

AS SÚMULAS VINCULANTES E O CONTROLE *PANÓPTICO* DA JUSTIÇA BRASILEIRA

THE BINDING PRECEDENTS AND THE *PANOPTIC* CONTROL OF BRAZILIAN JUSTICE

Lênio Luiz STRECK¹

RESUMO

O presente texto pretende discutir o problema do efeito vinculante da jurisprudência, no Brasil, em especial o das súmulas, agora finalmente incorporadas à Constituição com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04. As súmulas são examinadas a partir de um olhar hermenêutico, mais especialmente a partir da diferença ontológica entre texto e norma (texto e sentido do texto). Nesse sentido, o texto procura mostrar que as súmulas não são exatamente um problema, desde que examinadas à luz da *ontologische Differentz*. Finalmente, as presentes reflexões apontam para a necessidade de superação da crise do positivismo normativista, que ainda domina o imaginário dos juristas.

Palavras-chave: súmulas vinculantes; efeito vinculante; controle da justiça

ABSTRACT

The present text intends to discuss the problem of the binding effect of the case law in Brazil, specially the precedent ones, now finally incorporated to the Constitution with the Constitutional Amendments n. 45/04 promulgation. The precedents are examined from a hermeneutic look, more specifically from the ontological difference between text and norm (text and sense of the text). In this sense, the text tries to show that the precedents are not exactly a problem, as long as examined by the *ontologische Differentz* theory. Finally the present reflections point to the need to overtake the crisis of the normative positivist that still dominates the jurist's imaginary.

Key words: binding precedents; binding effect; justice control.

¹ Procurador de Justiça-RS, Doutor e Pós-Doutor em Direito, Professor titular da UNISINOS-RS (Mestrado e Doutorado em Direito)

A eficácia prática do princípio da súmula vinculante é altamente questionável! Por uma razão muito simples: mesmo prevalecendo o princípio da súmula vinculante, não há como inibir a sustentação, em juízo, de teses diametralmente opostas. [...] É um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência. (Min. Celso de Mello, in: *Folha de S. Paulo*, 15 jun 1997).

1. A instituição da vinculação das súmulas: o velho que volta como o novo – a ilusão da solução funcional

Não é novidade a afirmação de que o Poder Judiciário tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e pelos custos elevados, entre outros problemas que têm gerado uma gama enorme de polêmicas tanto no âmbito da dogmática jurídica como também no que diz respeito aos setores identificados com a crítica do Direito. Isso leva ao assunto da moda, ou seja, o questionamento acerca da efetividade da justiça brasileira. Registre-se que o sistema processual brasileiro não tem passado por reformulações suficientemente profundas, nos últimos tempos, sendo fundamentalmente similar ao que tínhamos (tanto o processo penal como o processo civil) nos tempos do Estado-Novo, situação que, *grosso modo*, prevalece até os nossos dias, apesar – e à revelia – das mudanças políticas, econômicas e sociais pelas quais o país passou, nas últimas décadas. Algumas “mini-reformas” nada mais fizeram do que agravar o problema. É o que se pode denominar de crise de paradigmas.²

Ocorre que, de forma simplista/simplificada, parcela expressiva do *establishment* político – ao qual se agregam os setores expressivos do *establishment* jurídico-dogmático - propõe, como solução para um “melhor funcionamento” da máquina judiciária, a vinculação (constitucional) das súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais superiores. Com efeito, depois da fracassada revisão de 1993/94, as (velhas/antigas) teses dos governos Collor, Itamar, Fernando Henrique voltam à baila, agora repriminadas no projeto da Reforma do Judiciário encampada pelo governo Luiz Inácio Lula da Silva. Entre outras coisas, através de emenda à Constituição, ficou estabelecido “efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal, além da súmula impeditiva de recursos em sede do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho”.

Que o Judiciário necessita de reformas não é novidade e, tampouco, é contestado por ninguém, o que ensejaria, de imediato uma discussão mais

² Para tanto, ver os capítulos iniciais da obra de STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

aprofundada sobre os diversos âmbitos da crise (estrutural, funcional e individual) que atravessa a administração da justiça brasileira. Diríamos que esse é um dos problemas. Porém, de qualquer sorte, não parece ser do interesse do *establishment* jurídico-dogmático a discussão desses pontos, mormente de forma mais aprofundada. Ao contrário, preferem “resolver” desde logo e de uma vez o problema, atacando a contradição secundária do problema, deixando de lado a contradição principal.

Com o passar dos anos, transitou em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das Súmulas e da jurisprudência do STF. A solução é esta! É a panacéia nacional. Esquece-se, com isto, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não será resolvida mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça.

Ora, não basta dizer que algo precisa ser feito para “desentulhar” o Judiciário. Ninguém ignora, e isso parece evidente, que essa questão de “desafogo” deve ser enfrentada. Aliás, a discussão não é nova. Ainda no ano de 1996, o conselheiro da OAB Reginaldo Castro admitia que “[...] a súmula vinculante surge com uma boa intenção: aliviar a carga dos tribunais, fazendo com que se abstenham de julgar questões a respeito das quais já haja liberação do STF ou do STJ.” Mas, ao mesmo tempo, chamou a atenção para a gravidade do efeito prático: estabelece a perda de autonomia dos juizes, tornando-os meros aplicadores das súmulas dos tribunais superiores”³.

Daí que a matéria merece um debate mais aprofundado, com a desmi(s)tificação de algumas teses tidas como indiscutíveis. Com efeito, embasar a atribuição de efeito vinculante às Súmulas e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no instituto do *stare decisis* vigente no Direito norte-americano, como sustentam, por exemplo, o Ministro Carlos Velloso e outros juristas de nomeada, parece ser um equívoco, a começar pelo fato de que, “nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer nas leis, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício.”⁴ Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, e a obrigatoriedade da obediência ao “precedente sumular” por intermédio de emenda constitucional *em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica*.

³ “Soberania do Judiciário”. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, p. 2, 14.03.96,

⁴ Cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 61-62; MACIEL, Adhemar F. *Apontamentos sobre o judiciário americano*. O judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994; RODRIGUES, Leda B. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 199-200 e DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9. ed. Paris: Précis Dalloz, 1988.

Saliente-se, também, que, no Direito norte-americano as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver as disputas entre os litigantes de um determinado processo. Daí a necessidade de lembrar - e isso é extremamente relevante para a discussão da problemática brasileira - “[...] que a autoridade do precedente vai depender e será limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar”⁵. Parece, destarte, que tal circunstância assume relevância para uma comparação com o que ocorre no Direito brasileiro, onde a expressiva maioria das decisões judiciais se baseia em “precedentes sumulares” e “verbetes jurisprudenciais” retirados de repertórios estandardizados, muitos de duvidosa cientificidade, que acabam sendo utilizados, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Isso, porém, não ocorre no Direito norte-americano, pela relevante circunstância de que lá o juiz necessita fundamentar e justificar detalhadamente a sua decisão.

Ou seja, na *common law* não basta dizer, como se faz aqui, que a solução da controvérsia é *x*, com fundamento no precedente *y*, isto porque o precedente deve vir acompanhado da necessária justificação (contextualização). Isto significa dizer que, *vingando a tese, surgirá no Brasil um perigoso ecletismo*: no sistema da *common law*, o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei (ou com uma súmula). Assim, acaso vencedora a tese vinculatorio-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbe sumular para ser válida [...].!

Nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. “Enfim, o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes transformam-se, na prática, de normas individuais – válidas para cada caso – em normas gerais de validade *erga omnes*”.

Por isto, é preciso maiores fundamentos científicos, a importação da doutrina do *stare decisis* pela razão de que, no âmbito da *common law*, os precedentes não são aplicados de forma dedutivista, como se o precedente fosse a premissa maior. O precedente, para ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, *sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que gerou o aludido precedente*. Além disto, o próprio precedente deverá ser examinado no contexto da posição (atual) que o Tribunal tem sobre a referida matéria. Numa palavra: *precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada “caso” jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular[...].!* Isto significa chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de que a insti-

⁵ Cf. RUMBAUGH, citado por D. RÉ, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfeld. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Síntese, n. 198, p. 28, 1994.

tuição das súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico). As Súmulas vinculantes representam um retrocesso em direção à metafísica clássica, em que o sentido estava nas “coisas”. Na Súmula estará condensada a substância (essência) de cada “coisa” jurídica. Ou seja, a “substância” contida no verbete sumular destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade.

É temerária, pois, a adoção do efeito vinculante no Brasil. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal. Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que a vinculação da jurisprudência é uma camisa-de-força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. Conforme a emenda constitucional recentemente aprovada, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sem citar, por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho) passarão a ter o poder de impor suas decisões aos tribunais e juizes do restante do país não através da jurisprudência naquilo que se entende por análise detalhada de acórdãos e seus suportes fáticos, mas, sim, através de verbetes sumulares com valor superior às leis.

Para se ter uma idéia dos objetivos reformistas, um dos dispositivos específica que – no âmbito do STF - “[...] do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal [...]”.⁶ Julgando a reclamação procedente, o STF anulará a decisão e determinará que outra seja proferida.

Já no plano do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal do Trabalho, a súmula emanada pelo respectivo Tribunal *constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado*.

Em resumo: *decisão que aplica a súmula é irrecorrível; já a decisão que se rebela contra uma súmula, enfrenta dois tipos de obstáculos: se a súmula é do STF, cabe reclamação; se é do STJ ou do TST, o recurso não será conhecido, em face da assim denominada “súmula impeditiva de recurso”*.

E não se diga, nesta altura, que a introdução do mecanismo denominado súmula impeditiva de recurso foi introduzida no projeto para “amainar” o problema. Com efeito, pela *súmula impeditiva de recurso*, somente será possível a

⁶ Como contraponto, vale referir que não nos deve impressionar o argumento esgrimido pelos juristas que apoiam a tese vinculatorio-sumular de que as súmulas podem ser revistas pelo Tribunal que a instituiu (aliás, sempre puderam[...]). Desnecessário dizer que até que haja a revisão, ela surtirá efeitos similares às das leis (ou até mais). Ora, as leis também podem ser revistas pelo Parlamento e nem por isso se nega a possibilidade da existência de recursos de decisões que contrariem as leis [...] Ou seja, vingando a tese reformista, chegaremos ao seguinte paradoxo: se juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, não caberá recurso e sim, reclamação (no caso das súmulas emitidas pelo STF) [...] Ou seja, *em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim!*

interposição de recurso de sentença que venha a contrariar a súmula. Ou seja, se o juiz ou o tribunal exarar sentença que esteja em conformidade com a súmula emitida pelo STJ ou TST, não caberá recurso à parte (*sic*); já na hipótese de a decisão contrariar a súmula, então será cabível o recurso. Ora, parece não haver dúvidas de que esse “mecanismo” proposto sofre dos mesmos vícios da súmula vinculante “geral e irrestrita” constante no Projeto. Com efeito, *a proposta da “súmula impeditiva”* pode vir a institucionalizar uma espécie de

consenso virtual do judiciário acerca de determinadas matérias” (da cúpula até a base), com a peculiaridade de que, ao mesmo tempo em que há protestos em torno da Súmula vinculante porque esta coloca o judiciário como legislador (afora outras críticas), de outro lado estar-se-á aceitando a possibilidade de o judiciário ser um “bom legislador”, bastando, para tanto, que as cúpulas elaborem “boas” súmulas (das quais, exatamente por serem “corretas”, não caberá recurso).

Ou seja, se a Súmula for considerada “correta” pelos juizes – e por isso passam-na a aplicar – o instituto das Súmulas “perde” o epíteto de “autoritarismo”, etc.; já se os juizes com ela não concordarem, caberá recurso.

Por isso, não parece que a assim denominada súmula impeditiva de recurso esteja a salvo das críticas dirigidas às súmulas vinculantes *stricto sensu*: *o critério para aferir a “correção” de uma Súmula não pode advir do fato de ser aplicada ou aceita pelos juizes ou tribunais*. Esta é a contradição secundária do problema. A contradição principal diz respeito às condições de possibilidade que têm os Tribunais Superiores para editar súmulas. Dito de outro modo, se as súmulas são problemáticas – e isso já ficou claro a partir de inúmeras teses apresentadas e discutidas durante os últimos dez anos – porque, entre outras razões, tiram a autonomia dos juizes e impedem, no plano hermenêutico, o aparecer da singularidade dos casos (por isso, as súmulas são metafísicas), “a simples circunstância de serem consideradas como “corretas” não tem o condão de lhes retirar tais características”.⁷

Ninguém ignora que até no sistema em vigor – ao editarem uma súmula, o STF, o STJ e o TST passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, *o Poder Judiciário, por sua cúpula, passará a legislar, o que, à evidência,*

⁷ De outra forma, não se deve olvidar o poder de violência simbólica que as Súmulas exercem nos operadores do Direito, questão que pode facilmente ser detectada do fato de que a expressiva maioria das Súmulas recebe ampla aceitação pelos juizes e tribunais. Na realidade, são raros os julgadores que se opõem às Súmulas.

quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal. Essa talvez seja a mais grave objeção que pode ser colocada contra a criação jurisprudencial *stricto sensu* em um ordenamento filiado à família romano-germânica. Esse obstáculo está calcado no fato de que tal criação não se compactua com a democracia. Com agudeza, *Winterton* escreve que “a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o Legislativo, que o é, [...] é antidemocrática”.⁸ Observe-se que as críticas formuladas por *Winterton*, ratificadas por nomes da parte de *Lord Devlin*, até por se referirem à *common law*, assumem maior relevância ainda se trazidas para o âmbito da *civil law*, no interior do qual o paradigma é a lei, como é o caso do Brasil.

Com essa perspectiva dada pelas Súmulas, o Direito brasileiro se aproxima da *common law* no seguinte aspecto: passa a ter no segundo e no terceiro grau do Poder Judiciário (mormente no STF e STJ) a instância mais importante.

Dito de outro modo, no sistema jurídico baseado predominantemente na lei – como é o nosso – o juiz de primeiro grau adquire dimensão importante. Porém, sendo a Súmula um critério de fechamento autopoietico do sistema (LUHMANN), as *decisões de primeiro grau que contrariarem Súmulas passam a ter importância absolutamente secundária, eis que passíveis de imediata e fácil cassação pela instância superior*. Isso sem esquecer que, no sistema da *common law*, o fundamental é encontrar a regra de reconhecimento (HART), que nada mais é do que a resultante de reiteradas decisões. É, pois, fática, ao contrário da norma fundamental (KELSEN) que é dirigida e pensada para a *civil law*, sendo, assim, gnosiológica.⁹

Não é crível que a comunidade jurídica brasileira não se importe com isso. Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juizes pelo desafogo dos processos – tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafogo do aparelho judiciário depende de providência drásticas do quilate das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade, em decisão que rejeita ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, além dos mecanismos de filtragem recursal constantes na Lei 9.756/98, os operadores do Direito agem como aquele sujeito que perdeu o relógio em uma praça escura e põe-

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 93.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função*. A ilegitimidade do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

se a procurá-lo, longe dali, debaixo de uma luminária. Perguntado acerca de sua conduta destituída de qualquer racionalidade, o sujeito responde: “– Ora, aqui é bem mais fácil procurar [...]!”

Ou seja, discutir a efetividade da justiça é colocar também em xeque, necessariamente, a qualidade das decisões e a legitimidade destas. A construção das condições de possibilidade de uma democratização da justiça e em especial do Poder Judiciário não podem sucumbir ao sedutor canto da sereia do *establishment* jurídico-dogmático e dos setores governistas, que, antes de mais nada, apostam no efeito vinculante como um projeto de poder, que está agregado – e somente assim pode ser entendido – às demais reformas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional. Castro¹⁰, chama a atenção para o fato de que, “criada a Súmula, as decisões do STF teriam efeito *erga omnes*. Nenhum outro tribunal ou juiz poderia contestá-las. Imagine-se como isso funcionaria num contexto de exceção política: um Presidente da República menos escrupuloso poderá, pelo menos em tese, iludindo a boa-fé do tribunal, provocar a constituição de súmula vinculante que interesse a seus propósitos e, com ela, amordaçar “legalmente” a sociedade e a própria estrutura do Judiciário”. Não se trata aí, continua o autor, de duvidar da integridade moral do STF ou de seus integrantes. Isso não está em jogo. O que ocorre é que o autoritarismo, quando se estabelece,

[...] fere de morte a autonomia dos poderes. E a reação é inexoravelmente lenta e penosa, em face da complexidade do processo político. Nesse diapasão, o citado jurista relaciona exemplos como as ditaduras latino-americanas, de antanho e contemporâneas. No Brasil, a ditadura de Floriano Peixoto, a crise política do caso Márcio Moreira Alves, com a cassação de três ministros do STF são bem ilustrativas [...].

Agregue-se, ademais, que nada nos garante que a vinculação sumular terá o condão de desafogar a máquina judiciária. Há um equívoco dos que pensam que o emperramento dos processos será resolvido dessa maneira. Observe-se, como já dito anteriormente, que no Direito norte-americano – tido e havido como modelo pelos que querem introduzir as modificações no nosso sistema – as decisões não são *proferidas para que possam servir de precedentes no futuro*, mas, sim, para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário. *Por decorrência, a utilização do precedente em casos posteriores é uma decorrência incidental*. Daí, transportando o problema para o nosso sistema jurídico, há

¹⁰ CASTRO, Cláudio Dias de. *Súmulas vinculantes: uma (dis)solução jurídica*. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto427.htm>>. Acesso em 08 jun. 2004..

que se perguntar: quem dirá (e como isso será feito?) que o caso em julgamento – suscetível da aplicação do precedente sumular ou jurisprudencial vinculativo – é similar ao outro, que originou o precedente? Os processos, para que tenham um rápido tramitar, principalmente em grau de recurso, acaso serão postos em uma pilha e despachados em série, algo do tipo, NPU (não provido por unanimidade) ou PPU (provido por unanimidade), prática, aliás, já corriqueira nos Tribunais?

2. As súmulas e os mecanismos periféricos de vinculação já existentes: a crônica de um fracasso anunciado

É relevante que se discutam tais particulares, até porque, sabidamente no Brasil, *as Súmulas já exercem, na prática, um poder vinculante, por intermédio do que se pode chamar de controlabilidade difusa que exercem no sistema e pelo fortíssimo poder de violência simbólica com que estão unguidas*. Ao lado disso, é necessário lembrar que desde 1990 existe a Lei 8.038, que, no seu art. 38, concede poderes ao relator do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, para negar seguimento a recurso *que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal*.¹¹ O que é isso, senão uma forma de vinculação sumular?¹² Para completar, pela redação da Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou o art. 557 do Código de Processo civil, *essa modalidade de vinculação sumular foi trazida para o âmbito dos tribunais inferiores, mediante a faculdade de o relator negar seguimento ao recurso*¹³ *que for contrário à Súmula do respectivo*

¹¹ À evidência, esse dispositivo é inconstitucional, embora a dogmática jurídica – talvez pela crise de paradigma que enfrenta – não tenha se pronunciado a respeito. Por decorrência lógica, também é inconstitucional o Art. 557 do Código de Processo Civil. A violação da Constituição por tais dispositivos e suas conseqüências é analisado em STRECK, *Súmulas*, op. cit.

¹² A problemática relacionada ao alcance e às conseqüências do Art. 38 da Lei 8.038/90 pode ser analisada também por outro viés. Com efeito, na discussão da ADIn 594, na qual o PMDB argüiu a inconstitucionalidade da Súmula 16 do STJ, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos vencidos o Min. MARCO AURÉLIO, decidiu pelo não conhecimento de ação direta contra Súmula. Registre-se, nesse aspecto, a relevantíssima lição constante no voto proferido pelo Min. MARCO AURÉLIO a favor do conhecimento da ADIn. Na oportunidade, sustentou o Ministro: “O Art. 38 da Lei 8.038/90 confere, a meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, *mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça*. Esse artigo contém a utilização do verbo “negar” de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no STJ, com razões de recurso que contrariem verbete da Súmula, deve ele – é imposição decorrente do Art. 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso”. *In* RTJ 151/20 (grifei). Ou seja, a vinculação formal das Súmulas já existe no sistema jurídico brasileiro.

¹³ Recurso aqui deve ser lido *lato sensu*, incluindo, à evidência, o próprio agravo de instrumento e os embargos infringentes. Nessa linha, Teutônio Negrão, *in* *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Fica evidente que a nova redação do Art. 557 do CPC, inspirada, de forma literal, no Art. 38, da Lei 8.038/90, com a conseqüente extensão do dispositivo para o agravo de instrumento, resulta em uma vinculação sumular ainda maior da que existia até então, reforçando o conteúdo autopoietico do sistema jurídico brasileiro.

tribunal ou tribunal superior. Sem olvidar que, já de antanho, existe uma Justiça do Trabalho o art. 896 da CLT, que tem a mesma *ratio* do Art. 38 da Lei 8.038/90 e da nova redação do Art. 557 do CPC. Ou seja, já existem vários mecanismos – formais e informais – de vinculação sumular no Direito brasileiro, como a (inconstitucional) ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aliás, sem similar no mundo todo ... E, queiramos ou não, nada disso tem servido para agilizar o Judiciário! Por quê? Porque o emperramento do aparelho judiciário não depende de soluções *ad hoc*.

De qualquer sorte, é impossível prever, no plano da operacionalidade do Direito, as conseqüências da implantação *stricto sensu* (e não meramente disfarçada como já ocorre – repita-se - a partir da Lei 9.756/98) das teses vinculativas no Brasil. Não é temerário, porém, afirmar que a centralização das decisões nos Tribunais Superiores, retirando das instâncias inferiores a possibilidade – *face to face* – de dizer o Direito no caso concreto, é um dos mais sérios problemas. Esse problema, aliás, deve ser analisado a partir de dois âmbitos:

a) *no plano político*, tem-se a centralização das decisões, o que representa possibilidades amplas de sobreditamento de posições mais conservadoras, conforme a tradição (no sentido gadameriano) tem demonstrado, bastando, para tanto, que olhemos ao nosso redor e nos indaguemos para que e para quem tem servido o Direito no Brasil, questão que, ao que tudo indica, não se constitui em razão suficiente para sensibilizar a comunidade jurídica;

b) já *no plano hermenêutico*, ocorre a petrificação dos sentidos jurídicos, a partir da criação de significantes-primordiais-fundantes,¹⁴ que impedem, inexoravelmente, o aparecer da singularidade dos casos particulares.

Explicando melhor: no plano do que chamamos de prática jurídica, grande parcela das querelas jurídicas tem sido decidida mediante a (singela) citação de ementas jurisprudenciais (ou Súmulas) descontextualizadas, a ponto de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade (*sic*) de um dispositivo de medida provisória com fundamento na Súmula 618, *de edição anterior à Constituição*. Ou seja, uma súmula serviu de parametricidade! Calha lembrar, além disso, que as decisões, embora fundamentadas nos verbetes (nos seus mais variados tipos), não são suficientemente justificadas, isto é, não são agregados aos ementários jurisprudenciais *os imprescindíveis suportes fáticos*, decorrendo daí o que denomino de “um perigoso ecletismo”, originário de um hibridismo (simplista/simplificado) representado pela fusão de institutos da *common law* e da *civil law*. Ocorre, assim, um processo de “dispositivação da *common law*”.

¹⁴ Sobre o assunto, remeto o leitor à obra *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, op.cit.

Com o poder de editar Súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as Súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (Legislativo e Judiciário), petrificando o sentido do texto (e da norma exsurgente desse texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoietico, a vinculação sumular reforça o poder de auto-reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF (veja-se o problema de o STF elaborar Súmulas, que, na prática, *são verdadeiras emendas à Constituição*) “fecha” o sistema.

A função de fechamento, ao transformar decisões provenientes de interpretações de determinados sentidos atribuídos à lei, sem retirá-la do sistema através de inconstitucionalidade, *não mais resolve problemas concretos*. Com isto, “abre-se” a possibilidade para outros casos. Isto é um paradoxo, uma vez que, pelos mecanismos vinculativos, o sistema torna-se mais fechado, mas, como a súmula vinculante (e a vinculação das decisões em sede de interpretação conforme, p.ex.) *também é um novo texto, tal circunstância torna ao mesmo tempo o sistema aberto para novas interpretações*. Ora, no plano da hermenêutica, em que se trabalha com uma perspectiva produtora de sentido, e não reprodutora, e que a cada interpretação faz-se uma nova atribuição de sentido, *é evidente que também as Súmulas e as decisões que as aplicarem acriticamente deverão ser interpretadas*. Ou seja, do mesmo modo como as leis (textos) não são claras, as decisões que se pretendem universalizantes como as Súmulas também não o são... *Desse paradoxo, entretanto, a dogmática jurídica não se dá conta!*

Os argumentos utilizados para justificar essa verdadeira “cruzada” na busca de mecanismos engessadores das manifestações das instâncias inferiores da justiça são sempre os mesmos: desafogar (*sic*) as prateleiras dos tribunais superiores, que estão assoberbados de recursos dos mais variados. Ou seja, busca-se uma “efetividade (meramente) quantitativa”. Talvez os articuladores de tais teses estejam demasiadamente preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, *deixando de lado a discussão dos problemas da solução*, que certamente passam, também, por uma análise estrutural e por uma compreensão crítica do imaginário dos operadores jurídicos, ainda atrelados aos paradigmas objetificantes aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, em um plano, e, em outro – embora tais planos não sejam separáveis – ainda mergulhados na crise de paradigma liberal-individualista-normativista.

3. Da efetividade meramente quantitativa buscada pela vinculação sumular a efetividade qualitativa: apontando alguns caminhos

Antes de pensar na introdução de mecanismos anti-hermenêuticos e antidemocráticos no sistema (além dos que já foram implementados), o *establishment* jurídico brasileiro poderia refletir seriamente acerca da efetiva utilização dos instrumentos processuais-procedimentais existentes de há muito no ordenamento, os quais, a toda evidência, poderiam contribuir, em muito, para o assim chamado “desafogo da máquina judiciária”¹⁵. Assim, mecanismos de filtragem devidamente instrumentalizados no primeiro grau podem, por exemplo, impedir discussões inócuas e despiciendas nos demais graus de jurisdição. Daí que, sem pretensão de estabelecer proposta(s) acerca dessa conturbada problemática, tenho que alguns pontos podem e devem aqui ser trazidos para reflexão. O processo civil e o processo penal, por exemplo, são ricos em mecanismos de filtragem antecipada. Um exame criterioso das petições iniciais com base no Artigo 282 do Código de Processo Civil evitaria a formação de inúmeros processos, fadados à acumulação de despachos e decisões burocráticas; acrescentasse, ainda, a importância de um adequado manejo do despacho saneador. No campo do direito penal, há uma quantidade significativa de tipos penais que sequer foram recepcionados pela Constituição (as contravenções penais, por exemplo, são incompatíveis com os princípios da secularização do Direito e da subsidiariedade). Com decorrência, quotidianamente pequenos delitos e querelas sem lesividade social são desnecessariamente levados, aos milhares, através de recursos, aos tribunais de segundo grau. A aplicação do princípio da insignificância, por si só, eliminaria um percentual razoável de processos e recursos criminais. A aplicação do princípio acusatório igualmente representaria avanço significativo na efetividade do processo penal. Além disso, uma análise criteriosa (e garantista) das condições da ação no ato do recebimento da denúncia, observando, por exemplo, a existência de justa causa, evitaria que um expressivo percentual de processos criminais iniciasse.

A criação de tribunais administrativos, com a competência para o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto, litígios, deriva-

¹⁵ Para que tenhamos uma idéia acerca do problema ocasionado pelo acúmulo de processos nos tribunais brasileiros, vale registrar que existem atualmente cento e cinquenta mil processos aguardando distribuição nos Tribunais de Justiça e Alçada de São Paulo. Alguns deles somente chegarão às mãos dos relatores cinco anos após a prolação da sentença de primeiro grau, considerando-se o número de membros das duas Cortes e o número de processos distribuídos a cada juiz de alçada ou desembargador (apenas dez processos por semana), conforme regra estabelecida por aqueles Tribunais. Nesse sentido, ver RUIZ, Urbano. *Democracia e Poder Judiciário*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2003. Inédito.

dos das relações administrativas e fiscais com a previsão de um Tribunal Administrativo Superior (sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Constitucional que venha a ser criado), a exemplo do que ocorre em países como França, Portugal e Espanha, igualmente poderia representar significativo avanço no terreno da efetividade qualitativa dos processos e da jurisdição constitucional.

Por outro lado, centenas de vagas são abertas, todos os anos, em concursos públicos para magistrados nas diversas áreas da justiça. Novas comarcas são instaladas, para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais litigiosa. Novas faculdades de Direito são criadas em cada canto do país, o que dá a entender que o mercado de trabalho para operadores jurídicos (ainda) está em franca expansão (muito embora se saiba que desde há muito o número de bacharéis já excedeu o número compatível com a realidade brasileira...). Desse modo, ao lado da expansão de Comarcas e de vagas para juizes (e promotores), *por que não indagar acerca da expansão do número de vagas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal?*¹⁶ Afinal, as despesas efetuadas com um Ministro do Tribunal Superior não são mais elevadas que os da instalação de uma Comarca. Apresentado de outro modo: se um Tribunal Estadual pode ter 125 desembargadores (é o caso do Rio Grande do Sul), qual o argumento para negar o aumento do número de vagas para ministros do Superior Tribunal de Justiça, que, afinal de contas, julga os recursos especiais oriundos de toda a federação?

Há que se enfrentar essa problemática. Se em uma unidade da federação como o Rio Grande do Sul um recurso criminal é julgado em não mais do que três meses, é porque – e não somente por isso – provavelmente o número de julgadores é proporcional ao número de Comarcas e recursos deduzidos pelas partes. Ou seja, a busca de uma efetividade, enfim, do assim denominado “desafogo de processos”, também implica discussões estruturais. O enfoque meramente funcional faz com que a discussão recaia em uma contradição secundária do problema. De qualquer sorte, este é apenas o início da discussão.

Na medida em que a preocupação da ciência jurídica deve fincar raízes na *efetividade qualitativa*, calcada em problematizações interdisciplinares que apontem para a construção das condições de possibilidade de uma aplicação do Direito naquilo que ele tem de possibilidades prospectivas dirigidas ao resgate das promessas da modernidade, o que implica a denúncia de toda e qualquer tentativa de inibir o acesso à justiça e à realização dos direitos fundamentais previstos e institu-

¹⁶ É alvissareira a notícia publicada na *Folha de S. Paulo* de 17.02.2003, p. A-4, dando conta de que o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, além de defender a instalação de um Tribunal Constitucional, concorda com a tese da duplicação do número de componentes do Superior Tribunal de Justiça, já exposta na obra *Jurisdição Constitucional*, 1. e 2. ed.. op.cit.

idos pelo constituir da Constituição, *torna-se necessário apontar todos os obstáculos que se contrapõem a esse desiderato.*

Além de tais sugestões, e conforme já deixei explicitado em textos anteriores, o problema da morosidade da justiça – *holding* do discurso dos defensores das súmulas vinculantes – também pode ser enfrentado *através da adequada utilização da jurisdição constitucional.* Assim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entulhado por milhares de recursos que tratam de matérias repetidas (afinal, é essa a argumentação que tem sido utilizada para justificar a criação de mecanismos agilizadores do sistema, como as Súmulas vinculantes), quando confrontado com recursos de decisões que *declarem a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo*, bastaria que, na hipótese de entender que, de fato, o ato normativo é inconstitucional, remetesse, *já por ocasião da apreciação do primeiro recurso extraordinário*, a decisão ao Senado da República, que, em obediência ao art. 52, X, da CF, suspenderia a execução da lei. Simples, pois, se, primeiro, o STF remetesse, de imediato, as decisões resultantes do controle difuso ao Senado, e se este, forte no art. 52, X, emitisse, também de imediato, a resolução suspensiva da lei (despiciendo relembrar, aqui, o que já foi relatado anteriormente, isto é, que o Senado não tem cumprido com o seu *munus*).

Ao mesmo tempo, e na seqüência do exemplo em tela, em sendo o *quorum* para a declaração da inconstitucionalidade o mesmo para o controle difuso e para o controle concentrado, bastaria que o Procurador-Geral da República ingressasse com a respectiva ADIn, com o que também haveria o efeito *ex tunc* para o caso (afinal, que a lei é inconstitucional já ficou definido pelo mesmo STF quando da apreciação do primeiro recurso extraordinário, ocasião em que a matéria foi examinada em plenário). A propósito disso, registre-se, de acordo com o que o Supremo Tribunal Federal deixou assentado no julgamento da ADIn n. 625-5-MA, “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquinou de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.”

Parece de todo modo inconcebível que, em sendo uma lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, não se a declare também inconstitucional em sede de controle concentrado! Resumindo: *primeiro*, com a imediata remessa da decisão ao Senado e a pronta emissão da resolução suspensiva da lei, ter-se-ia o efeito *ex nunc* no que se refere à inconstitucionalidade da lei; *segundo*, com o aforamento da ADIn, ter-se-ia de imediato o efeito *ex tunc* da

inconstitucionalidade. O efeito de tais providências no sistema? A resposta parece óbvia!

Por outro lado, se o Supremo Tribunal Federal, diante da discussão da inconstitucionalidade em tela, vier a entender que a referida lei (inquinada de inconstitucional em sede de recurso extraordinário) *não é inconstitucional*, bastaria que o Procurador-Geral da República (ou um dos demais legitimados) ingressasse com a respectiva ADC – ação declaratória de constitucionalidade (afinal, a prova da controvérsia estará mais do que presente, em face do número de recursos que estariam chegando ao STF).¹⁷ Desnecessário lembrar que a ADC tem efeito vinculante (registre-se, de todo modo, minha posição relativamente à inconstitucionalidade desse efeito). Logo, também por esse lado evitar-se-ia uma enxurrada de recursos, em face do “efeito avocatório” ínsito à ADC. Não se olvide, por outro lado, que, consoante o disposto no art. 9.868/99, a ADIn e a ADC passaram a ter efeitos “cruzados”. A cada decisão de improvimento, ocorre o efeito reverso (e vice-versa).¹⁸ Dito de outro modo, o adequado manejo dos mecanismos da jurisdição constitucional – mormente nas hipóteses em que se discute a inconstitucionalidade de um texto normativo – tem o condão de “cercar” a problemática decorrente da repetição/proliferação de recursos “por todos os lados”.

4. Aportes Finais

De como o perigo *não está propriamente nas súmulas* (porque elas também são textos), mas no seu uso *metafísico* pelos juristas, em face da crença de que os verbetes são parte integrante (imanência) das coisas.

De tudo o que foi dito, é possível afirmar que o Judiciário brasileiro não é lento porque as súmulas ou as jurisprudências não vinculam/obrigam, formal ou informalmente (não esqueçamos que a vinculação já existe de há muito, sem mencionar o poder de violência simbólica das súmulas e das assim denominas jurisprudências “dominantes”), as instâncias inferiores, mas, sim, porque está as-

¹⁷ O exemplo da Lei dos Crimes Hediondos ilustra bem esta situação. Com efeito, passados mais de dez anos da edição da citada Lei, não restou pacificado – no plano dos tribunais da federação – o problema da possibilidade ou não da progressão de regime carcerário no caso de o crime ser hediondo. No caso, por exemplo, do TJRS, há uma clara divisão acerca do entendimento da matéria. Desse modo, sempre que uma das Câmaras entender que é inconstitucional a proibição de progressão de regime, o Ministério Público interpõe recurso extraordinário. Ora, na hipótese em tela, bastaria que o Procurador-Geral da República ingressasse com uma ADC, para que o STF dissesse, em sede dessa ação, aquilo que já disse em inúmeros julgados em sede de controle difuso! Simples, pois. É o que se denomina de adequado manejo da jurisdição constitucional.

¹⁸ Sempre deixando clara a posição esposada nesta obra no sentido da inconstitucionalidade do efeito “duplo” resultante da “ambivalência” da ADIn e ADC. Ver *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit.

sentado sobre uma estrutura arcaica e burocrática, permeada por um imaginário conservador, fruto de uma fortíssima crise de paradigma¹⁹ pela qual passa a dogmática jurídica. Assim:

I. É exatamente no contexto dessa crise paradigmática – (re)alimentada/impulsionada por políticas legislativas *ad hoc* – que podemos ter a certeza de que, logo depois disto, surgirão novas tentativas, talvez até mais “sofisticadas” do que estas, objetivando manipular e manietar, mais ainda, os operadores jurídicos e as instâncias inferiores do Judiciário. Nesse contexto, já que a crise paradigmática estará, então, agravada, o que menos se discutirá, provavelmente será a qualidade das decisões e a legitimidade das instâncias superiores do Judiciário para tal...

II. Antes de criar mecanismos de vinculação de súmulas ou outros similares, há que se (re)discutir a dogmática jurídica e seus mecanismos de (re)produção e instrumentalização, consubstanciados no que se pode chamar de senso comum teórico dos juristas,²⁰ que instaurou um olhar estandardizado sobre a operacionalidade do direito em nosso país.

III. Há que se ter claro, pois, que a partir de uma abordagem hermenêutica, as súmulas, a par de se constituírem em “conceitos” que pretendem aprisionar os fatos, *também são textos*. Conseqüentemente, tais textos são tão interpretáveis quanto qualquer outro texto legislativo! Desse modo, a pretensa “univocidade de sentido” buscada pela vinculação sumular não deveria apresentar-se como problemática, porque, *como qualquer texto jurídico, também à súmula será atribuído um sentido*.

¹⁹ Partindo da premissa de que um paradigma implica uma teoria fundamental reconhecida pela comunidade científica como delimitadora de campos de investigação pertinentes a determinada disciplina (KUHN), pode-se dizer que o que fornece o *status* científico de uma ciência vai depender não tanto das teses defendidas pelos manuais científicos, mas sim do consenso da comunidade científica em torno dessas teses, conforme muito vem ensinar Celso Campilongo, *in Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo, 1982, p. 11 e ss. Agregue-se a isso o dizer de Enrique Puceiro, “Teoría jurídica y crisis de legitimación”. In: *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 289 e ss., para quem a dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações. Daí que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. Diz mais, o mestre argentino, que a crise da ciência do Direito é um capítulo da crise mais ampla da racionalidade política que ocorre nas sociedades avançadas.

²⁰ Conforme Luiz Alberto WARAT, por detrás das regras do método e dos instrumentos lógicos da dogmática, existe uma mentalidade difusa que constitui a vigilância epistemológica pela servidão do Estado. Mais ainda, a ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado. Essa ilusão epistêmica, composta pelo conjunto de opiniões compartilhadas pela comunidade de juristas, é o que Warat denomina de senso comum teórico dos juristas. In *Introdução ao estudo do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 16 e ss.

IV. Entretanto, as súmulas torna(ra)m-se problemáticas porque – e faço a denúncia fundado na doutrina de KAUFMANN - *a prática judicial actual, examinada de um ponto de vista metodológico, ainda está sob o domínio do método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX.*²¹ Por isto, o problema mais grave em atribuir efeito vinculante às súmulas reside no fato de que, no plano da operacionalidade do direito, *cada súmula transforma-se em categoria ou conceito que serve de premissa de sustentação de raciocínios dedutivos ou subsuntivos*, próprios de um ultrapassado positivismo metafísico, que busca “aprisionar” nesses conceitos (significantes) uma espécie de “essencialidade fático-jurídica”.

V. De todo modo, embora a profunda indignação que essa problemática da vinculação sumular vem causando em setores da comunidade jurídica, entendo ser possível, no plano de uma análise hermenêutica, “contornar” o problema dessa “vinculação institucionalizada”. Destarte, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta correta – a partir do exame de cada caso.²² Ou seja, é o detalhado exame das circunstâncias que conformam o problema jurídico concreto que indicará se a súmula (ou a lei ou até mesmo o “verbete”, que nada mais é do que uma “quase súmula”) deve – ou não - ser aplicado (não esqueçamos que interpretar é explicitar o compreendido, como bem diz Gadamer). Para tanto, basta que as interpretações adjudicadas a cada caso

²¹ Idem, ibidem, p. 184.

²² Antes de tudo, ao estar diante da aplicação de uma súmula, o intérprete deve examinar o contexto, isto é, a similitude do “caso” que a súmula quer abarcar, evitando, assim, a subsunção metafísica própria do modelo positivista-exegético. Interpretar é aplicar. Subsunções escondem a singularidade dos casos e a súmula, ao pretender construir conceitos universalizantes, poderá sacrificar a especificidade do caso sub análise, que é sempre único, irrepetível. Além disto, a súmula – como têm ocorrido inúmeras vezes – pode ser produto de uma atribuição de sentido arbitrária por parte do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal. Em face disso, podem ser adotados os seguintes procedimentos: a) como não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (nesse sentido, ver item 12.10, na obra *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*), cabe ao intérprete do Estado Democrático de Direito efetuar a devida correção em sede doutrinária ou de aplicação judiciária. Assim, se a súmula for inconstitucional, o intérprete deve apontar a irregularidade, deixando de aplicá-la (expungindo-a do sistema). Não esqueçamos as seguintes questões que envolvem a problemática em tela: primeiro, a súmula, ao ter efeito vinculante, adquiriu *status* de normatividade (ato jurídico suscetível de controle de constitucionalidade – veja-se, para tanto, ADIn n.594); desnecessário dizer que o controle pode ser feito de forma difusa; segundo, se a súmula violar um dispositivo infraconstitucional, duas hipóteses se apresentam: ou será inconstitucional, por violação direta da Constituição ou poderá deixar de ser aplicada em face dos critérios de resolução de antinomias; terceiro, a ADPF é remédio para suscitar a inconstitucionalidade de súmula (já o era antes da emenda constitucional que tornou vinculantes as súmulas). Por fim, sempre se poderá lançar mão dos mecanismos da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) no ato de aplicação da súmula.

venham acompanhadas da necessária justificação (motivação).

VI. Repita-se: a súmula vinculante é também um texto jurídico e, por isso, não acarreta novos problemas no plano hermenêutico. *O novo aqui é o que essa vinculação representa para a dogmática jurídica acostumada a trabalhar com conceitualizações que buscam aprisionar as “substâncias do direito” nos conceitos pré-elaborados.* Ou seja, a operacionalidade do direito, inserida em um positivismo de cunho exegético preparado para elaborar subsunções, tem resolvido os problemas (casos) jurídicos a partir do uso de verbetes (que poderiam ser ou não súmulas, porque estas também não passam de meros verbetes) que funcionam como “categorias” fundantes, que nada mais são do que objetificações metafísicas, como se os sentidos estivessem contidos nesses verbetes (portanto, “nas coisas” que elas designam, como na metafísica clássica). O problema, pois, está no fato de que os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação. Ora, a súmula, ao servir de fundamento, metafisicamente abarca a própria justificação, porque, afinal, ela foi feita para isto: para aprisionar “substâncias” e “seqüestrar o tempo”. Trata-se, enfim – e a crítica tomo de Alejandro Nieto ao conceitualismo²³ –, de um retorno à jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), pela qual o jurista cria conceitos gerais (o que na metafísica clássica se chamava de “universais”) mediante a eliminação dos dados singulares de cada problema concreto – descrito em uma norma ou socialmente praticado – *até chegar, por abstração, a uma nova suficientemente universalizante, apta a compreender a todas as situações individuais que lhe deu origem.* O maior risco do “método conceitual”, alude o jusfilósofo espanhol, está em que, ao “descender” aos fenômenos individuais reais, fica desnaturado o “mínimo jurídico” do “abstrato” *e se aplica a fenômenos que por sua singularidade são incompatíveis com o regime geral atribuído ao conceito abstrato.*

VII. É preciso estar atento, pois, ao perigoso ecletismo pelo qual passa o sistema jurídico brasileiro: busca a fórmula dos precedentes sem a correspondente obrigatoriedade da motivação/justificação. Destarte, as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, assinala Ordonés Solis. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a

²³ NIETO, Alejandro. *Limitaciones juridicas del conocimiento*. Madrid: Trota, 1994, p. 22 e ss.

eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que “as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular” (sentenças de 9.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 – TEDH 1998,3, Higgins e outros –Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 – TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES).²⁴

VIII. Ou seja, *o juiz não pode considerar que é a súmula que resolve um litígio* – até porque as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas -, *mas, sim, que é ele mesmo, o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de horizontes para dirimir o conflito.*²⁵ Não devemos esquecer – e a advertência vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão: o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em um determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isto, acrescento, *fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade.* Isto seria subsunção, e a justificação nos moldes em que se deseja as decisões no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos.

IX. É nisto, pois, que reside o perigo da institucionalização das súmulas vinculantes. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, conforme a Emenda à Constituição, não caberá recurso e sim, reclamação... Ou seja, em *terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja ilegal/inconstitucional!*

X. Trata-se, pois, fundamentalmente, de um problema filosófico: muito mais do que a lei, a súmula assume, no labor

²⁴ Cf. ORDÓÑES SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política*. Vanarra: Aranzadi, 2004, p. 98 e ss.

²⁵ Em face das inúmeras críticas que o concetualismo tem recebido, sua referência nos manuais jurídicos praticamente desapareceu. Mas, alerta Alejandro Nieto, não nos enganemos, porque na prática segue vivo e se usa cotidianamente, ainda que de forma não deliberada. (NIETO, *op.cit.*, p. 26).

cotidiano da dogmática jurídica, um *status* de repositório de uma universalização conceitual-essencialista, *como se nela estivesse contida uma essência comum a todos os casos jurídicos, e desse verbete sumular irradiasse uma “certeza-significativa-fundante”*, tornando a tarefa interpretativa do jurista um “simples” caso de *adequatio* do fato ao direito (que, no caso da súmula, estará pré-definido). Volta-se, assim, à velha separação entre fato e direito ou questão de fato e questão de direito, invenção política da revolução francesa que os juristas brasileiros continuam adotando em pleno século XXI.

XI. E é exatamente por isto que entendo que uma crítica consistente às súmulas vinculantes deve procurar superar *o paradigma filosófico que as sustentam*. A discussão periférica coloca em risco a contradição principal do problema. Já de há muito o pensamento jurídico-dogmático brasileiro deixou de lado uma discussão de cunho filosófico-hermenêutico mais aprofundada sobre o direito.

XII. Ao impingirem o pensamento único – pré-elaborado – acerca do direito, as súmulas buscam impedir novas leituras, novas interpretações (relembremos sempre a diferença ontológica entre texto e norma). E tudo está a indicar que esse intento será alcançado, em face do terreno fértil proporcionado por uma dogmática jurídica que empreende uma verdadeira “resistência positivista”, negando as possibilidades advindas dos novos paradigmas jusfilosóficos emergentes com o (neo)constitucionalismo e a guinada lingüística (*linguistic turn*).

XIII. A chave dessa crise talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (sic), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correta dos conceitos jurídicos (sic), ou que interpretar é buscar o “verdadeiro sentido da norma”, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo o que nela contém (sic), tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação (e as súmulas) são um “caminho seguro para alcançar corretos sentidos”, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (sic); *finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a*

vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!

XIV. Tais teses acerca da interpretação – encontráveis em boa parte da literatura jurídicas pátria – estão ainda atreladas ao esquema sujeito-objeto, que sustentou tanto a metafísica clássica como a metafísica moderna. Para os adeptos de tais idéias, a interpretação é um (simples) processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente, através de uma realidade que é análoga a que originou uma forma significativa...! Em síntese, com algumas exceções, é este o estado da arte daquilo que se entende por “interpretação da lei no Brasil”, cujas conseqüências não são muito difíceis de perceber.

XV. Daí a necessidade de uma insurreição contra essa fala falada. A tese vinculatorio-sumular é a simplista “opção” por um discurso monológico (WARAT), em que a fala já vem habitada de antemão. É, enfim, a instituição de uma espécie de “linguagem autorizada” de que fala Bourdieu, em que a súmula vinculante, como “*porta-voz*” dessa fala autorizada, transforma-se em um “impostor provido do cetro” (*skeptron*)²⁶, mesmo que para isso se cometa uma extorsão de sentido da lei e da Constituição. Quem estiver em desacordo será, irremediavelmente, condenado pelo (hediondo) crime de “porte ilegal da fala” ... !

XVI. Em síntese, não devemos sucumbir à sedução sistêmica de *um mecanismo que pretende ser um plus em relação à própria lei*. A súmula vinculante é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. Desse modo, *o problema das súmulas não reside no fato de serem “corretas” ou “incorretas”, e, sim, na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais*.

XVII. Numa palavra: a introdução das súmulas vinculantes representará um controle panóptico (lembramos BENTHAN e FOUCAULT) sobre as instâncias inferiores do Judiciário. Mais do que isto, corremos o risco da institucionalização de um imaginário *fahrenheit 451* (lembramos do filme do mesmo nome)! No filme, os livros eram queimados (451 graus *fahrenheit* é a temperatura da queima do papel de livro). É claro que, com a institucionalização da súmula vinculante, não se queimarão livros; o problema será a queima das idéias (divergentes)!

²⁶ Ver Bourdieu, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: USP, 1996, p. 39- 89.

REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: USP, 1996.
- CAMPILONGO, Celso. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo, 1982.
- CASTRO, Cláudio Dias de. *Súmulas vinculantes: uma (dis)solução jurídica*. **Mundo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto427.htm>>. Acesso em 08 jun. 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camile. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9. ed. Paris: Précis Dalloz, 1988.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- MACIEL, Adhemar F. *Apontamentos sobre o judiciário americano*. O judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NIETO, Alejandro. *Limitaciones jurídicas del conocimiento*. Madrid: Trota, 1994, p. 22 e ss.
- ORDÓÑES SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política*. Vanarra: Aranzadi, 2004.
- PUCEIRO, Enrique. Teoria jurídica y crisis de legitimación. In *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- RODRIGUES, Leda B. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.
- RUIZ, Urbano. *Democracia e Poder Judiciário*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2003.