essa regra, como forma de evitar a sanção ou o julgamento desfavorável¹⁸⁷. Esse processo de hipertrofia do discurso jurisdicional se revelou como nova forma de dominação lingüística por parte do Estado. Tal fato evidenciou, finalmente, a subversão da regra hierárquica estabelecida para os países que adotaram o Direito continental europeu, em face da axiomatização da norma julgada casuística.

2.4 DO IMPÉRIO DA LEI AO IMPÉRIO DA JURISPRUDÊNCIA: A TRANSMUTAÇÃO PÓS-MODERNA DO SISTEMA CIVILISTA EM UM MODELO MISTO DE PRODUÇÃO NORMATIVA.

A chamada jurisdição constitucional, sobretudo a praticada pelos tribunais superiores europeus, que se afirmou a partir da primeira metade do Século XX, é o emblema do poder concedido aos tribunais nos países adotantes da *civil*

¹⁸⁷ PLANIOL, Marcel Fernand; RIPPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. t. 1. 5ª ed. Paris: LGDJ, 1950, p. 122.

law. Quando de suas respectivas criações, esses tribunais atuavam como Cortes de cassação. O escopo maior, portanto, era a proteção da lei contra os possíveis abusos de uma desconfiável magistratura, decorrentes da possibilidade do exercício interpretativo.

Dessa forma, os tribunais supremos da generalidade dos países não exerciam uma jurisdição plena, em face do império da lei. Limitavam-se a fiscalizar a obediência legal no julgamento das instâncias inferiores¹⁸⁸. Posteriormente, com o recrudescimento da quimera legalista, os tribunais superaram o papel de garantes da aplicação dos códigos, passando a agir como órgãos efetivamente jurisdicionais, comprometidos com a análise do mérito da questão *sub judice*, atuando como tribunais de terceira ou última instância.

Papel fundamental nessa história é atribuído à experiência alemã, com a criação de seu Tribunal Constitucional a partir do segundo pós-guerra. Sob inspiração do pensamento kelseniano, ele detinha o papel precípua de efetuar o controle da constitucionalidade das leis. Essa função, denominada de legislação negativa, fez com que se concedesse **força de lei**¹⁸⁹ às decisões tomadas pela Corte alemã. Intitucionalizou-se, destarte, o fundamento vinculativo das suas decisões, cujo objetivo era assegurar a eficácia dos julgados, não apenas no que tange à parte dispositiva, mas, igualmente, aos motivos determinantes que ensejaram a decisão.

Mais do que na teórica similitude entre a legislação positiva do Poder Legislativo e a legislação negativa do Poder Judiciário, a vinculatividade das decisões da Corte Constitucional alemã legitimou-se por meio do repúdio popular ao caráter sectário da lei, por ocasião do fim da 2ª Grande Guerra. Não se deve olvidar que o ativismo nazista que arrasou aquele País, além de boa parte da Europa, tinha respaldo legal. A dissociação entre lei e moral¹⁹⁰ foi suficiente para que se atribísse àquele Tribunal Constitucional um poder delimitador da atividade legislativa, de molde que, nos casos de leis consideradas iníquas, fosse possível negar-lhes

¹⁸⁸ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 646.

¹⁸⁹ Por força do art. 20 da Constituição alemã, o Poder Executivo e a administração da justiça estão vinculados à lei e ao Direito. Embora não sejam considerados instrumentos opostos, atribui-se à expressão Direito um conceito de maior alcance que o legal.

¹⁹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 140.

validade e/ou eficácia. Trata-se de considerável guinada axiológica relativamente ao Século XIX, com fundamento patético social.

A vinculatividade das decisões dos tribunais, contudo, não era a regra, excetuando-se a questão do controle de constitucionalidade, por óbvio. Mesmo assim, os tribunais passaram a resolver casos concretos não mais como Cortes de cassação, mas em grau de jurisdição originária ou em grau de recurso, com a característica de que suas decisões valiam apenas para o caso concreto. Mas, mesmo nessa hipótese, os fundamentos das decisões irradiavam-se para feitos análogos. Tal fenômeno decorria do fato de os tribunais superiores procurarem orientar-se pelos próprios precedentes, consolidando-os para casos futuros, tendo em mente a uniformidade e a continuidade da jurisprudência: a vetusta retórica da segurança jurídica¹⁹¹.

Pressupondo a existência de uma linha evolutiva, os tribunais superaram a fase da cassação para outra, de revista dos julgados. Posteriormente, atribuiu-se-lhes o papel de uniformizadores da jurisprudência, e, finalmente, o papel de criadores do Direito¹⁹². É de se notar, segundo esse raciocínio, que essa última missão dos tribunais terminou por alçá-los ao patamar de legisladores positivos, produtores de uma jurisprudência que se deveria apresentar como uma **instância aberta**, não encerrando uma imutabilidade¹⁹³, mas proporcionando uma intervenção pela qual fosse possível a constituição unitária do Direito.

Essa concepção foi o combustível necessário para acender a chama do ativismo judicial em direção ao chamado desenvolvimento jurisdicional **superador da lei**. Para além do papel criador do Direito apenas nas hipóteses das lacunas legais, os tribunais avocaram o papel da construção do Direito a partir da aglutinação das demais fontes normativas, em suposta consonância com a Constituição. Essa missão criadora do Direito foi consignada, inclusive, pelo próprio legislador em determinadas matérias, como no caso do Direito do Trabalho, onde o

¹⁹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 647.

¹⁹² NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 82 e ss.

¹⁹³ BALLWEG, Ottmar. Retórica Analítica e Direito. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, vol. XXXIV, fasc. 163, Julho/Agosto/Setembro 1991, p. 183.

curso da evolução social sempre foi desproporcional ao desenvolvimento da legislação respectiva¹⁹⁴.

O desenvolvimento da tese do juiz vinculado à Constituição, superando o dogma dezenovista do juiz vinculado à lei, aliado ao fato de que as normas constitucionais apresentavam enunciados de baixa densidade semântica, meramente principiológicos, foram fortes argumentos para a instauração de uma jurisdição constitucional criativa¹⁹⁵. A impossibilidade de extração de conceitos unívocos do corpo constitucional impôs a concretização jurisdicional. O conteúdo normativo constitucional passou a ser extraído a partir da interpretação dos tribunais superiores. E daí surgiram os *topoi*, segundo os quais o **juiz constitucional é obrigado a ser livre**¹⁹⁶ e que **a Constituição é aquilo que o tribunal superior entenda o que ela seja**¹⁹⁷.

O crescimento do papel da jurisdição nesse quadro histórico, portanto, é visto como a decorrência natural do gradativo aumento da complexidade das relações nas sociedades contemporâneas e da impossibilidade da atuação objetiva legislativa, de molde a reger cada conduta de *per si* – um dos fundamentos do pensamento dogmático, segundo o qual o processo decisório subsuntivo consiste na aplicação de uma regra preexistente ao fato social. O reconhecimento dessa impossibilidade pelo legislador, a par da alternativa da extraordinária emissão de diplomas legais específicos¹⁹⁸, acarretou a crescente produção de normas gerais, que possibilitaram uma maior atuação dos tribunais no processo de concretização jurídica. Firmou-se a jurisprudencialização da tutela constitucional, que alçou a jurisdição à posição de principal fonte do Direito, por determinar a extensão dos mandamentos constitucionais¹⁹⁹, mesmo nos países de tradição civilista.

¹⁹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 523.

¹⁹⁵ SILVA, Gustavo Just Costa e. A Teoria da Interpretação como Variável do “Paradoxo da Jurisdição Constitucional”. **Separata da Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 42, nº. 165, Janeiro/março 2005, p. 30-31.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Trad. De Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 22.

¹⁹⁷ GUASTINI, Riccardo. Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione. **Ragion Pratica**, Roma, nº.17, 2001, p. 46.

¹⁹⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. v. 1. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 84.

¹⁹⁹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121-122.

A força com que se dotou o Poder Legislativo no Estado Moderno Liberal, redundando em uma explosão legalitária, foi igualmente sentida quando da passagem para o Estado pós-Moderno, situada, agora, no novo poder dos juízes. Questões emergentes da tomada de consciência social, tais como o urbanismo, o meio ambiente, a questão agrária *etc.* alargaram consideravelmente a intervenção do Poder Judiciário, o que se tornou um dos maiores fatos políticos do Século XX. Nada mais escaparia ao controle judicial²⁰⁰.

A hipertrofia dos poderes da magistratura repercutiu por intermédio do fenômeno da judicialização da vida pública e provocou grande discussão sobre a existência ou não de limites na criatividade jurisprudencial. O próprio conceito de Estado Democrático passou a correr riscos em face do que foi chamado de **Governo dos Juízes**²⁰¹. O novo magistrado, em face da extrema valorização do papel que passou a exercer na interpretação e integração das normas ordinárias e constitucionais, tem agora um estatuto central no contexto da criação do Direito.

No Século XX, já não se pode negar a supremacia do Judiciário perante os demais poderes do Estado. A questão a saber é a dimensão dessa supremacia²⁰². Considerando que tal situação não passaria despercebida pelo senso comum teórico-social, a dogmática revisitada se apressou em buscar encontrar diferenças marcantes entre o ato criador legislativo e o judiciário, de molde a fazer crer na suposta manutenção do equilíbrio de força entre os poderes estatais.

Dessa forma, relativamente ao processo de criação jurídica, inicialmente afirmou-se a existência de distinção entre a **discricionariedade soberana**, somente encontrada nos atos do legislador, e a **discricionariedade relativa** do Poder Judiciário, de caráter supletivo, que se apresenta na concretização de noções elásticas e/ou dos conceitos de valores extrajurídicos, mas relevantes para o julgamento por parte dos juízes²⁰³.

²⁰⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24.

²⁰¹ LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis**. Paris: M. Giard & Cie, 1921, p. 8 e ss.; TROPER, Michel. **Le Gouvernement des Juges, Mode d'Emploi**. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 18 e ss.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Lisboa: Almedina, 2003, p. 616 e ss.; OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 34-36.

²⁰³ BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Dott.A. Giuttrè, 1949, p. 149 e ss.

Afirmou-se, também, que o fato de o juiz ter a seu dispor um conjunto de escolhas para a individualização concreta da norma jurídica nada é senão a constatação de que a lei não está estrita e rigorosamente determinada de forma a se impor, externamente, à magistratura. Isso não atribui à jurisdição uma força maior do que aquela porventura existente, apenas determina uma moldura na qual ela deve agir²⁰⁴. Ratifica esse entendimento o fato de que os caracteres distintivos do Poder Judiciário sejam: a) atuar como árbitro, função que pressupõe a existência de uma contenda; b) a particularização de suas manifestações, não se pronunciando abstratamente sobre normas e menos ainda sobre princípios; e, c) a inexistência do poder de iniciativa, somente agindo quando provocado²⁰⁵.

Ademais, asseverou-se que, embora tanto o procedimento legislativo quanto o judiciário criem direitos, há uma diferença crucial entre eles, na medida em que a legislação é produzida suprapartes, ou seja, sem que estas possam intervir de qualquer maneira na sua produção. A jurisprudência, por outro lado, embora também tenha caráter supraparte, gerada por um órgão do Estado, decorre de um ato interpartes, no qual estas têm uma função ativa, tornando-se agentes do processo. O caráter interparte importa em um limitador natural do conteúdo jurídico, sendo vedado ao juiz laborar fora da lide²⁰⁶.

O pensamento dogmático, que estrategicamente defendeu a suposta harmonia entre os poderes do Estado, também afirmou que a jurisdição devia sempre se pautar pelo conteúdo da lei. E, embora a legislação também se pautasse pelo conteúdo da Constituição, os vínculos da magistratura em relação à lei eram maiores se considerado o fato de que na passagem da Norma Suprema para a lei ordinária poderia ocorrer a hipótese de ausência de limites materiais, o que não ocorre na passagem da lei para a decisão individual²⁰⁷.

Afirmou-se, ainda, que, embora a jurisprudência dos tribunais transcenda ao âmbito da integração das lacunas, criando-se novos institutos jurídicos que não estão no plano originário da lei, esse desenvolvimento se dá

²⁰⁴ SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 139.

²⁰⁵ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 1.

²⁰⁶ CARNELLUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Processo**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 146-148.

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1989, p. 56.

dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios legais que lhe servem de base. Ademais, o limite do desenvolvimento da atuação judicial radica na exigência de resoluções que envolvem considerações políticas, orientadas a partir do ponto de vista da oportunidade. No Estado Democrático, essas decisões estão no âmbito de competência da criação legislativa, carecendo os tribunais do poder da conformação social²⁰⁸.

Trata-se de diversos argumentos sofisticados que, embora bem construídos, não conseguem esconder o fato de uma evidente jornada em direção ao império da jurisprudência no Estado pós-Moderno. No que tange à suposta existência de soberania plena do legislador, basta recordar que o exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Tribunal Supremo do Estado age como verdadeiro limitador intransponível. O caráter geral e abstrato das decisões em sede desse controle, em que pese não vincular formalmente o legislador no que se refere a proposições futuras relativa ao tema, aponta, contudo, que a simples reedição da matéria por outro normativo enseja em nova pronúncia de inconstitucionalidade. A plenitude da soberania do legislador, portanto, encontra teto na compreensão política da adequação material da norma proposta à Constituição, por força do Poder Judiciário.

A ausência do poder de iniciativa do Judiciário é mero indicador da inexistência de uma ditadura judicial, mas não de um governo dos juízes, nomeadamente em face do dogma pós-moderno da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre todos os aspectos da vida social. Se é certo que as decisões tendem a repercutir apenas na esfera das partes, não é menos certo que nada escapa à potencial fiscalização da adequação formal-material do Judiciário: do conjunto de todas as leis às infindáveis e diversificadas manifestações de autonomia da vontade dos particulares. É igualmente forçoso reconhecer que é a partir das decisões tomadas nos casos concretos que a jurisprudência se forma e toma um caráter abstrato-geral, impondo-se de forma indutiva²⁰⁹ em um sistema jurídico antes baseado em axiomas legais, e cuja tradição decisória privilegia o raciocínio subsuntivo dedutivo.

²⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 608-609.

²⁰⁹ LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20 e ss.

O caráter supraparte ou interparte das criações legislativa e judiciária, por seu turno, nunca esteve tão obscurecido. A partir do reconhecimento da existência de grupos de pressão representantes dos mais variados interesses dentro do jogo democrático do parlamento, desde há muito se abandonou a idéia de um legislador puro e imune às questões contingenciais. A norma produzida pelo legislador pode ser, portanto, fruto de pressão das partes em uma força infinitamente maior do que aquela exercida no processo decisório judicial. A legitimidade das normas gerais, portanto, admite discussão. Da mesma forma, é possível que, em sede de competência originária, os tribunais decidam suas questões com vistas a criarem no futuro uma jurisprudência vinculativa para os casos análogos, de onde o caráter interparte da decisão é mero detalhe a ser superado quando da adoção futura do precedente criado.

A afirmação de que inexistente limite material para a formação da lei é insustentável em face do crescente fenômeno da jurisdicalização da vida pública, anteriormente falado. De fato, a concretização constitucional importa no reconhecimento de princípios constitucionais limitadores da ação do particular e do próprio Estado, no que toca à sua autonomia de produzir leis. Os princípios constitucionais, por seu turno, são expressos ou intuídos, decorrentes de uma interpretação sistêmica que considere, inclusive, um limitador natural ao poder constituinte originário. Uma vez que a interpretação se apresenta como um critério axiológico subjetivo por parte do jurista prático, ainda que não haja limite material constitucional expresso à formulação da hipótese legal por parte do legislador, este poderá ter sua iniciativa tolhida em face da existência de um limite material constitucional intuído, decorrente do exercício da interpretação por parte de determinado Tribunal Supremo.

Na contemporaneidade, é forçoso reconhecer que nem mesmo uma emenda constitucional reformadora, de iniciativa do Poder Legislativo, tem o condão de derrubar a possibilidade de controle constitucional por parte dos Tribunais Supremos²¹⁰, em face da igual possibilidade de anulação desse ato por invocação da tese de afronta às chamadas cláusulas pétreas²¹¹, nomeadamente a que dispõe

²¹⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

²¹¹ TROPER, Michel. On Super-Constitutional Principles. **Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday**. Lund: Juristförlager I Lund, 1997, p. 412 e ss.

sobre o princípio dos freios e contrapesos. Tal decisão judicial teria, inclusive, caráter de norma constitucional similar aos preceitos constitucionais originários.

Por fim, a alegação da tese da limitação política da jurisdição está vinculada a uma concepção legalitária do Estado. O *welfare state* e a jurisdição constitucional surgiram na contramão desse ideário. Direito e política são, na pós-modernidade, mais do que nunca, considerados termos sinonímicos. A produção jurisprudencial dos Tribunais Supremos, longe de se limitar a resolver pendências intersubjetivas, avançou na incorporação da agenda social, orientando e pautando as políticas públicas. Se não se pode afirmar da existência de um caráter eminentemente político na decisão judicial, negar-lhe, todavia, essa particularidade seria fechar os olhos à realidade das questões de políticas compensatórias, como as cotas para as pessoas com deficiência ou as cotas étnicas no mercado de trabalho e nas universidades públicas, pautadas pelo assentimento jurisprudencial e dele cada vez mais dependentes.

Em resumo a esse segundo capítulo, pode-se afirmar que a axiomatização da norma judicada colegiada foi a alternativa encontrada pelo pensamento dogmático para o exercício do controle lingüístico-jurídico após a derrocada do Estado legalitário. A adoção de um paradigma de jurisdição que, no decorrer do Século XX, mesmo nos países de tradição romanista, privilegiou o precedente jurisprudencial como instrumento de busca pela certeza e segurança, fez nascer um modelo misto de produção do Direito.

Esse novo modelo evidenciou o fato de que o estabelecimento da pós-modernidade, embora pautado na tônica da complexidade e da certeza mitigada, não teve o condão de modificar o *status quo* jurídico relativamente à crença essencialista no conteúdo ontológico normativo que, afinal, apenas teve deslocado o eixo da fé no corpo legal para a fé no corpo jurisprudencial, agora hipertrofiado e igualmente mitificador.

CAPÍTULO 3

O ESTABELECIMENTO DO DIREITO SUMULAR VINCULATIVO BRASILEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO CONSEQÜÊNCIA DO MONOPÓLIO INTERPRETATIVO LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO.

Sumário: 3.1. A experiência jurisdicional vinculativa portuguesa dos assentos como ponto de partida para o processo de sumulação do pensamento jurídico no Brasil. 3.2. O processo de criação da vinculatividade jurisdicional no Brasil: dos assentos à legislação preparatória da súmula vinculante. 3.3. Do concreto ao abstrato: o instrumento sumular como meio de estabelecimento de juízos gerais sintéticos e paradigmáticos. 3.4. A criação da súmula vinculante em face do contexto retórico brasileiro, pateticamente favorável à adoção de qualquer modelo para solução célere dos conflitos jurídicos. 3.5. A disfunção estrutural da súmula vinculante: de instrumento quase-legal a mais-que-legal e a conseqüente alteração do modelo hierárquico das fontes do direito brasileiro.

CAPÍTULO 3

O ESTABELECIMENTO DO DIREITO SUMULAR VINCULATIVO BRASILEIRO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CONSEQÜÊNCIA DO MONOPÓLIO INTERPRETATIVO LEGAL-CONSTITUCIONAL DO ESTADO.

3.1 A EXPERIÊNCIA JURISDICIONAL VINCULATIVA PORTUGUESA DOS ASSENTOS COMO PONTO DE PARTIDA PARA O PROCESSO DE SUMULAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO NO BRASIL.

Os dois primeiros capítulos deste estudo demonstraram de que forma a visão do fenômeno jurídico sob uma concepção ontológica mascarou o caráter retórico do Direito e procurou empreender uma constante dominação lingüístico-interpretativa da norma legislada e da norma julgada, nos modelos de Estado Moderno e Estado pós-Moderno, tendo a Europa como marco geográfico. Para atingir o foco da tese, importa, agora, verificar a maneira pela qual esse ambiente se desenvolveu no Brasil e quais as repercussões dele decorrentes na atualidade, sobretudo na Suprema Corte brasileira.

Em que pese o fato de a guinada axiológica que promoveu a valorização da jurisdição dos tribunais – como forma de aumentar a densidade semântica normativa e, conseqüentemente, reduzir a discricionariedade dos juízes das instâncias inferiores – somente ter ocorrido a partir da exaustão do modelo legalista do Estado Moderno, um olhar investigativo sobre a história jurídica nacional permite compreender que a pretensão dogmática de uniformização do pensamento jurídico no Brasil remonta à sua condição de Colônia de Portugal, inspirando-se em um ideário ainda anterior à sua própria descoberta.

Encontram-se sementes da pretensão da vinculatividade jurídica, como instrumento de dominação ideológica, já no surgimento das *façanhas* portuguesas – juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que servia de aresto a ser imitado em situações análogas²¹², cuja origem espanhola (*fazañas y albedrios*) estava prevista no *Código de las Siete Partidas*.

²¹² BUZAID, Alfredo. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 165 e ss.

Esse documento foi importante compêndio de normas jurídicas produzido por Afonso X no início da segunda metade do Século XIII. Elaborado pouco tempo depois do *Fuero Real* (1255), abarcou numerosos ramos do Direito medieval sob o ponto de vista prático e doutrinal. Redigido entre 1256 e 1265, consistiu em um corpo de leis que intentou dar unidade legislativa a um reino fracionado por diversos *fueros* particulares. A obra continha um prólogo e sete partes divididas em 182 títulos, computando um total de 2.802 regras que regulavam o sistema de fontes jurídicas (leis escritas, usos, costumes e *fueros*) e o Direito eclesiástico, político, administrativo, processual, mercantil, civil, penal e matrimonial²¹³.

Ainda no Século XIII, Dom Diniz de Portugal traduziu a Lei das Setes Partidas, iniciando um processo de uniformização interpretativa com vistas a privilegiar o binômio certeza-segurança no Direito lusitano. Em 1446, foram promulgadas as primeiras Ordenações, de lavra de Afonso V, compostas por cinco livros, dentre os quais o que tratava do processo civil. Em 1521, já com o Brasil descoberto, foram promulgadas novas Ordenações, agora de lavra de Dom Manuel, sendo lançadas as bases dos **assentos**, instrumentos da jurisprudência que, por se expressarem de modo abstrato, geral e impositivo, assemelhavam-se às normas legais. Finalmente, em 1603, foram promulgadas as Ordenações de Filipe II de Portugal, conhecidas como **Ordenações do Reino**, as quais criaram os *Assentos da Casa da Supplicação*²¹⁴ – Corte que funcionava como Tribunal Superior – com o escopo de uniformizar a interpretação legal, valendo como se leis fossem.

Em meados do Século XVI, o Direito português estava relativamente unificado nas diversas ordenações editadas. Havia, também, a permanente preocupação de sua harmonização com os institutos do Direito romano. Já naquela época, contudo, propagaram-se diversas queixas sobre a insegurança jurídica e a incerteza dos julgamentos, nomeadamente no que diz respeito aos padrões de decisão²¹⁵. A conciliação entre o Direito romano e o Direito lusitano foi objeto do exercício da jurisdição pelos tribunais portugueses. E um dos meios utilizados na

²¹³ ALFONSO X, Rey de Castilla. **Las siete partidas...** Edición de José Berní y Catalá. Valencia: Imprenta de Benito Monfort, 1767. Biblioteca Virtual de Pensamiento Político Hispánico Saavedra Fajardo, Disponível em <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/HTML/iniciop.html?Open>>. Acesso em: 2.8.2008.

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 9ª ed. Ver. Coimbra: Almedina, 1995, p. 315 e ss.

²¹⁵ HESPANHA, António Manuel Botelho. **História das instituições** – Época Medieval e Moderna. Coimbra: Almedina, 1982, p. 511.

busca de uniformização dos julgados foi a atribuição do efeito vinculativo aos assentos da Casa de Suplicação todas as vezes que se procedesse à interpretação de passos duvidosos das Ordenações do Reino, nos termos das Ordenações Manuelinas. Dessa forma, os assentos tornaram-se interpretações autênticas das leis do Reino de Portugal.

Os assentos sempre provocaram profunda discussão doutrinal, sobretudo quanto à sua natureza jurídica²¹⁶. Argumentava-se que tinham natureza jurisdicional²¹⁷, uma vez que não se originavam de órgão legiferante. Não seriam leis, portanto, nem no caráter formal nem no caráter material. A força vinculativa deles decorrente os alçava à categoria de jurisprudência qualificada. Argumentos contrários consideravam que os assentos eram leis materiais²¹⁸, pois consubstanciavam regras gerais e abstratas, legalmente reconhecidas como fontes formais do Direito. Nesse sentido, outra coisa não seria senão a transmutação, autorizada por lei, de um ato de jurisdição em um ato de legislação, praticada por autoridade sem competência legislativa.²¹⁹

O instituto dos assentos foi criado com objetivos específicos: interpretar e integrar o sistema jurídico português no caso de omissão da lei. Relativamente à interpretação, seu objetivo era o de dar destaque a um julgado diferenciado, em virtude de sua singular qualificação jurídica e/ou especialidade da matéria nele versada²²⁰, de molde a funcionar como paradigma obrigatório para feitos análogos. Seu poder de vinculação era tamanho que a ausência de observância do assento obrigatório no exercício da jurisdição importava na pena de suspensão do juiz responsável²²¹.

²¹⁶ NEVES, António Castanheira. **O problema da Constitucionalidade dos Assentos** (Comentários ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional). Coimbra: Coimbra, 1994, p. 9.

²¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 196-197.

²¹⁸ NEVES, António Castanheira. **O problema da Constitucionalidade dos Assentos** (Comentários ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional). Coimbra: Coimbra, 1994, p. 37.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 613.

²²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

²²¹ Conforme disposto nas Ordenações Manuelinas, Livro V, Tomo 58, § 1º.

O duplo papel dos assentos foi reafirmado pela Lei da Boa Razão²²², publicada em Portugal em 18.8.1769. Observe-se, todavia, que essa mesma lei, de caráter iluminista, determinava que somente os assentos das Relações confirmados pela Casa de Suplicação teriam validade, o que pode ser interpretado como uma tentativa de criação de um sistema jurídico orgânica e funcionalmente estruturado (considerando-se que não apenas a Casa de Suplicação podia editar assentos, mas, também, as Relações do Porto e de Ultramar, inclusive a do Rio de Janeiro).

Em 1822, período em que o racionalismo atingia o seu apogeu na Europa continental com os processos de codificação legal e de constitucionalização dos Estados (inclusive de Portugal), fortalecendo a idéia do legislador universal, os desembargadores da Mesa Grande da Relação da Casa de Suplicação decidiram acabar com o poder de aquela Corte emitir assentos. Essa deliberação, de inspiração nitidamente liberal, fundamentava-se no fato de que não se poderia firmar assentos sobre qualquer inteligência de lei sem uma nova delegação do legislador, por considerar que eles continham *decisões legaes*, e constituíam parte da nova legislação, inserindo-se, destarte, na competência privativa e própria do Poder Legislativo²²³.

A Casa de Suplicação de Lisboa foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça. Embora esse Tribunal detivesse competência para estabelecer a unidade na interpretação e na aplicação das leis, não lhe foi expressamente autorizado editar assentos, tampouco foi instituído qualquer instrumento processual com vistas a assegurar a uniformização jurisprudencial. Acreditou-se que sua posição hierárquica na estrutura judicial, aliada ao fato de sua atribuição de somente conhecer questões de Direito, seria suficiente para que fosse instaurada a almejada uniformidade do pensamento jurídico português.

Não foi, contudo, o que aconteceu. Com base no princípio individualista da livre motivação, que se alastrava entre os juízes europeus, os magistrados portugueses reivindicaram a liberdade de opinião, o que conduziu à ausência de manutenção das tradições e da doutrina do Tribunal. Sem conseguir uniformizar a sua própria jurisprudência, em virtude das interpretações divergentes

²²² Nos seguintes termos: “Que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”.

²²³ Nos termos do Apêndice às Ordenações Filipinas, v.1, p. 317-318.

dentre as seções daquela Corte (ou mesmo dentro de cada seção individualmente considerada), não havia maneira de uniformizar a jurisprudência das Relações e dos Tribunais de 1ª instância²²⁴.

Para sanar esse problema, o governo português instituiu um **Conselho de Notáveis**, por portaria editada em 27.10.1898, determinando que o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações tivessem reuniões anuais, a fim de dissipar dúvidas suscitadas na interpretação e na aplicação das leis, esclarecer obscuridades e suprir deficiências, tudo com o propósito de evitar decisões contraditórias no ordenamento lusitano e, já no caso de suas constatações, propor providências adequadas, como a promulgação de leis interpretativas. Com o mesmo objetivo, a lei nº. 706/1917 determinou que o Ministério Público português encaminhasse ao Supremo Tribunal certidões de julgados contraditórios, para fins de dissipamento de dúvidas e posterior elaboração de proposta de lei interpretativa, por parte do Governo.

A idéia de uniformizar a jurisprudência por meio de diplomas legislativos nunca funcionou satisfatoriamente. Assim, no abandono da proposta legalitária, o Decreto nº. 4.620/1918 expressou a necessidade de ser assegurada a unidade progressiva da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, estabelecendo recurso contra decisões que contrariassem a última jurisprudência estabelecida por aquela Corte. Em 1926, houve nova mudança no sistema recursal lusitano, que passou a estabelecer a vinculatividade das decisões do Supremo para as instâncias inferiores, quando proferidas pelo Órgão Pleno do Tribunal em grau de recurso no conflito de jurisprudência. Embora não houvesse a denominação de assentos nessa espécie de julgados vinculativos, o Supremo Tribunal de Justiça passou a assim conceituá-los, confundindo-os com o instituto dos assentos da Casa de Suplicação²²⁵. Somente em 1933 houve expressa referência ao instituto²²⁶, determinando-se a competência do Tribunal de Contas para fixar jurisprudência de suas decisões, publicando o respectivo assento no Diário do Governo.

Os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1961 reincorporaram o termo assento ao universo jurídico português, limitando sua obrigatoriedade, todavia,

²²⁴ REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 6. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 235.

²²⁵ CARVALHO, Fernando Martins. Algumas tendências dos nossos tribunais – os chamados “assentos” do Supremo. **O Direito**, Lisboa, ano 68º, nº. 1 e 2, 1936, p. 240-245.

²²⁶ Pelo Decreto 22.257/1933.

aos tribunais inferiores. Em 1966, foi atribuída aos assentos do Supremo Tribunal de Justiça **força obrigatória geral**, por meio do art. 2º do Código Civil português, que os alçou à categoria de norma geral do sistema jurídico. Tal fato provocou acentuada reação por parte daqueles que vislumbravam na hipótese a invasão do Supremo Tribunal na esfera de competência do legislador. Segundo determinava o Código Civil português, o assento consistia na solução de um conflito de jurisprudência decorrente do confronto entre dois julgados do próprio Supremo Tribunal de Justiça ou entre este e a Relação, tendo por fundo a mesma questão de Direito. Ele seria firmado pelo Órgão Pleno do Supremo Tribunal por meio da maioria qualificada dos seus membros (4/5 dos magistrados), importando em um enunciado que, uma vez publicado, valeria *erga omnes*.

A permanente busca pelos valores certeza e segurança, característica marcante do pensamento ontológico, importou na impossibilidade de qualquer alteração do assento prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Sua reforma ou revogação, portanto, dependia da iniciativa legislativa, inexistindo outro critério de revisibilidade. Lavrar assentos tornou-se para o Supremo Tribunal português tecer malhas das quais não podia se livrar mais tarde²²⁷.

O caráter prospectivo dos assentos, ao lado de sua natureza vinculativa geral, importou na axiomatização da decisão concreta em Portugal. Buscou-se, assim, superar a perspectiva gnoseológica cética que aponta para a irrepitibilidade dos fenômenos e a sua decorrente incognoscibilidade e imprevisibilidade. A partir de uma decisão tomada nas raias do caso particular, o Supremo Tribunal de Justiça emitia assentos com força obrigatória geral que alcançavam os casos objetivamente análogos (mesmo considerando-se que a questão da analogia é, no limite, decidida por um critério subjetivo²²⁸).

A obrigatoriedade e a generalidade atribuídas aos assentos propiciaram sua extensão, para além dos tribunais judiciais, às demais relações jurídicas. A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português passou a ser vista como preceito normativo geral e, independentemente de sua natureza jurídica, se legislativa ou jurisdicional, impactou profundamente no universo jurídico lusitano.

²²⁷ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 200.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1989, p. 120 e ss.

Conceituados como instituto de perplexidade, em virtude da complexidade de sua natureza e dos demais aspectos relacionados com sua aplicação, os novos assentos tiveram ferrenhos opositores²²⁹. Uma vez que a referência ao seu caráter interpretativo-monopolizador poderia soar como mera crítica desprovida de embasamento jurídico, a forma encontrada de combatê-los envolveu questões técnicas, e não apenas ideológicas. Uma das teses levantadas foi a de que os assentos seriam atos legislativos praticados pelo Judiciário, logo, inconstitucionais. Haveria, pois, uma negação da divisão dos poderes, eis que os assentos autenticamente interpretativos das normas legais foram tomados como verdadeira *legislatio*, violadores do princípio da tipicidade das leis²³⁰.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional de Portugal decidiu, em 1993, pela parcial inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil português, sob alegação de que a figura dos assentos contrariava manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial²³¹. Por avançar no terreno próprio do legislador, os assentos acabavam por configurar formas inadequadas para um instituto que visava à unidade e à segurança da ordem jurídica. Afirmou o Tribunal Constitucional que a atribuição de efeitos normativos a ato jurisdicional (vinculatividade *erga omnes*), aliada à inderrogabilidade e à imutabilidade do instituto, contrariava a função jurisprudencial. A declaração de inconstitucionalidade parcial importou na redução de texto, após o que a norma teve reduzida a eficácia *erga omnes* para um poder de vinculação apenas sobre os juízes integrantes do próprio órgão prolator do assento.

Percebe-se nos argumentos do Tribunal Constitucional português a premissa da impossibilidade da adoção de decisões vinculativas em um país não filiado ao sistema da *common law*, no qual vigora o primado da norma legal como axioma obrigatório, geral, abstrato e impessoal, limitando-se a jurisdição à resolução do caso concreto. Nesse sentido, no tradicional sistema civilista, no qual impera o princípio do livre convencimento motivado do juiz, a vinculatividade jurisprudencial

²²⁹ Muito embora também tivessem doutrinadores em sua defesa, tais como: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5.v. Tomo V. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 42, e SOUSA, Marcelo Nuno Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988, p. 322-323; ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 255-257.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1012-1013.

²³¹ Pelo acórdão 810, de 07.12.93.

configuraria uma incompatibilidade lógica ou prática, não podendo, portanto, ser adotada sem uma modificação substancial nos costumes dos povos.

Considerando o lugar do Direito na sociedade, com profunda influência ética e patética, é de se frisar que as razões que levam as sentenças a adquirirem caráter normativo e validade como precedente são, originalmente, sociológicas, intrinsecamente ligadas à história dos povos que assim as adotam, e, somente secundariamente, axiológicas. O precedente se apresenta, portanto, muito mais como uma arte tradicional no modo de sentenciar, uma técnica de resolução de questões com referência às decisões passadas, do que como uma postura reconhecidora de decisões melhores que outras²³². Mudar radicalmente o modo de atuação da magistratura é, destarte, praticar violência contra a própria história jurídica da nação.

Além disso, embora houvesse significativa distinção entre os antigos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, criados por força das diversas ordenações, e os novos assentos adotados pelo Supremo Tribunal de Justiça, por força do Código Civil português, identifica-se em ambos o propósito não declarado do controle político (tanto pela monarquia absolutista quanto pelo Estado português contemporâneo) sobre as decisões judiciais. A vinculatividade dos assentos portugueses foi considerada uma mordaza ao exercício da plena jurisdição dos tribunais. E, como tal, foi devidamente rechaçada. Sua influência no Direito brasileiro, todavia, já tinha provocado efeitos diretos.

3.2 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA VINCULATIVIDADE JURISDICIONAL NO BRASIL: DOS ASSENTOS NACIONAIS À LEGISLAÇÃO PREPARATÓRIA À SÚMULA VINCULANTE.

As primeiras formas de organização política e judiciária no Brasil, ainda em sua fase colonial, se deram com o Regimento concedido pelo Rei de Portugal a Tomé de Sousa, em 1548, com a determinação do estabelecimento de uma fortaleza no intuito de se constituírem povoações e de se ministrar a justiça. Anteriormente a esse Regimento, era vedada no território nacional qualquer espécie

²³² CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956, p. 85 e ss.

de justiça exercida em nome do Rei, investindo-se os donatários das Capitanias, nas quais as terras brasileiras foram divididas, nos poderes de uma justiça praticamente privada²³³.

Na segunda metade do Século XVI, a organização judiciária nacional estava totalmente regulada pelas leis do Reino de Portugal. A seu exemplo, surgiram as figuras dos juízes ordinários, juízes de fora, juízes de vintena, juízes de sesmarias, ao lado de ouvidores, corregedores, provedores *etc.* Essa pleora de agentes políticos, em sua maioria inabilitada para o exercício da jurisdição, alguns, inclusive, analfabetos²³⁴, conduziu a um ambiente de indefinição conceitual acerca do Direito nas terras brasileiras, sobretudo em relação à interpretação das normas.

Com o intuito de resolver o problema da pluralidade de entendimentos, o Marquês de Pombal²³⁵ mandou instalar o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751), com recursos para o Desembargo do Paço, em Lisboa. Em 1769, a Lei da Boa Razão submeteu a Relação nacional aos assentos da Casa de Suplicação lusitana. Tornando-se essa a Corte Suprema portuguesa e das suas respectivas colônias. Suas decisões passaram a se impor de forma vinculativa nas justiças de 1º e 2º grau no Brasil.

A Constituição brasileira de 1824, com o País já independente de Portugal, estabeleceu o **primado da lei** como fonte primária do Direito nacional em seu artigo 179. O Texto, sob influência iluminista, atribuiu exclusivamente ao Legislativo os poderes de fazer as leis e interpretá-las, além de suspendê-las e revogá-las, velando pela guarda da Constituição. Em 18.9.1828, foi criado no Brasil o Supremo Tribunal de Justiça, composto de dezessete ministros, ao tempo em que foi extinta a Casa de Suplicação do Rio de Janeiro. Foi, contudo, o Conselho de Estado, instituído no Império por D. Pedro, em 1841, a exemplo do modelo francês criado por Napoleão Bonaparte, quem efetivamente passou a interpretar as normas, subtraindo os poderes que, por natureza, deveriam competir ao Supremo Tribunal de Justiça. O quadro jurídico brasileiro espelhava a situação européia-continental, reproduzindo seus postulados.

²³³ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil** – Crônica dos tempos coloniais. v. 1. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 7 e ss.

²³⁴ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial** – A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. Trad. Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 25.

²³⁵ Marquês de Pombal é o nome com que ficou conhecido Sebastião José de Carvalho e Melo, político e verdadeiro dirigente de Portugal durante o reinado de José I, o Reformador (1750/1777).

As decisões do Supremo não eram consideradas uniformizadoras de jurisprudência, nem vinculavam as decisões tomadas pelos Tribunais de Relação das Províncias. Tampouco foi reconhecido ao Judiciário o poder de negar aplicação aos atos do legislativo. Limitando-se a apreciar recursos de revistas relativos à questão legal, o Supremo atuava como mera Corte de Cassação no melhor estilo francês. O Judiciário no Brasil Império vivia uma situação jurídica peculiar: o Supremo Tribunal de Justiça não possuía o poder de estabelecer assentos, contrariamente ao que acontecia com a antiga Casa de Suplicação do Rio de Janeiro, e o poder de interpretar e assegurar a uniformidade jurídica foi absorvida pelo próprio Executivo, sob a forma de consultas formuladas ao Conselho de Estado. O Supremo Tribunal era um ente político nulo, portanto.

Não contando com uma jurisprudência genuinamente nacional, mesmo após a proclamação da independência, as Ordenações Filipinas continuaram a projetar efeitos no Brasil²³⁶, como, por exemplo, na manutenção da vigência dos assentos da Casa de Suplicação lisboeta²³⁷. O Judiciário brasileiro não detinha poderes para realizar a interpretação das leis, a cargo do Conselho do Estado, e ainda se submetia aos entendimentos exarados pelos assentos portugueses.

Embora a Constituição de 1824 não fizesse referência às ordenações ou aos assentos, é certo que o ordenamento brasileiro formalmente recepcionou estes últimos quando, pelo Decreto Legislativo 2.684, de 23.10.1875²³⁸, autorizou o Supremo Tribunal de Justiça a levá-los na devida conta para inteligência das leis civis, comerciais e criminais todas as vezes que na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, nas Relações e nos Juízos de Primeira Instância. Foi o início da pretensão da vinculatividade da jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil, por ato genuinamente nacional.

A partir de 1876, foi finalmente regulada no País a possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça adotar assentos obrigatórios, sob o argumento de uniformizar a jurisprudência e conferir maior estabilidade e segurança jurídica ao

²³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os Assentos no Direito Processual Civil. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 74, ano XXXIII, 3º trimestre 1971, p. 121.

²³⁷ Por força de Decreto s/n de 20.10.1823.

²³⁸ Previa o indigitado Decreto, em seu art. 1º, que “Os assentos tomados na Casa de Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independência, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Império”.

ordenamento nacional. Foi a primeira grande experiência jurisprudencial vinculativa realizada no Brasil. Para que fossem editados, os assentos necessitavam de determinados requisitos, tais como: a exaustão de recursos ordinários facultados por lei no feito em análise; que a divergência entre os julgados tivessem por objeto o Direito em tese ou a disposição da lei e não apenas a variedade de aplicação proveniente da diversidade dos fatos; e, finalmente, que os assentos adotados não prejudicassem os casos julgados.

O que deve ser destacado desses **assentos nacionais**, precursores das súmulas de jurisprudência dominante e das atuais súmulas de efeitos vinculativos, é o caráter normativo de que dispunham, devidamente referendado pelo Decreto²³⁹ que os instituiu, nos seguintes termos: “Os assentos ficarão incorporados à collecção das leis de cada anno, e terão execução logo que forem publicadas no Diário Official”. A exemplo do modelo português, uma vez editado, o assento obrigatório era igualmente imodificável e irrevogável pelo Supremo Tribunal de Justiça. Tinha caráter absoluto, portanto. Somente a lei poderia revogá-lo. Fato esse que reforçava ainda mais o seu caráter legal.

Os assentos brasileiros desapareceram com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, a qual, influenciada pelas idéias liberais da América do Norte, estabeleceu o regime federativo e a dualidade da Justiça – Estadual e Federal – com conseqüente dualidade de processos. Criou-se o Supremo Tribunal Federal²⁴⁰, alçando o Judiciário ao *status* de Poder soberano, ao lado do Executivo e do Legislativo. A Constituição também estabeleceu outra forma para se alcançar a uniformidade jurisprudencial. Segundo dispunha, nos casos em que houvesse de aplicar as leis dos Estados, a Justiça Federal deveria consultar a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa.

A adoção do regime republicano no Brasil estabeleceu o controle judicial de constitucionalidade das leis e deu início ao processo de mudança de paradigma. Sob influência do instituto da *judicial review* norte-americano, os juízes passaram a afastar, no caso concreto, a aplicação da lei sob o argumento da inconstitucionalidade, no modelo conhecido por controle difuso de

²³⁹ Art. 11 do Decreto 6.142, de 10.03.1876.

²⁴⁰ A institucionalização do Supremo Tribunal Federal, pelo Decreto 848, de 11.10.1890, mesmo considerando a influência liberal da Constituição de 1891, representou uma relação de continuidade com as estruturas do regime anterior, uma vez que a maior parte dos juízes eram oriundos do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia.

constitucionalidade. Embora a justiça ainda não pudesse revogar a lei considerada inconstitucional, tampouco declarar o efeito *erga omnes* dessa decisão, estabeleceu-se um novo momento no cenário jurídico brasileiro, superando-se definitivamente a tese legalista da insindicabilidade dos atos do legislador.

O processo de dogmatização e de uniformização da jurisprudência nacional, nascido no bojo do estabelecimento da vinculatividade das decisões dos tribunais superiores, teve continuidade com a instituição da figura do **prejulgado** na legislação processual do Distrito Federal, em 1923, posteriormente expandido nacionalmente²⁴¹. Pelo prejulgado, para que fossem evitadas divergências de decisões entre os próprios órgãos fracionados, a Turma ou Câmara julgadora poderia requerer o pronunciamento prévio da Corte Plena acerca de matéria de que dependesse a decisão de algum feito ou que, de alguma forma, estivesse envolvida na decisão em questão. O julgado da Corte Plena era dotado do *status* da vinculatividade.

Mais tarde, os prejulgados foram adotados pela legislação trabalhista, por ocasião da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1946, no seu artigo 902. Originalmente, foi conferida à Câmara de Justiça do Trabalho²⁴² – e, posteriormente, ao Conselho Nacional e ao Tribunal Superior do Trabalho – a faculdade de editar prejulgados sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecesse que sobre ela ocorresse, ou pudesse ocorrer, divergência de interpretação entre os Conselhos Regionais do Trabalho, atuais Tribunais Regionais do Trabalho.

O prejulgado tinha, portanto, em tese, o poder de vincular as decisões dos tribunais inferiores. Em tese porque, quando da instituição do primeiro prejulgado pelo TST, em 1963, já havia o entendimento de que o seu caráter vinculativo estava tacitamente revogado pela Constituição de 1946²⁴³. Dessa forma, contrariamente ao que pretendia o dispositivo da CLT, o instrumento não chegou a obrigar, servindo, quando muito, como decisão impeditiva de recurso²⁴⁴. Em 1982²⁴⁵,

²⁴¹ Pelo Decreto 16.273, de 20.12.1923 e pela Lei Federal 319/1936, respectivamente.

²⁴² Com base no Decreto-Lei 8.737/1946.

²⁴³ Tese confirmada pelo julgamento RP 946, do STF, publicado em 01.07.77 no Diário da Justiça, p. 4455, tendo como relator o Ministro Xavier de Albuquerque.

²⁴⁴ Por força da Lei Federal nº. 5.584/1970.

²⁴⁵ Por força da Lei Federal 7.033/1982.

os prejudgados trabalhistas foram expressamente revogados, transformando-se em enunciados²⁴⁶, sem efeitos vinculativos.

Posteriormente, também o Código Eleitoral, promulgado em 1965²⁴⁷, admitiu a figura do prejudgado com efeito vinculativo. Segundo o que dispôs o seu art. 263, no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de Direito constituiriam prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votassem dois terços dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais ou do Tribunal Superior Eleitoral.

Projetando-se definitivamente em direção à axiomatização jurisprudencial, fenômeno que se repetia na Europa, novo instituto foi adotado pela Reforma Constitucional de 1926, que previu a hipótese de **recurso extraordinário**, quando dois ou mais tribunais estaduais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal²⁴⁸. Em 1933, foi instituído o **recurso de ofício** que vinculou os juízos inferiores à interpretação das leis federais dada pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁹. Segundo estipulava a norma, as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre deveriam interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Decisões de tribunais inferiores que se fundassem na Constituição ou que contrariassem leis federais importariam no recurso de ofício para o STF, que passou a desempenhar o papel de guardião da interpretação constitucional.

O recurso de ofício foi criado sob a égide do Governo Provisório de Getúlio Vargas, em face do que dispunha o Decreto 19.398, de 11.11.1930, que lhe atribuiu uma gama enorme de poderes, exercendo, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não apenas do Poder Executivo, mas do Poder Legislativo, até que fosse eleita a Assembléia Constituinte²⁵⁰. Assim, a pretensão de vinculatividade das decisões do Supremo não se baseava em um sentimento democrático de segurança e igualdade jurídica, mas confundia-se com a tentativa de

²⁴⁶ Salvo o prejudgado n.º 56, que se converteu na Instrução 1 do TST, por força da Resolução 102/82 daquela Corte.

²⁴⁷ Pela Lei Federal n.º 4.737/1965.

²⁴⁸ Esse dispositivo seria mantido nos demais textos constitucionais, consubstanciando o atual recurso especial previsto no art. 105, III, c, da Constituição de 1988.

²⁴⁹ Pelo Decreto 23.055/1933.

²⁵⁰ O Decreto 23.055/1933 teve vigência até a Constituição de 1934, quando deixaram de valer todos os atos do Governo Provisório. Inobstante a nova guinada autocrática da Constituição outorgada de 1937, que inclusive extinguiu a Justiça Federal, não houve a repetição da vinculatividade jurisprudencial hierárquica estabelecida em 1933.

controle da jurisprudência, como forma de igual controle da vida política no Brasil, pelo Estado forte getulista.

Em 1964, Alfredo Buzaid, na qualidade de presidente da comissão encarregada de apresentar ao Congresso Nacional um novo Código de Processo Civil – CPC, propôs a readoção do instituto dos assentos, declaradamente inspirados na experiência portuguesa²⁵¹. Com vistas a unificar a jurisprudência, os assentos propostos pelo anteprojeto do CPC tornavam vinculativas, com força de lei em todo o território nacional, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, ou, com validade nos Estados federados, as decisões tomadas pelos respectivos Tribunais de Justiça. Essa proposta não foi acolhida pelo Congresso Nacional, em virtude do entendimento de sua inconstitucionalidade.

Suprimida a proposta do novo CPC, optou o Congresso Nacional por adotar as idéias defendidas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, que sugeriu a criação da **súmula de jurisprudência dominante**, de fins uniformizadores (a ser analisada no item 3.3). Referida súmula não detinha eficácia *erga omnes*, tampouco força vinculativa sobre qualquer juízo, como pretendido pelos assentos. Originalmente representava um instrumento administrativo de eficácia *interna corporis*.

Em 1965, a Emenda Constitucional 16 introduziu a **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI** – como forma de controle meritório das leis por via principal concentrada. Denominada de representação de inconstitucionalidade, alcançava leis e atos normativos estaduais e federais, impedindo a interpretação divergente.

De 1965 até a Constituição de 1988, a legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República, ocupante de cargo de confiança do Presidente da República. A Constituição brasileira vigente ampliou o rol de legitimados para a ação, com o intuito de garantir ainda maior efetividade e uniformidade na compreensão das normas constitucionais, cabendo a competência geral ou universal da ação ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a partido político com representação no Congresso Nacional, pelas suas próprias

²⁵¹ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 207, julho a setembro 1964, p. 37.

atribuições. A legitimação específica ou especial foi atribuída ao Governador de Estado, à Mesa da Assembléia Legislativa, à confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

Outro instituto que teve por finalidade a afirmação do novo paradigma jurisdicional no Brasil foi estabelecido durante o regime militar, em 1977²⁵²: a **ação avocatória**. Com vistas a exercer um rígido controle sobre o conteúdo das decisões jurídicas, foi criado um instrumento de avocação pelo STF de causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, quando ocorresse perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, ou às finanças públicas, suspendendo-se os efeitos da decisão proferida e devolvendo-se o conhecimento integral da lide ao Supremo.

A ação avocatória não configurava um recurso, nem uma reclamação, tampouco uma ação autônoma de impugnação, sobretudo porque não constituía processo interpartes, senão um contencioso objetivo instaurado pelo STF, por provocação do Procurador-Geral da República. Era uma ação atípica, de caráter constitucional, que redundava em julgamento de eficácia vinculativa às demais instâncias da Justiça Federal e Estadual. Além de seu caráter ilegítimo, por ter sido estabelecida por meio de uma emenda constitucional durante o período de fechamento do Congresso Nacional, a avocatória maculava a independência do Judiciário por permitir a suspensão da eficácia das decisões das instâncias inferiores, independentemente do exame da densidade jurídica da questão, atribuindo a matéria à competência originária do Supremo Tribunal Federal, sob a alegação do risco de instabilidade do País, de suas instituições e suas finanças públicas.

A avocatória foi introduzida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁵³ - RISTF, ali permanecendo nos demais textos regimentais que sucederam à sua alteração. É exatamente no RISTF que se percebe a tentativa de se imprimir a força normativa de caráter abstrato à jurisprudência do Supremo Tribunal, relativamente aos julgamentos avocados. Embora a Constituição de 1988 não tenha recepcionado o instituto, sua inspiração permaneceu até o início da década de 90 do século passado, quando se pretendeu reinstaurar a figura da avocatória em face das

²⁵² Pela Emenda Constitucional nº. 07, de 13.04.1977. Denominada de **O Pacote de Abril**, por ter sido instituída diretamente pelo Presidente da República valendo-se de poderes excepcionais que lhe foram outorgados pelo Ato Institucional nº. 5, de 13.12.1968, no auge do regime militar estabelecido no País pelo golpe de 1964.

²⁵³ Pelo art. 9º da Emenda Regimental 07/1978.

inúmeras ações propostas contra o denominado Plano Collor²⁵⁴, que bloqueou os ativos financeiros dos brasileiros. Prontamente rechaçada, foi apresentada em seu lugar a proposta de emenda constitucional que criou a **Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC**, para o controle abstrato da constitucionalidade²⁵⁵.

A ADC consolidou o modelo de eficácia jurisprudencial no Brasil ao introduzir o efeito vinculativo à decisão do Supremo Tribunal Federal. Como se pode notar do preconizado na Emenda Constitucional n° 3, de 17.3.93²⁵⁶, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passaram a valer contra todos e a produzir efeito vinculativo, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Não tardou para que parte da doutrina defendesse que o efeito vinculativo *erga omnes* das decisões em sede de ADC também fosse aplicado à ADI, sob o argumento de que ações ontologicamente idênticas, caracterizadas pelo duplo manejo, não poderiam ter efeitos diversos. Tal situação foi conceituada de kafkiana pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, em debate ocorrido na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em 2.4.97²⁵⁷. Assim, as ações diretas de inconstitucionalidade passaram a igualmente gozar do efeito vinculativo, em virtude do parágrafo único do art. 28 da Lei n°. 9.868, de 10.11.99.

No rastro da alteração do modelo jurídico, foi disciplinada a **Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental - ADPF**, que também passou a prever o efeito vinculativo para as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal, por força da Lei n°. 9.882, de 3.12.99, segundo a qual, julgada a ação, deve-se comunicar às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as **condições** e o modo de **interpretação** e **aplicação** do preceito fundamental, com decisão que tem eficácia contra todos e efeito vinculativo relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Às vésperas da virada do milênio, o princípio da vinculatidade da norma julgada colegiada ampliou-se a olhos vistos para todos os campos de atuação do Estado.

²⁵⁴ Lei 8.024/1990.

²⁵⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**. Análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 69.

²⁵⁶ Na contramão do que decidia a Suprema Corte portuguesa naquele mesmo ano, relativamente à inconstitucionalidade dos assentos lusitanos.

²⁵⁷ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.

Embora a lei continuasse a ser, em tese, a fonte primária do Direito nacional, os precedentes judiciais passaram a vincular o juiz tanto quanto elas²⁵⁸, em um amálgama dos sistemas jurídicos europeu-continenta e anglo-americano. O próprio legislador reconhecia o precedente judicial como instrumento balizador dos atos em sociedade.

De forma concreta, determinou o legislador que a Administração Pública pautasse suas ações com base em súmulas ou jurisprudência consolidadas não apenas no Supremo Tribunal, mas em todos os outros tribunais superiores. Foi assim que o Ministério da Previdência Social passou a desistir de ações, bem como passou a abster-se de intentar recursos, diante de decisões iterativas das Cortes de Justiça²⁵⁹.

Em sede da administração tributária federal²⁶⁰, ainda anteriormente à legislação que inaugurou o efeito vinculativo *erga omnes* das decisões das ADI, o legislador determinou à Administração Pública a não-constituição, a extinção ou a desistência de ações executivas fiscais relativamente aos créditos tributários que tivessem por fato gerador normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Administração Pública reconheceu expressamente a força vinculativa do precedente judicial, recomendando a observância uniforme das decisões do Supremo Tribunal Federal que fixassem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional²⁶¹. Tal fato ocorria tanto em controle concentrado de constitucionalidade quanto em controle difuso. Também nesse mesmo sentido, ficou estabelecido que, na ausência de súmula da Advocacia-Geral da União, o Advogado-Geral poderia dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais nas hipóteses em que a controvérsia jurídica estivesse sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou, ainda, pelos demais tribunais superiores²⁶². O Poder Legislativo e o Poder Executivo, portanto, tendo por premissas a definitividade, a inequívocidade ou a reiteração das

²⁵⁸ FREITAS, Juarez. Respeito aos Precedentes Judiciais Iterativos Pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998, p.117-123.

²⁵⁹ Lei nº. 8.213/19.91, art. 131.

²⁶⁰ Lei nº. 9.430/1996, art. 77.

²⁶¹ Pelo Decreto nº. 2.346/1997.

²⁶² Pela Lei nº. 9.469/1997, originalmente proposta sob a forma de medida provisória, ou seja, de iniciativa do próprio Poder Executivo.

decisões e/ou entendimentos dos tribunais superiores, consolidaram no Brasil a autoridade geral automática dos precedentes jurisprudenciais concretos.

Em 1998, o legislador brasileiro deu um novo e decisivo passo em direção ao estabelecimento do Direito sumular²⁶³, ao atribuir ao juiz-relator o poder de negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior²⁶⁴. Em sentido contrário, estando a decisão recorrida em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante daqueles tribunais, o relator passou a deter os poderes de dar provimento ao recurso sem sua apresentação em turma. Embora o dispositivo em questão não tivesse o poder de vincular as instâncias inferiores à jurisprudência dominante ou à súmula dos tribunais superiores, ele caracterizava forte instrumento persuasivo para toda a jurisdição *a quo*, por representar, na prática, uma antecipação de mérito em face de uma pré-compreensão do tribunal relativamente à matéria sob exame.

Tal dispositivo sintetizou a axiomatização da jurisprudência majoritária, estivesse ela sumulada ou não, qualquer que fosse o conteúdo ético que contivesse. Consagrando os princípios da estabilidade e segurança do sistema jurídico, o conteúdo do art. 557 do Código de Processo Civil subsumiu o que preconizava o art. 38 da Lei nº. 8.038, de 28.5.90, que já concedia igual poder ao relator de negar seguimento de pedidos ou de recursos que contrariassem, nas questões predominantemente de Direito, súmula do respectivo tribunal²⁶⁵. Da mesma forma, tal situação também era prevista em sede da Justiça trabalhista²⁶⁶.

Em 2001, houve novo avanço em direção à dogmatização da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro. Estabeleceu-se a dispensa do reexame necessário das sentenças contrárias à Fazenda Pública quando estas estivessem fundadas em decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em consonância com preceito sumular daquela Corte ou de outro tribunal superior competente²⁶⁷. Finalmente, em 2006, com a regulamentação legislativa ordinária da Emenda

²⁶³ MELLO FILHO, Álvaro. Direito sumular brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 289, jan./mar. 1985, p. 418.

²⁶⁴ Pela Lei nº. 9.756/1998, que alterou o *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil.

²⁶⁵ Apenas no processamento dos recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

²⁶⁶ Pelo disposto no § 5º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº. 7.701/1988.

²⁶⁷ Pela Lei Federal nº. 10.352/2001.

Constitucional nº. 45/2004²⁶⁸, que criou a **súmula vinculante**, o legislador estabeleceu que, na apelação, o juiz negasse o recebimento do recurso quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Em todos os casos, e o que é mais importante destacar, elegeu-se o entendimento jurisdicional como parâmetro de validade do ato jurídico sob exame²⁶⁹ na fixação da idéia da vinculatividade. Tal fato representa a guinada anglo-americana no sistema jurídico brasileiro, o qual, seguindo a tendência pós-moderna, adotou um modelo misto de produção normativa, privilegiando a jurisprudência como instrumento de uma nova busca atávica pela certeza e pela segurança, a partir da derrocada do Estado legalista, substituindo o caráter retórico e precário do Direito por um viés concreto e ideologizante.

3.3 DO CONCRETO AO ABSTRATO: O INSTRUMENTO SUMULAR COMO MEIO DE ESTABELECIMENTO DE JUÍZOS GERAIS SINTÉTICOS E PARADIGMÁTICOS.

A crescente simbiose entre o sistema legalista e o de precedente permitiu, no Brasil, a construção de um instrumento que serviu de meio termo entre o pragmatismo judicial e o apriorismo legal. Denominado súmula, ele foi concebido, em 1963, pelo Ministro do STF Víctor Nunes Leal²⁷⁰. Foi a mais bem elaborada modalidade de consolidação e de efetivação da jurisprudência brasileira e representou a sublimação da norma julgada pelos tribunais.

Analiticamente considerada, a súmula representa o teor ou o conteúdo de um julgado, de modo abreviado, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, condensando o enunciado que serve de precedente à uniformização da jurisprudência do próprio órgão prolator²⁷¹. Ideologicamente falando, representa a superação da exclusividade da tradição romanística do Direito

²⁶⁸ Que redundou na Lei Federal nº. 11.276/2006.

²⁶⁹ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 171.

²⁷⁰ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1960-1969, aposentado compulsoriamente por força do Ato Institucional nº. 5, de 13.12.68. A súmula foi adotada por emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 28.8.63.

²⁷¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 784.

brasileiro em uma deliberada aproximação com o sistema do *case law*, na medida em que, embora não vinculem, as súmulas constroem os juizes das instâncias inferiores a decidirem conforme elas²⁷².

Foi idéia inédita no Direito comparado a pretensão de compilar e resumir em enunciados sintéticos, formados por uma única sentença gramatical, as orientações jurisprudenciais que se tornam modelos para casos futuros. E, de imediato, evidencia-se a similitude do padrão estrutural sumular com o padrão estrutural entimemático.

Assim como os entimemas, as súmulas deliberadamente suprimem elementos inerentes ao raciocínio: os fundamentos jurídicos que lhes servem de base (premissa maior), sob a presunção de que eles são notórios para a comunidade jurídica, uma vez que resultam de diversos casos julgados relativamente à mesma matéria.

Além disso, também são omitidas as narrativas fáticas (premissa menor) porque, nessa espécie de generalização, os casos futuros devem se adequar a uma fórmula que não individualize as situações antecedentes, sob pena da inadequação pela diversidade de identidade entre as hipóteses. As variantes do caso individual não possibilitariam uma padronização definitiva. Mais do que um mero resumo do julgado, portanto, a súmula apresenta uma estrutura de decisão²⁷³ revestida sob a forma de **epifonema**²⁷⁴, que encerra de forma axiomatizante o debate dialético jurídico.

Tome-se o exemplo da 1ª súmula lavrada pelo STF: **É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna.**

Sua visualização indica que a Suprema Corte não faz menção expressa à legislação alguma, tampouco elenca qualquer situação fática individual paradigmática, o que torna a expressão indistinta de qualquer outra proferida em uma mesa de bar, por exemplo. É decorrente, portanto, do *ethos* dessa estrutura

²⁷² Em sentido contrário: ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 9.

²⁷³ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 268.

²⁷⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 274.

epifonêmica a crença patética de que, para sua emissão, não apenas foram analisados todos os fundamentos jurídicos que a sustentam, mas, sobretudo, foi constatado que a repetição de situações idênticas no dia-a-dia dos tribunais justifica a criação do verbete.

A defesa que se faz do instituto, portanto, parte da idéia de isonomia de tratamento entre os que buscam a tutela jurisdicional. Segundo se aponta, a pretensa igualdade de tratamento legal estabelecida pelo legislador constituinte não se reduz a uma isonomia formal, tida como mera diretriz. Ela se impõe em face da norma legislada, mas, sobretudo, em face da norma julgada.

Embora, em tese, a teoria do Direito possa conviver sem maiores dificuldades com a possibilidade de que casos análogos recebam decisões jurídicas qualitativamente distintas, principalmente no que diz respeito à jurisdição de primeiro grau, a história demonstra que tal divergência nunca foi assimilada sob o ponto de vista da política do Direito, tornando-se desejável o estabelecimento de artifícios capazes de produzir a uniformidade jurisprudencial. Foi nesse sentido que o processo moderno criou instrumentos para a reunião das ações conexas, que importam em única decisão para todos os casos, tais como: a fixação de competência por prevenção de juízo; a questão da cumulação de pedidos; as exceções da coisa julgada; a litispendência *etc.*

O motivo declarado para a criação das súmulas, contudo, não foi a preocupação com a uniformização da jurisprudência nacional, em face da necessária prevalência interpretativo-constitucional do Supremo Tribunal Federal relativamente aos demais órgãos jurisdicionais. Foi o excesso de demandas repetitivas, ainda nos anos sessenta do século passado, que impediam o estabelecimento de uma rotina de trabalho razoável para a Suprema Corte brasileira. O próprio idealizador das súmulas afirmou que o grande problema que assoberbava os tribunais, prejudicando o acurado exame dos temas mais complexos, eram os casos que se multiplicavam, de forma seriada, como se houvesse uma “fábrica montada para fazer dos juízes estivadores”²⁷⁵.

Uma vez definida a orientação do STF para casos mais simples, impunha-se adotar um método de trabalho que permitisse julgamentos seguros de

²⁷⁵ SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n.º. 13, jan./mar. 1996, p. 110.

forma célere, abolindo as formalidades e os desdobramentos protelatórios²⁷⁶. Assim, a súmula, quando de sua concepção, supostamente consagrou um simples método decisório pragmático, sem a pretensão ideologizante e/ou totalizadora que veio a marcar sua natureza nos anos subseqüentes. Criada com vistas a desafogar os trabalhos do Supremo Tribunal Federal, deveria ter caráter meramente persuasivo para as demais instâncias decisórias do Poder Judiciário. Vale dizer, serviria como orientação acerca do entendimento do STF sobre determinada matéria. Sob esse argumento, em sessão plenária ocorrida em 13.12.63, foram aprovadas, sem maiores discussões jurídicas, de uma única vez, 370 súmulas denominadas de jurisprudência dominante.

A súmula, entretanto, comportou tarefa muito mais significativa. Além de procurar estabelecer uma ordem jurídica isonômica, independentemente de serem idênticas as realidades que lhes serviam de fundo, ela veio a substituir a frieza legal no processo decisório sem que houvesse um rompimento da pretensão dogmatizante da fórmula subsuntiva, fazendo as vezes da lei na premissa maior de cada silogismo jurídico. Em termos retóricos, foi a maior contribuição do instituto para a mudança do *ethos* decisório. Criou-se, destarte, uma idéia de objetividade em um campo altamente subjetivo, que é o da interpretação das normas. Passou-se a falar em segurança jurídica quando, no fundo, impuseram-se como padrão juízos sintéticos arbitrários resultantes de uma mera conjuntura pessoal no pleno do tribunal criador da súmula.

Note-se que a institucionalização de juízos sintéticos com pretensão de generalidade é ato assemelhado ao da criação dos dogmas legais. A simples idéia prospectiva sumular, portanto, antes mesmo da obrigatoriedade de sua observância, proporcionou um salto qualitativo no papel da jurisdição no sistema romanístico-legal brasileiro, pelo condicionamento comportamental que aquele instrumento trouxe latente. A parte, conhecedora de que a matéria de seu pedido está sumulada, pondera com muito mais cautela sobre a conveniência da propositura da ação. Os juízes, mesmo sem declarar abertamente os motivos determinantes do julgado, sentem-se intimamente persuadidos pelo conteúdo normativo sumulado, tendendo a

²⁷⁶ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº. 208, out./dez. 1964, p. 16.

acompanhar esse entendimento, a fim de evitar o temido risco da reversão do seu pronunciamento pelo tribunal *ad quem*.

O instituto sumular operou, assim, desde a sua concepção, uma revolução silenciosa no ordenamento jurídico nacional. Sem maiores mascaramentos ideológicos ou subterfúgios estilísticos, a súmula consolidou o modelo retórico-entimemático de raciocínio, evidenciando a natureza não-ontológica das estruturas decisórias, muito embora buscasse preservar o caráter mitificador comum às assertivas jurídicas.

A fórmula proposta se mostrou de tal maneira funcional que foi rápida e amplamente aceita e difundida pela comunidade jurídica. O legislador do Código de Processo Civil de 1973 estendeu o uso das súmulas de jurisprudência dominante para as demais esferas do Judiciário. Atualmente, todos os tribunais superiores, bem como os tribunais estaduais e federais prevêm em seus respectivos regimentos internos o instrumento sumular. E mesmo instituições que não compõem o quadro do Poder Judiciário também adotaram essa forma de expressar decisões, a exemplo do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Pública da União.

As súmulas passaram a ser elaboradas a partir do reconhecimento da divergência sobre o entendimento de determinada matéria entre turmas ou seções de um mesmo tribunal, denominando-se **súmula de uniformização de jurisprudência** – cuja nomenclatura posterior foi a de **incidente de uniformização de jurisprudência**²⁷⁷ – e, quando houvesse entendimento pacificado em determinado tribunal, **súmula decorrente de entendimento uniformizado**.

A súmula de uniformização de jurisprudência objetiva a fixar, no âmbito interno do tribunal prolator, o entendimento que deve ser adotado doravante em determinada questão jurídica cuja interpretação seja objeto de divergência entre os seus órgãos fracionados²⁷⁸. Essa fixação não configura direito subjetivo das partes, senão uma faculdade do juiz, que sequer está obrigado a suscitar o incidente. Embora não expresso no Código de Processo Civil, a súmula em matéria de entendimento pacífico foi disciplinada pelos regimentos internos dos diversos

²⁷⁷ Embora esse incidente esteja previsto no art. 476 do Código de Processo Civil pátrio, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não prevê a sua instauração naquela Corte.

²⁷⁸ SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

tribunais. Ao contrário de sua co-irmã, dispensa a lavratura de acórdão para criação, bastando a certificação nos autos acerca da decisão da turma²⁷⁹.

A jurisprudência dominante sumulada, sem a pretensão de obrigatoriedade geral, mostra-se impositiva apenas em duas hipóteses: para o próprio tribunal que a criou e, em face do caso concreto, quando suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência. Para os demais casos, a súmula opera uma força meramente persuasiva. Em virtude do caráter não-obrigatório e mutável das súmulas de jurisprudência dominante, o senso comum teórico dos juristas imaginou ter atingido o ponto ótimo de equilíbrio entre a desejável estabilidade jurisprudencial, por meio da redução da discricionariedade interpretativa dos juízes de instâncias inferiores, e a indesejável petrificação do Direito.

Em tese, a súmula de jurisprudência dominante não impôs uma cega obediência, de molde a estancar o espírito criador dos juízes na busca de novas fórmulas que atendam às múltiplas demandas sentidas pela ciência do Direito. Visou a empreender um clima de segurança na ordem jurídica no sentido de estabelecer uma orientação uniforme pelo acatamento das decisões dos órgãos superiores e pela manutenção da autoridade dos tribunais²⁸⁰.

Na prática, contudo, ela sempre teve dimensão infinitamente maior do que a inicialmente concebida: de método de trabalho transformou-se em fórmula de *standardização*²⁸¹ dos principais temas jurídicos nacionais. A doutrina não tardou a vislumbrar o caráter quase-normativo do instituto²⁸². Em virtude das posições hierárquicas ocupadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸³, fato que conseqüentemente torna suas decisões paradigmáticas, não se podia admitir juízes de primeiro grau e os demais tribunais julgando à revelia das proposições sumulares. Considerando o poder que a Constituição Federal outorgou àqueles Tribunais, não reconhecer a força de lei da jurisprudência sumulada seria o mesmo que afrontar suas autoridades²⁸⁴.

²⁷⁹ No caso das súmulas criadas pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o art. 126, §3º do RISTJ.

²⁸⁰ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, nº. 34, 1985, p. 212.

²⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** – eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995, p. 289.

²⁸² ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº. 25, 1977, p.10.

²⁸³ Que veio a substituir o Tribunal Federal de Recursos, em 1989.

²⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** – eficácia, poder e função. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 142-143.

As súmulas de jurisprudência dominante dessas duas Cortes sempre tiveram, portanto, ainda que potencialmente, efeitos práticos vinculativos. Essa constatação decorre tanto da estrutura lógica do sistema jurídico, em forma piramidal, que estabelece a existência de uma Suprema Corte cujas diretrizes funcionam como guia para as demais instâncias, como do próprio caráter normativo das súmulas, que se apresentam sob a forma de enunciado abstrato, genérico e impessoal de origem estatal. Impende, portanto, que as súmulas efetivamente obriguem as suas aplicações aos casos nelas subsumidos, como forma de chegar ao ponto ideal da pretendida uniformização, mesmo que a jurisprudência dominante adjetivamente referida não seja por si mesma obrigatória²⁸⁵.

Essa constatação reforça a natureza retórica do instrumento. Muito antes de revelar qualquer verdade evidente, ou de estabelecer um novo enunciado decorrente de uma constatação empírica, a súmula expressa, acima de tudo, um acordo entre interlocutores. É uma análise propositiva. Reivindica algo que deve se impor para encerrar objetivamente o debate, presente e futuro, relativamente a questões análogas.

Ademais, sempre restou controverso o que se pode entender por jurisprudência dominante²⁸⁶, conceito de baixa densidade semântica. As propostas para caracterizar o tema sempre se reportaram ao critério puramente matemático. Assim, pode-se admitir como razoável o fato de ser considerada dominante uma jurisprudência que reflita a proporção de julgamentos iguais em 70% dos casos analisados. Esses números nada dirão, contudo, se considerada a hipótese de terem sido julgados poucos feitos em momento no qual a composição do pleno do tribunal esteja alterada por força de convocação de juízes substitutos²⁸⁷.

A jurisprudência dominante, nesse caso, embora atenda aos requisitos formais para sua configuração, estará longe de reproduzir a real ideologia da Corte em questão. Ressalte-se que, segundo os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal, basta a existência de dois acórdãos que reflitam um mesmo entendimento

²⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 333; SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.º. 75, julho-setembro 1985, p. 14.

²⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista do Processo**, São Paulo, n.º. 100, out./dez. 2000, p. 81 e ss.

²⁸⁷ Pejorativamente denominados de **juízes pingüins**, por não terem assento no tribunal, e que, invariavelmente, seguem o voto do relator para não provocar polêmica.

ou unicidade de decisão, somada ao fato de esses acórdãos terem sido pronunciados pelo Pleno da Corte, para ser possível elaborar uma súmula²⁸⁸.

Segundo a compreensão estatal, o entendimento dominante é caracterizado como o decorrente das decisões do Tribunal Pleno, dos Órgãos Especiais e das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, em suas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou da lei federal²⁸⁹.

Note-se que essa caracterização não logra êxito em evitar um fundamento que somente pode ser aferível pelo critério quantitativo, mas não qualitativo. O critério matemático por si só se torna ainda mais insatisfatório quando constatado que, na contemporaneidade, a complexidade das relações sociais redundando em questões múltiplas, ações coletivas, conexas *etc.* Julgando o Supremo Tribunal Federal por lotes de ações, e não mais por casos isolados, qualquer matéria está, em tese, apta a ser sumulada, mesmo sem um devido amadurecimento cognitivo, porque dificilmente não encontrará um sem número de processos relacionados, também aguardando decisão, a formar uma massa razoável de feitos justificadores de nova súmula.

O distanciamento histórico permite a compreensão de que o processo de criação das súmulas de jurisprudência dominante foi, no fundo, o marco inicial de uma mudança maior e mais significativa: a transformação do **método decisório** em uma ideologizante **metodologia estrutural**. Consolidou-se a axiomatização da norma julgada e uma vez mais foi acesa a vetusta chama da dominação lingüística.

Sob o argumento de reduzir a amplitude semântica da linguagem normativa legislada, o juiz de 1º grau cria uma metalinguagem por meio das ferramentas hermenêuticas disponíveis, de forma a evitar o constrangimento legislativo, suplantando-o por uma teleologia subjetiva por vezes inconfessa. O tribunal de segunda instância, por seu turno, cria uma meta-metalinguagem, ou metalinguagem de segundo nível, com o mesmo fim. Por último, o tribunal superior, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal, cria uma metalinguagem de terceiro nível, que representa a síntese crítica da linguagem do juiz de 1º grau e do tribunal

²⁸⁸ ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. *et al.* **Jurisprudência (pré)dominante**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 583.

²⁸⁹ Nos termos do Ato Regimental AGU 2, de 25.06.97.

inferior, importando na escolha de um significado (e muitas vezes na criação deste) mais conveniente não apenas para o subsistema jurídico, mas, também, para os demais subsistemas sociais, em face da sua natureza política.

Ao final desse intrincado jogo de poder, o conteúdo da narrativa legislativa pode sequer ter sido adequadamente aferido, porque o resultado da jornada interpretativa é a manipulação das linguagens a partir daquele conteúdo produzidas. Em todos os níveis de linguagens e de metalinguagens manifesta-se a imposição ideológica por meio da individualizante apropriação dos sentidos das palavras. E a súmula representa o ápice desse processo.

O discurso legitimador dessa situação revela o apelo ao caráter patético e mistificador do Direito. Argumenta-se que, assim como as partes têm direito subjetivo ao juiz natural, existe um direito subjetivo público relativamente ao conhecimento prévio das chances de acolhimento ou de rejeição desses pedidos: o direito à informação quanto ao estágio atual da jurisprudência nacional²⁹⁰.

Na base da jurisprudência dominante, assenta-se a teoria da **tutela judicial da aparência**²⁹¹, que instrumentaliza o processo de cognição por verossimilhança. Por ela legitima-se a dominação lingüística dos tribunais superiores com base em decisões sumulares que, embora resultantes circunstanciais de determinada composição pessoal dos respectivos órgãos internos, são apresentadas como instrumentos de redução da álea jurisdicional, transformadores do elemento probabilidade em previsibilidade.

Uma análise crítica da chamada tutela judicial da aparência, contudo, revela seu caráter aporético. Ao definir a verossimilhança da argumentação como critério de concessão da tutela jurisdicional provisória ou antecipativa, o legislador confessa a deliberada opção pelo *eikos*²⁹² e pelos três tipos de prova discursiva²⁹³, o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. Está-se, portanto, no campo do discurso retórico.

Nesse campo, é sabido que, por mais numerosos que sejam os casos particulares, não se pode concluir por uma proposição universal, a não ser por um

²⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 271.

²⁹¹ Art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro.

²⁹² WOLFF, Francis. **Trois technique de vérité dans la Grèce classique**: Aristotele et l'argumentation. Paris: CNRS, Hermes 15, Argumentation et Rhétorique I, 1993, p. 41-71.

²⁹³ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. de Manuel Alexandre Junior *et al.* Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 24 e ss.

acordo entre interlocutores. Ignorando deliberadamente esse dado, dissemina-se a idéia de que a súmula estabelece um ambiente que possibilita previsões seguras e decisões irrepreensíveis. Um cenário jurídico onde a *episteme* substitui a *doxa*. Diante do quadro estabelecido pelo Direito sumular, somente são juridicamente aceitos como justificadores do *fumus boni iuris* argumentos em consonância com o entendimento dos próprios tribunais, este, por sua vez, estabelecido por critérios outros que não os meramente jurídicos. A parte não pode, destarte, agregar argumento novo, sob pena de denegação do pedido. Inadmite-se, assim, um instrumento retórico por excelência: a *inventio*²⁹⁴.

O critério de concessão da tutela da aparência é a verossimilhança da argumentação, mas o verossímil, que é resultado legítimo da *inventio*, só é aceito como tal se enquadrado no catálogo dos argumentos que servem de base para o próprio discurso sumular, longe da imprescindível dialógica que permite às partes a criação de idéias. Assim, a tutela da aparência se torna auto-referente e transgressora de seus próprios fundamentos retóricos. Para o sucesso de sua argumentação, o advogado deve se revestir da função de rábula colecionador das decisões dos tribunais.

No quadro do sistema jurisdicional, contudo, essa realidade se mostra estratégica. É que, como visto, o processo de julgar raramente se inicia com premissas das quais se extraem conclusões. A sentença é tomada por critérios mais ou menos vagos e fundamentada posteriormente. Com raízes no senso comum, e não em critérios científicos, a decisão judicial, seja ela de primeira instância, seja ela do pleno de um tribunal, é exercício de arbítrio, porque representa a escolha de uma tese em detrimento de outra igualmente possível.

Esse procedimento denegador da isostenia dos juízos sobre os objetos jurídicos é o fundamento da inadmissão da *inventio* por parte dos interlocutores na lide estabelecida. Aceita a possibilidade de igual valoração de juízos inconciliáveis, os processos jamais terão um termo final. Assim, se, por um lado, estabelecer um caminho único pelo qual os argumentos serão aceitos é praticar violência contra a dialética, por outro, privilegia o fato de o objetivo principal do processo judicial não

²⁹⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 270.

ser a especulação filosófica, mas a composição da lide. O debate se empobrece em contrapartida à celeridade processual e à extinção do litígio.

Ao contrário das demais ciências lucubrativas, o Direito encontra sua justificativa, ou legitimidade, na razão direta de sua eficácia prática como instrumento regulador ou sancionador de condutas em uma dada sociedade²⁹⁵. Nesse sentido, o Direito sumular se apresenta extremamente funcional.

3.4 A CRIAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE EM FACE DO CONTEXTO RETÓRICO BRASILEIRO, PATETICAMENTE FAVORÁVEL À ADOÇÃO DE QUALQUER MODELO PARA SOLUÇÃO CÉLERE DOS CONFLITOS JURÍDICOS.

A pretensão de fixação do monopólio interpretativo jurídico-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é tão antiga quanto a própria criação daquela Corte, se considerada a aspiração estatal à uniformização da jurisprudência pelos tribunais. Essa idéia ganhou traços mais definidos quando, contemporaneamente, as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade foram dotadas do atributo de força geral obrigatória. Constata-se a mutação constitucional²⁹⁶ operada a partir da criação da representação de inconstitucionalidade²⁹⁷: mecanismo de controle abstrato-concentrado de normas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que impôs ao modelo concreto-difuso a perda de sua histórica força no ordenamento brasileiro.

Desde a Constituição de 1891, todos os órgãos judiciais nacionais têm competência para conhecer e decidir, em caráter incidental, a arguição de inconstitucionalidade de determinada lei. Tal modelo, criado sob a influência de Rui Barbosa, se inspirou, por sua vez, no sistema norte-americano da *judicial review*. Diferentemente daquele modelo, contudo, onde impera o *stare decisis*, a decisão de inconstitucionalidade normativa prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto-difuso, ainda que reiterada, não vinculava as instâncias inferiores.

²⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

²⁹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

²⁹⁷ Pela Emenda Constitucional nº. 16/1965.

Tal fato decorria do caráter liberal da 1ª Constituição Republicana que se assentou na separação dos Poderes e repudiou a idéia da possibilidade da produção normativa, ainda que de forma negativa, pelo Judiciário. Somente com a Constituição de 1934 foi possível dotar de efeitos *erga omnes* as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto-difuso e, ainda assim, de forma indireta, a partir da criação do dispositivo que deu competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por aquela Corte²⁹⁸.

Dessa forma, o domínio interpretativo-constitucional do Supremo Tribunal Federal restava mitigado diante de uma situação peculiar. Decidindo pela inconstitucionalidade de determinada lei em grau de recurso extraordinário, ou seja, pela via difuso-incidental, os efeitos decorrentes dessa decisão somente alcançavam as partes envolvidas no processo, mesmo considerando o fato de a matéria ter sido analisada milhares de vezes na Corte, necessitando da intervenção do Legislador para que produzisse efeitos gerais.

Por outro lado, a partir do final do Século XX, bastaria que apenas um processo fosse julgado com base no controle concentrado de constitucionalidade para que o entendimento da Corte não pudesse ser contrariado pelos demais juízes de quaisquer instâncias, dispensando-se a intervenção do Legislador para a produção dos efeitos *erga omnes*²⁹⁹. O sistema de controle de constitucionalidade, portanto, passou a permitir que uma única decisão tomada circunstancialmente vinculasse toda a comunidade jurídica, mas não milhares delas, ainda que todas julgadas com a mesma *ratio decidendi*, o que, do ponto de vista lógico, se apresentava como uma anomalia.

Pode-se argumentar que o conjunto de decisões tomadas em sede de controle difuso-incidental relativas a uma mesma norma teria o condão de criar uma súmula específica pelo Supremo Tribunal Federal – a partir da segunda metade do Século XX – diante da omissão do Legislador de retirar do mundo jurídico a norma em questão. Essa súmula, contudo, até a edição da EC 45/2004, não obrigava sua observância pelos demais tribunais e juízes. A solução para esse imbróglio, que consolidou o monopólio interpretativo-constitucional pela Corte Suprema brasileira,

²⁹⁸ Conforme o art. 91, IV, c/c art. 96 da CF de 1934, atual art. 52, X, da CF de 1988.

²⁹⁹ A partir da Lei Federal nº. 9.868/1999.

foi a criação de uma súmula com efeitos vinculativos, ou súmula vinculante, como passou a ser chamada.

A idéia da adoção da súmula com efeitos vinculativos *erga omnes* nasceu no bojo da reforma constitucional proposta originalmente em 1992 (Proposta de Emenda Constitucional nº. 96), sendo posteriormente modificada em 1996. Em 2000, o Senado apresentou o texto para votação e aprovação da idéia da vinculatividade sumular (Proposta de Emenda Constitucional nº. 29/2000). Finalmente, em 30 de dezembro de 2004, foi publicada a Emenda Constitucional nº. 45, que disciplinou a matéria, posteriormente regulamentada pela Lei Federal nº. 11.417/2006. A temática é, portanto, relativamente recente.

Pelas novas regras, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiterados julgados sobre a matéria, passou a poder aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, operasse efeito vinculativo em relação às demais instâncias do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. É um poder considerável.

É cediço que a interpretação jurídica nada mais é que uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir do escalão superior para o inferior, realizado de modo autêntico pelos agentes devidamente autorizados pelo Estado³⁰⁰. A interpretação constitucional é autêntica, por excelência, quando realizada pelo legislador ordinário, cumprindo o papel de transformar normas superiores, geralmente princípios ou diretrizes, em leis comuns.

O Supremo Tribunal Federal, ao deter o domínio sobre a forma e o conteúdo normativo constitucional, por meio de decisões que vinculam não apenas os demais órgãos jurisdicionais, mas toda a Administração Pública e, de forma reflexa, o próprio legislador, passou a realizar uma interpretação mais-que-autêntica e a controlar a interpretação constitucional de forma absoluta, resolvendo o problema da mitigação do seu poder no que tange ao controle pela via difusa, e consolidando a força do precedente judicial no ordenamento pátrio.

O advento da súmula vinculativa proporcionou uma nova mutação da Constituição. Alterou o controle difuso-concreto para o abstrato-concentrado,

³⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 387 e ss.

acabando, na prática, com a privativa competência do Senado Federal prevista no art. 52, X, da Carta Magna, e hipertrofiou os poderes da Suprema Corte brasileira.

Essa mutação, contudo, não ocorreu de forma aleatória. Tampouco se deu por ato exclusivo do Poder Judiciário, em processo de usurpação das competências alheias. Estabeleceu-se no contexto social brasileiro um cenário amplamente favorável à mudança, que foi apresentada como a única capaz de resgatar a dignidade da Justiça no País. O ambiente retórico criado com o argumento da falência do sistema jurídico, aliado ao sentimento patético de descrença social, legitimou a adoção das súmulas vinculantes, abrindo o caminho para a alteração do modelo jurídico brasileiro, com reflexos na sua teoria das fontes.

A perspectiva ontológica sintetizada no *topos* amplamente difundido “contra fatos não há argumentos” repousa na crença de que os fatos representam um **dado**, não um **construído**, e esconde a constatação de que eles nada mais são do que uma proposição imposta ao auditório, ou seja, um mero argumento que, como tal, pode ser contestado³⁰¹. Com base nesse *topos*, ergueu-se toda a estrutura de sustentação da súmula vinculante, nascida sob o argumento original de se uniformizar a distribuição da justiça, de molde a evitar a dispersão interpretativa e a proporcionar o tratamento isonômico entre os utentes do Judiciário.

Ainda na década de 60 do século passado, a idéia propagada no Brasil acerca da necessidade de adoção da súmula de jurisprudência dominante explorou o acúmulo de processos aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal. O risco da exaustão dos meios institucionais de composição da lide foi, então, usado como motivo determinante daquela escolha. E este continuou sendo um poderoso argumento estrategicamente utilizado pelo revisitado pensamento essencialista, que sempre aspirou pela uniformização das decisões como decorrência de uma suposta ontologia jurídica elevada à categoria de dogma.

Em discurso proferido em 1995, no bojo dos debates relativos ao projeto apresentado no Congresso Nacional acerca da vinculatividade das súmulas, o jurista Saulo Ramos alertou sobre o expressivo número de processos repetidos no Supremo Tribunal Federal: a partir da Constituição de 1988 até março daquele ano

³⁰¹ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164-165; ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

tenham sido publicados 22.763 acórdãos, dos quais 15.551 eram meras repetições de outros, totalizando 68,32% de julgamentos de hipóteses idênticas na Corte Constitucional brasileira³⁰².

Tal circunstância decorria da inexistência de qualquer tipo de seleção de feitos a serem decididos pelo STF, que detém competência até para julgar brigas de vizinhos³⁰³. Para se ter uma idéia da dimensão do problema, ainda no ano de 1995, aquele Tribunal recebeu 30.706 feitos novos, tendo emitido 35.214 decisões. Em termos comparativos, o Tribunal Constitucional alemão recebeu entre 5.000 e 7.000 queixas constitucionais e admitiu para análise apenas 2% desse montante. A Suprema Corte Americana, no mesmo ano de 1995, recebeu cerca de 4.000 propostas de recursos, admitiu 300 e julgou 180 casos³⁰⁴.

Em 1997, foram distribuídos no Supremo Tribunal Federal 33.963 processos, entre novos, originários e decorrentes de recursos, tendo sido julgados 40.815, dos quais mais de 80% eram de feitos repetidos. Em 2000, o volume de ações protocoladas cresceu cerca de 50% em relação a 1999, tendo sido distribuídos 101.996 processos contra 68.255 do ano anterior. Dessa forma, cada ministro julgou, em média, cerca de 8.000 processos, em um universo de feitos no qual mais de 80% eram de idêntica matéria³⁰⁵.

Passada mais de uma década, os números do Supremo Tribunal Federal continuam impressionando pela dimensão. Segundo o Portal de Informações daquela Corte³⁰⁶, somente no biênio 2007-2008 foram protocolados um total de 220.105 processos novos³⁰⁷, tendo sido distribuídos aos onze ministros o expressivo número de 179.811 processos. Na rubrica relativa ao quantitativo da produção decisória do STF, o mesmo período aponta que foram realizados um total de 290.269 julgamentos, das mais variadas espécies.

³⁰² RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.º. 16, jul./set. 1996, p. 33.

³⁰³ Vide alguns casos esdrúxulos apreciados pelo STF. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL275210-5601,00-SOBRECARREGADO+STF+JULGA+MAIS+DE+MIL+CASOS+POR+ANO.html>>. Acesso em: 2.8.2009.

³⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 231.

³⁰⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: como torná-lo mas ágil e dinâmico? *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n.º. 4, 1º sem. 1998, p. 99.

³⁰⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 11.3.2009.

³⁰⁷ Mesmo com a vigência da Lei de Repercussão Geral, Lei Federal n.º 11.418/2006, que visa a filtrar o ingresso de recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal.

Um rápido cálculo aponta para o seguinte cenário: considerando que os onze ministros do Supremo Tribunal Federal tivessem efetivamente trabalhado os 730 dias do referido biênio 2007-2008, a produção final daquela Corte apontaria para uma média de 400 processos julgados diariamente, inclusive nas férias, recessos forenses, feriados e finais de semana. Em outro quadro, considerando apenas os dias úteis do período (508), excluídas as férias, já computados os dias relativos aos recessos forenses, o STF teria trabalhado durante 448 dias, o que dá uma média de 650 processos julgados diariamente, ou, 81 processos julgados por hora, o que exigiria que cada Ministro tivesse individualmente 7 processos para analisar a cada 60 minutos, ou, uma média de um julgamento a cada 8 minutos.

Tomando em conta que a maioria desses feitos corresponde à repetição de processos já julgados, tais como ações relativas à correção do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, à questão previdenciária, aos diversos expurgos inflacionários ocorridos com aplicações financeiras, ao Sistema Nacional de Habitação, englobando, por vezes, mais de 80% do total dos processos existentes³⁰⁸, uma solução emergencial se mostrava necessária³⁰⁹.

E a situação no Supremo Tribunal Federal reflete um cenário maior, igualmente assustador, da Justiça no Brasil. Constata-se o desaparecimento dos órgãos do judiciário³¹⁰, cuja estrutura não tem um incremento anual proporcional ao crescimento da demanda jurisdicional, decorrente de uma maior tomada de consciência social e da permanente crise econômica mundial, que proporciona que as pessoas não abram mão dos direitos que têm³¹¹.

Há tempos denuncia-se a preocupante relação de 1 juiz para cada grupo de 23.900 pessoas no Brasil, enquanto em países como Alemanha, França e Estados Unidos esses números são, respectivamente, de 1 para cada 3.500, 1 para cada 5.600 e 1 para cada 9.000. E a questão não se resume à diferença entre

³⁰⁸ RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.º. 16, jul./set. 1996, p. 33.

³⁰⁹ Sobre o tema, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado afirmou em discurso pragmático e utilitarista: “Outrora, talvez influenciado pelo ardor da mocidade e ainda querendo vibrar com as tertúlias acadêmicas, cheguei a brigar contra a Súmula Vinculante. Mas, quando comecei a viver com 4.000 processos recebidos, por mês, no STJ; 4.000 processos recebidos, por ano, no TRF, mudei completamente de opinião”. *In A Súmula Vinculante e a Administração Pública. Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 14, n.º. 6, junho 1998, p. 357.

³¹⁰ Consoante pesquisa divulgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em <http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=17112>. Acesso em: 11.3.09.

³¹¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. 1ª ed. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 59-60.

países ricos e pobres. Na vizinha Argentina, a relação é de 1 para cada 17.000 habitantes, fazendo com que aquele País tenha, proporcionalmente, mais juizes do que o Brasil³¹².

Esse cenário se torna ainda mais preocupante se analisados os números brutos dos processos distribuídos no Brasil para julgamento, apenas na Justiça comum de 1º grau dos Estados, desconsiderando-se os números dos Juizados Especiais, da Justiça Federal e as competências originárias e recursais dos tribunais de segundo grau e superiores. Entre 1990 e 1998, foram distribuídos 44,9 milhões de processos, tendo sido julgados 31,9 milhões. Somente o déficit de 13 milhões de processos naquela década equivale a quase quatro anos ininterruptos de julgamento, o que eleva a expectativa de duração de um processo, sem considerar a ação procrastinatória de qualquer das partes, para um prazo superior a cinco anos³¹³.

O senso comum teórico dos juristas buscou, de imediato, estabelecer o modo de individualização e da reciprocidade direta entre causa e efeito, associando o excesso de demanda judicial a uma necessária e conseqüente lentidão do sistema, problema que somente poderia ser solucionado por um dispositivo que limitasse a propositura de novas ações ou que dispensasse todo o debate processual, enquadrando os feitos em modelos preestabelecidos, cujas decisões já tivessem sido determinadas, independentemente das peculiaridades de cada caso.

A idéia da adoção de uma súmula que vinculasse as instâncias inferiores, além de a própria Administração Pública, tinha diante de si um cenário perfeito. Nenhum utente do Judiciário admitiria que o sistema funcionasse a contento e qualquer instrumento que se apresentasse apto a reverter o cenário negro do Judiciário teria grande chance de ser acolhido. Assim, evidenciou-se um objetivo pragmático com a criação da súmula vinculante: diretamente desafogar a mais elevada Corte do País e, indiretamente, as demais instâncias inferiores.

O equívoco do modo de individualização e da reciprocidade entre causa e efeito, todavia, é o de desconsiderar que no mundo real há uma pluralidade de fenômenos empiricamente ligados que impossibilita dissociá-los

³¹² Dados apurados pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/773392/brasil-precisa-duplicar-numero-de-juizes-diz-pesquisa-da-amb>> . Acesso em: 21.05.2009.

³¹³ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

individualmente³¹⁴. O excesso de demanda, que aparentemente seria critério suficiente para a adoção da súmula, esconde a realidade do arbítrio de sua escolha e não permite, por exemplo, a percepção pelo homem comum de que as deficiências que caracterizam a administração da Justiça no País podem igualmente ser vistas como resultado de um contexto idealizado para favorecer determinados grupos, a partir de um processo implícito de elitização do poder³¹⁵. Se considerada a validade desse argumento, o que antes se apresentava como causa vira efeito de outra causa anterior: a estratégia dos referidos grupos na defesa de seus interesses corporativos.

O abandono da perspectiva cética relativa aos motivos determinantes da pleora de feitos judiciais no País, nomeadamente no Supremo Tribunal Federal, permite o surgimento e a fixação de supostas verdades matemáticas incontestáveis no que diz respeito à necessidade da adoção das súmulas com efeitos vinculativos, a exemplo da exaustão do sistema Jurídico.

Não se pode categoricamente asseverar que os números que congestionam o sistema jurídico brasileiro sejam fruto de uma estratégia que visa a desmontar o aparato judicial, retardar os processos e promover a impunidade. Mas, retoricamente falando, também não se pode assegurar o contrário disso. Daí a impressão, em face da quantidade de instrumentos protelatórios, que o processo judicial pareça ser feito em benefício do devedor, não do credor, ou em benefício do réu, não da vítima.

Assim, a questão da exaustão sistêmica por excesso de demanda é apenas um dado crível que não dispensa os elementos probatórios do discurso, não bastando os números em si mesmos. A visão pirrônica do problema do judiciário revela, portanto, o estabelecimento de um necessário acordo prévio entre Estado e sociedade, baseado em valores e sofismas próprios da argumentação, com vistas a legitimar a súmula vinculante. Não por acaso a maioria dos estudos que justificam a

³¹⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332.

³¹⁵ COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 100.

sua adoção partem da premissa da imensidão de processos judiciais existentes no STF³¹⁶.

O postulado comum aos discursos justificadores da súmula, destarte, são os dados estatísticos tidos como incontestáveis. Dados, todavia, também são argumentos. E argumentos são discutíveis. Relativamente aos feitos existentes no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, parece pouco interessar aos defensores da súmula vinculante que em cerca de 80% dos casos pendentes de julgamento o próprio Estado figure no feito como parte³¹⁷.

As principais teses que concentram a maior parte dos feitos naquele Tribunal Superior, como a questão da correção do FGTS ou a questão previdenciária, é patrocinada pela União que, em passado não distante, era uma procrastinadora por excelência. Embora novas políticas públicas tenham sido estabelecidas no final do século passado, relativamente aos feitos nos quais o Estado seja parte, há um considerável passivo processual a ser vencido antes do retorno a uma rotina razoável de trabalho no STF.

Em outra perspectiva, considere-se a dívida do Estado de São Paulo em precatórios não-pagos, orçada, em 2005, no montante de 12 bilhões de Reais³¹⁸. Trata-se de valor considerável mesmo para o Estado com maior orçamento no País. A impossibilidade de pagamento das dívidas importa em suas postergações por meio de infundáveis recursos judiciais, que compõem a massa de feitos que justificam a tese da exaustão dos meios processuais para solução dos conflitos. Não se cogita, contudo, que o Estado de São Paulo (dentre outros) tenha interesse na existência de uma justiça lenta e burocratizada, que justifica o *topos* “aos amigos tudo, aos inimigos, a lei”.

³¹⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006; SILVA, Antônio Álvares da. **As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTR, 2004.

³¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da. **As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTR, 2004, p. 65; BATISTA JR., Edil. A Era da Incerteza. Considerações acerca da crise do direito positivo como controle formal social. Sociologia do Direito e do Direito Alternativo. Ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p.99 e ss.

³¹⁸ Segundo dados obtidos no site da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://www.fazenda.sp.gov.br/noticias/fazenda/clipping2.asp?id=134>>. Acesso em 28.4.2009.

Esse quadro, pouco discutido no estabelecimento do acordo prévio, possibilitou a forte adesão patética às súmulas vinculantes e reforçou a presença sofisticada da *ignoratio elenchi*³¹⁹, o proposital esvaziamento do assunto em debate, impossibilitando a apresentação do contra-argumento, em face da sua ignorância.

Essa é a conclusão a que se chega, por exemplo, ao se analisar as primeiras dezesseis súmulas vinculantes publicadas, das quais dez foram editadas, direta ou indiretamente, com entendimento favorável à União, aos Estados federados e aos Municípios³²⁰. Com base nesses números, portanto, poder-se-ia presumir que o instituto tenha servido mais aos interesses do próprio Estado do que à sociedade civil.

A retórica prática adotada na defesa das súmulas, entretanto, não poderia trazer à baila discursos que enfraquecessem a tese levantada. Apoiado em dados estatísticos favoráveis, buscou-se justificar os argumentos fundados no valor argumentativo do *topos* da quantidade³²¹, olvidando propositalmente que o estudo da boa argumentação obriga a levar em conta não só a seleção dos dados, mas, igualmente, um adequado modo de interpretá-los³²².

Foi dessa forma que se difundiu a idéia de que o risco do tolhimento da liberdade de convicção inerente ao exercício da magistratura seria um mal menor se comparado ao risco da paralisação do aparato jurisdicional, por força do excesso de demanda. Afinal, de que adiantaria um juiz livre para julgar conforme sua consciência se não houvesse meios estruturais para permitir que os processos pudessem ser submetidos a esse julgamento? Intui-se, contudo, a idéia contrária axiologicamente equivalente, obscurecida de forma estratégica, que seria: de que adiantaria existirem meios estruturais permitindo que os processos fossem submetidos a julgamento se não houver um juiz livre para julgar conforme sua consciência?

A opção pelo lugar da quantidade como sofisma fundamental ao estabelecimento do acordo prévio redundou no fértil campo para o cultivo da tese da

³¹⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

³²⁰ Súmulas 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 15 e 16.

³²¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 97.

³²² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 137.

necessidade da vinculatividade sumular. Ainda assim, não foi suficiente para ocultar o fato facilmente revelado por uma retórica analítica de que a argumentação justificadora da súmula partiu de uma petição de princípio: que o desafogamento do Poder Judiciário ensejaria em uma melhor distribuição do valor justiça na complexa sociedade brasileira.

Como contraponto a esse argumento, há a afirmação de que provavelmente se fizesse mais pelo Judiciário se o Estado, compreendidos aí a União, os Estados Federados, os Municípios e suas respectivas autarquias, desse real efetividade às decisões judiciais ordinárias. A ineficiência da justiça tem claras utilidades: servir aos maus pagadores é apenas uma delas. Nesse sentido, é pouco crível que o Supremo Tribunal Federal utilize do seu poder de criar, de ofício, súmula de efeito vinculativo com vistas a impedir que o Estado procrastine seus pagamentos devidos por meio de recursos infindos³²³, ou pelo simples descumprimento dos precatórios já inscritos, para ficar apenas com esse exemplo prosaico.

O resultado do acordo prévio baseado nos elementos apontados importou na vitória do discurso patético pragmático legitimador das súmulas vinculantes. A Emenda Constitucional nº. 45/2004 sintetizou em poucas linhas séculos de infindável discussão teórica sobre a questão³²⁴. Para a criação da súmula, bastam: a) a existência de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública; b) a possibilidade de essa controvérsia acarretar grave insegurança e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; c) que o STF tenha proferido reiteradas decisões sobre a matéria constitucional; e, d) a anuência de pelo menos dois terços dos membros daquela Corte.

Note-se que, ao tempo em que a súmula vinculante se afigura como a sedimentação de uma linha interpretativa que o STF estabeleceu sobre determinada questão³²⁵, consolidando a tese ontologista da resposta única, ela se reveste dos

³²³ O próprio Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, à época, Sergio Renault, reconheceu que o Estado brasileiro utiliza o Poder Judiciário como se fosse uma empresa privada, fazendo com que a ineficiência dele ajude a “empurrar com a barriga” (no original) suas obrigações. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, edição de 16.12.2003.

³²⁴ Nos termos do Parecer 1.035/2002 da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, sob relatoria do Senador Bernardo Cabral, que aprovou o texto final da Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=37592>>. Acesso em: 18.03.2009.

³²⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

mais retóricos dos argumentos para sua criação, fundamentada em conceitos de baixa densidade semântica como **grave insegurança** e **existência de controvérsia**. A súmula se apresenta, em sua natureza, como um paradoxo nos próprios termos.

Por outro lado, a súmula revela um princípio utilitarista de aplicação imediata, alcançando milhares de potenciais recursos nas instâncias inferiores. Igualmente, ela evidencia a vitória do discurso pragmático segundo o qual a verdade é a **crença que presta serviço**. Representa, destarte, um argumento altamente eficaz, gozando de verossimilhança e induzindo à confiança³²⁶ dos utentes do Poder Judiciário.

Sua utilização favorece ao controle das condutas dos cidadãos, na medida em que exterioriza o modelo daquilo que o Judiciário considera certo ou errado sobre determinada matéria, e opera como fator de previsibilidade do resultado judicial das demandas pendentes e das virtuais, antecipando o teor provável da futura decisão. Influi decisivamente na formação da persuasão racional do magistrado, de forma ainda mais eficaz que os demais elementos de convicção postos à sua disposição. Anula, em tese, o risco das decisões conflitantes, contribuindo para a segurança e a certeza jurídicas. Por fim, uniformiza a jurisprudência, com a aplicação de um único juízo de valor para os casos análogos, presentes e futuros³²⁷.

O que ela não consegue esconder, todavia, é sua condição de mera opção política de caminho jurídico-constitucional adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em detrimento de outros tantos possíveis. Resume-se, portanto, a criar um mero argumento de autoridade³²⁸. Representa uma escolha aleatória que tem por fim reduzir a aleatoriedade do Direito. Faz parte do acordo prévio estabelecido entre Estado e sociedade a tranqüila aceitação da passagem de um exemplo individual para o geral.

³²⁶ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 174.

³²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 343.

³²⁸ Por mais desprestigiado que essa espécie de argumento seja na atualidade. In PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 348.

Basicamente, o argumento da exaustão do sistema jurídico importou na criação de um instrumento dotado de presunção de inequívocidade e de universalidade, a exemplo do que ocorrera com a lei no Século XVIII, por mais que a história tenha demonstrado a impossibilidade dessa construção teórica. O *ethos* e o *pathos* suplantaram o *logos* do discurso estabelecido e a norma judicada vinculativa produzida pelo Supremo Tribunal Federal determinou, assim, um novo patamar nas relações jurídicas no Brasil. Emocionalmente o Direito se fez razão, mesmo quando racionalmente se saiba que o Direito é emoção.

3.5 A DISFUNÇÃO ESTRUTURAL DA SÚMULA VINCULANTE: DE INSTRUMENTO QUASE-LEGAL A MAIS-QUE-LEGAL E A CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO MODELO HIERÁRQUICO DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO.

Os atos jurisdicionais estão divididos em duas grandes categorias: atos de conteúdo normativo geral, abrangendo as declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade; e atos de conteúdo normativo individual, compreendendo as sentenças, os acórdãos e as decisões interlocutórias³²⁹. No primeiro caso, o órgão emitente do ato acaba por ultrapassar o caráter estrito da atividade jurisdicional ao prescrever uma norma jurídica destinada a não apenas solucionar um caso concreto, por indicar uma aplicação geral e futura³³⁰, na hipótese de decisão prolatada por Corte Constitucional com o atributo da oponibilidade *erga omnes*.

A súmula vinculante, tida como amálgama das duas espécies de ato jurisdicional, igualmente projeta seus efeitos para além do âmbito dos tribunais, alcançando inclusive a Administração Pública. Ademais, também opera o efeito de impedir recursos, se considerado o poder de que se dotou o relator do processo de denegar recurso interposto todas as vezes que seu pedido contrariar o conteúdo sumulado.

De uma forma geral, os atos jurisdicionais normativos gerais não se constituíam em ato legislativo, embora detivessem força formal de lei. Mesmo

³²⁹ Embora, em situações especiais, uma decisão individual no caso concreto possa alcançar um universo maior de pessoas além daquelas que compõem os pólos ativo e passivo do processo, como no caso das ações civis públicas em que se discutem direitos difusos.

³³⁰ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 274-275.

preenchendo os elementos materiais, orgânicos e formais da definição da função legislativa do Estado, careciam, por exemplo, da livre determinação dos seus objetos³³¹. O advento da súmula de efeitos vinculativos, contudo, tornou esse cenário menos claro.

Recorde-se de que o antigo instituto lusitano dos assentos, similar às súmulas vinculantes brasileiras no que diz respeito à força obrigatória geral, foi considerado inconstitucional justamente pelo desvirtuamento do seu caráter jurisdicional, mesmo considerada a defesa levantada em seu nome, que assinalava a ausência do elemento político típico das normas legisladas. O argumento de acessoriedade perante a lei não foi suficiente para sensibilizar o Tribunal Constitucional português.

Na hipótese brasileira, afirmou-se que, embora a obrigatoriedade de observância da súmula vinculante seja semelhante à da norma legislada, a esta não se sobrepõe, uma vez que, mesmo possuindo caráter geral e abstrato, a súmula tem a natureza meramente interpretativa. Dessa forma, não visa a impedir o poder de os magistrados das instâncias inferiores igualmente interpretarem a lei no caso concreto, senão intenta firmar um mero entendimento sobre o tema, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve propiciar aos utentes do judiciário, a exemplo das normas de caráter geral positivadas pelo legislador³³².

Ao contrário do que se afirma, contudo, é exatamente a natureza interpretativa da súmula vinculante que denuncia a sua disfunção estrutural e a alça a uma categoria especialíssima de norma, sem precedente na história do Direito brasileiro. O texto legal, prescrevendo condutas permitidas, obrigatórias e/ou proibidas, não dispensa a interpretação autêntica para revelar o seu real conteúdo normativo, além do seu enunciado. A súmula vinculante, por sua vez, contém um enunciado normativo que procura sintetizar a única interpretação possível do seu conteúdo jurídico realizada por um agente político autorizado pelo sistema. Assim, a norma julgada vinculativa é não apenas texto ou comando normativo, mas já o substrato da interpretação autêntica desse texto/comando, reduzida propositalmente a um verbete escrito em linguagem que dispensa maiores indagações filológicas.

³³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo III. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 484.

³³² PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, nº. 6, set./dez. 1997, p. 633.

Veja-se o teor da Súmula Vinculante nº. 2, que será objeto de análise no próximo capítulo: **É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.**

Analiticamente assemelhada ao modelo estrutural das súmulas de jurisprudência dominante, a súmula vinculante é redigida na forma epifonêmica, com modalização léxica voltada ao alcance do maior número possível de utentes. Sua aceitação implica na crença patético-social da existência de uma pré-compreensão por parte do STF de toda a legislação aplicável à espécie. Vale dizer, os fundamentos sumulares são os dados que decorrem dessa pré-compreensão.

A interpretação pelas instâncias inferiores dos inúmeros normativos relativos ao sistema de jogo no País importaria, potencialmente, em uma infinidade de discussões distintas. A simples leitura da Súmula Vinculante nº 2, por sua vez, reduz drasticamente a discricionariedade interpretativa relativa ao tema, em virtude de sua estrutura coloquial.

As fontes substanciais da norma legislada são os fatos sociais, os dados de natureza econômica, política, cultural *etc.* As fontes substanciais da súmula vinculante são as próprias interpretações decorrentes da aplicação da norma legislada. É por essa razão que, enquanto a norma geral e abstrata oriunda do legislador está sujeita ao controle de constitucionalidade, a norma julgada sumular vinculativa não se sujeita a controle jurídico algum, senão ao crivo do *quorum* qualificado do Supremo Tribunal Federal necessário a sua elaboração³³³.

Dessa forma, a súmula vinculante, enquanto amálgama do enunciado e do conteúdo normativo, extrapola o antigo caráter quase-legal³³⁴ das súmulas de jurisprudência dominante para um novo: mais-que-legal. Sua efetividade passa a ser, de longe, muito superior às normas legais e sua natureza, insuscetível de discussão (a não ser nos moldes estabelecidos pela Emenda Constitucional 45/2004). Com apoio do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal desequilibrou a harmonia dos Poderes, dotando-se de uma força que, a partir do estabelecimento do Estado Moderno, jamais fora alcançado por nenhum outro Poder de **forma pacífica**

³³³ Sobre o tema, a ADI 594-4/DF, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso, decidiu, em 19.2.92, por maioria de votos, que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para impugnar súmula jurisprudencial do STF.

³³⁴ ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº. 25, 1977.

e com tamanho apoio popular. A força persuasiva do acordo prévio estabelecido no País surpreendeu o mais cético dos retóricos.

Pode-se argumentar que o advento das súmulas de jurisprudência dominante, em meados do século passado, já tivesse operado uma pequena revolução no mundo jurídico nacional, em face da eficácia natural desses instrumentos relativamente à prevenção da divergência jurisprudencial³³⁵, contra a qual somente se poderia insurgir por meio de nova maioria no órgão prolator do instrumento. Mas tal situação parece não ter satisfeito o pensamento essencialista defensor da vinculatividade sumular, que não concebia que questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal pudessem receber julgamento diverso nas instâncias inferiores³³⁶. Se tal situação já era considerada preocupante em feitos isolados, agravava-se no caso de demandas múltiplas que importam em milhares de recursos, redundando no retardamento da prestação jurisdicional³³⁷.

Foi necessário, portanto, estabelecer um instrumento mais-que-legal que operasse não apenas nos conflitos levados ao Judiciário, mas que projetasse um efeito preventivo geral no interior da própria sociedade. Por isso, o caráter obrigatório da súmula vinculante não se circunscreveu à instância judiciária, senão foi estendido às instâncias primárias que atuam de ofício, como a própria Administração Pública e seus agentes.

Esse caráter prospectivo agiganta a natureza sumular em face das demais normas e, no caso de conflito de normação positiva, faz com que aquela prevaleça sobre todas as outras. Além de interpretar as normas já existentes e definir seus respectivos conteúdos, ela isoladamente se torna fonte formal do Direito, tanto na possibilidade de edição de súmulas *praeter legem* quanto *contra legem*³³⁸.

³³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 40.

³³⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.º 128, out./dez. 1995, p. 186.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181.

³³⁸ As súmulas *contra legem* firmam interpretação flagrantemente contrárias ao texto legal, tais como: Súmula 521/STF – “O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado”, o que contraria o art.70 do Código de Processo Penal, que estabelece como competente o foro do lugar em que se consuma a infração. COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 250-251; STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 220-228.

Os críticos da adoção da vinculatividade sumular já alertavam: a) para o risco de violação do princípio da independência judicial, que deve ser compreendida como independência *uti singuli*, seja perante influências externas, seja principalmente perante as influências internas superiores; b) para o conflito com a tese da separação dos poderes; c) para o fato de a súmula ignorar o princípio do juiz natural imparcial; d) para o risco do esvaziamento do princípio do pluralismo político, que é a base de sustentação das várias interpretações válidas sobre um mesmo texto normativo³³⁹.

Não por acaso, Eros Roberto Grau afirmou que a atribuição de efeitos vinculativos às decisões do Supremo Tribunal Federal implicaria na imposição de uma espécie de censura ou limitação ao exercício, pelos demais órgãos do Judiciário, da função de intérprete autêntico do Direito. Outro não seria o conteúdo dessa imposição senão a proibição do exercício da função jurisdicional em relação às matérias que o STF, por maioria qualificada dos seus membros, assim indicasse³⁴⁰.

Pretendeu-se, portanto, suprir a ausência de autoridade institucional dos tribunais superiores com a força, porque obrigar juízes e tribunais inferiores a decidir acolhendo plena e automaticamente decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando convencidos de que tais decisões estão equivocadas, é renegar a própria natureza dialógica do Poder Judiciário³⁴¹.

Alheia a toda essa discussão, a súmula vinculante dissipou qualquer dúvida relativa à comunhão dos sistemas jurídicos (*civil law x common law*), estabelecendo um desenho constitucional híbrido, decorrente da sua impositividade e da sua eficácia obrigatória geral, tanto para os jurisdicionados como para o próprio Estado. E esse fato alterou o campo da teoria das fontes jurídicas no Brasil.

Anteriormente à adoção da súmula vinculante, o Direito brasileiro privilegiou as fontes normativas de tradição romano-germânica, tendo estabelecido em seu pacto fundamental, desde a Constituição Republicana de 1824, que o padrão jurídico a ser observado seria o da norma legal, entendida essa em seu

³³⁹ GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º. 739, 1997, p. 35.

³⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n.º. 16. 1996, p. 38.

³⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 63-54.

sentido *lato*. A lei foi estabelecida como ponto de referência a partir do qual o Estado analisaria as condutas e decidiria acerca de suas legitimidades. Mesmo com o reconhecimento do valor da jurisprudência persuasiva, a sempre perseguida certeza do Direito estava consubstanciada no instrumento legal, que, igualmente, era a única defesa do jurisdicionado contra o arbítrio dos juízes³⁴² nos julgamentos que diziam respeito à sua personalidade ou aos seus bens³⁴³.

Esse modelo estabeleceu, dentre outros, o princípio da reserva legal, instituído no atual art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Estabeleceu, também, o princípio da isonomia, previsto no mesmo art. 5º, *caput*, segundo o qual todos são iguais perante a lei.

Quando, a partir da regulamentação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, a súmula vinculante ingressou no ordenamento brasileiro, a avaliação das condutas e a exigibilidade das posições jurídicas passaram a ser aferidas não mais apenas em função de uma norma legal, mas também em função do entendimento pretoriano, exteriorizado em um verbete representativo da jurisprudência consolidada no STF³⁴⁴.

A norma judicada consolidou o seu caráter de fonte formal **primária** do Direito. Dessa forma, o princípio da legalidade perde sua histórica força, pois a vida social não está só regrada por normas legais, mas, igualmente, por preceitos sumulares. Em um novo modelo jurídico, ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer nada senão em virtude de lei ou de súmula vinculante³⁴⁵.

No sistema romano-germânico de produção jurídica, as regras estabelecidas pela jurisprudência não têm, em tese, a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador, uma vez que se apresentam suscetíveis de serem modificadas a qualquer tempo, por uma nova abordagem de mérito. A

³⁴² BATISTA JR., Edil. **No café com os magistrados**. Um estudo da dimensão política das decisões judiciais. 2002. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco – UPFE, Recife, 2002, p. 113-114.

³⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**, São Paulo, nº. 43, julho-setembro 1986. p. 59.

³⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 310.

³⁴⁵ MELLO, Aymoré Roque Ponte de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileira: as PEC's nº. 500/1997 (OEC nº. 54/95-SF) e 517/1997. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, nº. 72, março 1998, p. 144.

jurisprudência, dessa forma, não vincula nem deve estar vinculada a si mesma, com raras exceções. Se, em uma nova decisão, os juízes aplicam uma regra que fora anteriormente aplicada, tal fato não se deve à autoridade que esta regra adquiriu, por lhe faltar o caráter da imperatividade.

A negação da regra do precedente nos países de tradição civilista tem seu fundamento na idéia de que o Direito deve ter origem legislativa, porque importa que a lei seja produzida de forma ponderada e de molde a abarcar uma infinidade de casos típicos que ultrapassam os limites e se libertam das contingências de um processo determinado. É por essa razão que, em termos principiológicos, o juiz não deve se transformar em legislador. E, igualmente por isso, não se deve considerar a jurisprudência como fonte formal primária do Direito³⁴⁶.

Se tomada a definição de fonte como o processo ou meio em virtude do qual a regra jurídica se positiva com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa³⁴⁷, pode-se de imediato concluir que, na hipótese brasileira, encontra-se alterado substancialmente o modelo das fontes, deixando a jurisprudência de ser uma fonte supletiva, um meio suplementar de integração do Direito, subsidiária à fonte legal, para se tornar igualmente uma fonte primordial, tão significativa quanto aquela, uma vez que nem mesmo as normas de *iuri condendo* têm mais o condão de modificar-lhes o conteúdo ou a natureza. Somente no caso de uma nova reforma constitucional, na hipótese de não ser a Emenda 45/2004 enquadrada dentre as cláusulas pétreas, pode-se, teoricamente, reverter essa mudança de padrão nomogenético.

Em resumo ao terceiro capítulo do trabalho, pode-se dizer que a pretensão do estabelecimento de um controle lingüístico-interpretativo no Brasil decorre de uma aspiração lusitana ainda anterior à sua descoberta, por influência: a) do instituto das *façanhas* portuguesas; b) dos assentos criados pelas Ordenações manuelinas; c) pela legislação ordinária pátria, genuína e recepcionada do Reino de Portugal.

Em sintonia com o crescente processo de jurisprudencialização do direito, verificado nos países europeus de tradição civilista, a legislação brasileira

³⁴⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 117-120.

³⁴⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

consolidou o modelo híbrido de produção jurídica, sobretudo após a adoção da súmula de efeitos vinculativos, que representa o ápice daquele processo.

O monopólio interpretativo-constitucional do Supremo Tribunal Federal consagra o antigo postulado fundamental da modernidade jurídica relativo ao controle da linguagem normativa e mantém viva a tradição da crença na resposta única do direito, mistificando o caráter retórico da ciência jurídica.

Embora a pretensão essencialista de uniformização do pensamento jurídico no Brasil remonte à sua história enquanto Nação, a hipertrofia do Poder Judiciário em face da adoção da súmula vinculante e o controle do conteúdo jurídico daí decorrente somente foram possíveis pelo estabelecimento de um acordo prévio entre Estado e Sociedade que teve por base uma afasia patético-social consubstanciada na crença de diversos argumentos retóricos tomados por incontestáveis.

CAPÍTULO 4

DOIS ESTUDOS DE CASO DE SUPERAÇÃO DE RETÓRICAS MATERIAIS PRETENSAMENTE COGENTES EM FUNÇÃO DA ADOÇÃO DA POSTURA CÉTICA.

Sumário: 4.1. À guisa de explicação acerca da escolha dos casos analisados. 4.2. A *praxis* histórica capitalista da ordem econômica portuguesa e a guinada da retórica socialista revolucionária na constituição de 1976. 4.3. A desvinculada retórica prática do legislador ordinário e o esvaziamento ideológico das revisões constitucionais. 4.4. A morte da retórica prática socialista em face da manutenção da retórica material capitalista proporcionada pela resistência cético-social. 4.5. O caso da ação civil pública em desfavor da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, em face da exploração do sistema lotérico estadual. 4.6. A desvinculatividade da construção sumular na demonstração da manutenção do *logos* decisional como ato de vontade.

CAPÍTULO 4

DOIS ESTUDOS DE CASO DE SUPERAÇÃO DE RETÓRICAS MATERIAIS PRETENSAMENTE COGENTES EM FUNÇÃO DA ADOÇÃO DA POSTURA CÉTICA.

4.1 À GUISA DE EXPLICAÇÃO ACERCA DA ESCOLHA DOS CASOS ANALISADOS.

Como constatado ao longo do terceiro capítulo, o abandono de uma postura cética por parte da sociedade brasileira importou no estabelecimento de um ambiente retórico-material favorável à franca e rápida aceitação da tese da indispensabilidade da súmula de efeitos vinculativos como único meio de acelerar os julgamentos e resgatar a dignidade da Justiça no País, coroando o processo histórico de axiomatização da norma judicada e fortalecendo a tese ontológica da existência da resposta única no Direito.

Impregnada por um sentimento afásico, a sociedade não foi capaz de perceber o uso de instrumentos retóricos no processo de adoção da súmula, tais como: a *ignoratio elenchi*; o *topos* da quantidade; e o modo de individualização e da reciprocidade entre causa e efeito, todos obscurecedores de possíveis outras finalidades inconfessadas alcançadas pelo Estado, de uma forma geral, e pelo Poder Judiciário, de uma forma particular, com a vinculatividade sumular.

Como mostram os exemplos históricos explorados no item 1.3 do texto, a adoção dos princípios céticos, sobretudo no que diz respeito à necessidade da prova do discurso, poderia – e ainda pode – conduzir o Direito nacional para outra direção, ao permitir a desconstrução de verdades estabelecidas e supostamente irrefutáveis, importando, assim, no estabelecimento de um ambiente social marcado pelo pluralismo.

Ainda que a proposta original desta tese não evidencie um caráter prospectivo ou retórico-prático acerca do ponto de vista estabelecido, ela não pode deixar de reconhecer, contudo, que os fundamentos epistemológicos defendidos a partir da tomada de postura pirrônica têm contribuído ao longo da história para o

estabelecimento de um quadro jurídico-social mais tolerante. O presente capítulo serve para reforçar essa crença.

Embora a presente abordagem retórica importe na consciência de que a apresentação de dados empíricos, por mais representativos que sejam, não permite o estabelecimento de conclusões insofismáveis, aliás, como afirmado ao longo de todos os capítulos anteriores, é de se considerar o estudo de caso como instrumento válido para a defesa de uma perspectiva gnoseológica menos dogmática.

Com esse objetivo, foram escolhidos dois casos emblemáticos relacionados com a questão da vinculatividade legal e da vinculatividade jurisprudencial, diretamente ligadas aos dois grandes momentos históricos do Estado Moderno e do Estado pós-Moderno abordados no trabalho.

Em ambas as hipóteses analisadas, o que se busca demonstrar é a constante possibilidade de reação cética contra a precariedade da convicção ontológica acerca da permanência e da validade da norma judicada e da norma legislada de *per si*, a partir da renúncia dos elementos retóricos – *ethos*, *pathos* e *logos* – na tentativa de criação de uma ciência jurídica mais próxima das ciências exatas e biológicas.

Considerando que a estrutura do sistema jurídico brasileiro, como demonstrado no terceiro capítulo, teve por gênese o Direito lusitano, optou-se por realizar estudos com casos que envolvessem as duas realidades jurídicas: a jurisprudencial, no Brasil, e a legal, em Portugal. Muito embora a validade dos postulados que confirmam as hipóteses céticas permitissem inverter os dados empíricos, com a leitura de casos legais no Brasil e jurisprudenciais em Portugal, ou, ainda, nos demais países que, a exemplo desses dois, sentiram a mesma mutação constitucional a partir da criação de um modelo misto de produção jurídica, obscurecendo os tradicionais processos civilistas e de precedente.

O primeiro dos casos diz respeito à tentativa (e à respectiva reação social) da mudança de modelo econômico em Portugal a partir da promulgação de uma Constituição formal pretensamente socialista em desacordo com a retórica histórico-material lusitana vinculada ao liberalismo e à forma capitalista de produção. O segundo caso diz respeito à postura de agente político com assento no Supremo

Tribunal Federal relativamente a não-consideração do preconizado na Súmula Vinculante nº. 2, em análise de ação envolvendo a matéria.

Sem olvidar que a leitura dos casos trazidos a estudo permite uma clara compreensão das lições que se busca invocar, as conclusões relativas a eles serão reforçadas nas considerações finais deste trabalho.

4.2 A PRAXIS HISTÓRICA CAPITALISTA DA ORDEM ECONÔMICA PORTUGUESA E A GUINADA DA RETÓRICA SOCIALISTA REVOLUCIONÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1976.

Estipula-se como Constituição Econômica o conjunto de regras e princípios fundamentais que regem juridicamente a organização e o funcionamento da economia de uma dada comunidade política³⁴⁸. A ordem econômica constitucional estabelece abstratamente a forma pela qual será estruturado o sistema econômico do Estado, definindo a propriedade, pública ou privada, dos meios de produção, sua gestão e o controle social³⁴⁹.

Desconsiderada a ordem pré-constitucional³⁵⁰, cuja análise importaria em investigação infinitamente maior do que a proposta por este estudo de caso, é de se notar que a questão econômica³⁵¹ sempre esteve presente nos textos constitucionais portugueses³⁵² já a partir de 1822, quando a 1ª Constituição projetou dois postulados fundamentais da retórica material capitalista: a liberdade econômica (conceito subsumido à idéia de liberdade geral) e a propriedade privada³⁵³.

A Constituição de 1826 foi a grande responsável pela ruptura com o *Ancien Régime*, ao acentuar o elemento econômico verdadeiramente liberal com o sufrágio direto censitário em função dos rendimentos dos cidadãos portugueses e

³⁴⁸ FRANCO, António L. Sousa. A Revisão da Constituição Económica. *Separata da Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1982, p. 2.

³⁴⁹ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979, p. 314.

³⁵⁰ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS Guilherme D'Oliveira. **A Constituição Económica Portuguesa**. Ensaio Interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993, p. 107.

³⁵¹ MARTINS, Guilherme d'Oliveira. **Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1984, p.10 e ss.

³⁵² MIRANDA, Jorge. **As Constituições Portuguesas**. 1822-1826-1838-1911-1933-1976. Lisboa: Petrony, 1976, p. XXX.

³⁵³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Económico**. Propriedade dos meios de produção. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1982, p. 11.

com a liberdade de trabalho e de iniciativa econômica, ao lado do reconhecimento da propriedade intelectual.

De 1838 a 1910, Portugal consolidou o regime político-econômico liberal, com a permanente preocupação de assegurar aos cidadãos a liberdade de trabalho, indústria e comércio. Caracteriza o ciclo de liberalismo econômico na ordem constitucional portuguesa: a) a garantia da propriedade privada, elevada à categoria de pilar da Constituição; b) a afirmação do trinômio: liberdade, segurança e propriedade; c) a consagração do sistema métrico decimal, em 1852, traduzindo-se em instrumento fundamental da racionalidade capitalista; d) a abolição gradual da escravatura, representando uma transformação liberal do sistema de produção; e, e) a criação de monopólios sucessivamente concedidos a companhias privadas de interesse público.

A Constituição de 1933 se apresentou como novo marco na esfera da atuação econômica do Estado português, formalizando pela primeira vez os domínios próprios da ordem econômica e social, na esteira da Constituição de Weimar. Deu-se ao tema tratamento específico e global, na tentativa de abandonar o perfil de estatuto organizatório exclusivamente liberal³⁵⁴ adotado pelas Constituições anteriores³⁵⁵, erigindo-se o caráter de Constituição **programática-dirigente**³⁵⁶, baseada primordialmente em uma perspectiva intervencionista³⁵⁷.

O que ficou da experiência corporativista³⁵⁸, todavia, a par de sua suposta pretensão de criação de um novo sistema social, foi a mera burocratização do regime capitalista. Dessa forma, o regime instalado em Portugal, em 1933, se apresentou como simples regulação estatista da atividade econômica capitalista pelos burocratas e pelos produtores, mas não pelos trabalhadores em geral.

Há que se reconhecer na lógica do sistema corporativo lusitano a presença de elementos do sistema econômico capitalista, sobretudo nos últimos

³⁵⁴ FRANCO, António L. Sousa, MARTINS, Guilherme D'Oliveira. **A Constituição Económica Portuguesa**. Ensaio Interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993, p. 121.

³⁵⁵ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000, p. 27.

³⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra. Almedina, 1986, p. 266.

³⁵⁷ SANCHES, José Luís Saldanha. A Regulação: História Breve de um Conceito. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000, p. 19.

³⁵⁸ PIRES, Francisco Lucas. O Problema da Constituição. *Separata do Volume XVII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1970, p. 11.

anos do regime, quando foram acentuados o papel da iniciativa privada e o da liberdade de trabalho. Nesse sentido, aponta-se a abertura liberalizante ao exterior, nomeadamente no domínio industrial, não apenas em face da escassez de recursos financeiros, mas principalmente por conseqüência da necessidade de um maior desenvolvimento econômico e da integração da economia portuguesa à economia internacional concorrencial, cada vez menos compatível com o protecionismo das ordens corporativas.

No início da década de 70 do Século passado, a vida econômica em Portugal encontrava-se desorganizada, sobretudo devido às guerras na África, seguida de contínuo e crescente descontentamento econômico e político das diversas camadas da população. A Revolução dos Cravos, como ficou conhecido o levante de 25 de Abril de 1974, pôs fim à ditadura salazarista e foi caracterizada por três momentos distintos: a) inicialmente, um conservadorismo moderado, basicamente marcado pela democracia; b) posteriormente, um radicalismo de esquerda, que ficou conhecido como o **Verão Quente de 75**³⁵⁹, com o governo nacionalizando os bancos e intervindo fortemente na ordem econômica; c) finalmente, a reação moderada, desviando o curso revolucionário para o centro³⁶⁰.

O projeto do Movimento das Forças Armadas, que balizou todo o período revolucionário, asseverava, em tom proclamatório-socializante, que o Governo Provisório adotaria medidas que permitissem a vigilância e o controle rigorosos de todas as operações econômicas e financeiras com o estrangeiro, lançando os fundamentos de uma nova política econômica, posta a serviço do povo português, em particular das camadas da população mais desfavorecida, argumentos inspirados na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da antiga União Soviética.

Esse discurso pré-constitucional estabeleceu a forte intervenção do Estado na economia, por meio das seguintes políticas: a) instituição do salário mínimo nacional; b) criação da lei de greve; c) regulamentação da contratação e dos despedimentos coletivos; d) congelamentos dos preços determinado pelo I Governo

³⁵⁹ Foram estatizadas todas as atividades bancárias, com exceção das instituições com capital estrangeiro, todas as empresas de transportes viário, ferroviário, aéreo e marítimo, além dos setores industriais de base. Por fim, foram estatizadas as empresas de comunicação social.

³⁶⁰ GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e Privatizações. **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, nº. 155, 1988, p. 133.

Provisório; e) restrições ao exercício do direito de propriedade plena, seja pelas nacionalizações, seja pelas limitações ao gozo do exercício de certos poderes inerentes ao domínio; f) requisições de técnicos de empresas privadas; g) limitações ao princípio do *pacta sunt servanda*; h) criação de dispositivos tendentes à realização da reforma agrária; i) ocupação de bens ou empresas, com vistas à autogestão (expropriação autogestionária); j) criação do tipo penal sabotagem econômica etc.

Foi dessa forma que a Constituição portuguesa de 1976 materializou o discurso socializante que as plataformas de acordo constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos políticos evidenciavam³⁶¹: a ruptura com o Estado Novo corporativista salazarista, no sentido da criação de um Estado democrático com regime económico de transição para o socialismo³⁶², tal como expresso em seus artigos.

A organização económica portuguesa passou a ser princípio fundamental do Estado, desenvolvendo-se pela coexistência dos três setores de propriedade dos meios de produção: público, corporativo e privado³⁶³. O preâmbulo constitucional afirmou que a democracia representativa e a liberdade política visavam a, em uma primeira fase, promover a transição para o **socialismo** e, posteriormente, realizar a **democracia económica social e cultural**. A retórica prática socialista visou, destarte, à construção de uma organização económica singular, conjugando o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada.

4.3 A DESVINCULADA RETÓRICA PRÁTICA DO LEGISLADOR ORDINÁRIO E O ESVAZIAMENTO IDEOLÓGICO DAS REVISÕES CONSTITUCIONAIS.

Embora dotados do atributo da vinculatividade, em vista da força normativa da Constituição, os comandos de viés socialista foram transformados em meras proclamações desprovidas de eficácia, em parte por ações do legislador

³⁶¹ GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e Privatizações. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, nº. 155, 1988, p. 150.

³⁶² CANOTILHO. José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1978, p. 192.

³⁶³ MIRANDA, Jorge. *A Interpretação da Constituição Económica*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 3.

ordinário/revisor e, em parte, por ações do próprio Governo. Inúmeros atos inequívocos, antes de consagrarem uma forma socialista de mercado, promoveram um retorno ao capitalismo, em manifesta prática *contra legem*, sintonizada com o *pathos* social lusitano, fruto de uma construção histórica secular.

Foi assim, por exemplo, com a Lei nº. 46/1977, que, ao tratar da delimitação da produção, abriu diversos segmentos da economia à iniciativa privada, esclareceu a inexistência de nacionalização de setores, possibilitou a criação de intermediários financeiros privados e previu a concessão de exploração de empresas públicas por entidades de capital privado, em caminho contrário à Constituição. O mesmo se pode afirmar da Lei nº. 77/1977, que trouxe as Bases Gerais da Reforma Agrária, ao ampliar os critérios de concessão de reservas e, em certo grau, ao abrir caminho para a clarificação jurídica do estatuto das terras expropriadas. Também a Lei 80/1977, que, ao tratar das indenizações, efetivou o direito do particular à indenização em títulos por terras expropriadas e empresas nacionalizadas, contrariando a determinação constitucional.

Todos esses diplomas consagraram as primeiras inserções lusitanas pós-constitucionais nos quadros próprios da economia de mercado e correspondem ao início da viragem legislativa que culminaria com as revisões constitucionais de 1982 e 1989. Essa mudança evidenciou a existência de um intransponível fosso entre as proclamações ideológicas constitucionais pretensamente vinculativas e as normas ordinárias que efetivamente regularam a atividade econômica em Portugal.

No que tange aos atos políticos, os Programas de Governo apresentados nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1976 solenemente ignoraram a determinação constitucional de construção do **socialismo**. O setor privado, que deveria ser colocado em uma condição residual e subalterna, relativamente aos setores público e cooperativo, findou fortalecido pela retórica material cotidiana daquele País.

Na apresentação do Programa do II Governo Constitucional, que vigorou de 30 de janeiro de 1978 até julho daquele ano, evidenciou-se o caráter de supremacia do segmento privado e da economia de mercado, ao ser afirmado o peso majoritário daquele setor na economia portuguesa. A atuação das empresas públicas ou das unidades cooperativas que se defrontavam e concorriam quer no que respeitasse aos fatores de produção, quer no que se referisse aos produtos,

implicava no reconhecimento do **mercado** como fonte de dados importantes para a racionalidade da economia portuguesa, tornando-a flexível nos seus ajustamentos ou adaptações, evitando o voluntarismo prenunciador de objetivos irrealizáveis.

Com essa linha de raciocínio, tornou-se projeto político de Governo, em oposição ao determinado pelo Texto Constitucional, o estímulo ao setor privado. A dimensão desse setor, particularmente no domínio do emprego e da produção destinada à exportação e ao abastecimento interno, e o reconhecimento explícito de que a iniciativa privada exercia um papel fundamental para a prossecução da vocação econômica do país, justificaram que fossem asseguradas condições de funcionamento e de estímulo ao seu desenvolvimento.

Percebe-se, portanto, que, nos anos que se seguiram à entrada em vigor da Constituição de 1976, de viés social-marxista, na prática ocorreu uma contra-reforma gradual e permanente. Embora o imaginário socialista constituinte pretendesse alterar as estruturas da propriedade dos meios de produção em Portugal, a manutenção, no período de transição econômica, de três setores de propriedade (público, cooperativo e privado) permitiu a constante valoração deste último, tido então não mais como residual, senão como fundamental para o desenvolvimento econômico do Estado português. Foi o começo da vitória de uma retórica material desvinculada do discurso constitucional estatizante, que caminhava na contramão do *ethos*, do *pathos* e do *logos* europeu-ocidental.

No início da década de 80, o término do período de transição política³⁶⁴ proporcionou a pacificação da sociedade civil, com a consolidação da democracia, e evidenciou as ambigüidades³⁶⁵ conceituais da Constituição que clamavam por revisões. A primeira delas ocorreu em 1982, em um trabalho extenso e profundo³⁶⁶, relativamente à ordem econômica. É significativo comparar o Texto Constitucional original de 1976, que continha 312 artigos, com a Lei Constitucional reformadora nº. 1/1982, que possuía 248 artigos. Esse dado por si só elucida a aspiração revisora do Constituinte de 1982. Ocorreu, assim, uma desdogmatização constitucional com o desaparecimento de expressões de baixa densidade semântica, tais como: **classes**

³⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Um projecto de revisão constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1980, p. 5-6.

³⁶⁵ CUNHA, Paulo de Pitta e. **A Regulação Constitucional da Organização Económica e a Adesão à C.E.E.** Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Petrony, 1978, p. 439.

³⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **O Direito Constitucional Português da Integração Europeia: Alguns Aspectos**. Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 32.

trabalhadoras; revolução; processo revolucionário; poder democrático dos trabalhadores etc.

Ainda mais importante do que o desaparecimento das expressões foi o desaparecimento de uma ideologia claramente marxista com: a) a supressão do predomínio da propriedade social; b) a abolição da figura do rendimento máximo nacional; c) a abolição do princípio da conjugação do trabalho intelectual com o manual; d) a abolição da referência à função de conservação da divisão social de trabalho suportada pela educação; e) a impossibilidade de nacionalizações não determinadas por lei; e, f) a eliminação do dispositivo que previa que as expropriações de latifúndios e de grandes propriedades e empresários ou acionistas não dessem lugar a qualquer indenização.

Em contrapartida às supressões, o Texto revisto em 1982 passou a usar expressões, tais como: **democracia econômica social e cultural e realização pessoal; aprofundamento da democracia participativa; subordinação do poder econômico ao poder político democrático**, as quais, se igualmente vagas, ao menos apontavam à mudança do *ethos* político revolucionário.

A Revisão de 1989 consolidou a redefinição econômica portuguesa e sanou definitivamente as contradições existentes na ordem jurídico-política estabelecida pelo Texto original. Em continuidade ao trabalho iniciado com a revisão de 1982, foi reduzida ainda mais a carga ideológica socialista constitucional, ampliando-se o pluralismo na organização econômica, reforçando-se as garantias da propriedade e da iniciativa privada, em consonância ao que exigia o cenário externo desfavorável às idéias socialistas. Desapareceram do Texto expressões tais como: **propriedade social, posse útil, reforma agrária, atividades delituosas contra a economia nacional, nacionalização ou municipalização dos solos urbanos etc.**

Após a adesão de Portugal à Comunidade Européia, em 1985, tornou-se inevitável a consolidação do paradigma econômico capitalista que permanecera na *praxis* social. O que se teve daí foi a sensível redução da participação do Estado na economia, desaparecendo a idéia de desenvolvimento de propriedade nos moldes socialistas. Ademais, foram aperfeiçoados pelo legislador ordinário diversos conceitos, a exemplo de progresso econômico, crescimento, concertação social, conselho econômico e social, política comercial e industrial, inovação tecnológica, economia mista, bolsa de valores *etc.*

O dado emblemático da Revisão de 1989, todavia, foi a abolição da regra geral da irreversibilidade das nacionalizações³⁶⁷. É fato que Portugal já tivera, em nível infraconstitucional, alguma experiência privatista parcial com determinadas empresas³⁶⁸, mas o processo de eliminação de diretrizes ou impedimentos constitucionais que consagrou a Revisão proporcionou a reprivatização da economia, de forma gradual e contínua.

A reprivatização representou, inclusive, a superação dos limites materiais expressos de revisão constitucional. O Texto de 1976, enquanto Constituição rígida³⁶⁹, continha normas especiais limitadoras ao poder constituinte revisor, que consagravam princípios constitucionais fundamentais não sujeitos ao livre arbítrio do legislador. Recorde-se de que os chamados limites materiais se aplicam a todas as normas existentes no texto constitucional em sentido formal, ainda que essas normas não sejam materialmente constitucionais, consagrando determinadas matérias julgadas fundamentais, as quais, por expressa determinação constitucional, ou pela sua própria natureza, não são passíveis de revisão.

Os limites materiais são expressos ou implícitos³⁷⁰. Quando expressos, selecionam determinadas matérias que escapam, por sua natureza, à disposição do poder revisional constituinte. Era exatamente o que ocorria com as matérias dispostas no antigo artigo 290º da Constituição de 1976, que cuidava do princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais e a eliminação dos monopólios e latifúndios. A justificativa para a superação dos limites constitucionais dada pelo senso comum teórico lusitano foi um exercício de pura eloqüência do discurso político-econômico, revelador do caráter patético português, que clamava pelas mudanças estruturais que a suposta vinculatividade normativa constitucional impedia.

Pela idéia apresentada, alegou-se que a Constituição, embora lei fundamental que regula a vida política do Estado, protegida por uma série de medidas asseguradoras de sua eficácia e dotada de verdadeira supremacia na

³⁶⁷ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000, p. 45.

³⁶⁸ Com o advento da Lei nº. 86/1989.

³⁶⁹ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979, p. 52.

³⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1066.

hierarquia normativa, não poderia consubstanciar um documento político imutável. Assim, não se concebia, sob pretexto da defesa de sua soberania, afirmar que a vontade do constituinte revolucionário era intocável. Não seria razoável, portanto, falar em inconstitucionalidade nas hipóteses de modificações levadas a cabo na Constituição, em face das necessidades histórico-sociais. Tais mudanças seriam pressupostos da sua própria eficiência.

Note-se a isostenia desse argumento com outro contrário, segundo o qual é imperioso ao constituinte revisor valorar criteriosamente o que foi definido originariamente como essencial na Constituição e, a partir desse juízo axiológico, prudentemente proceder às adaptações do texto constitucional, respeitando os seus limites naturais e ideológicos. Tal juízo impede que a Constituição seja um documento sujeito ao bel-prazer de classes privilegiadas, ou da atividade legiferante de autoridades sem compromisso com a democracia e com os Direitos Humanos, por exemplo. Assim, os limites do poder de revisão não são absolutos³⁷¹.

No específico caso da supressão normativa do texto original de 1976, ocorreu a materialização da ruptura constitucional da **Constituição Formal**³⁷² (retórico-prática), levando-se em conta a **Constituição Real** (retórico-material). Forçoso reconhecer, portanto, que, à parte as afirmações proclamatórias, inexistiu a intenção de transposição de regime econômico, seja na sociedade, seja no legislador ordinário, enquanto caixa de ressonância da sociedade, seja no Judiciário. A retórica prática marxista constitucional nunca vinculou.

O limite material estabelecido no princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos fazia parte, assim, de uma **Constituição Nominal**³⁷³, desde há muito ultrapassada pela *praxis* social lusitana. A revisão de 1989 substituiu a opção econômica original da Constituição de 1976. O desaparecimento do discurso socialista recolocou aquele País no rumo da forma capitalista de mercado. Prova dessa abertura econômica se deu, por exemplo, na substituição da idéia do **Plano**, como instrumento de construção de uma economia socialista, por meio da transformação das relações de produção e de acumulação

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Lisboa: Almedina, 2003, p. 1065.

³⁷² SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979, p. 85.

³⁷³ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979, p. 54.

capitalistas, para a idéia de **planos**, voltados para uma idéia menos pretensiosa de orientação e desenvolvimento da política econômica.

A Terceira Revisão, operada em 1992, teve por objetivo adaptar o Texto Constitucional para permitir a aprovação e a ratificação do Tratado da União Européia (Tratado de Maastricht), de 7 de Fevereiro de 1992. Ocorreu aí uma profunda transformação na ordem econômica portuguesa, muito embora sem qualquer alarde por parte dos principais atores do cenário político daquele País. A partir da adesão de Portugal à Comunidade Económica Européia, as normas internas relativas à Constituição econômica, à Constituição financeira e fiscal, à Constituição comercial, à Constituição industrial, à Constituição agrícola, passaram a ser subordinadas às normas comunitárias³⁷⁴ incidentes sobre aquelas matérias.

Como decorrência desse fato, promoveu-se a perda de funções emissoras autônomas de moeda do Banco de Portugal, com a criação da moeda única no bloco econômico e social que se instalara, enterrando, inclusive, a idéia de autonomia daquele Banco na condução da política econômica portuguesa. Não deixa de ser significativo reconhecer que, passados alguns anos desde a nacionalização de grande parte da economia, em um processo de afirmação nacional e de relativo isolamento do mercado, Portugal, em nome desse mesmo mercado, tenha sido forçado a admitir a desnacionalização de sua moeda, uma das características mais marcantes de um Povo.

Como se nota, retomada a democracia, o Estado português, ordenador de um **Plano Económico** com postulado socialista em 1976, foi se traduzindo em um Estado orientador e coordenador, em nada diferente da maioria dos países capitalistas do pós-guerra. É o que pode ser visto, por exemplo, já em 1977, com a Lei de Delimitação de Setores, que, embora reservasse setores para a iniciativa pública, viabilizou o surgimento de empresas privadas no setor financeiro. Não se pode olvidar, nesse mesmo sentido, que a questão atinente à dimensão constitucional da iniciativa privada fora aumentada de forma substancial pelo Tribunal Constitucional³⁷⁵, que explicitou que a nacionalização das empresas não operaria em uma nacionalização de setores, e que a presença privada em determinados segmentos econômicos somente poderia ser evitada por força de lei.

³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 210.

³⁷⁵ No emblemático julgamento do Acórdão n.º. 25/1985.

4.4 A MORTE DA RETÓRICA PRÁTICA SOCIALISTA EM FACE DA MANUTENÇÃO DA RETÓRICA MATERIAL CAPITALISTA PROPORCIONADA PELA RESISTÊNCIA CÉTICO-SOCIAL.

Como se nota do exemplo português, a retórica material do legislador ordinário e dos agentes políticos do Estado lusitano, legitimados por uma forte adesão popular, consolidou a resistência à suposta vinculatividade da norma constitucional semanticamente desfocada dos interesses sociais. Essa postura cética fez com que a pretendida transição do regime econômico jamais se consolidasse na vida cotidiana – mesmo considerando as medidas nacionalizadoras de parte da economia – por decorrência da existência de um *pathos* social divergente daquele pretendido pelo *ethos* e pelo *logos* revolucionário.

A concretização legislativa dos anos que se sucederam à Constituição consubstanciou uma mudança de rumo, em um processo de desideologização marxista, com a clarificação de aspectos instrumentais do modelo capitalista, como o direito à plena propriedade, à liberdade econômica e ao mercado concorrencial.

O Texto de 1976 não deixou dúvidas sobre a pretensão de conduzir, de forma irreversível, Portugal para o socialismo, embora admitisse que, em um período de transição, alguns dispositivos do sistema capitalista fossem mantidos. A evolução posterior, traduzida inicialmente pela resistência político-legislativa, sobretudo nas revisões constitucionais, tornou insustentável a pretensão originária. A Constituição formal apontou um caminho, em termos de inspiração teórico-ideológica, e a Constituição real apontou outro. A primeira pretendeu a socialização da economia, a segunda, sua liberalização.

A Constituição real é fruto da retórica material dos diversos agentes que compõem o Estado e, sobretudo, da sociedade. A partir dessa idéia, rompeu-se o compromisso dilatatório estabelecido pelas forças políticas que participaram da criação da Constituição em 1976, superando-se definitivamente a contradição que se estabeleceu desde sua origem entre o regime político democrático e o regime econômico socialista. O proclamado objetivo de transformação da sociedade, sobretudo no que diz respeito à transição do regime econômico, simplesmente deixou de formalmente existir a partir de 1989.

Da ordem econômica do Texto de 1976 quase nada pode ser encontrado após a segunda revisão constitucional, senão a mera crença da possibilidade da regulação estatal, em graus menores do que aqueles originalmente pretendidos. Estabeleceu-se, portanto, uma ruptura constitucional. O estudo comparativo entre os textos original e o atual da Constituição portuguesa revela distinções tão profundas, no que diz respeito à ordem econômica, que somente em termos de oposição ideológica se pode relacionar um ao outro.

A Constituição original foi resultado de uma tensão político-ideológica permanente e insuperável³⁷⁶ em sua base, consubstanciada, por um lado, na pretensão do Movimento das Forças Armadas e do Partido Comunista Português de se construir o socialismo em Portugal, e, por outro, na aglutinação de diversos partidos políticos e tendências que, em maior ou menor grau, pretendiam a construção de um sistema econômico plural. Passados pouco mais de trinta anos, percebe-se claramente que os primeiros foram vitoriosos na redação constitucional, enquanto os segundos foram vitoriosos na prática constitucional.

A prática jurídica *contra legem*³⁷⁷, em relação à Constituição Formal, foi a tônica que imperou, em face da ineficácia daquela. E, tomando-se a eficácia como sinônimo da efetividade do Direito, sabe-se que ela é a própria razão de ser do texto jurídico, inexistindo razão para a manutenção de norma que não se efetive: uma letra morta inserida nalgum diploma legal, ainda que o mais importante deles, absolutamente ignorado pela sociedade.

A essência do Direito consiste na ação³⁷⁸. E a ação posta em prática em Portugal caminhou em sentido oposto ao ditado pela Constituição. Por esse motivo, foram proporcionadas as lentas, porém, permanentes, mudanças no texto constitucional. A repetição de práticas inconstitucionais, sem controle ou vigilância pelos órgãos responsáveis, conduzem à derrogação da ordem estabelecida. *Maxime* se essas práticas têm origem nos próprios órgãos de soberania do Estado.

A vinculatividade do Direito pode ser alcançada por diversos meios. O mais freqüente é o que advém da aceitação e subordinação patético-voluntária por

³⁷⁶ MACEDO, Jorge Braga. **Princípios Gerais da Organização Económica**. Estudos Sobre a Constituição. v. I. Lisboa: Petrony, 1977, p. 215.

³⁷⁷ SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979, p. 342.

³⁷⁸ IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

parte da sociedade. Ela está associada, em uma razão direta, aos desejos do grupo social. Quanto mais o discurso jurídico refletir os anseios sociais, mais chance de eficácia terá, como afirmado no item 1.5 desta tese. De tal sorte que a vinculatividade não se apresenta diretamente ligada à força física e a adesão patético-social não parece estar em ligação demasiado estreita com a coerção³⁷⁹. Sendo de outra forma, o socialismo teria imperado em Portugal, uma vez que os instrumentos e a possibilidade de coação estavam nas mãos do Movimento das Forças Armadas.

Ocorre que, em face da necessária relação entre norma e *praxis*, existem leis que não vinculam pela absoluta ausência de ressonância na coletividade, existindo apenas como vigência formal porque a sociedade não se ajusta a seus ditames, ou porque altera seu sentido para que possa ser parcialmente executada, pois a vontade do legislador não basta para criar o Direito. Não há, portanto, um valor jurídico ontologicamente intuído, com validade de *per si*. É necessário obter a convicção das pessoas acerca da obrigatoriedade da lei proposta³⁸⁰.

Tal situação denuncia a divergência existente entre a retórica prática revolucionária e a resistência retórico-material do legislador ordinário, dos órgãos de Governo, das instituições políticas, jurídicas e sociais em Portugal. Divergência entre o que foi prescrito e o que de fato ocorreu; entre as leis, regulamentos, e os fatos e as práticas reais do governo e da sociedade. Pretendeu-se unilateralmente estabelecer um regime político que permitisse não apenas o rompimento do modelo constitucional de 1933, senão que construísse uma ponte que ligasse o Portugal do passado (corporativista) ao Portugal do futuro (socialista), apresentando-se o socialismo como verdadeiro fim a ser alcançado e não apenas como meio de ruptura, o que ficou consagrado desde o emblemático preâmbulo constitucional³⁸¹ e foi materializado nas proclamações ideológicas ao longo de todo o texto.

Acontece, todavia, que apenas leis não são suficientes para mudar a vida, porque das leis não nascem lírios. Nem cravos. Uma mudança de regime

³⁷⁹ SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 91.

³⁸⁰ WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971, p. 82.

³⁸¹ MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976**. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978, p. 511.

econômico da envergadura proposta pelo poder revolucionário lusitano de 1976 importaria na guinada patético-social que a história daquele povo consolidara há, pelo menos, 150 anos. Nem nos anos de regime autoritário do corporativismo se pretendeu algo de tamanha envergadura.

A retórica prática socialista resultou em um compromisso político surreal, onde as mais variadas tendências se sufocaram na tentativa de construção de um regime democrático de governo. Alcançado este, não tardou para que a verdadeira vocação econômica constitucional se revelasse: um modelo nitidamente capitalista. Se não mais um capitalismo liberal lockiano clássico, ao menos um já pouco original capitalismo de intervenção estatal na economia, de toda forma longe de caracterizar um modelo de economia planificada.

A distância entre as românticas proclamações constitucionais socializantes e o dia-a-dia do cidadão português já se manifestara antes mesmo das revisões de 1982 e 1989. Como foi visto, carecendo as normas constitucionais de regulamentação para sua efetiva aplicação, estas jamais vieram. A ruptura, portanto, se deu de forma pacífica e, em muitos casos, pela simples e deliberada omissão parlamentar. E quando as normas ordinárias surgiram, vieram no sentido de desvirtuar a ideologia hegemônica no período revolucionário. Fato que pode ser facilmente compreendido em razão do esvaziamento do poderio militar no campo político e o esvaziamento do poder político do Partido Comunista na construção da legislação infraconstitucional posterior.

A lição que se abstrai do episódio é aquela defendida há tempos pela perspectiva cética do Direito, segundo a qual a vinculatividade não decorre apenas do caráter normativo dos instrumentos legais, mesmo constitucionais, e que a oposição social sistemática ao quadro jurídico estabelecido proporciona a sua derrogação fática.

Se é possível forçar a adesão de um grupo social utilizando-se tão-somente a coercitividade inerente às leis, não é menos certo que tal forma de controle social tende a ser combatida por um senso comum de justiça, importando, com o passar do tempo, na descrença do valor do dado jurídico estabelecido, em crescente desobediência civil e no conseqüente enfraquecimento das instituições. Porque direito não é apenas força.

Não se logrou criar uma fórmula que assegure o sucesso da empreitada persuasiva. Em sentido inverso, desde os gregos sabe-se que as fórmulas que desconsiderem as provas do discurso tendem ao insucesso. É o que também demonstra o presente estudo de caso.

O movimento militar português, com alegadas pretensões democráticas, pretendeu transformar a tradição liberal-capitalista em Portugal em um regime econômico socialista, tendo por esteio o *ethos* e o *logos* revolucionário. Desconsiderando a tradição patético-social que remontava há mais de cem anos, o discurso socializante que nasceu na Revolução dos Cravos se impôs por meras proclamações que, embora exprimisse um suposto caráter constitucional-vinculativo, provocou a reação executiva e judiciária na prática *contra legem*, por força da retórica material historicamente assimilada naquele País.

Percebe-se, destarte, que a **vinculatividade normativa** depende menos da suposta força ontológica do Direito do que da crença social no seu valor representativo. Ela se associa umbilicalmente ao **caráter persuasivo** do fenômeno jurídico e seu sucesso, principalmente nos regimes democráticos, depende, em uma razão direta, da adesão patético-popular.

4.5 O CASO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DESFAVOR DA AGÊNCIA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – ARPE, EM FACE DA EXPLORAÇÃO DO SISTEMA LOTÉRICO ESTADUAL.

Em decisão publicada no Diário Oficial da União de 19.12.06, o plenário do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, declarou a inconstitucionalidade³⁸² da Lei Estadual de Pernambuco nº. 12.343/2003 e do Decreto Estadual nº. 24.446/2002, que disciplinavam a exploração de atividade lotérica no âmbito desse Estado, em reconhecimento à contrariedade ao art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União relativamente à legislação de sistema de consórcios e sorteios.

³⁸² ADI 2.995/PE.

Dois dias após essa publicação, o Governador de Pernambuco expediu o Decreto Estadual nº. 30.064/2006³⁸³, para regulamentar a Lei nº 73/1947, restabelecendo a regulamentação do serviço de loteria no Estado, determinando que sua exploração ocorresse de forma direta, ou sob a forma de delegação, pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, autarquia estadual especial, criada pela Lei Estadual nº. 12.524/2003.

Em 2007, sob o argumento da irregularidade da situação, a Advocacia Geral da União – AGU, por meio da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região, ingressou com uma ação civil pública contra a ARPE, com litisconsórcio passivo com a empresa Serviços e Administração Pernambuco Dá Sorte Ltda., em razão da continuidade da exploração da atividade lotérica sem autorização da União³⁸⁴.

Referida ação civil pública teve por fundamento quatro argumentos legais básicos e um argumento jurisprudencial fundamental. O primeiro dos argumentos legais dizia respeito a não-recepção, pela Constituição de 1988, da Lei Estadual nº. 73/1947. Segundo apontava a União, referida lei, que criou o serviço específico da **Loteria de Pernambuco**, fora editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, texto esse que não cuidou, em nenhum dos seus dispositivos, do sistema de jogos, consórcios e sorteios, fato que foi mantido sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969.

Ademais, alegou que o advento da Constituição Federal de 1988 determinou que toda a legislação relativa ao sistema de jogos e sorteios fosse de competência privativa da União, dando tratamento uniforme à questão e vedando a exploração do serviço de loterias, jogos e apostas, inclusive bingos, com base em regulamentação de Ente Federado. Sendo flagrante a incompatibilidade entre a Lei Estadual de 1947 e a Constituição Federal de 1988, teria ocorrido o fenômeno da não-recepção legal, revogando-se aquela em virtude desta.

O segundo argumento legal era consequência lógica do primeiro. Uma vez constatada a inexistência de lei estadual válida para regulamentar a exploração dos jogos lotéricos em Pernambuco, o decreto publicado em 2006 igualmente não teria validade, sobretudo em face da impossibilidade de adoção de decreto autônomo para cuidar da matéria.

³⁸³ Tanto o Decreto 24.446/2002 quanto o Decreto 30.064/2006 regulamentavam a Lei Estadual nº. 73/1947.

³⁸⁴ Processo nº. 2007.83.00.017870-1.

O terceiro argumento da União afirmava que, uma vez que a não-recepção legal operava efeitos *ex tunc*, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 não mais seria possível a edição de lei estadual relativa a jogos. Por isso, a Lei nº. 12.524/2003, que instituía a ARPE, também seria inconstitucional, em razão do seu escopo de criar uma agência com fins de regular atividades lotéricas e outras modalidades de concurso de prognósticos.

Segundo apontava a AGU, o Estado somente poderia regular, diretamente ou por delegação a ente criado com esse fim, serviços dos quais fosse titular. Falecendo-lhe competência para tratar da questão relativa a jogos, falecia-lhe igualmente competência para legislar sobre a criação de pessoas jurídicas que viessem a tratar da matéria.

O quarto, e último, argumento legal dizia respeito à extrapolação dos limites legais provocada pela edição do Decreto Estadual nº. 30.064/2006. De acordo com a AGU, ainda que a Lei Estadual nº. 73/1947 tivesse sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, este diploma legal teria criado tão-somente o serviço da Loteria Estadual, modalidade única de jogo que poderia ser explorado diretamente pelo Estado ou delegado por concessão, precedida de concorrência, nos termos legais.

A Lei Estadual nº. 73/1947, que criou uma loteria específica, nada disciplinou acerca de outros jogos e apostas. E mais. Vedou, no parágrafo único do seu artigo 2º, a exploração ou concessão de mais de uma loteria pelo Estado. Dessa forma, a suposta regulamentação dos jogos em Pernambuco pelo decreto mencionado seria ilegal, uma vez extrapolados os limites da competência estadual ao atribuir-se à Agência Reguladora poderes para instituir concursos de prognósticos não previstos na lei de 1947.

Uma das espécies exploradas era a modalidade **bingo**³⁸⁵, promovido pela empresa privada Serviços e Administração Pernambuco Dá Sorte Ltda., o que caracterizava a inovação por parte do decreto, que não se limitou a dar fiel execução à norma legal, maculando o indigitado ato.

³⁸⁵ São as seguintes as regras do jogo Pernambuco Dá Sorte, nos termos do seu regulamento: “Em cada Certificado serão impressos 5 conjuntos de números, compreendidos entre 01 e 60, contendo 20 dezenas cada. No dia da apuração serão realizadas extrações de sorteio utilizando um Globo da Sorte com 60 bolas numeradas de 01 a 60, sorteando-se uma a uma ao acaso, tantas bolas quantas forem necessárias, até que um ou mais participantes preencham o conjunto de 20 números relativos àquela apuração. Após cada apuração, será(ão) anunciado(s) o(s) número(s) do(s) Certificado(s) contemplados, excluindo-se dos próximos sorteios”.

O argumento jurisprudencial colacionado pela AGU remetia a matéria ao que determina a **Súmula Vinculante nº. 2**, que afirma ser inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias, e que teve origem em proposta *ex officio*, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei 11.417/06, considerando as proeminentes terminações obtidas com diversos julgamentos plenários³⁸⁶.

Esses julgamentos tinham por fundamento a questão da competência privativa da União para legislar sobre loterias no País. Idéia que pode ser sintetizada na seguinte ementa³⁸⁷:

ADI 3.148/TO

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Legislação Estadual pertinente à exploração de atividade lotérica - Discussão sobre a competência para legislar sobre o tema referente a sistemas de sorteios - Matéria submetida ao regime de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso XX) - Histórico da legislação referente à exploração dos jogos e sistemas lotéricos (**inclusive bingos**) no Brasil – **Diplomas normativos estaduais que disciplinam os serviços de loterias e instituem novas modalidades de jogos de azar** – Matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à União Federal – Usurpação, pelo Estado-Membro, de competência legislativa exclusiva da União - Ofensa ao art. 22, XX, da Constituição Federal - Inconstitucionalidade formal das leis e decretos do Estado do Tocantins que dispuseram sobre jogos e sistemas lotéricos - Ação direta julgada procedente.

Esclarecidas as demais questões processuais, foi requerida a concessão de tutela antecipativa, em face da notícia publicada em periódicos da Capital pernambucana informando a intenção da ARPE em conceder autorização para uma das maiores empresas de exploração de jogos do mundo, a International Game Technology – IGT, caracterizando-se o perigo da demora ao lado da verossimilhança do alegado.

Em decisão proferida em 26.9.07, o juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco concedeu a liminar requerida. Essa decisão importou na suspensão da autorização concedida à co-ré Serviços e Administração Pernambuco Dá Sorte Ltda., no que se referia aos serviços de loteria e sorteios, inclusive com base na Lei nº. 73/1947 e no Decreto Estadual nº. 30.064/06, com a conseqüente sustação de suas atividades. Determinou-se à ARPE que se abstivesse de explorar, renovar e/ou emitir nova autorização, credenciamento,

³⁸⁶ Dentre outros, destacam-se os seguintes precedentes: ADI 2.847/DF, DJ 26.11.2004; ADI 3.147/PI, DJ 22.09.2006; ADI 2.996/SC, DJ 29.09.2006; ADI 2.690/RN, DJ 20.10.2006; ADI 3.183/MS, DJ 20.10.2006; ADI 3.277/PB, DJ 25.05.2007.

³⁸⁷ Publicada no Diário Oficial da União em 26.8.08.

permissão ou equivalente para exploração de qualquer espécie de sorteio, distribuição gratuita de brindes ou loteria, promocional ou não.

A decisão liminar foi reforçada pelo julgamento de pedido de reconsideração ingressado pela ARPE, por meio da Procuradoria do Estado de Pernambuco. Esse julgamento destacou, inclusive, a existência, validade e aplicabilidade, na hipótese, da Súmula Vinculante nº. 2.

Inconformada com a decisão liminar proferida, a ARPE interpôs Reclamação³⁸⁸ perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de usurpação de competência por parte da Justiça Federal em Pernambuco, em face do que dispõe o art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, que determina que as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta, sejam analisadas e julgadas pelo STF, bem como sob a alegação do desrespeito à decisão prolatada no julgamento da ADI 2.995/PE, que supostamente teria considerada válida a legislação estadual de 1947.

A argumentação apresentada pela ARPE fundamentou-se naquilo que se denomina **defesa de rito**, procedimento pelo qual se busca esvaziar o mérito da questão, em virtude de alguma deficiência do discurso postulatório, que pressupõe formas processuais adequadas para a provocação da tutela jurisdicional. A defesa de rito assemelha-se à figura da *ignoratio elenchi*, por desfocar o âmago do debate, construindo uma discussão paralela que passa a se apresentar como fundamental. Ao contrário da natural repulsa ao artifício erístico, contudo, a defesa de rito tem ampla legitimidade entre os utentes do Judiciário.

A rigor, não se poderia alegar que a União tenha sido surpreendida com a estratégia da Agência Reguladora. Tanto que na peça exordial da ação civil pública, a AGU antecipou o debate e, por meio de entimemas paradigmáticos colhidos no próprio catálogo de argumentos dos tribunais superiores, inclusive do STF, procurou descaracterizar a possível defesa de rito da ARPE.

Segundo apontava a AGU, a inteligência do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal não poderia levar em consideração apenas o conteúdo gramatical da norma, mas sua teleologia. O que se pretendia ao determinar a

³⁸⁸ Processo Rcl. 5.716.

competência do STF para os feitos onde ocorressem conflitos entre os Entes federados e a União era a preservação do pacto federativo. Inexistindo potencialidade danosa com repercussões políticas, econômicas ou sociais que colocassem em risco a própria Federação, restaria afastada a competência da Suprema Corte brasileira para a lide³⁸⁹.

Com uma visão mais restritiva do conteúdo normativo, em face da linha de defesa adotada, a ARPE alegou que o objeto da demanda estava relacionado à repartição de competências constitucionais, razão pela qual o julgamento por um juízo diverso daquele determinado pela Carta Magna importaria em usurpação de competência. Independentemente de seu mérito, portanto, a ação não poderia prosperar. Assim como fez a União, relacionou assertiva colhida no catálogo de argumentos do STF favoráveis à tese defendida³⁹⁰.

Outra questão relacionada à defesa de rito apresentada, também atinente à usurpação de competência, dizia respeito à impossibilidade de a União obter declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, com efeitos *erga omnes*, por meio de ação civil pública. Asseverou a ARPE que, embora a não-recepção de uma norma anterior à Constituição Federal não caracterizasse declaração de inconstitucionalidade, senão mera resolução de antinomia aparente por uso do critério da hierarquia, seus efeitos práticos seriam os mesmos. E essa atitude seria vedada ao juízo de primeiro grau.

A ARPE invocou, ainda, o instituto da coisa julgada, com o julgamento da ADI nº. 2.995/PE, sob o fundamento de que, na análise daquela ação, o STF teria enfrentado a questão relativa à constitucionalidade da Lei Estadual nº. 73/1947, não a afastando, nem os seus efeitos, do mundo jurídico. Pela compreensão da decisão prolatada naquele feito, a ARPE afirmava, por meio das palavras do Ministro-Relator, que o STF reconhecia a validade das normas que disciplinavam loterias estaduais editadas em momento anterior ao da vigência do Decreto-lei nº. 204/1967, que instituiu o monopólio da União relativamente à matéria, instrumento legal esse que teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Requeru a ARPE, em sede de pedido liminar, a suspensão do processo e das decisões nele proferidas, em face da alegada incompetência de juízo

³⁸⁹ Era o que o próprio STF havia decidido quando do julgamento da Ação Cível Originária nº. 555-3/DF.

³⁹⁰ Relativamente ao julgamento da Ação ACO-QO 684/MG.

e da violação da autoridade do STF proferida em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade, bem como, no mérito, requereu a cassação dos atos decisórios prolatados com a conseqüente avocação do feito àquele Tribunal Superior, para o seu regular conhecimento e preservação de competência.

Observe-se que, utilizando-se da defesa de rito, a ARPE adotou a postura de não enfrentar a questão sob a perspectiva da Súmula Vinculante nº. 2, por não lhe ser estratégico, muito embora o cerne da questão estivesse completamente subsumido naquele verbete e houvesse grande chance de a matéria ser ventilada pela Suprema Corte brasileira.

4.6 A DESVINCULATIVIDADE DA CONSTRUÇÃO SUMULAR NA DEMONSTRAÇÃO DA MANUTENÇÃO DO LOGOS DECISIONAL COMO ATO DE VONTADE.

Já no despacho de recebimento da reclamação, o Ministro-Relator do processo apresentou evidências empíricas da existência de um ativismo judicial **superador da lei** aplicável à hipótese. Como ressaltado no item 2.4 deste trabalho, para além do papel criador do Direito nas hipóteses das lacunas legais, tornou-se lugar comum os tribunais avocarem o papel da construção do Direito a partir de uma postura aglutinadora das demais fontes normativas, em suposta consonância com a Constituição.

Dessa forma, antecipando sob o modo léxico da advertência³⁹¹ um entendimento jurisprudencial subjetivo com assento na Suprema Corte brasileira, o Ministro-Relator indicou a possibilidade de afastamento da vinculatividade normativa constitucional, nos seguintes termos destacados:

Cabe advertir, desde logo, que a regra consubstanciada no art. 102, I, “f”, da Constituição supõe, para incidir, notadamente nas hipóteses de conflito entre determinada pessoa política e certa entidade autárquica, a configuração de litígio cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da federação. Vale dizer, ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federado, **deixa de incidir**, ante a inoccorrência dos seus pressupostos de atuação, **a norma de competência** que confere, a esta Suprema Corte, o papel eminente de Tribunal da Federação (ACO 597-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

³⁹¹ Modalizador lingüístico que evidencia a atitude do enunciador sobre o discurso que será proferido, antecipando a sua suposta validade ontológica.

E prossegue o magistrado, declarando a opção pela norma julgada que substituiu a norma legislada constitucional, em face de uma interpretação operativa oriunda do STF:

Essa **diretriz jurisprudencial**, firmada a partir da **exegese** da **regra escrita** inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição, resultou de sucessivas decisões que não têm reconhecido, na mera instauração de processos judiciais, a possibilidade de ocorrência de conflito federativo, notadamente quando se tratar, p. ex., de causas promovidas (a) por autarquia federal contra Estado-membro (RTJ 133/1059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – ACO 482/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso), ou (b) por Estado-membro contra autarquia federal (RTJ 62/563, Rel. Min. Bilac Pinto – ACO 450/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), mesmo porque – consoante tem sido sempre enfatizado – tais controvérsias não caracterizam, só por si, “conflito de interesses capaz de pôr em risco a harmonia federativa” (ACO 537/MG, Rel. Min. Nelson Jobim).

Após a requisição de informação ao juízo de primeiro grau, o Ministro-Relator decidiu acerca do pedido liminar. Descartando a impossibilidade de adoção, no sistema jurídico nacional, da tese da inconstitucionalidade superveniente, afastou a discussão acerca da irregularidade da Lei Estadual nº. 73/1947 por esse prisma, em virtude de sua anterioridade à Carta Magna de 1988, esclarecendo tratar-se de verificação de simples revogação ou não. Também afastou a tese da ARPE acerca de uma suposta inadequação da tentativa de utilização do instituto da ação civil pública para o controle de constitucionalidade de atos, na forma *incidenter tantum*.

Relativamente à alegação da ocorrência de usurpação de competência do STF, em virtude da análise de feito pela Justiça de 1º grau de matéria constitucionalmente reservada à Suprema Corte brasileira, entendeu o Ministro-Relator por dar razão à ARPE. Essa decisão promoveu a suspensão da ação civil pública proposta e a proporcionou a manutenção do *status quo ante*, vale dizer, a continuidade da exploração do jogo em Pernambuco com base em lei estadual.

A questão fundamental dessa decisão, contudo, foi a explícita demonstração da desvinculatividade do *logos* jurisprudencial sumular, em face da manutenção da estrutura decisional como ato de mera vontade política do magistrado.

Para a perfeita compreensão dessa situação, inicialmente observe-se os seguintes fundamentos expressados pelo Ministro-Relator na concessão da liminar requerida pela ARPE:

Os fundamentos ora expostos tornam evidente que a União Federal recusa, ao Estado de Pernambuco – que age por meio de uma de suas instrumentalidades administrativas (ARPE) –, a possibilidade de exercer competência para explorar serviços de loteria, **nos termos da Lei estadual nº. 73/1947**, editada em momento no

qual o serviço público de loteria podia ser realizado e executado, validamente tanto no âmbito federal quando no plano estadual.

Foi por essa razão que consignei, no voto que proferi no julgamento da ADI 2.995/PE, de que fui relator, que esse diploma legislativo estadual, porque anterior ao DL nº. 204/67, “legitimaria sob tal perspectiva, e por parte dessa unidade da Federação, a instituição, por direito próprio, da exploração do serviço de loterias. (...)”

Parece-me, desse modo, considerada válida a promulgação pelo Estado de Pernambuco, da Lei nº. 73/47, que a União Federal contesta, mesmo assim, a legitimidade da exploração, por essa unidade federada, do serviço de loteria, negando-se a admitir a validade do exercício, por deferido Estado-membro, de uma competência que lhe foi reconhecida pela própria União Federal, quando da edição do Decreto-lei nº. 204/67.

Tenho pra mim que essa situação de litigiosidade mostra-se impregnada de um elevado coeficiente de potencial conflito federativo, pois a União Federal – independentemente da procedência, ou não, de sua oposição – nega, ao Estado-membro em questão, o exercício de uma competência que este vindica para si, em face do contexto histórico que emerge da causa em que praticado o ato objeto da presente reclamação.

Coteje-se, agora, esses fundamentos destacados com o seguinte trecho da decisão que afastou a validade da Lei Estadual nº. 73/1947, quando do julgamento da ADI 2995/PE:

Nem se diga, finalmente, que a legislação pernambucana objeto de questionamento nesta sede de controle abstrato revestir-se-ia de validade constitucional, pelo fato de o Estado de Pernambuco, já em 1947, haver editado a Lei Estadual nº. 73 daquele mesmo ano, o que representaria uma particular circunstância de caráter histórico e de ordem jurídica, cuja realidade – porque anterior ao DL nº. 204/67 – legitimaria, sob tal perspectiva, e por parte dessa unidade da Federação, a instituição, por direito próprio, da exploração do serviço de loterias.

A contradição entre os fundamentos fica patente se considerado todo o período gramatical da decisão, e não apenas o trecho estrategicamente selecionado pelo Ministro-Relator.

E a oposição entre os julgados não pára aí. Após a realização de minucioso levantamento histórico relativo à legislação regulamentadora dos jogos no Brasil, afirmou o Ministro-Relator nos autos da ADI 2995/PE, tomando como guia parecer da Procuradoria-Geral exarado em feito análogo, o caráter da **ilegalidade** da manutenção de qualquer loteria na modalidade **bingo**, em todo o território nacional, a partir de dezembro de 2002, nos seguintes termos:

16. Para regulamentar a Lei nº. 9.981/00, foi editado o Decreto nº. 3.659, de 14 de novembro de 2000, que passou a regular a autorização e fiscalização do jogo de **bingo**. Este decreto afirmou o monopólio da União para exploração do serviço público de loteria de bingo, atribuindo à Caixa Econômica Federal a competência para executá-lo. Segundo as normas do decreto, a execução levada a efeito pela CEF será direta, quando a própria CEF o realizar, ou indireta, quando a CEF autorizar por entidades desportivas. Assim dispõe o referido decreto:

‘Art. 1º A exploração de jogo de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território

nacional, nos termos das Leis nº. 9.615, de 24 de março de 1998, e 9.981, de 14 de julho de 2000, dos respectivos regulamentos, deste decreto e das demais normas expedidas no âmbito da competência conferida à Caixa Econômica Federal.'

17. Portanto, a Lei nº. 9.981, e o Decreto nº. 3.659, puseram fim à exploração do jogo de bingo no país, permanecendo somente as autorizações em vigor na data de sua promulgação, que devem ser reconhecidas pela Caixa Econômica Federal.

18. Ocorre que o referido decreto concedeu autorização aos bingos permanentes somente pelo prazo de 12 meses, a partir de 30 de dezembro de 2001. Com efeito, tendo esse prazo expirado em 30 de dezembro de 2002, **todos os bingos, de qualquer espécie, passaram, desde então, a estar na ilegalidade.'**

Desse modo, quanto a essa modalidade de sorteio, desde então, a regulação estadual do bingo tornou-se inoperante, à falta de fonte normativa federal que o autorizasse.

Dessa forma, embora tenha afirmado que a decisão interlocutória proferida na ação civil pública estivesse consoante ao entendimento exarado no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade, o simples cotejo dos dois textos indica suas oposições.

É certo, portanto, que o Ministro-Relator tinha pleno conhecimento de que, para além da validade ou invalidade da Lei Estadual nº. 73/1947, sua invocação para a regulamentação da loteria na modalidade de **loteria bingo** no Estado de Pernambuco não seria possível: a) pela ausência de previsão dessa modalidade de loteria na vetusta lei estadual; b) pela ausência de previsão dessa modalidade de loteria no Decreto-lei 604/1967; c) pela ausência de lei federal regulamentando a matéria.

Demonstra-se, destarte, a incompatibilidade lógica entre os fundamentos da decisão de mérito da ADI 2995-PE e os fundamentos da decisão interlocutória da Rcl 5.716, embora buscasse o Ministro-Relator construir um discurso que persuadissem as partes acerca de uma suposta consonância.

Além disso, destaca-se do julgamento proferido em sede de liminar a inversão dos fundamentos da tutela judicial da aparência, considerando-se que a verossimilhança dos argumentos da Procuradoria da União baseava-se em remansosa jurisprudência aplicável à hipótese e, o que é fundamental para este estudo, em uma súmula vinculante relativa à matéria, a qual em momento algum do imbróglio foi trazida à baila pelo Ministro-Relator.

Sequer pode ser usado em defesa da decisão interlocutória proferida na ação civil pública o fato de se tratar de decisão não definitiva, prolatada em análise perfunctória, característica dos julgamentos liminares. Com efeito, mesmo

em juízo de sumária cognição, é perfeitamente visualizável, no caso, que a manutenção da loteria na modalidade bingo no Estado de Pernambuco, baseada em decreto expedido dois dias após o julgamento da legislação estadual aplicável à espécie ter sido declarada inconstitucional, representa uma simples resistência ao cumprimento da decisão da Corte Suprema brasileira.

A conclusão a que se chega, destarte, é que os motivos determinantes da decisão interlocutória foram outros, não os que fundamentaram o julgamento da ADI 2.995/95 (ainda que o Ministro-Relator estrategicamente alegasse deles partir). A desconsideração do que determina a Súmula Vinculante nº. 2, na hipótese, decorreu de ato emanado exclusivamente da vontade pessoal do Ministro-Relator, o qual, adotando uma postura não-ontológica, obscureceu a vinculatividade sumular por meio de uma interpretação operativa que contradisse, inclusive, os seus próprios fundamentos.

É fato ser pragmaticamente possível que as instâncias inferiores desconsiderem o conteúdo sumular vinculativo, mesmo nos casos mais claros de sua aplicação. Como tal situação não espelha os anseios dogmáticos, criou-se o instituto da reclamação³⁹² com vistas a corrigir essa disfunção estrutural e a restabelecer a autoridade sumular-vinculativa.

A situação se torna particularmente embaraçosa no presente caso, contudo, por se tratar de superação sumular por ato de agente político com assento no Supremo Tribunal Federal, o qual, por sua condição, deveria ter o máximo interesse na preservação da autoridade das súmulas, evitando qualquer situação que engendrasse hipótese limite na qual o instrumento fosse afastado em virtude de interpretação destoante do seu conteúdo.

É que, em casos como os tais, mesmo a apresentação da reclamação à Turma ou ao Tribunal Pleno não tem o condão de evitar a propagação social de uma atitude desafiadora da crença ontológica no valor representativo da jurisprudência sumular vinculativa que o sistema jurídico baseado em dogmas busca de todas as formas evitar.

Emblemática, a decisão do Ministro-Relator, enquanto não revertida, sugere que a súmula vinculante pode ser entendida como um dispositivo qualquer,

³⁹² Nos termos do art. 7º da Lei Federal nº 11.417/2006.

desprovido de força vinculativa maior do que a maioria das normas legais e judicadas porventura existentes. O sentido teleológico sumular de evitar interpretações discricionárias é confrontado pela manutenção do *logos* decisional decorrente de um mero ato de vontade do magistrado.

Mesmo que se diga que o presente episódio não compromete o sono dos ontólogos no atual contexto retórico nacional, pois, ainda que enfraquecido o instituto sumular, resta fortalecido o dado ético das decisões monocráticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reavivando o *topos* de que a Constituição é aquilo que a Suprema Corte entenda que ela seja³⁹³, reafirma-se a tese cética segundo a qual é o ato político do magistrado no caso concreto, enquanto intérprete autêntico das normas legisladas e judicadas, que efetivamente vincula as partes³⁹⁴. Não os supostos instrumentos legais ou jurisprudenciais, quase-legais ou mais-que-legais porventura existentes no sistema. E isso é tão antigo quanto revolucionário.

³⁹³ Vide item 2.4.

³⁹⁴ KELSEN, Hans. **O Que é Justiça**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afasia patético-social brasileira como substrato para o projeto de formalização do raciocínio jurídico pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AFASIA PATÉTICO-SOCIAL BRASILEIRA COMO SUBSTRATO PARA O PROJETO DE FORMALIZAÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A vinculatividade normativa legiferante ou jurisprudencial tem por esteio a confiança no dado jurídico como instrumento de promoção do chamado pacto social, pelo qual os homens vivem em mínima harmonia. Essa confiança, por sua vez, decorre da crença do valor que o dado jurídico projeta: uma força ontológica naturalmente intuída, para a visão essencialista, e uma força simbólica artificialmente produzida, para a visão retórica. Força, contudo, em ambos os casos, decorrente da constatação histórica da inexistência, ao menos no Ocidente, de controle democrático eficaz alternativo para as condutas e, sobretudo, da afasia patético-social que permitiu ao longo dos tempos a criação de mitos e dogmas das mais variadas origens para justificar a aplicação do Direito.

A constatação dessa afasia patética importou, para além da adoção de padrões técnico-estruturais baseados em axiomas legais ou jurisprudenciais, no crescente fomento estatal à convicção ideologizante da necessidade da padronização jurídica e na intolerância pela visão divergente como elementos essenciais para o alcance do valor supremo da justiça. Foi assim que, com a mesma fé com que os revolucionários iluministas modificaram a estrutura jurídico-política europeia, a partir do Século XVIII, surgiram os discursos em defesa do valor normativo da jurisprudência no Século XX.

Desde a afirmação do Direito moderno, após a laicização do Estado, o projeto relativo à normatização social consiste: a) na concentração da produção jurídica; b) na elevação das fontes jurídicas estatais a patamares superiores às demais fontes subsidiárias; c) na emancipação da ordem jurídica em face das demais fontes normativas; e, principalmente, d) no exercício do controle lingüístico-tecnológico, pelo qual o processo interpretativo exsurge como monopólio estatal concentrado nas mãos de uma categoria especialíssima de agentes políticos.

Na formação do Estado Moderno, esse controle lingüístico estava concentrado no legislador revolucionário, que buscou elevar a lei ao *status* de dogma racionalizado, cabendo-lhe o papel de criar, distribuir e decidir acerca do que

era o justo, obscurecendo o papel dos demais Poderes, nomeadamente o Judiciário. A lei foi tida como instrumento de libertação e sua compreensão era tarefa exclusiva do Poder Legislativo, por meio de representantes eleitos para serem os verdadeiros arautos da nova Sociedade.

Propagou-se a certeza cultivada em nível popular, segundo a qual o julgamento de feitos análogos importaria necessariamente em decisões idênticas, em função da acalentada isonomia legal, bandeira vitoriosa do pensamento revolucionário, havendo, portanto, única decisão judicial correta para cada caso: aquela democrática e vinculativamente determinada pela lei prévia.

A opção ideológica adotada pelo Estado na elaboração da tese da resposta única considerou o Direito não como elemento do catálogo retórico, senão como um sistema geral de normas concretas, hierarquizadas, vinculativas, democrática e exclusivamente por ele promulgadas. Nesse ambiente autopoiético, a certeza e a segurança jurídicas se caracterizavam pelos julgamentos uníssonos consoante o texto legal.

Quando, na pós-modernidade, demonstrou-se que o Direito não poderia ser tomado por um corpo fixo de normas auto-evidentes, dotadas de uma ontologia natural, senão como instrumento retórico em permanente evolução diante das circunstâncias históricas, a interpretação judicial se fez necessária para superar a fetichização legal racionalista.

A pós-modernidade proporcionou grande salto qualitativo nas relações sociais e transformou a forma pela qual a burocracia dos países de tradição civilista produzia o Direito. A complexidade pós-moderna evidenciou o antagonismo entre os valores segurança jurídica/justiça social, que caracterizaram, respectivamente, os dois últimos séculos da história da humanidade. A visão crítica do jurista prático demonstrou a necessidade da superação dos antigos mitos, rompendo com a pretensão da inequivocidade legal e imprimindo a concretização da força normativa constitucional.

Uma nova espécie de magistratura surgiu. Ela não visava mais apenas aos interesses do Estado ou do indivíduo isoladamente, como na fase liberal, tampouco se iludiu com as promessas vazias da fase social-democrata constitucional. O ativismo judicial destacou o indivíduo inserido na sociedade, com

direito subjetivo a ser tratado com dignidade. Essa atitude promoveu a concepção procedimental da Constituição, mais adequada à época em que caíam em descrédito as grandes narrativas, legitimadoras de discursos científicos e políticos.

A perspectiva não-ontológica do Direito evidenciou, na pós-modernidade, que o processo decisório silogístico subsuntivo consistia mais em atos políticos do que jurídicos, uma vez que: a) nem sempre a premissa maior é perfeitamente visualizável pelo magistrado; b) a análise da premissa menor depende de provas, nem sempre fiéis aos eventos; e, conseqüentemente, c) os raciocínios que se apresentam (que não ficam imunes às contingências pessoais dos juízes) podem ser equivocados.

Demonstrou-se, dessa forma, que a função interpretativa dos magistrados está condicionada por elementos subjetivos alheios à estrutura normativa do sistema jurídico, caracterizando sua alopoiese. Essa atitude provocou a reação dos que temiam a possibilidade de a interpretação legal voluntária encetar a formação de uma jurisprudência independente da retórica estratégia adotada pelo Estado. A visão essencialista clamou por um novo modelo de controle lingüístico, sob a antiga alegação de que o indesejável risco da diversidade de visões sobre um mesmo problema causaria a insegurança jurídica e colocaria o sistema em risco.

Explorou-se, destarte, o fato de, na passagem do enunciado legal geral para a norma jurídica particular, surgirem interpretações destoantes, nomeadamente nas hipóteses de baixa densidade semântica do enunciado abstrato, como nas normas constitucionais principiológicas. Disseminou-se no Estado pós-Moderno o pavor do antigo fantasma que assombrou os pesadelos dos ontólogos racionalistas: a possibilidade de dispersão e de fragmentação do Direito, em face da subjetividade que o processo interpretativo proporciona aos juízes. Foi uma adaptação da dogmática tardia à pós-modernidade.

A solução dada ao problema foi a valorização das decisões colegiadas dos tribunais superiores, em prejuízo das interpretações das instâncias ordinárias. A jurisdição constitucional das Cortes Supremas representou um considerável passo em direção à demarcação dos conteúdos normativos. Na medida em que essa jurisdição aumentou a densidade semântica das normas produzidas pelo Legislador, fazendo com que determinada interpretação prevalecesse sobre as demais, principalmente no processo de controle de constitucionalidade, evidenciou-se a

transmutação da figura do juiz carente, dependente do legislador, retrato do Estado Legalista, para o juiz pleno, superior aos demais agentes políticos.

Do conjunto de decisões proferidas pelos tribunais superiores passou a ser possível extrair-se uma regra geral que sustentasse a almejada previsibilidade jurídica, eliminando a alegada loteria judicial. Afinal, a melhor forma de se prever o futuro é inventá-lo no presente. Foi um revés sentido pela magistratura atuante que tentava se libertar das amarras legais. Surgiram as amarras jurisprudenciais.

Os tribunais superiores superaram a fase de cassação para a de revista dos julgados. Posteriormente, assumiram o papel de uniformizadores da jurisprudência, e, então, o de criadores integrativos-subsidiários do Direito. Foram alçados, finalmente, ao patamar de legisladores positivos, pois, além do papel criador do Direito apenas nas hipóteses das lacunas legais, os tribunais avocaram o papel da construção do Direito a partir da adoção de uma interpretação superadora da lei. A hipertrofia dos poderes da magistratura se traduziu no fenômeno da judicialização da vida pública e estabeleceu o chamado Governo dos Juizes.

Esse novo modelo jurídico esclareceu o fato de que a pós-modernidade, embora pautada na tônica da complexidade e da certeza mitigada, não teve o condão de modificar o *status quo* jurídico relativamente à crença essencialista no conteúdo normativo, que, afinal, apenas teve deslocado o eixo da fé no corpo legal para a fé no corpo jurisprudencial, agora hipertrofiado e igualmente mitificador.

Reproduzindo a situação que ocorria no exterior, o Brasil exibia um cenário fértil para a proliferação de discursos proféticos que prometiam sempre mais do que podiam cumprir. É certo que, em suas origens jurídicas, o País havia estabelecido o primado da lei como fonte primária do Direito. Sob influência iluminista, atribuiu-se exclusivamente ao Legislativo os poderes de fazer as leis e interpretá-las, além de suspendê-las e revogá-las, velando pela guarda da Constituição. Mesmo após a criação do vetusto Supremo Tribunal de Justiça, esse quadro não foi alterado, nomeadamente porque cabia ao Conselho de Estado o papel de intérprete das normas legais.

Isso fez com que inicialmente as decisões do Supremo não uniformizassem a jurisprudência, tampouco vinculassem as decisões tomadas pelos

demais juízes. Em suma, não foi originariamente reconhecido ao órgão de cúpula do Judiciário o poder de negar aplicação aos atos do Legislativo. Limitando-se a apreciar recursos de revistas relativos à questão legal, o Supremo não tinha poder para estabelecer decisões paradigmáticas, tampouco para assegurar a uniformidade jurídica. Era um ente político nulo.

Com a adoção do regime republicano no Brasil, estabeleceu-se o controle judicial de constitucionalidade das leis, dando-se início ao processo de mudança de modelo estrutural jurídico. Sob influência do instituto da *judicial review* norte-americano, os juízes brasileiros passaram a afastar, no caso concreto, a aplicação da lei sob o argumento da inconstitucionalidade. Embora a justiça ainda não pudesse revogar a lei considerada inconstitucional, tampouco declarar o efeito *erga omnes* dessa decisão, estabeleceu-se um novo momento no cenário jurídico nacional, superando-se definitivamente a tese legalista da insindicabilidade dos atos do legislador.

No decorrer do Século XX, a legislação brasileira foi crescentemente utilizando o entendimento jurisprudencial como parâmetro de validade do ato jurídico. Tal fato representou a guinada anglo-americana no sistema jurídico brasileiro, que, seguindo a tendência pós-moderna, adotou um modelo misto de produção normativa, privilegiando o precedente como instrumento de uma nova busca atávica pela certeza e pela segurança, a partir da derrocada do legalismo. O amalgamento dos sistemas *common law* e *civil law* foi um momento de preparação necessário à axiomatização da jurisprudência no Brasil.

Essa simbiose permitiu, em meados do século passado, a construção de um instrumento que serviu de meio termo entre o pragmatismo judicial e o apriorismo legal: a súmula. Foi a mais bem elaborada modalidade de consolidação e de efetivação da jurisprudência brasileira e representou a sublimação da norma julgada pelos tribunais.

O instituto operou uma revolução silenciosa no ordenamento jurídico. Sem maiores mascaramentos ideológicos, adotou-se o modelo retórico-entimemático para a prolação das decisões, evidenciando-se a natureza não-ontológica de suas estruturas, embora restasse preservado o caráter mitificador comum às assertivas jurídicas. A mudança do paradigma legal para um modelo misto de produção jurídica no Brasil evidenciou o fato de que a eficácia e a

legitimidade do direito, que, nos Séculos XVIII e XIX, foram conseqüências lógicas do processo democrático-legislativo, passaram a depender essencialmente da habilidade do magistrado no uso da argumentação e da retórica.

Sem que houvesse um rompimento da pretensão dogmatizante da fórmula de decisão subsuntiva, a súmula passou a fazer as vezes da lei na premissa maior de cada silogismo jurídico. Em termos retóricos, foi a maior contribuição do instituto para a mudança do *ethos* decisório, ao criar uma idéia de objetividade em um campo altamente subjetivo, como o da interpretação das normas. Passou-se a falar em segurança jurídica, mas, no fundo, impôs-se como padrão o arbítrio resultante de uma mera conjuntura pessoal do pleno do tribunal criador da súmula.

A súmula de jurisprudência dominante, contudo, por si só não atendeu aos anseios totalizadores do pensamento dogmático, em face da ausência de vinculatividade obrigatória no instrumento. Com base no modo da individualização e da reciprocidade direta entre causa e efeito, buscou-se associar a crescente demanda judicial sentida a partir da segunda metade do Século XX à conseqüente lentidão do sistema, utilizando-se dados brutos dos processos no País, em uma análise meramente quantitativa, mas não qualitativa. A solução apresentada ao problema do risco da exaustão do Judiciário foi a criação de um dispositivo que reduzisse o número de feitos existentes e futuros, enquadrando objetivamente os casos em raciocínios preestabelecidos.

Fruto de um acordo prévio estabelecido entre Estado e Sociedade, com base na já mencionada afasia patético-social, aliada ao instrumento retórico da *ignoratio elenchi*, a súmula vinculante surgiu em uma página sombria da história do Judiciário, afogado em números desfavoráveis.

O instrumento sumular representou, desde sua criação, um novo modelo de axiomatização jurídica. A **súmula vinculante**, especificamente, deu um novo passo em retorno à ontologização do Direito, pretendendo realizar uma **redução lógica** do discurso jurídico por meio da criação de juízos sintéticos gerais obrigatórios.

A crença essencialista na possibilidade de elaboração de determinadas estruturas lógicas que, por sua clareza e distinção, pudessem ser tomadas como paradigmas é, no fundo, uma mera reprodução sofisticada do velho pensamento

exegeta acerca da existência da única resposta correta para cada problema do Direito.

O uso dessa jurisprudência qualificada tem por escopo evitar a discricionariedade na interpretação legal, a exemplo dos antigos assentos lusitanos, e o estabelecimento de um novo patamar de certeza e segurança nas relações sociais. Esse pensamento desde cedo foi confrontado pela perspectiva cética, segundo a qual o caráter retórico do Direito inibe a possibilidade de criação de discursos uniformizadores absolutos.

O postulado do pensamento essencialista, em síntese, é o fato de existirem concepções, de *per si*, claras e/ou obscuras, distintas e/ou confusas, sendo possível reduzir logicamente a linguagem em uma fórmula léxica capaz de alcançar essa clareza e distinção.

Uma idéia clara se define como aquela compreendida de maneira tal que seja reconhecida em qualquer lugar, sem que possa ser confundida com nenhuma outra. Uma idéia distinta se define como aquela que não contém nada que não seja claro. Assim, intui-se a idéia de maneira distinta quando se pode dar a ela uma definição precisa em termos abstratos³⁹⁵, como no caso das súmulas.

A concepção pirrônica, por outro lado, sempre entendeu que a variação interpretativa é característica natural do Direito. Uma vez que a realidade permite diversas leituras, ela não está em condições de exigir ou fornecer uma única interpretação para os fenômenos sociais. Não há, portanto, espaço para crenças gerais. O direito tem uma série de respostas corretas, a depender da possibilidade de enquadramento destas no ordenamento legal no qual o problema esteja posto. O aplicador do Direito se encontra em um mundo onde a conduta está regida por uma normatividade multifacetada, no qual o dever-ser depende mais de uma perspectiva retórica do que de uma ontologia ética.

A visão essencialista, patrocinadora da súmula vinculante, trata a realidade jurídica como um dado concreto, independentemente do que se possa pensar sobre ela. Desse modo, a ontologia da norma sobrepõe-se a qualquer perspectiva retórica, eis que nada pode ser argumentado para modificar o fático. O conteúdo normativo representa um valor que se intui e se impõe além das hipóteses.

³⁹⁵ VERICAT, José. **Charles S. Peirce. El hombre, un signo** (El pragmatismo de Peirce). Barcelona: Crítica, 1988, p.1 et passim.

A dicotomia entre a visão retórica e a essencialista coloca, de um lado, o direito como um jogo de probabilidades válidas, dependendo sua natureza do ponto de vista do aplicador, e, de outro, o direito como um jogo de único resultado. Nessa última hipótese, o direito tem a resposta correta para cada problema e a súmula vinculante se apresenta como uma decorrência natural.

O grande desafio na conceituação do Direito sempre foi apreender adequadamente a sua natureza, já que o ser do Direito é um dever-ser (de conduta). Entender e aplicar o ser (ou a realidade) do Direito, enquanto norma de regulação social, é buscar conformar uma situação (outra realidade) social que ainda não é, mas que se pretende que seja. O problema permanece, contudo, quando se busca saber que realidade social deva ser essa. E este dilema perpetua o conflito entre o criador e o aplicador do Direito.

Nesse abismo gnoseológico, a redução lógica do discurso jurídico em enunciados claros e distintos sintetiza a mencionada (e necessária) violência hermenêutica, ao representar a criação de um instrumento que impede o uso de juízos de valor diversos que possam ser contrapostos, tal como a escolha de um caminho em detrimento de outro, igualmente possível.

É fato que nem todos os textos legais exigem grande esforço interpretativo. Muitos deles são redigidos objetivamente, de modo a não suscitar dúvidas aos intérpretes, como a norma que proíbe o fumo em locais fechados. Por outro lado, a produção de normas que apresentam diversidade de interpretações é, muitas vezes, o próprio desiderato do legislador, naquilo que se denominou de relativa indeterminação intencional da norma³⁹⁶, como no caso das normas penais, onde diversas variantes influenciam suas aplicações.

Essa espécie de normativo contém uma obscuridade intencional, que somente pode ser sanada no momento de sua aplicação. Como geralmente não é distinta e previamente especificado o número de anos, meses e dias de prisão que determinado crime proporciona para determinado agente, cabe ao magistrado, casuisticamente, após fazer uso não mais de uma lógica formal, mas de um raciocínio dialético, com fundamento na *phronesis*, chegar à pena em concreto, dentro da margem de manobra deixada pelo legislador.

³⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 388.

Nomeadamente nessas hipóteses, a realidade jurídica deixa um espaço de avaliação por parte do aplicador do Direito, não podendo ser concebida como um conceito lógico absoluto *a priori*, senão como um valor *in fieri*, vale dizer, precário e em constante aperfeiçoamento. E se tal raciocínio se aplica às hipóteses em que a indeterminação da norma decorre de ato voluntário do legislador, mais ainda será quando decorrer de ato involuntário, como a incapacidade de prever o futuro, relativamente à aplicação da norma criada, ou quando no processo legislativo são utilizados termos polissêmicos.

Assim, um dado que na perspectiva cética do Direito é perfeitamente compreensível, qual seja, que magistrados diversos interpretem diversamente uma mesma realidade, sem que com isso haja um rompimento da unidade do ordenamento jurídico, representa para a perspectiva essencialista a materialização de uma contradição permanente.

A decisão judicial, seja ela de primeiro grau, seja ela da mais alta Corte do País, não é uma conseqüência lógica necessária, senão uma tentativa de persuasão de que determinado ponto-de-vista é adequado. É, assim, uma proposição de crença. E, em última instância, um ato de poder³⁹⁷. A solução dos conflitos, portanto, exige a presença do elemento retórico que forneça às partes não a única suposta resposta correta, mas a melhor solução apontada pela *phronesis* judicial. A busca por um Direito melhor, destarte, se resume à busca por magistrados virtuosos³⁹⁸.

É por isso que o fato de o Direito oferecer uma infinidade de respostas formal e igualmente válidas para cada caso não induz ao raciocínio de que elas todas sejam materialmente equivalentes entre si.

A linguagem estabelece um ambiente de dominação ideológica. A criação da súmula vinculativa é uma constatação dessa realidade. Ao mesmo tempo, é a linguagem quem permite a libertação desse ambiente, pois, a partir do momento em que há Direito em uma sociedade, desde que ele goze de uma mínima eficácia, ainda que contribua para um fenômeno de dominação, esse modo, tão

³⁹⁷ BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1998, p. 224.

³⁹⁸ DAMIEN, André. Pouvoir Judiciaire et Vertu. Les 3 tentations du magistrat. **Archives de Philosophie du droit**. Tome 42. Paris: Sirey, 1998, p. 233.

opressivo quanto possa ser, deve ser ajustado a um discurso justificativo mínimo e a um mínimo de formas³⁹⁹.

A pretensão formalizadora do Direito, portanto, oferece mais riscos do que benefícios. Ela cala argumentos e impede a *inventio*, tornando o direito frio como uma equação matemática. O Direito, antes disso, é pulsante como uma artéria. A ambivalência é característica marcante da natureza jurídica. E, embora o essencialismo teórico admita, em tese, o reexame do Direito a partir de novas experiências e de perspectivas mais apuradas, na prática, impõe-se uma razão autoritária, tornando a autocorreção impensável. Transforma, assim, a razão em contra-senso.

Há muito foi ultrapassado o tempo em que se acreditou poder construir conceitos jurídicos como se constroem obras de engenharia. Isso se deu no Séc. XVIII, quando o jusracionalismo imperava e a lógica formal se apresentava como o único caminho para iluminar um mundo renascido das trevas. Viveu-se, em virtude da pretensão racionalista, uma relativa decadência do pensamento humanista. Foi o ceticismo de alguns pensadores que demonstrou, pelo resgate da dialética e, em alguns casos, de uma ilogicidade do ser, o quanto de belo a vida perde na tentativa de construção de modelos puramente lógicos⁴⁰⁰.

O Direito não funciona como as ciências exatas. Sua tecnologia, portanto, é diversa. Formalizar a realidade jurídica em estruturas pretensamente universais é um equívoco, no mínimo pelo resultado paradoxal de se reduzir consideravelmente sua potencialidade. É plenamente possível descrever estruturas argumentativas jurídicas, mas não deduzi-las, porque a argumentação, envolvendo os tipos de prova *ethos*, *pathos* e *logos*, é dirigida para o homem que não apenas pensa, mas, sobretudo, sente⁴⁰¹. Não se advoga com isso o total afastamento entre lógica e Direito, senão a redução do verdadeiro papel daquela, que é o de organizar as incertezas, ao invés de impor certezas⁴⁰².

³⁹⁹ JEAMMAUD, Antoine; SERVERIN, Evelyne. *Evaluer le Droit*. Paris: Dalloz, 1992, p. 263.

⁴⁰⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 38.

⁴⁰¹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 99.

⁴⁰² TUGENDHAT, Ernest; WOLF, Ursula. *Propedêutica Lógico-Semântica*. 2ª Ed. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 8.

A presente análise retórica permite concluir que a adoção das súmulas vinculantes pelo ordenamento brasileiro representa o ápice histórico do processo de axiomatização da norma julgada, que nasceu da ruptura com a hegemonia legislativa e promoveu a criação de um super Poder Judiciário. Representa, também, a transformação de um simples método decisório em uma metodologia estruturante ideologizante, por meio da tentativa de formalização do raciocínio jurídico no País.

O Supremo Tribunal Federal, ao deter o domínio sobre a forma e o conteúdo normativo Constitucional, passa a realizar interpretações mais-que-autênticas por meio de instrumentos mais-que-legais. Com isso, controla lingüisticamente as instâncias inferiores, impede o exercício da isostenia argumentativa, sufoca a *inventio* e inibe a produção do Direito como resultado de uma estrutura modal deôntica⁴⁰³ pelos demais juízes.

Paradoxalmente, ao tempo em que a súmula vinculante reafirma a tese ontológica da resposta única, ela se reveste de argumentos retóricos, pois é fundada em conceitos vagos de baixa densidade semântica. Mais do que um valor em si, destarte, a súmula apresenta um valor construído a partir da constatação da necessidade social da existência de um instrumento apto a evitar a suposta exaustão do sistema jurídico.

Por esse prisma, seu valor utilitário é inegável, uma vez que ela sintetiza a supremacia do discurso pragmático e representa um argumento altamente eficaz, capaz de persuadir os utentes do Judiciário e de reduzir consideravelmente os números brutos dos processos no País.

Ademais, na permanente batalha ideológica entre as correntes ontológicas e céticas, a adoção da súmula representa uma vitória da visão essencialista do Direito, ainda que temporária, pois tal instrumento nem de longe será o último utilizado pelo Estado para a legitimação social do fenômeno jurídico, que é uma prática permanente.

Os estudos de casos realizados nesta tese apontam, por um lado, que o abandono da perspectiva retórica e o conseqüente abandono das provas discursivas, em virtude da crença no suposto valor ontológico do Direito, importam, com o passar dos tempos, na criação de um ambiente social marcado pelo

⁴⁰³ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo. **Inquirição na Justiça**. Estratégias Lingüístico-Discursivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 48 e ss.

artificialismo e, sobretudo, pela intolerância. Por outro lado, também apontam que o rompimento com esse estado de coisas é plenamente viável.

De fato, embora a visão essencialista do fenômeno jurídico tenha aprimorado suas técnicas de persuasão e de adesão patético-social ao longo dos séculos, exatamente como demonstra a rápida aceitação das súmulas pela sociedade brasileira, sempre haverá espaço para a reação cético-desconstrutivista da realidade circundante, tanto por parte da postura retórico-material da sociedade como um todo, como, em particular, por parte de uma magistratura atuante e independente, no exercício da interpretação como simples ato de vontade, além da vinculatividade legal ou sumular, em um rico e permanente debate dialético que não dá sinal de arrefecimento.

Referências.

1. Livros.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da Legitimidade**. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Filosofia do Direito**. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria Dogmática Jurídica. 3ª ed. Rev. e Amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Retórica Constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Económico**. Propriedade dos meios de produção. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1982.

ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo. **Inquirição na Justiça**. Estratégias Lingüístico-Discursivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. E notas de Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

_____. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 2001.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. *et al.* **Jurisprudência (pré)dominante**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Dott. A. Giuttrè, 1949.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BLANCHÉ, Robert. **História da Lógica**: de Aristóteles a Bertrand Russell. Trad. António J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1985.

BLUMENBERG, Hans. **Las Realidades em que vivimos**. Trad. Pedro Madrigal. Barcelona: Novagràfik, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 2ª reimpressão. São Paulo-Brasília: Polis/UNB, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

BUZAID, Alfredo. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAETANO, Marcelo. **Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1955.

_____. **Constituições Portuguesas**. Lisboa: Verbo, 1978.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. De Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

_____. **A natureza do processo judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNELLUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Processo**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **A Regulação Constitucional da Organização Económica e a Adesão à C.E.E.** Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Petrony, 1978.

CUPANI, Alberto. **A Crítica do Positivismo e o Futuro da Filosofia**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. Lisboa: Difel, 1990.

ECHAVE, Delia Teresa *et al.* **Lógica, proposición y Norma**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1999.

ESSER, Josef. **Princípio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El debido proceso legal**. Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos. México: Miguel Angel Porrúa, 1998.

FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. **A Constituição Económica Portuguesa**. Ensaio Interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUIBOURG, Ricardo A. *et al.* **Introducción ao Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1998.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito Natural**. Visão Metafísica & Antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel Botelho. **História das instituições** – Época Medieval e Moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JEAMMAUD, Antoine; SERVERIN, Evelyne. **Evaluer le Droit**. Paris: Dalloz, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria general del derecho y del Estado**. Trad. Eduardo Garcia Maynes. México: Imprensa Universitária, 1958.

_____. **O Que é Justiça**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIRCHMANN, J. H. von. **La jurisprudência no es ciência**. Trad. Antonio Truyol y Serra. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1961.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis**. Paris: M. Giard & Cie, 1921.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados Sobre o Governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Jorge Braga. **Princípios Gerais da Organização Económica**. Estudos Sobre a Constituição. v. I. Lisboa: Petrony, 1977.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINEZ, Pedro Soares. **Comentários à Constituição Portuguesa de 1976**. Lisboa: Verbo, 1978.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira. **Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1984.

MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.

MIRANDA, Jorge. **As Constituições Portuguesas**. 1822-1826-1838-1911-1933-1976. Lisboa: Petrony, 1976.

_____. **A Constituição de 1976**. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978.

_____. **Um projecto de revisão constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1980.

_____. **A Interpretação da Constituição Económica**. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo III. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo V. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação Social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1982.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Oeter Naumman. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O novo paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOUSNIER, Roland. **História Geral das Civilizações**. Trad. Pedro Moacyr Campos. t. 4. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil – Crônica dos tempos coloniais**. v.1. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. **O problema da Constitucionalidade dos Assentos (Comentários ao Acórdão nº. 810/93 do Tribunal Constitucional)**. Coimbra: Coimbra, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Maio da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PLANIOL, Marcel Fernand; RIPPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. t. 1. 5ª ed. Paris: LGDJ, 1950.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

_____. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 6. Coimbra: Coimbra, 1981.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ROUSESSAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política do contrato social**. Trad. Maria Constança P. Pissara. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**. Análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. São Paulo: Renovar, 1992.

_____. **Estudos de Teoria do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. São Paulo: Graal, 1989.

SHAW, Malcom N. **International Law**. 4th edition. Cambridge: United Kingdom at the University Press, 1997.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial – A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751**. Trad. Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979.

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.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. Trad. Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de. **Direito Constitucional**. Introdução à Teoria da Constituição. Braga: Cruz, 1979.

_____. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

SOUSA, Marcelo Nuno Duarte Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995.

_____. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

TARELLO, Giovanni. **Storia Della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e Codificazione del Diritto**. Milão: Società Editrice il Mulino, 1993.

TUGENDHAT, Ernest; WOLF, Ursula. **Propedêutica Lógico-Semântica**. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

TROPER, Michel. **Pour une Théorie Juridique de l'État**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

_____. **La Théorie du Droit, le Droit, l'État**. França: Presses Universitaires de France, 2001.

_____. **Le Gouvernement dès Juges, Mode d'Emploi**. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2006.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. 1ª ed. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

VERICAT, José. **Charles S. Peirce. El hombre, un signo** (El pragmatismo de Peirce). Barcelona: Crítica, 1988.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. v. 1. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIRGA, Pietro. **Diritto Costituzionale**. Varese: Giuffrè, 1979.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei** – Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica**. Madrid: Civitas, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário** – Crise, Acertos e Desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

2. Artigos e capítulos de livros.

ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noesis, 2006.

ALFONSO X, Rey de Castilla. **Las siete partidas...** Edición de José Berní y Catalá. Valencia: Imprenta de Benito Monfort, 1767. Disponível em <<http://saavedrafajardo.um.es/WEB/HTML/iniciop.html?Open>>. Acesso em: 12.08.2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os Assentos no Direito Processual Civil. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 74, ano XXXIII, 3º trimestre 1971.

BALLWEG, Ottmar. Retórica Analítica e Direito. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, vol. XXXIV, fasc. 163, Julho/Agosto/Setembro 1991.

BATISTA JR., Edil. O Ilógico Necessário. Considerações acerca da crise da codificação jusracionalista. **Revista da ESMape**, v. 6, nº. 13. Recife: Escola Superior da Magistratura, Janeiro/Junho 2001.

_____. A Era da Incerteza. Considerações acerca da crise do direito positivo como controle formal social. **Sociologia do Direito e do Direito**

Alternativo. Ensaaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

BETANCUR, Cayetano. La Interpretación de la Ley. **Revista da Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellin, nº. 111, vol. XXXII, 1º e 2º Trimestre 1971.

BORGA, Ernesto. E. El Arbitrio Judicial en la Jurisprudencia y la Interpretación de la Ley. **Revista Ciência Jurídica da Universidade de La Plata**, La Plata, tomo IV, 1973.

BOTERO, Eduardo Uribe. De la interpretación y de la aplicación de la ley. **Revista da Universidad de Antioquia**, Medellín, nº. 25, tomo VII, Julho 1938.

BOURDIEU, Pierre. Les Juristes, gardiens de l'Hypocrisie Collective. **Normes Juridiques et Régulation Sociale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 207, julho a setembro 1964.

_____. Uniformização da jurisprudência. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, nº. 34, 1985.

CABRAL, José Bernardo. **Revista Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, nº. 10, 1º sem. 2001.

CARVALHO, Fernando Martins. Algumas tendências dos nossos tribunais – os chamados “assentos” do Supremo. **O Direito**, Lisboa, ano 68º, nº. 1 e 2, jan/fev 1936.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.23, nº. 92, out./dez. 1998.

COLEMAN, Jules L. Truth and Objectivity in Law. **Legal Theory I**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CORDEIRO. António Menezes. Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. v.1. Coimbra: Coimbra, 1996.

CORTEN, Olivier. La persistance de l'argument légaliste: éléments pour une typologie de légitimité dans une société libérale. **Droit et Société**, Paris, nº. 50, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Dialéctica, Tópica ou Retórica Jurídicas? Direito e Justiça. **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, volume XVI, tomo 2, 2002.

DAMIEN, André. Pouvoir Judiciaire et Vertu. Les 3 tentations du magistrat. **Archives de Philosophie du droit**. Tome 42. Paris: Sirey, 1998.

DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. **Law and Philosophy**, Amsterdã, nº. 7, v. 2, 1988.

DELGADO, José Augusto. A Súmula Vinculante e a Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 14, nº. 6, junho 1998.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O Constitucionalismo; da visão moderna à perspectiva pós-moderna. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em 17.12.2008.

ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness and Legal Theory. **Legal Theory**, Oxford, nº. 3. 1997.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. **Revista de Direito Civil, imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, nº. 51, jan./mar. 1990.

FRANÇA, Rubens Limongi. Jurisprudência. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Coord. Carvalho Santos e Aguiar Dias. vol. XXX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

FRANCO, António L. Sousa. A Revisão da Constituição Económica. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 1982.

FREITAS, Juarez. Respeito aos Precedentes Judiciais Iterativos Pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº. 739, 1997.

GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e Privatizações. **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, nº. 155, 1988.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, nº. 16, 1996.

GUASTINI, Riccardo. Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione. **Ragion Pratica**, Roma, nº.17, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, nº. 1-2, Jan./Dez. 1993.

HABA, Enrique P. La Voluntad del Legislador. Ficion o realidad?. **Revista de Ciencias Jurídicas**, San Jose, nº. 32, Mayo-Agosto 1977.

_____. En torno al concepto de la interpretación literal. **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, n.º. 33, Setiembre-Diciembre 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

IZAGA, Maria Cristina Gómez. Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional – Elementos a considerar en el momento de analizar las decisiones de la jurisdicción constitucional. **Revista da Faculdade de Direito y Ciencias Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana**, Medellín, n.º. 101, UPB, 1999.

KELSEN, Hans. Justicia y Derecho Natural. **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus, 1966.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão dos Poderes. Trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.º. 92, out./dez. 1989.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, n.º. 208, out./dez. 1964.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**, São Paulo, n.º. 43, julho-setembro 1986.

LINHARES, José Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o fogo cruzado do Ethos e do Pathos. Da Convergência com a literatura (Law as literature, literature as Law) à analogia com uma poíêsis-technê de realização (Law as musical and dramatic performance). **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, volume LXXX, 2004.

MELLO, Aymoré Roque Ponte de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileira: as PEC's n.º. 500/97 (OEC n. 54/95-SF) e 517/97. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n.º. 72, março 1998.

MELLO FILHO, Álvaro. Direito sumular brasileiro. **Revista Forense**, ano 81, v. 289, jan./mar. 1985.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A uniformização da jurisprudência no contexto da Reforma do Código de Processo Civil. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **O Direito Constitucional Português da Integração Europeia: Alguns Aspectos**. Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, n.º. 5. Recife: Universitária da UFPE, 1992.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, nº. 6, set./dez. 1997.

PERELMAN, Chaïm. La Idea de Justicia, en sus Relaciones com la Moral, el Derecho y la Filosofia. **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus Ediciones, 1966.

PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. Interpretación y Creación Judicial del Derecho. Jurisprudencia Sociologica. **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, São Paulo, nº. 17, dezembro 1980.

_____. Juez y Sociedad. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, nº. 332, Janeiro 1984.

PIRES, Francisco Lucas. O Problema da Constituição. **Separata do Volume XVII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1970.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº. 16, jul./set. 1996.

ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº. 25, 1977.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº. 75, julho-setembro 1985.

SANCHES, José Luís Saldanha. A Regulação: História Breve de um Conceito. **Separata da Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 2000.

SCHMIDT, Eberhard. La Ley y los Jueces. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, nº. 13, jan./mar. 1996.

SILVA, Gustavo Just Costa e. Cognitivismo e Ceticismo na Teoria da Interpretação: Relatividade e Ambigüidade de uma Classificação. **Argumentandum**, Recife, nº. 01, Faculdade Marista do Recife, s/a.

_____. A Teoria da Interpretação como Variável do “Paradoxo da Jurisdição Constitucional”. **Separata da Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 42, nº. 165, Janeiro/março 2005.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma. Trad. João Maurício Leitão Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1997.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº. 128, out./dez. 1995.

TROPER, Michel. Constitutional Justice and Democracy. **Cardozo Law Review**, Nova York, nº. 2, Volume 17, Dezembro 1995.

_____. On Super-Constitutional Principles. **Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday**. Lund: Juristförlager I Lund, 1997.

_____. La Máquina y La Norma. Dos Modelos de Constitución. **Doxa**, Madrid, nº. 22, 1999.

VEIGA, Gláucio. Lógica da Argumentação. **Anuário do Mestrado em Direito**, nº. 5. Recife: Universitária da UFPE, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico?. **Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Rio de Janeiro, nº. 4, 1º sem 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista do Processo**, São Paulo, nº. 100, out./dez. 2000.

WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. **Derecho Injusto y Derecho Nulo**. Madrid: Ema, 1971.

WOLFF, Francis. **Trois technique de vérité dans la Grèce classique: Aristotele et l'argumentation**. Paris: CNRS, Hermes 15, Argumentation et Rhétorique I, 1993.

ZACCARIA, Giuseppe. L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea. **Rivista de Diritto Civile**, Padova, ano XXXV, nº. 3, Maggio-Giugno 1989.

3. Monografia.

BATISTA JR., Edil. **No café com os magistrados**. Um estudo da dimensão política das decisões judiciais. 2002. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2002.