

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

SÚMULAS VINCULANTES: UM RETORNO À JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS?

PRECEDENTS BINDING: A RETURN TO THE CASE LAW CONCEPTS?

Rogério Piccino Braga
Sérgio Aziz Ferrareto Neme

Resumo

Busca o presente trabalho estabelecer determinados questionamentos acerca do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto das súmulas de efeito vinculante, a fim de comparar e ponderar certos argumentos dos defensores do instituto, com os estudos de doutrinadores alemães do século XIX que compunham a chamada Jurisprudência dos Conceitos. Preliminarmente, serão apresentados os principais doutrinadores dessa corrente doutrinária, passando por Puchta, Jhering e Windscheid. Em sequência, o texto aborda a disciplina que as súmulas vinculantes recebem, apontando como este tratamento as torna semelhante às pandectas descritas por aqueles doutrinadores. Por fim, serão expostos alguns questionamentos acerca da compatibilidade das súmulas de efeito vinculante com o desenvolvimento da filosofia do direito dos séculos XX e XXI.

Palavras-chave: Súmulas vinculantes, Jurisprudência dos conceitos, Filosofia do direito

Abstract/Resumen/Résumé

Search this study to establish certain questions about the treatment determined by Brazilian law to institute the precedents of binding effect, in order to compare and consider certain arguments of the institute's supporters, to the studies of German scholars of the nineteenth century that made the call Jurisprudence of Concepts. Preliminarily, the main doctrinal scholars this chain will be presented, through Puchta, Jhering and Windscheid. In sequence, the paper addresses the discipline that the binding precedents are given, pointing out how this treatment makes them similar to pandectas described by those scholars. Finally, will be exposed some questions about the compatibility of the binding effect of precedents with the development of legal philosophy of XX and XXI.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedents binding, Jurisprudence of concepts, Philosophy of law

INTRODUÇÃO

Explorar o tratamento que o senso comum teórico brasileiro tem conferido às súmulas de efeito vinculante - instituto contemporaneamente compreendido como um compilado de julgados, reduzidos a um verbete abstrato e capaz de solucionar todos os casos mediante simples subsunção – se faz o propósito e objeto do trabalho desenvolvido nas linhas que seguem. De início, cumpre destacar tratar-se, evidentemente, de uma visão crítica à aplicação desse instrumento criado pela Emenda Constitucional nº 45. De igual forma, o trabalho busca apresentar como este ideário de comprimir os julgados em súmulas que gozam de efeito vinculante, no intuito de facilitar a aplicação do direito, em muito se aproxima das doutrinas alemãs do início do século XIX, que se convencionou chamar de Jurisprudência dos Conceitos.

No caminho para demonstrar de que forma a aplicação desta modalidade de súmula em terras brasileiras nos aproxima das doutrinas de interpretação/aplicação do direito do século XIX, serão relacionados os estudos de juristas daquele período, passando pelos principais expoentes daquela corrente doutrinária, não sendo permitido, portanto, olvidar de Georg Frederich Puchta, Rudolf Von Jhering e Bernhard Joseph Hubert Windscheid, passando pela influência que essa corrente jusfilosófica perpetrou no positivismo jurídico do século XX. Posteriormente, empreender-se-á a apresentação de institutos do direito estrangeiro que influenciaram na criação dessa modalidade de súmula, culminando nos assentos portugueses e no modelo do *starre decisis* norte-americano. A incorporação ao sistema jurídico brasileiro das súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Poder Judiciário), bem como dos procedimentos de criação, modificação e revogação previstos na Constituição e na Lei Federal nº 11.417/2006, também farão parte do enfoque da abordagem.

Superado o enfrentamento de questões também essenciais ao tratamento do tema, como exposto, as críticas formuladas pela doutrina acerca da equivocada importação da teoria dos precedentes norte-americanos e de como as súmulas representam um retrocesso filosófico, serão analisadas. Por derradeiro no introito do qual não se pode prescindir, os contornos doutrinários e jurisprudenciais destinados ao instituto das súmulas de efeitos vinculantes - aproximando a dogmática jurídica brasileira do pandectismo alemão e permeado pelo racionalismo oitocentista – serão trazidos à tona.

1 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

A jurisprudência dos conceitos, assim como todas as correntes jusfilosóficas da modernidade, tinha como principal característica a crença no cientificismo - baseado no método científico (observação, descrição e análise lógica), comum às ciências empíricas ou naturais. Tratava-se de uma tentativa de rompimento com o jusnaturalismo, sobretudo na busca por afastar quaisquer elementos metafísicos, sendo fortemente influenciada pelo iluminismo e pela filosofia crítica de Kant.

Teve grande relevância no desenvolvimento da teoria do direito, na medida em que buscou elevá-lo à categoria de ciência seguindo os mesmos paradigmas das ciências naturais, pretendendo estabelecer leis imutáveis e aplicáveis a todos os casos, bem como fornecendo a base para construção das teorias positivista do século XX.

1.1 A “genealogia dos conceitos” de Puchta

Discípulo de Savigny, Georg Frederich Puchta é tido como o pai Jurisprudência dos Conceitos, sobretudo por ter sido o primeiro a enfatizar que o Direito enquanto ciência deveria ser estudado a partir de conceitos, igualmente, foi quem melhor sistematizou a teoria de um sistema lógico em forma de pirâmide. Nessa esteira, a considerar que sua principal obra chamou-se *Pandekten* (Pandectas), outros juristas passaram a utilizar o termo, definindo seu método, todos que o seguiram ficaram conhecidos como pandectistas.

Pese ter sido fortemente influenciado por ela, Puchta criticava a filosofia idealista alemã (tendo como expoente seu mestre Savigny) que propugnava por um sistema em que todos os elementos gravitavam ao redor de um núcleo e, justamente por circundarem esse centro - buscando nele referência - esse sistema apresentava estabilidade e coesão, como aponta LARENZ (1997, p. 22):

Num sistema ‘orgânico’ como o que pretendiam os filósofos idealistas, os elementos constitutivos do sistema gravitavam, todos eles, em volta de um centro. A ‘unidade’ do sistema do sistema repousa na irreduzível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele) (LARENZ, 1997, p. 22).

A seu turno, o sistema de conceitos, amplamente influenciado pela lógica formal, visualizava o sistema como algo mais parecido com uma pirâmide:

O conceito ‘supremo’, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide como transparente – uma

extensão de perspectiva maior. À medida em que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. (LARENZ 1997, p. 23).

Desse modo:

Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito ‘abstrato’ (LARENZ 1997, p. 23).

Assim, em um sistema lógico ideal no topo da “pirâmide”, deve pairar um conceito mais geral e abstrato possível, de onde venha a se originar outros conceitos, que deles se possam surgir outros cada vez menos abstratos, até a cominação no caso concreto. Esse processo de decomposição do conceito supremo, em outros conceitos, por meio do raciocínio formal lógico-dedutivo, ficou conhecido como “genealogia dos conceitos”:

A ideia dos pandectistas era criar uma pirâmide de conceitos, em que cada conceito inferior ‘nascesse’ logicamente de um conceito superior (daí a noção de ‘genealogia dos conceitos’), nos moldes da matemática. A tentativa de aproximar o direito do ideal de certeza, pureza e abstração da matemática, por essa época, levou o filósofo Wilhelm Wundt a dizer que a ciência do direito, ‘por força de seu processo jurídico-conceptual, tem um caráter estritamente lógico e é, em certa medida, comparável à matemática’ (RAMIRES, 2010, p.48)

O supremo conceito (vértice da pirâmide) possui o maior grau de abstração, servido de referência para a determinação do conteúdo dos demais conceitos inferiores. Vale ressaltar, que para Puchta todos os conceitos poderiam ser deduzidos do próprio ordenamento jurídico, valendo-se das experiências históricas e do *volksgeist* (espírito do povo), por isso a rotulação de seu método como histórico-cultural. Puchta visava fornecer ao direito a mesma “cientificidade” das ciências naturais, afirmando que no âmbito da legislação haveriam conceitos que somente poderiam ser desvendados mediante uma análise científica:

É missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexos sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de por seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até o princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até ao mais baixo dos escalões. Neste empreendimento, vêm a trazer a consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do Direito nacional, não se tinham ainda exprimido, nem na imediata convicção e na actuação dos elementos do povo, nem nos ditames do legislador, ou seja, que patentemente só se vêm a revelar enquanto produto de uma dedução da ciência. E eis como a ciência vem a entrar como terceira fonte do direito ao lado das outras duas, sendo o Direito, que mediante ela surge, o Direito da ciência, ou porque é trazido à luz pela actividade dos juristas, o Direito dos juristas. (LARENZ 1997, p. 23).

O autor foi omissivo, entretanto, quanto ao conteúdo do conceito fundamental, afirmando tão somente ser esse conteúdo fornecido à Ciência do Direito pela Filosofia Jurídica. Neste ponto, Puchta é causa de divergência entre os estudiosos, Arthur Kaufman acredita que

se trata de um conteúdo de caráter ético-jurídico. A seu turno, Karl Larenz afirma ser uma espécie de *a priori* da filosofia kantiana.

1.2 O método Histórico-Natural de Jhering

Discípulo de Puchta, Rudolf Von Jhering foi um dos grandes desenvolvedores da teoria de seu mestre. Todavia, se faz importante ressaltar que os estudos de Jhering se dividem em dois períodos. A primeira parte foi dedicada ao desenvolvimento da doutrina dos conceitos. Por outro lado, a partir dos escritos do verão de 1861, Jhering modifica completamente seu pensamento, passando a defender uma teoria do direito muito mais pragmática, passando a criticar tudo que já havia escrito, em muito se aproximando da chamada Jurisprudência dos Interesses.

Em sua principal obra da primeira fase intitulada "Espírito do Direito Romano", defende um método histórico-natural a ser aplicado à ciência do direito. O autor equipara o mundo jurídico a um sistema orgânico, e em decorrência disso tendo força motora própria. Seu método histórico-natural era puramente indutivo, mediante a decomposição das normas jurídicas em elementos lógicos. Posteriormente, tais elementos eram reagrupados igualmente de maneira lógica. Nesse processo, segundo o autor, era possível inclusive a criação de novos elementos, que estavam implícitos ao sistema jurídico, chegando a afirmar que "(...) *os conceitos são produtivos - acasalam-se e geram novos conceitos*" (LARENZ, 1997, p. 31).

Jhering de certa forma rompe com seu mestre Puchta quando se afasta da ideia de um conceito suprapositivo de conteúdo ético, de onde derivavam os demais conceitos. Na metodologia idealizada por Jhering, ao invés de se partir de conceito ético-jurídico superior, têm-se como pressuposto o caso concreto. Na busca pela elucidação dos conceitos fundamentais do direito, Jhering chega a comparar o mundo jurídico a um alfabeto, onde as letras seriam os conceitos e, a partir delas, é possível a construção de um universo de palavras. Assim, a função do jurista seria, com base nas "palavras" (aqui significadas como a lei e os casos concretos), encontrar as "letras" (sendo estas os conceitos jurídicos fundamentais):

O alfabeto contém, para a linguagem, a solução duma questão, que mais acima indicávamos, como sendo o problema capital da técnica, em matéria de direito, ou seja, facilitar o conhecimento da matéria por meio da sua simplificação. Há, pois, motivo para inquirir, se a mesma maneira de resolver a questão não se poderia aplicar também ao direito, o sentido do alfabeto, que se apoia na análise e decomposição dos elementos simples, e nasce da obrigação de que as palavras não são mais que combinações fundamentais. (JHERING, 1943, p.24).

Noutro momento, Jhering equipara o direito às ciências químicas, pois assim como o químico faz com os elementos naturais, o jurista, valendo-se do corpo normativo, deveria analisá-lo, dissolvê-lo, separá-lo e reduzi-lo a elementos "simples", que seriam a essência que sustenta todo o ordenamento:

[...] é a combinação diferente, ou a modificação de certas noções fundamentais, que constituem os elementos simples do direito, sucedendo-lhe, como na linguagem, que o procedimento, para dominar a matéria, é o mesmo, por inesgotável que pareça. Trata-se, pois, de analisá-lo e reduzi-lo a elementos simples, e isto confirma a observação, que precedentemente fizemos, de que a essência do direito consiste em análises, dissolver e separar. A técnica jurídica, que tem por fim resolver esse problema, poderia, pois, chamar-se química do direito, ou seja a ciência que se ocupa de pesquisar os elementos simples dos direitos. (JHERING, 1943, p.25).

1.3 O positivismo legalista de Windscheid

Outro nome importante dessa corrente jusfilosófica foi Bernhard Joseph Hubert Windscheid, autor da conhecida obra "Tratado das Pandectas". Windscheid era defensor da ideia de que os juristas não deveriam debruçar-se sobre questões de ordem política, econômica e ética. Nesse ponto, portanto, se afastando de Puchta, precursor da Jurisprudência dos Conceitos, que sustentava um conceito supremo de conteúdo ético.

Windscheid mantinha a teoria de Puchta acerca da pirâmide de conceitos, todavia, alçava ao vértice seu conceito supremo como eminentemente psicológico, entendido como um ato de vontade. Idealizou o direito enquanto um sistema histórico-racional, enfatizando a forte influência de Savigny, mas a racionalidade do sistema encontrava bases em um fator psicológico, resultado da chamada "razão dos povos", incorporada à lei por meio do legislador. Caberia ao intérprete, portanto, no processo de decomposição e recomposição, buscar o pensamento do legislador, como uma vontade racional idealizada. Poderia, ainda, o intérprete, com fundamento nesse verdadeiro pensamento do legislador, ir além do que estava positivado, ou seja, determinar aquilo que o legislador quis expressar, mas não o fez. Por isso, afirma-se que Windscheid é um positivista legalista, corrente de pensamento onde lei e direito se equiparam.

Apresentados os principais expoentes dessa corrente jusfilosófica alemã, cabe tecer algumas considerações sobre o instituto das súmulas de conteúdo vinculativo.

2 AS INFLUÊNCIAS NA CRIAÇÃO DAS SÚMULAS DE EFEITO VINCULANTE

Uma das grandes influências para a criação do atual modelo de súmulas de efeito vinculante no Brasil veio do direito norte americano, onde vige o chamado Common Law. O instituto que é referencial nesse sistema é o *stare decisis*, entendido como os precedentes com força vinculante. Entretanto, apesar dessa referência ao modelo americano de controle de precedentes, duas observações se fazem pertinentes quando da distinção entre súmulas vinculantes e o *stare decisis*.

Primeiramente, existe uma diferença no objeto que vincula, no caso do *stare decisis* o que se torna obrigatório são os precedentes e os fundamentos de direito que justificaram o julgado, já no caso das súmulas, o que vincula é o seu texto, consubstanciado em uma minuta dos julgados que justificaram sua edição. Assim, no primeiro o que vincula é a *ratio decidendi* (razões da decisão), enquanto no segundo, a parte vinculativa é tão somente a minuta elaborada pelo Ministro relator.

A segunda observação se refere às matérias abordadas pelos institutos. No caso das súmulas de efeito vinculante, por serem prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, limitam-se exclusivamente a matérias de âmbito constitucional. De volta ao modelo norte americano, desde um caso paradigmático da década de 1930, a Suprema Corte dos Estados Unidos, firmou posicionamento no sentido de limitar a vinculação do *stare decisis* quanto a questões de ordem constitucional, isso por considerar a relevância e amplitude do julgamento destes *cases*:

Por fim, ainda é importante destacar que a súmula vinculante, ao ser exclusividade do STF, tem por intuito evidenciar a interpretação constitucional que o STF entende adequada para determinado dispositivo legal, ou seja, a interpretação constitucional é objeto das súmulas, enquanto no regime do *stare decisis*, a partir da dissidência do caso *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.* [285 U.S, 393 (1932)], resultou-se que o sistema do *stare decisis* deveria ser aplicado com menor força nas causas de direito constitucional que as de origem comum. Isto porque não existiria instituição capaz de corrigir os possíveis erros da Corte Suprema. A própria Corte Suprema afirmou que, apesar do *stare decisis* ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais. (STRECK; ABOUD, 2013, p.69).

A súmula vinculante também encontra similar no ordenamento jurídico alemão. Conforme acentua MENDES (2005, p.277), o § 31 da Lei que disciplina o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) atribui força de lei e efeito vinculante às decisões proferidas pela corte. Quando se trata do tema das súmulas de efeito vinculante não é raro que se compare tal instituto aos assentos do direito português, razão pela qual diversos doutrinadores se valem das mesmas críticas feitas aos assentos para questionar a legitimidade da utilização das súmulas. Tal argumento se reforça principalmente após a edição do acórdão

n° 810/93 do Tribunal Constitucional português, o qual reconheceu a inconstitucionalidade dos assentos em Portugal, de modo que a aproximação dos dois institutos pode levar a conclusão de que as súmulas vinculantes existentes no sistema brasileiro são igualmente inconstitucionais.

Castanheira Neves (1983, p. 108), crítico contundente do instituto sempre propugnou por sua inconstitucionalidade, que veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal de Justiça quando do Acórdão n° 810/93. Vale ressaltar que a crítica formulada aos assentos portugueses em muito se aproveita a projeto de súmulas vinculativas do direito brasileiro:

A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial. (STRECK; ABOUD, 2013, p.63).

2.1 A sistemática das súmulas de efeito vinculante

Desde o retorno à democracia e da promulgação da nova Constituição o Brasil vem experimentando um vertiginoso aumento das demandas judiciais. Aumento este que acabou culminando com uma excessiva demora na solução das lides. Alguns Tribunais chegavam ao cúmulo de levar quase cinco anos para distribuir um recurso de apelação. No começo dos anos 2000 enfatizava-se que somente com uma ampla reforma do Poder Judiciário é que o país conseguiria níveis dignos de eficiência da prestação jurisdicional. Para os que sustentavam tal tese, um dos vilões da resolução rápida dos conflitos era o excesso de recursos esperando julgamento nos Tribunais, muitos destes versando sobre matérias já pacificadas na Suprema Corte.

Imbuídos nessa ideia de reforma que buscasse dar mais eficiência aos órgãos julgadores muitos afirmavam que a criação de súmulas com efeito vinculante serviria para dar cumprimento ao artigo 5°, LXXVIII, o qual garante a todos, no âmbito administrativo e judicial, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Mandamento este incluído na Constituição Federal pela mesma emenda criadora das súmulas (a de número 45). No ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional n° 45 (Reforma do Judiciário) foram introduzidas na Constituição as súmulas vinculantes que se encontram disciplinadas no artigo 103-A, da seguinte forma:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Já no *caput* do artigo 103-A, o constituinte derivado impôs como requisito, além da aprovação de dois terços dos ministros, a existência de “reiteradas decisões sobre a matéria”. Desse modo, não bastaria a simples provocação de um dos legitimados. Para que o STF aprove uma súmula vinculante é imprescindível que a Corte tenha, por variadas vezes, apreciado a matéria a ser sumulada. A seu turno, o parágrafo primeiro do dispositivo constitucional cuidou do objeto e do alcance das súmulas com efeito vinculante:

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Nota-se que, mais uma vez, o constituinte derivado deixou claro que é requisito a existência de uma “controvérsia atual” e que dela resulte “grave insegurança jurídica”, bem como, “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. De certa forma, o texto chega a ser prolixo, reiterando a necessidade de uma pendência diversas vezes ventilada na Corte Constitucional.

Muito se tem debatido, sobretudo quando da análise de algumas súmulas vinculantes, a postura do Supremo Tribunal Federal quanto ao cumprimento deste requisito. A Suprema Corte tem negado vigência ao texto constitucional aprovando súmulas à revelia do cumprimento do supracitado mandamento. E, no parágrafo segundo do art. 103 da Constituição federal de 1988, de se notar que o texto constitucional, ao regular a legitimidade para propositura de pedido de aprovação, revisão ou cancelamento de tais súmulas, a outorgou aos mesmos legitimados para a propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade. No que concerne ao efeito, como se tem pela própria nomenclatura adotada, a partir de sua publicação na imprensa oficial, passa a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como toda a Administração Pública direta e indireta.

Considerando esse efeito persuasivo em relação à Administração Pública, bem como a cláusula de inafastabilidade da jurisdição prescrita no artigo 5º inciso XXXV, pode-se dizer que esta modalidade de súmula equipara-se aos textos legislativos. Por fim, o parágrafo terceiro cria um mecanismo de proteção das súmulas, estabelecendo o direito de apresentar Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal que poderá suprimir as instâncias recursais judiciais e revogar ou cassar a decisão conflitante.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Na esfera administrativa, preceitua-se que somente será cabível a Reclamação ao STF após o devido esgotamento das vias recursais. No ano de 2006, visando regulamentar o artigo 103-A da Constituição, foi aprovada a Lei Federal nº 11.417, que, salvo pequenas exceções, nada acrescentou ao que já estava previsto na Carta. Uma dessas exceções se deu quanto à modulação de efeitos, à reboque do previsto na lei da Ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu o artigo 4º da Lei 11.417/2006 que, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal, por decisão de dois terços de seus membros, pode restringir ou estabelecer dilatado termo *a quo* para a realização dos efeitos da súmula.

Com a criação desta modalidade de súmula há um grande fortalecimento da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pois além de vincular todos os demais poderes, de acordo com o artigo 64-B da Lei 9.784/99 (introduzido pela Lei 11.417/2006), a autoridade administrativa que viola o dispositivo estará sujeita à responsabilização cível, administrativa e criminal. Passados quase dez anos da criação deste instituto pela EC-45, foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal cinquenta e três súmulas vinculantes, abordando os mais variados temas, sem contar as inúmeras propostas de edição de súmula vinculante que ainda aguardam votação pelo plenário do STF. Todavia, a tão almejada diminuição de recursos e processos tramitando nos tribunais superiores ainda não é realidade.

3 CRIAÇÃO E CRÍTICA DE UMA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS PÓSMODERNA

Um dos grandes críticos das súmulas de efeito vinculante é Lenio Streck, que no prefácio do Livro *“Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro”*, de autoria de Maurício Ramires, tece enfáticas críticas a esse instituto, num texto denominado *“Um Libelo contra o Habitus Dogmáticus”*.

O ilustre professor gaúcho apresenta a ideia de que a criação dessa modalidade de súmula representa o auge de uma cultura jurídica das “facilidades”, onde há um verdadeiro retorno aos métodos silogísticos, em que a norma é premissa maior, o caso concreto a premissa menor, resultando na resposta. Todavia, no atual contexto há uma substituição da norma pela súmula:

E o estado da arte da operacionalidade do direito se agrava, agora, com a institucionalização das súmulas vinculantes, mecanismo que representa um visível retrocesso hermenêutico, porque promove um retorno do direito à metafísica clássica. Com as súmulas, parece que o senso comum teórico atinge seu apogeu: uma volta ao mundo das regras e às ‘facilidades objetivistas’ oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva. Ou seja, quando o sistema se encontra em face de incertezas

significativas ('casos difíceis' e tudo que isso representa), basta elaborar uma súmula 'apta' a resolver os 'casos futuros'. Retorna-se de uma forma sofisticada, ao modelo formal-burguês, isto é, na medida em que a súmulas antecipam o discurso de validade, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao 'encaixe' da situação fática (subsunção), com uma agravante: na medida em que súmulas são textos e na medida em que o positivismo interpreta texto sem coisas, também as súmulas serão vitimadas pelo positivismo. (STRECK, 2010, p.8).

Esse pensamento silogístico, baseado em uma metodologia subjuntiva-dedutiva, é típico das lições do *paleo positivismo*. O *paleo positivismo*, conforme aponta BOBBIO (1995, p. 214), é representado pela corrente francesa, conhecida como escola da exegese, bem como pela Jurisprudência dos Conceitos alemã. Por isso, a afirmação de que o Brasil retorna à Jurisprudência dos Conceitos aparenta certa fidedignidade.

Entretanto, este retorno depõe contra quase dois séculos de filosofia, pois conforme foi ressaltado anteriormente, os pandectistas foram fortemente influenciados pelo iluminismo e a filosofia crítica kantiana. Mas onde se encaixa, por exemplo, o chamado giro linguístico? E a revolução da hermenêutica filosófica moderna? Lenio Streck é feliz ao enfatizar que a ideia de uma súmula com força vinculante se confronta diretamente com o pensamento hermenêutico.

Vejamos então. A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, por que ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor a utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que 'o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo' (STRECK; ABOUD, 2013, p.51).

Assim como pretendiam os teóricos da Jurisprudência, elaborando conceitos abstratos, deduzidos do próprio sistema e capazes de solucionar diversos casos idênticos, está a ideia de súmulas vinculantes. O que é de se espantar é o silêncio eloquente da comunidade jurídica em relação a esse atentado à filosofia do direito perpetrado pela Emenda Constitucional n° 45, e que por sua vez, caiu nos gostos do Supremo Tribunal Federal.

No imaginário do senso comum teórico brasileiro, este tipo de súmula seria uma facilitação da vida do intérprete, uma vez que, para vários casos já existiria um enunciado performático pronto a ser subsumido:

Vale dizer, para o senso comum teórico, a elaboração de súmula vinculante, já que ela é abstrata, e sua aplicação é pro futuro, poderia ser aplicada de maneira entificada, isto é uma categoria a partir da qual se farão deduções e subsunções. Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teia a função precípua de transformar os casos difíceis

(que exigem exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, por que agora eles são “fáceis”, bastando, então, a subsunção. (STRECK; ABOUD, 2013, p.55).

Cabe apontar que o ensino jurídico no Brasil tem grande participação nessa crise de referenciais. A atual cultura manualesca tem incentivado cada vez mais os estudantes a se apegarem a uma interpretação “literal”, completamente abstrata e afastada dos casos concreto.

No Brasil, o ensino jurídico e a prática do direito são historicamente preocupados com a norma e, com a completa ausência de análise pedagógica do caso, os intérpretes desenvolveram um distanciamento dos fatos aos quais as normas se destinam. O resultado disso é que a ‘norma torna-se fato, a ser investigado como fato’. O que também contribui bastante para o alheamento do direito em relação aos fatos são as regras sobre os recursos especiais e extraordinários, no âmbito dos quais é vedada a (re)discussão dos fatos alegados e provados, cindindo-se os julgamentos às ‘questões de direito’, mais especificamente da ‘vigência’ da lei federal ou da Constituição. (RAMIRES, 2010, p.47).

Conforme Ramires denuncia, por conta desse distanciamento dos fatos, o objeto de estudo passa a ser tão somente a lei, esta agora entendida como o fato. Outro grande incentivo a essa “abstrativização” do conhecimento jurídico veio da sistemática recursal brasileira, onde nas instâncias superiores é vedada a rediscussão de matérias de fato, a exemplo da Súmula n° 7 do Superior Tribunal de Justiça. Analisando o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o futuro não parece muito promissor, onde parece que o legislador aposta na fórmula de supressão de recursos e maior limitação de acesso aos tribunais superiores. As súmulas, ao seu tempo, continuam como um meio de fornecer respostas prontas mesmo anteriormente à ocorrência do caso concreto, o que se demonstra um despropósito filosófico, conforme salientado por vários autores.

A medida bem se ajusta aos propósitos de aceleração dos procedimentos, indo ao encontro da almejada celeridade processual. Se alguém tem alguma dúvida (não sabemos se, a essas alturas, ainda seria possível tê-las), que consulte a Exposição de Motivos do projeto de Novo Código de Processo Civil. Qual são os problemas? Muitos. O primeiro problema é que não se garante tratamento igualitário, simplesmente, com decisões linearmente iguais. Os autores do NCOC esquecem que o que garante a igualdade de tratamento, que é uma virtude, é a coerência de princípios. Para brincar com um exemplo manualesco: se eu tenho uma única tábua salvadora (sic) e dois naufragos estão se afogando, a única maneira de dar um tratamento linearmente igualitário seria..., deixar que os dois se afundassem. Agora, se compreendermos o caso e trabalhar com princípios, encontraremos boas razões deixar a tábua com um ou com outro naufrago. Queremos dizer: não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes da perguntas e as perguntas são propostas pelo caso. Pronto! E os casos são irritantemente diferentes. (STRECK; ABOUD, 2013, p.13).

Por fim, cabe ainda a crítica, igualmente filosófica, quanto à possibilidade de interpretação das súmulas de efeito vinculante. Desde os escritos de Freiderich Müller (2010,

p. 16), se prega que existe uma cisão entre texto e norma, sendo a norma uma construção a partir do texto. Diante disso, por ser a súmula vinculante expressa por um texto, caberia a criação de uma norma com base nela? Mas a função precípua destas súmulas não seria a eliminação de interpretações divergentes sobre determinado assunto? Existindo a possibilidade de interpretá-las, não se estaria criando uma nova divergência?

Conforme aponta Lenio Streck e George Abboud, estas e outras perguntas ainda permanecem sem resposta convincente por parte da dogmática jurídica:

Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando queremos dizer que a norma é sempre resultado da interpretação de um texto, queremos dizer que estamos falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falamos é o sentido de ser do ente (texto). O texto só exsurge na sua 'normação', valendo o mesmo raciocínio para a 'dicotomia' vigência-valoridade. Disso já exsurge a indagação: o que é um precedente? Ele não é um texto? O que é uma súmula? Ela não é um texto? Se são textos, não é necessário que a ele atribuamos normas? Parece elementar a conclusão. Quem acredita que texto e norma não são equivalentes, não pode acreditar, sob hipótese alguma, que uma súmula seja plenipotenciária. (STRECK; ABOUD, 2013, p.50).

4 UMA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS À BRASILEIRA?

Um dos principais sintomas de que a doutrina jurídica brasileira está criando uma vulgata pós-moderna da Jurisprudência dos Conceitos é a insistência na cisão entre fato e direito, onde somente o segundo tem relevância para a ciência. Essa abstração dos estudos jurídicos leva a ideia de que o direito não se ocupa da realidade, mas tão somente de conceitos que se encaixam de forma sistêmica. Tal ideia caberia perfeitamente no “Tratado das Pandectas” de Windscheid.

Outro sintoma, conforme afirma Ramires (2010, p. 47), se revela na errônea importação da teoria dos precedentes, como se fossem fórmulas abstratas, tendes a solucionar todos os casos, como fórmulas da matemática, denotando uma ressurreição, ainda que inconsciente, das doutrinas alemãs de meados do século XIX:

O que no mais das vezes ocorre é a pretensa ‘separação cirúrgica’ entre o fato e o direito, com o esquecimento ou o encobrimento da realidade, quando se insiste em trabalhar apenas com os institutos ou standards jurídicos como se fossem as categorias abstratas da matemática. Por isso, outra grande conseqüência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a da repriminção involuntária e inconsciente da jurisprudência dos conceitos (Begriffsjurisprudenz), escola do positivismo normativista fundada por Georg Friedrich Puchta nos anos de 1930, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito

universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhe deram origem (RAMIRES 2010, p. 47).

Um grande indicador de que o sistema jurídico brasileiro vive esta crise encontra-se no conteúdo das obras jurídicas mais consultadas. Boa parcela se resume a rasos comentários à legislação vigente, acrescido de compilado dos principais julgados de cada assunto. Alguns inclusive, trazendo jurisprudências que sustentam teses antagônicas, do tipo “a favor” e “contra” a aplicação de determinado instituto:

É sabido que dentre as mais consultadas obras na prática forense estão os códigos comentados, que apresentam inúmeros verbetes à guisa de ilustrar a ‘interpretação jurisprudencial’ de cada artigo. Tais verbetes são enunciados de, quando muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o qual foram originalmente redigidos. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaborados nos termos mais gerais que se fizerem possíveis. O ideal que se persegue, em um e outro caso, é sempre a depuração dos conceitos em relação à particularidade dos casos, a “absoluta pureza” sonhada por Jhering. (RAMIRES, 2010, p. 49).

É lamentável que esses referenciais teóricos inerentes à Jurisprudência dos Conceitos e à Escola da Exegese francesa continuem tão vivos no senso comum teórico brasileiro. Tanto que é possível encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgados onde são invocados brocardos como “*in claris cessat interpretatio*” (quando a lei é clara não cabe interpretação). Conforme salienta o Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento da ADPF 54 (2012):

Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – e de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França do século XIX, na esteira do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação (BRASIL, STF, 2012).

No caso em comento trata-se de discussão acerca da aplicação de súmula vinculante, chegando a Ministra Ellen Gracie a afirmar que uma súmula de conteúdo vinculativo ideal seria aquela que não comportasse nenhum tipo de interpretação. Esse tipo de pensamento é sem dúvida característico de autores como Jhering, Puchta e Windscheid, expoentes do positivismo legalista. Igualmente reflete resquício do pandectismo alemão referências ao brocardo que afirmam a desnecessidade de interpretação em casos fáceis. Agora, ficam os seguintes questionamentos: O que seriam casos fáceis? O que os diferenciam dos casos difíceis (*hard cases*)?

Chegou-se ao cúmulo de um Tribunal afirmar que determinada regra não pode ser aplicado *a priori*, sendo necessária a análise individualizada, e pior, tal julgado é reproduzido

em uma das obras mais consultadas pela comunidade jurídica. Parece óbvio que toda a regra jurídica não tem utilidade *a priori*, necessitando sempre de um caso concreto para ser aplicada.

O momento em que um Tribunal precisa deixar expresso que uma regra específica não tem aplicação *a priori*, exigindo análise individuada, e isso se eleva à categoria de lição jurisprudencial em uma das obras mais consultadas do país, é o momento em que o sistema acusa a sua própria contradição. Pode até ser que o caso apreciado pelo Tribunal tenha apresentado a necessidade de os julgadores fazerem aquela observação – correta, embora óbvia – antes de entrar na sua análise pormenorizada. Não é esse o problema, mas o fato de que, paradoxalmente, a exortação da Corte à apreciação particularizada das questões jurídicas tenha se despedido de sua própria individualidade e se convertido em conceito apto a ser aplicado *a priori*, na totalidade dos casos. O modelo racionalista de direito não consegue fugir das essências e abstrações: eis a ironia da ‘jurisprudência dos conceitos à brasileira. (RAMIRES, 2010, p. 54).

Conforme salienta o autor, este é mais um dos indicativos de que a dogmática jurídica brasileira, ainda tão influenciada pelo racionalismo, mesmo sem ter consciência, repristina o pandectismo alemão da primeira metade do século XIX.

Considerações finais

Como visto, as súmulas de efeito vinculante não encontram similar em nenhum ordenamento jurídico alienígena. Algo que mais se aproxima são os assentos portugueses, declarados inconstitucionais ainda no começo da década de 1990. Isto posto, é de se questionar o motivo pelo qual a doutrina brasileira não questiona a constitucionalidade dessas súmulas? De outro ponto, ante a eminente crise do sistema judiciário, qual o papel do ensino jurídico nestas questões? Tais problemas têm sido debatidos nos bancos das universidades? A doutrina, por sua vez, tem doutrinado ou tão somente se preocupa em efetuar glosas aos textos legais? O que têm dito os manuais sobre o problema da aplicação descontextualizada dos precedentes? Têm criticado ou fornecem subsídio para tal prática?

Uma vez apresentadas as nuances da doutrina alemã da primeira metade do século XIX, ao que se convencionou denominar-se Jurisprudência dos Conceitos - composta por conhecidos nomes do mundo do direito como Georg Frederich Puchta, Rudolf Von Jhering e Bernhard Joseph Hubert Windscheid - e, traçados os referenciais que influenciaram a criação das súmulas de efeito vinculante no Brasil, como os assentos portugueses, a vinculação das decisões da Corte Constitucional da Alemanha e Áustria e sistema do *stare decisis* norte americano, diante, além, das afirmações de ministros da Suprema Corte de que certa estava a Escola da Exegese, onde *in claris cessat interpretativo* ou de que a súmula ideal seria aquela que não comporta interpretação, não cabe afirmar que está o Supremo Tribunal Federal

deturpando a aplicação do instituto das súmulas de efeito vinculante, mas sim que, de fato, existe uma Jurisprudência dos Conceitos à brasileira.

Referências Bibliográficas

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Filosofia do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1982.

HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2 ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

JHERING, Rudolf Von. O espírito do direito romano. Trad.: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v.3.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad.: José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friederich. Metodologia do Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, A. Castanheira. Curso de introdução ao estudo do direito. Dat.: João Abrantes. Coimbra: 1972.

NEVES, Antonio Castanheira. O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra, 1983.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.